



**UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**Título de tesis:**

**Criminalización de la circuncisión masculina infantil por  
motivos religiosos**

**ALUMNO: Jeremías Brusau**

**LEGAJO: 18S995**

**TUTOR: Prof. Dr. Eduardo Rivera López**

**FECHA DE PRESENTACIÓN: 08-06-2022**

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>2</b>
A) PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA. ....	2
B) DESCRIPCIÓN DEL ESTADO DEL CONOCIMIENTO CON RESPECTO A ESE PROBLEMA EN LA DISCIPLINA.....	8
<i>b1) La regulación jurídica de la circuncisión realizada por motivos religiosos.</i> ....	8
<i>b2) La cuestión en Argentina.</i> .....	13
<b>II. ¿LA CIRCUNCISIÓN CAUSA UN DAÑO?</b> .....	<b>15</b>
A) ¿LA CIRCUNCISIÓN CAUSA UN PERJUICIO PARA LA SALUD O LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS NIÑOS? .....	15
<i>a1) Perjuicios asociados a la circuncisión masculina infantil.</i> .....	18
<i>a2) Beneficios asociados a la circuncisión masculina infantil.</i> .....	22
B) DAÑO A LA LIBERTAD.....	26
<b>III. ¿LA CIRCUNCISIÓN ES MORALMENTE INCORRECTA?</b> .....	<b>29</b>
A) LA JUSTIFICACIÓN MORAL DE LA CIRCUNCISIÓN MASCULINA INFANTIL POR MOTIVOS RELIGIOSOS.....	29
B) EL “DERECHO A UN FUTURO ABIERTO” .....	33
C) EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA .....	38
D) LA IGUALDAD DE GÉNERO Y LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA .....	41
E) CONCLUSIÓN PRELIMINAR. ....	46
<b>IV. OTRAS CONSIDERACIONES RELEVANTES PARA LA DECISIÓN SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN.</b> .....	<b>48</b>
A) LOS EFECTOS COLATERALES DE LA CRIMINALIZACIÓN .....	49
B) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	53
C) REGULACIÓN PARA LA REDUCCIÓN DE RIESGOS .....	58
<b>V. CONCLUSIONES</b> .....	<b>62</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>65</b>

## I. Introducción

### a) Presentación del problema.

En este trabajo abordaré un problema de criminalización o incriminación, es decir, estudiaré si sería legítimo prever una “*clase de conductas*”<sup>1</sup> como delictiva en nuestro sistema jurídico. La clase de conductas a considerar es la práctica de una circuncisión sobre un niño, consentida o requerida por sus progenitores o tutores por motivos religiosos. Ella consiste en la remoción del prepucio para descubrir el glande (WHO, 2010, p. 10).

Según la Organización Mundial de la Salud, la circuncisión es uno de los procedimientos quirúrgicos más antiguos conocidos, y su extensión es tal que aproximadamente uno de cada tres hombres en el mundo está circuncidado (WHO, 2010, p. 7). Los motivos principales para realizar una circuncisión son culturales y/o religiosos, pero también higiénicos, sanitarios o estéticos.

Desde el punto de vista cultural, la circuncisión es considerada usualmente un rito de tránsito del varón hacia la adultez. En cuanto a su significado religioso, se trata de una práctica muy relevante en el culto de dos religiones: el judaísmo –en cuyo marco se la conoce como *brit milah*– y ciertas ramas del islam –que la llaman *khitan*–<sup>2</sup>, en las que es asumida como un mandato divino.

Esos no son los únicos motivos relevantes por los que se realiza una circuncisión. Por ejemplo, en Estados Unidos se practica con frecuencia sobre

---

\*Este trabajo está dedicado a mis padres Juan María y Laura Beatriz, a Rocío y a la memoria de mi hermano Juan Facundo.

<sup>1</sup> Las teorías de la criminalización tienen como destinatario principal al legislador y, por lo tanto, los argumentos que desarrollo en este trabajo se encuentran en el nivel de los casos genéricos, no de casos individuales (SOLAVAGIONE, 2019: p. 121). Por esa razón me refiero a “*clases de conductas*”.

<sup>2</sup> Una raíz común de este mandato para las dos religiones es hallable en la orden dada a Abraham por Dios en el libro del Génesis: “*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 por vuestras generaciones. 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.*” (Gén. 17: 9-12a, 14). En el caso del islam, sin embargo, la obligatoriedad de la circuncisión no es universalmente reconocida, pues no surge de la fuente primaria del islam (el Corán), sino de la *sunnah de Mahoma*. Es preciso notar que existen distintas versiones de la *sunnah* en el islam, la sunita y la shiita. La versión sunita es la que mayores referencias contiene a la obligatoriedad de la circuncisión, por ejemplo, según la narrativa de Abu-Hurayrah, Mahoma dijo “*Quien se convierta al islam debe ser circuncidado aunque sea anciano.*” (ALDEEB ABU-SAHLEH, 2012: p. 147/152; TORRES FERNÁNDEZ, 2014: p. 159/160). Por lo tanto, al menos para algunos grupos islámicos, la circuncisión es considerada una obligación al igual que en el judaísmo.

la base de consideraciones higiénicas, sanitarias y estéticas de modo que, según datos del año 2010, entre el 60% y el 90% de los niños recién nacidos en ese país eran circuncidados<sup>3</sup> (WHO, 2010, p. 9; TORRES FERNÁNDEZ, 2014: p. 158). La circuncisión puede ser médicamente indicada (terapéutica), aunque en casos infrecuentes (MÖLLER, 2020: p. 512), o bien realizada por el convencimiento de que redundará en beneficios para la salud o higiene del niño<sup>4</sup>. Finalmente, puede ser considerada una medida estética, por ejemplo, en sociedades en las que la práctica es extendida y, por lo tanto, un pene incircunciso puede ser percibido como extraño (MCDONALD, 2004: p. 9).

El tratamiento jurídico-penal de la circuncisión ha sido muy discutido en la última década, especialmente a raíz de la decisión del *Landgericht* de Colonia (Alemania) del 7 de mayo de 2012 que consideró que una circuncisión realizada por un médico musulmán sobre niño de cuatro años por motivos religiosos constituía un hecho típico (del delito de lesiones corporales) y antijurídico (no justificado por el consentimiento de los padres)<sup>5</sup>.

Asimismo, existe un movimiento, conocido a nivel mundial con el nombre de “*intactivismo*”, que promueve la prohibición de esta práctica por considerarla violatoria del derecho a la integridad física de los niños. Los intactivistas conforman actualmente un movimiento muy difundido en el mundo a través de distintas organizaciones, que planifican y coordinan frecuentemente actividades tales como manifestaciones públicas o jornadas académicas (RASSBACH, 2016: p. 1348)<sup>6</sup>. Si bien algunas de las organizaciones más conocidas actúan

---

<sup>3</sup> Dependiendo de la región.

<sup>4</sup> Regresaré sobre este punto en el capítulo II, al analizar los beneficios y perjuicios asociados a la circuncisión.

<sup>5</sup> En el siguiente apartado desarrollaré los hechos, los argumentos del tribunal y las consecuencias de esta sentencia.

<sup>6</sup> Un listado de algunas organizaciones que se oponen a la práctica de la circuncisión es hallable en el sitio web de una de ellas, “*The Whole Network*” (<http://www.thewholenetwork.org/organizations.html>, consultado el 4 de junio de 2022). La organización “*Men Do Complain*” se presenta afirmando que existe “*para disipar el mito de que a los hombres no les importa ser circuncidados. A algunos hombres parece no importarles y a otros les importa mucho.*” y exhorta: “*reclamen a sus médicos, responsables políticos y dirigentes. No debemos cohibirnos a la hora de hacernos oír y le debemos a las generaciones futuras poner fin a estas agresiones contra los niños.*” (<http://www.mendocomplain.com/>, consultado el 4 de junio de 2022). Asimismo, en este sitio web se exhiben fotografías de manifestaciones en las calles, cuyos participantes sostienen pancartas con mensajes como “*Derechos de los niños, no ritos de los padres*” y “*Sin enfermedad, sin consentimiento, sin cortes*”, y visten ropas blancas con una notoria mancha roja –aparentando sangre– en la zona de los genitales. El sitio web de la organización “*The Bloodstained men*” exhibe filmaciones de protestas con la misma metodología: hombres con vestimentas blancas y una mancha roja, con carteles que dicen “*Vote no a la circuncisión*”, “*La circuncisión destruye más de 16 funciones*”, “*Deje de*

principalmente en Estados Unidos, donde los motivos más corrientes por los que se practica la circuncisión no son religiosos, su rechazo a la práctica alcanza también a esos casos<sup>7</sup>, pues el ideal que promueven es el del cuerpo o los genitales masculinos “*íntegros*”.

Concuerdo con RASSBACH (2016: p. 1360) cuando afirma que no debe subestimarse la cuestión bajo el argumento “*Esto no puede pasar aquí*”, en el sentido de que es impensable que la circuncisión pueda ser desafiada en Argentina como contraria a la ley o a los derechos de los niños. Por el contrario, el plan de acción de las organizaciones intactivistas<sup>8</sup> y el antecedente alemán son indicios de la importancia de la discusión.

---

cortar los penes de bebés”, “¡Intenten cortarme ahora, malditos cobardes!” y consignas similares (<https://www.bloodstainedmen.com/>, consultado el 4 de junio de 2022). Según informa allí la organización, “en un año normal, viajamos a más de 60 ciudades, organizando protestas y educando al público sobre el derecho de todos los niños a conservar sus genitales íntegros.” Este año, la organización “Intact America” celebrará su “16va. Conferencia Internacional sobre Cortes Genitales en Niños” en la ciudad de Atlanta, según se anuncia en su sitio web (<https://intactamerica.org/intact2022/>, consultado el 4 de junio de 2022). La misma organización presenta una lista de iniciativas activas, por ejemplo, la campaña “No preguntes, no vendas” se describe como una política de presión contra los profesionales de la salud, que “creará un entorno y unas tácticas que alertarán a los profesionales médicos en el entorno perinatal de que preguntar a los padres sobre la circuncisión o solicitarla directamente puede ser objeto de una queja formal o de una acción legal.” (<https://intactamerica.org/dont-ask-dont-sell/>, consultado el 4 de junio de 2022). Una idea que comparten estos grupos es que todo niño tiene derecho a la integridad corporal, entendido como el derecho a conservar todas las partes de su cuerpo “*intactas*”, de allí el calificativo de “*intactivistas*” con el que se les conoce.

<sup>7</sup> Un ejemplo del rechazo a las prácticas religiosas se presenta en el número 2 del cómic “*Hombre Prepucio*”, creado por Matthew Hess, un activista intactivista, presidente de la organización “*MGMbill*”. El personaje fue creado en el marco de una campaña para promover la prohibición de la circuncisión en la ciudad estadounidense de San Francisco, a través de un proyecto escrito y presentado por él mismo. El volumen 2 de la tira se titula “*Monstruo Mohel*”, y en él se presenta la siguiente situación: la hermana de la novia del “*Hombre Prepucio*” ha tenido un hijo y decidió no circuncindarlo, sin embargo, durante una reunión en su casa se presenta el “*Monstruo Mohel*”, convocado por el padre del niño, quien le dice a la madre: “¿*Realmente pensaste que iba a privar a nuestro hijo de su herencia judía? Glick será circuncidado igual que yo lo fui, y eso es todo. Tú deberás vivir con eso.*” Antes de realizar la circuncisión, el villano agradece a Dios “*por la jubilosa metzitzah b’peh de la que voy a participar*” y, con una macabra sonrisa, anuncia “*Es hora de hacer tu sacrificio a Dios, Glick*”, mientras el niño es sujetado por los brazos y está visiblemente asustado. Cuando la circuncisión va a comenzar, la madre intenta oponerse y el “*Monstruo Mohel*” la mata, por lo que el “*Hombre Prepucio*” rescata al niño quitándoselo a su padre y llevándolo a una comunidad anti-circuncisión para que lo críe “*como a uno de los suyos*”. El cómic fue criticado como una muestra de intolerancia religiosa por la representación de la ceremonia y de los miembros de la comunidad judía como villanos con un deseo sádico y fetichista de infligir dolor a los niños (KENNEDY, 2016: p. 20). En el número 4, la circuncisión que el “*Hombre Prepucio*” debe impedir se realizaría sobre un niño pre púber en Estambul, en clara referencia al rito musulmán. Ambos números son hallables en el sitio web de la organización “*MGMbill*” (<http://www.mgmbill.org/foreskin-man.html>, consultado el 4 de junio de 2022).

<sup>8</sup> La organización “*Intact America*” presenta en su sitio web una “*estrategia*” (<https://intactamerica.org/our-strategy/>, consultado el 4 de junio de 2022), que consiste en estimular un “*nuevo paradigma social*”. Allí se afirma que “*el reto para el intactivismo es hacer llegar nuestro mensaje a tanta gente como sea posible y poner todos nuestros recursos – humanos y financieros– para lograr ese punto de inflexión del cambio social (...).*” Siempre según

En este contexto, presentar el tema desde el punto de vista *ex ante* propio de las teorías de la criminalización, implica examinar los argumentos a favor y en contra de la prohibición penal. Con este fin, seguiré el método de una teoría dualista de la criminalización, según la cual la legitimidad de la incriminación de una clase de conductas está determinada por el cumplimiento de dos requisitos, a saber, la incorrección moral y el principio del daño (GREEN, 2013: p. 81; PÉREZ BARBERÁ, 2017: p. 86; SOLAVAGIONE, 2019: p. 141)<sup>9</sup>. En otras palabras, desde este punto de vista, una prohibición penal legítima debe tener en cuenta no solo el daño producido por una clase de conductas, sino también si se trata de conductas moralmente incorrectas pues, si así no fuese, el Derecho Penal se vería deslegitimado frente a la sociedad (SOLAVAGIONE, 2019: p. 147).

La decisión de examinar independientemente esos dos requisitos, a pesar de que ellos se encuentran interrelacionados<sup>10</sup>, permite aclarar una discusión que ha sido ensombrecida en nuestro ámbito por el rechazo a cualquier argumento que procure restar protagonismo al daño asociado a la conducta en

---

el planteo de este grupo, las condiciones para alcanzar un punto de inflexión estarán dadas “cuando el 20-25% del público está de acuerdo en que los bebés varones deben permanecer intactos”, y en ese momento “el apoyo crecerá muy rápidamente a medida que la gente comparta nuestra posición con los demás”. Así, “los cambios políticos permanentes serán fáciles de conseguir.” Según ese mismo sitio web, una encuesta realizada en 2021 muestra que el 21% de los estadounidenses estaría de acuerdo con ese predicado central del intactivismo, frente a un 10% inicial en 2014.

<sup>9</sup> Este método no invalida el análisis para aquellos que sostienen que basta con uno de los requisitos mencionados para fundamentar la prohibición legítima de la práctica (ya sea el daño o la incorrección moral), como sí lo haría tratar la cuestión desde el punto de vista de una teoría monista y concentrarse en uno de los tópicos mencionados (por ejemplo, desde el moralismo legal, o bien, desde la postura de Feinberg).

<sup>10</sup> La teoría dualista de la criminalización admite que, en ciertos casos, el daño causado por una conducta la torna *prima facie* inmoral (SIMESTER y VON HIRSCH, 2011: p. 44). Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del homicidio, pues la inmoralidad de la acción de matar se explica por la violación del deber de no atentar contra la vida de otros (RUSCA, 2020: p. 36). Sin embargo, también en esos casos, existen otras circunstancias que el legislador debe tener en cuenta para tomar una decisión sobre la criminalización, que podrían resultar en que una conducta que causa un daño, incluso a bienes tan preciados como la vida o la integridad física de otra persona, no sea moralmente incorrecta. Es el supuesto, por ejemplo, de las agresiones en legítima defensa (SIMESTER y VON HIRSCH: 2011, p. 39). Por ello, el que la circuncisión produzca alguna clase de daño no exime de considerar sus implicancias morales. Aunque SOLAVAGIONE (2019: p. 130) y PÉREZ BARBERÁ (2017: p. 77) entienden que una teoría dualista de la criminalización necesariamente debe considerar a la incorrección moral como autónoma respecto del daño, ello debe interpretarse con el sentido de que una conducta dañina puede ser moralmente correcta y, a su vez, no toda conducta no dañina es moralmente correcta. Se trata del concepto que en la doctrina angloamericana se conoce como *wrongfulness*. No obstante, KESSLER FERZAN (2013: p. 686) critica que SIMESTER y VON HIRSCH no lograron delinear un concepto de incorrección moral idóneo para limitar eficazmente el poder estatal. Según la definición que adopta SOLAVAGIONE (2019: p. 124), una conducta es valorada como incorrecta cuando vulnera alguna norma que forma parte de un consenso social mínimo.

las cuestiones de criminalización. En efecto, el debate sobre la circuncisión se ha centrado en el daño que ella produciría sobre los niños<sup>11</sup>. En cambio, plantear la discusión en los términos de una teoría dualista de la criminalización nos obliga a considerar, además del daño, su significación moral. Es decir, analizaré si, más allá de su resultado, la conducta contradice una norma moral<sup>12</sup>. Distinguir estos niveles en la discusión promete contribuir a la claridad del debate sobre la circuncisión.

En este trabajo, luego de presentar el estado de conocimiento en la disciplina (sección b de este capítulo), abordaré como primer interrogante si la circuncisión realizada por motivos religiosos sobre niños, quienes no pueden consentir esa práctica, les causa un daño<sup>13</sup> (capítulo II).

---

<sup>11</sup> Así, se discute si la remoción del prepucio constituye un perjuicio o un beneficio para la salud del niño, o si su sometimiento a dicha intervención sin su consentimiento sería una restricción ilegítima de su libertad. No resulta sorprendente que la discusión se haya centrado en este aspecto de la conducta, ya que mayoritariamente se considera que o bien la “lesión a un bien jurídico”, o bien el “principio del daño” son criterios necesarios y suficientes para decidir sobre la legitimidad de la criminalización de una clase de conductas (SOLAVAGIONE, 2019: p. 119; HÖRNLE, 2013: p. 15-16).

<sup>12</sup> El análisis de la incorrección moral puede abordarse desde el punto de vista de la moral positiva, o bien, de la moral crítica. PÉREZ BARBERÁ (2017: p. 88) considera que debe asumirse el punto de vista de la moral positiva, es decir, que el requisito que debe verificarse es que la conducta sea contraria a una norma moral que efectivamente rija en la sociedad, sin analizar si esa norma moral es, a su vez, moralmente correcta o no. En cambio, asumir el punto de vista de la moral crítica –según el autor mencionado– nos comprometería con una posición metaética determinada, concretamente con algún tipo de cognitivismo que considere que es posible discutir racionalmente sobre cuestiones morales. VERDE (2020: p. 85), en cambio, considera que el análisis de la moral positiva debe complementarse con otro de moral crítica, de modo que sólo puede considerarse inmoral aquella conducta que viola un principio moral vigente universalmente válido o moralmente correcto en términos deontológicos. En este trabajo –específicamente, en el capítulo 3– presentaré una argumentación desde la moral crítica, por lo que partiré de una concepción cognitivista, aunque cabe aclarar que un estudio empírico sobre las creencias de la sociedad podría demostrar la vigencia de otras normas.

<sup>13</sup> El daño relevante a los efectos de la criminalización ha sido objeto de diferentes conceptualizaciones y desarrollos (HÖRNLE, 2013: p. 10-11). Si bien JOHN STUART MILL es reconocido como el autor de la primera formulación del “*principio del daño*”, él no ofreció un concepto de daño. FEINBERG, en cambio, postula que se trata de la “*frustración de los intereses*”, es decir, se nos causa un daño cuando uno o más de nuestros intereses es dejado en un peor estado que aquél en que se encontraba antes (SIMESTER y VON HIRSCH, 2011: p. 36). En el planteo de FEINBERG, especialmente a partir de su obra *Harmless Wrongdoing*, los daños relevantes son los que asimismo implican una infracción de los derechos de otra persona, aunque se ha criticado que con esta definición incorporó elementos propios del concepto de la incorrección moral (DUFF, 2001: p. 17; GREEN, 2013: p. 74). VON HIRSCH agrega a la definición tradicional de FEINBERG un concepto de interés, al que concibe como un recurso sobre cuya integridad tiene una pretensión la persona involucrada (2016: p. 37). Por otra parte, GREEN retoma en su obra la definición de Jean Hampton, para quien el daño es “*una interrupción o una interferencia en el bienestar de una persona, incluyendo en dicho concepto el daño corporal a esa persona, el daño a su estado psicológico, a sus capacidades de funcionamiento, a sus planes de vida o a los recursos sobre los que la misma tuviera derecho.*” (2013: p. 68). En la doctrina nacional, es frecuente encontrar definiciones que siguen el concepto de Feinberg, como la que seguiremos en lo sucesivo, según la que una conducta es dañina si lesiona un interés importante

La siguiente cuestión para examinar es si la circuncisión es una conducta moralmente incorrecta. En ese capítulo (capítulo III), discutiré si el consentimiento de los padres o tutores del niño basado en razones religiosas convierte en legítima tal intervención. Mi hipótesis es que no es posible afirmar la incorrección moral de esta clase de conductas de manera compatible con una visión robusta del derecho a la autonomía del niño, que tenga en cuenta la diversidad de creencias y cosmovisiones en la sociedad y que, por lo tanto, pondere el contexto cultural en que se encara su crianza. En ese marco, entiendo que la circuncisión procura garantizar el derecho del niño a participar de la vida cultural de la comunidad a la que pertenece. Por esa razón, una prohibición de la circuncisión realizada por motivos religiosos sería ilegítima.

Pero incluso si se pensara que la circuncisión masculina infantil produce un daño y que quebranta una norma moral, otras razones o “*principios de mediación*” podrían dar lugar a argumentos en contra de la criminalización (SOLAVAGIONE, 2019: p. 142; SIMESTER y VON HIRSCH, 2011, p. 45; HÖRNLE, 2013, p. 18). Me refiero especialmente al principio de proporcionalidad. En este punto entran también en consideración argumentos relativos al impacto que la prohibición tendría en aquellos grupos que probablemente seguirían practicando este rito en condiciones de marginalidad o clandestinidad, como así también el conflicto de conciencia en que se encontrarían los miembros de comunidades religiosas que consideran la práctica como su deber. En tercer término, describiré estas razones adicionales para no criminalizar (capítulo IV). En particular, mostraré que sí resultan legítimas las normas que establecen que la posibilidad de los padres o tutores de consentir o requerir la realización de una circuncisión sobre sus hijos o pupilos está sujeta a que se respeten las reglas del arte médico.

En el último capítulo (V), presentaré las conclusiones del trabajo.

---

de las personas y de su vida en comunidad. (SOLAVAGIONE, 2019: p. 123; ver también PÉREZ BARBERÁ, 2017: p. 71).

## b) Descripción del estado del conocimiento con respecto a ese problema en la disciplina

### b1) La regulación jurídica de la circuncisión realizada por motivos religiosos.

Un hito fundamental está dado por la sentencia del 7 de mayo de 2012 del *Landgericht* de Colonia –Alemania–, que ya he mencionado<sup>14</sup>. Presento a continuación una reseña de los hechos. Un niño de cuatro años fue circuncidado a petición de sus padres musulmanes, por un médico musulmán, de acuerdo con la *lex artis* (TORRES FERNÁNDEZ, 2014: p. 155). El médico, de origen sirio, practicaba la medicina en Alemania desde 1991 y había observado estándares de salubridad: anestesia local, utilización de escalpelo y visita de seguimiento posterior. Sin embargo, la madre removió los vendajes del niño antes de tiempo, lo que impidió que la herida cicatrizara (MUNZER, 2015: p. 512; FATEH-MOGHADAM, 2012: p. 1132). El niño sufrió una hemorragia que derivó en su atención en el servicio de emergencia de un hospital dos días después y en la denuncia que dio origen a este proceso<sup>15</sup>.

En esa sentencia se consideró que la práctica de la circuncisión, incluso realizada de conformidad con la *lex artis*, era una conducta típica<sup>16</sup> y

---

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ (2013: p. 3) presenta el estado de la cuestión en la doctrina jurídico-penal alemana con anterioridad a la sentencia de Colonia. Asimismo, una reseña de la decisión está disponible en idioma castellano en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, accesible en <https://www.csjn.gob.ar/dbre/Sentencias/alArztesachen.html> (consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>15</sup> Es relevante destacar que los médicos que reportaron el caso no lo hicieron porque ellos consideraran que la circuncisión fuera una conducta moralmente reprochable, sino que, aparentemente, la madre del niño no pudo darse a entender en alemán, y ellos dudaban si la circuncisión había sido practicada con el consentimiento de ambos progenitores (FATEH-MOGHADAM, 2012: p. 1132).

<sup>16</sup> Como se verá más adelante (capítulo II), la doctrina mayoritaria en Alemania considera que las intervenciones médicas son conductas típicas del delito de lesiones, eventualmente justificadas por el consentimiento del paciente. Por ello, se ha afirmado que la circuncisión “indudablemente” configura “el tipo de las lesiones corporales” (WESSELS *et. al.*, 2018: p. 244). Una discusión posible en el terreno de la tipicidad se presenta a partir del concepto de “*adecuación social*”, aunque, en principio, la descripción típica de las lesiones corporales pudiera incluir a la circuncisión. En palabras de WELZEL (2011: p. 88): “*La adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito ‘normal’ de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos, según su tenor literal.*” Sin embargo, el tribunal de Colonia descartó que ese concepto constituyese un elemento negativo del tipo objetivo (FATEH-MOGHADAM, 2012: p. 1133). También HÖRNLE y HUSTER (2013: p. 329) consideran que la exclusión de la tipicidad en el caso de la circuncisión es “*insostenible*”. Ello coincide con la postura de la doctrina mayoritaria actual, que ha abandonado la categoría de la adecuación social (CANCIO MELIÁ, 1993: p. 703). Pero cobra interés para el planteo de este trabajo la observación efectuada por SILVA SÁNCHEZ (2013: p. 5), en el sentido de que la circuncisión sería una de aquellas conductas que se mueven “*en el marco*

antijurídica<sup>17</sup>. El tribunal descartó que se tratara de una práctica socialmente adecuada o de una conducta justificada por el consentimiento de los padres del niño. Como resultado del *test* de proporcionalidad, concluyó que los derechos de los padres a la libertad religiosa y a la educación de sus hijos deben ceder frente al derecho a la integridad física del niño. Consideró que se trata de una medida permanente y que no tiende al interés superior del niño. Para el tribunal, esta intervención debía demorarse hasta que el niño alcanzara la mayoría de edad y el grado de madurez necesario para decidir someterse a la circuncisión por sí mismo (TORRES FERNÁNDEZ, 2014: p. 155; ISENSEE, 2013: p. 317; FATEH-MOGHADAM, 2012: p. 1134/1135).

Esta sentencia produjo un grave malestar en la sociedad alemana. No sólo los musulmanes la percibieron como una amenaza para el libre ejercicio de su culto, sino también los judíos y, en general, las comunidades religiosas. Por otra parte, la criminalización de un rito milenario asociado a la identidad judía despertó un sentimiento de “*culpa colectiva*” de la sociedad en su conjunto (ISENSEE, 2013: p. 317; SILVA SÁNCHEZ, 2013: p. 3). Los políticos no demoraron en reaccionar y ello derivó en que, una vez reanudada la actividad parlamentaria, se dictara la *Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, que introdujo al Código Civil alemán el §1631d<sup>18</sup> con el fin de garantizar la posibilidad de los padres de circuncidar a sus

---

*del orden social normal, del devenir histórico de la vida*” –tomando la definición de “*adecuación social*” de WELZEL–. El maestro español cita a continuación la crítica de HERZBERG según la que considerar a la circuncisión infantil como una conducta socialmente adecuada y, por lo tanto, atípica, sería reconocer una “*fuerza normativa de lo fáctico*”. Concordantemente con SILVA SÁNCHEZ, SILVEIRA (2019: p. 215-216) propone una relectura de la adecuación social como “*adecuación social cultural*”, que permita afirmar un “*no-perfeccionamiento típico por razones culturales*”. Desde la perspectiva *ex ante* propia de la criminalización, corresponde preguntarse si es legítimo que el Derecho Penal castigue conductas que la sociedad considera aceptables, o si, en ese caso, lo ilegítimo es la prohibición penal. Más aún si tenemos en cuenta el Derecho Penal tiene una voz moral característica, que expresa reproche hacia las conductas que castiga y que impone un estigma sobre la persona que debe responder por el delito (SIMESTER y VON HIRSCH, 2011: p. 11; RUSCA, 2020: p. 38).

<sup>17</sup> Sin embargo, el tribunal absolvió al médico acusado por considerar que había incurrido en un error de prohibición invencible (es decir, que su conducta no era culpable).

<sup>18</sup> “*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.*” Traducción tomada de SILVA SÁNCHEZ (2013: p. 4).

hijos sin incurrir en responsabilidad penal (TORRES FERNÁNDEZ, 2014: p. 156; FRISTER, 2022: p. 307).

De acuerdo con la nueva norma, los padres pueden prestar el consentimiento para la realización de una circuncisión sin indicación médica, siempre que ésta sea llevada a cabo de acuerdo con la *lex artis*<sup>19</sup>. No son relevantes los motivos ni la valoración sanitaria o cultural de la intervención<sup>20</sup>. La única excepción prevista para la permisión, en resguardo de la integridad del niño, es si la práctica pone en peligro su bienestar (HILGENDORF, 2020: p. 22).

Esta ley ha sido fuertemente criticada por la doctrina alemana por la diferencia que consagra entre la circuncisión y la práctica conocida como “*mutilación genital femenina*”. En Alemania, desde septiembre de 2013, ésta está tipificada como un delito. Sin embargo, se ha planteado que la permisión prevista para el caso de la circuncisión masculina debe ser aplicada también a las intervenciones en mujeres, en tanto las prácticas sean comparables (HILGENDORF, 2020: p. 23). Ello sería así dado que, si bien en la mayoría de los casos, la intervención sobre las mujeres representa una injerencia más grave en la integridad corporal<sup>21</sup>, en algunos supuestos –que no implican una “mutilación”– resultan prácticas equivalentes (por ejemplo, cuando sólo es afectado el prepucio del clítoris, HÖRNLE, 2018: p. 208<sup>22</sup>).

En lo que se refiere a la permisibilidad de la circuncisión masculina, no hay unanimidad en la doctrina<sup>23</sup>. HÖRNLE entiende que es necesario emprender

---

<sup>19</sup> Según HÖRNLE (2018: p. 207), “*conforme a las reglas del arte médico*” significa que, independientemente de que actúe un médico u otra persona, tienen que ser observadas todas las reglas de higiene y los estándares técnicos de la medicina, por ejemplo, el uso de anestesia.

<sup>20</sup> En contra: HÖRNLE (2018: p. 208), para quien debe acreditarse que la circuncisión, según la concepción de los padres, es un “*requisito necesario para la realización de una concepción de la educación que esté dirigida a la socialización que le sirva al niño.*” En cambio, ISENSEE (2013: p. 325) considera que la ley permite la circuncisión “*en términos generales*” y que una revisión de los motivos de los padres no sería compatible con los principios del Estado de derecho.

<sup>21</sup> Así también lo reconocen WESSELS *et. al.* (2018: p. 244), aunque no critican la equiparación legislativa con los casos más leves.

<sup>22</sup> HÖRNLE propone también que el §226a, que conmina con pena el mutilar los órganos genitales externos de una persona femenina, sea concebido “*de manera neutral al sexo*”, para lo que debería sustituirse la expresión “*una persona femenina*” por “*un ser humano*”. Ello es así, ya que los varones pueden sufrir lesiones que vayan más allá de “*las formas convencionales de cortar el prepucio*” (2018: p. 208).

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ (2013: p. 3/4) afirma que los opositores a la permisión de la circuncisión masculina pueden sostener una interpretación sumamente restringida de la autorización reconocida en el §1631d, siguiendo su noción de que la circuncisión no indicada en términos médicos siempre constituye un mal para el niño. WESSELS *et. al.* (2018: p. 245) valoran esta regulación como “*en lo fundamental positiva*” y relevan otros autores que la recibieron con aprobación y con críticas.

una investigación más profunda sobre las características de la intervención como presupuesto para tomar una decisión definitiva (2018: p. 207). La misma autora, junto con HUSTER, señala los sesgos presentes en las investigaciones que se han desarrollado hasta el momento, tanto a favor como en contra de la práctica, y concluye que la decisión tomada por el legislador alemán no era una exigencia constitucional, puesto que también hubiese sido aceptable que consagrara una protección mayor de la integridad física de los niños (HÖRNLE y HUSTER, 2013: p. 339). En un tono crítico, ISENSEE (2013: p. 327) observa que la norma ha preferido la paz religiosa a la “*coherencia constitucional*”<sup>24</sup>.

Con excepción del caso de Alemania, la circuncisión masculina infantil no ha sido objeto de un rechazo generalizado o mayoritario ni de criminalización en los Estados occidentales<sup>25</sup> (DE MAGLIE, 2012: p. 82; RASSBACH, 2016: p. 1351). A partir de las resoluciones 1952 (del 2013) y 2076 (del 2015), el Consejo de Europa<sup>26</sup> recomienda que la circuncisión sea realizada por personal capacitado y conforme a la *lex artis* (MOTILLA, 2018: p. 190). En Suecia, la Ley 499:2001 reconoce la posibilidad de los padres y tutores de consentir la circuncisión de sus hijos o pupilos hasta los 18 años, aunque incluye más restricciones que la ley alemana<sup>27</sup>.

Así, en el caso de España, la jurisprudencia entiende que la circuncisión carece de relevancia penal salvo que de ella deriven daños al niño por la mala praxis en su ejecución (MOTILLA, 2018: p. 192). En Inglaterra, si bien el Parlamento no se ha expedido sobre la cuestión, la jurisprudencia indica que un

---

<sup>24</sup> De acuerdo con el autor, el derecho del niño a la integridad corporal se opone a la permisibilidad de la circuncisión cuando aquél no pueda consentirla por no haber alcanzado el grado de madurez suficiente. Las facultades de los padres incluyen la educación religiosa de los hijos pero solo en una “*dimensión espiritual*”, mientras que la “*dimensión física*” queda fuera de los límites del derecho. Su argumento se construye a partir de la comparación con el bautismo, que también es un ritual de inicio con efectos permanentes según la creencia cristiana, pero que no tiene efectos físicos permanentes (ISENSEE, 2013: p. 319/321).

<sup>25</sup> A diferencia de la mencionada práctica de “*mutilación genital femenina*”. En el capítulo III analizaré con mayor detenimiento si esta diferencia de trato está justificada.

<sup>26</sup> En el apartado 9 de la Resolución 2076 (2015) se afirmó: “*En cuanto a la circuncisión de los niños pequeños, la Asamblea se remite a su Resolución 1952 (2013) sobre el derecho del niño a la integridad física y, por la preocupación de proteger los derechos del niño que las comunidades judía y musulmana seguramente comparten, recomienda a los Estados miembros que dispongan que la circuncisión ritual de los niños no se permita a menos que la practique una persona con la formación y la habilidad necesarias, en condiciones médicas y sanitarias adecuadas. Además, los padres deben ser debidamente informados de cualquier riesgo médico potencial o de posibles contraindicaciones y tenerlos en cuenta a la hora de decidir qué es lo mejor para su hijo, teniendo en cuenta que el interés del niño debe considerarse la primera prioridad.*”

<sup>27</sup> Trataré con más detenimiento la ley sueca en el capítulo IV.

tribunal puede ordenar la realización de una circuncisión a petición de uno de los padres, si la práctica se lleva a cabo en el interés superior del niño (MÖLLER, 2020: p. 512).

En el año 2018, se presentó un proyecto de ley en el Parlamento de Islandia para prohibir la circuncisión infantil, amenazando a quienes la realizaran con pena de hasta seis años de prisión. Sin embargo, ante el rechazo generalizado de los grupos religiosos, el proyecto fue archivado<sup>28</sup>. En Dinamarca, propuestas similares fueron rechazadas en el Parlamento en 2018 y 2020. No obstante, el hecho de que tales proyectos de ley hayan llegado a ser analizados muestra que, a pesar del resultado de cada votación, alcanzaron un apoyo significativo.

En el año 2014, otro caso resonante ocurrió en Estados Unidos<sup>29</sup>, a raíz de una regulación de la Ciudad de Nueva York que había prohibido la realización de un rito ortodoxo judío, el *metzitzah b'peh* (succión por parte del *mohel* de la sangre en la herida de la circuncisión), a menos que se realizara previa firma de un consentimiento informado por parte de los padres del niño, que incluía la aclaración “*el Departamento de Salud e Higiene Mental de la Ciudad de Nueva York aconseja que los padres no autoricen una succión oral directa*”. Un grupo de rabinos se presentó ante los tribunales afirmando que esa norma violaba sus derechos de libertad de expresión y libre ejercicio de su culto. Si bien la norma fue derogada por un acuerdo entre las autoridades administrativas y los rabinos, sin que se llegase a una decisión judicial definitiva, este caso fue tomado como un indicio de la atención que la regulación de este rito religioso está recibiendo en Estados Unidos (RASSBACH, 2016: p. 1355).

Aunque menos difundidos, el caso tuvo antecedentes en el estado de California, específicamente en las ciudades de Santa Mónica y San Francisco, en las que, ya en el año 2011, organizaciones intactivistas habían presentado mociones para prohibir la circuncisión infantil cuando no estuviera médicamente indicada (MUNZER, 2015: p. 509-510). En ese momento, el escándalo que

---

<sup>28</sup> Michael Cook presenta una breve crónica periodística sobre el origen y fin del proyecto parlamentario en el blog *BioEdge Bioethics News from Around the World*, accesible en <https://bioedge.org/uncategorized/iceland-dumps-proposed-ban-on-male-circumcision/> (consultado el 4 de junio de 2022).

<sup>29</sup> “*Central Rabbinical Congress of the United States and Canada v. New York City Department of Health and Mental Hygiene*”, resuelto por la *United States Court of Appeals for the Second Circuit* el 15 de agosto de 2014 (763 F.3d 183). Volveré sobre este caso en el capítulo IV.

provocaron dichas mociones, calificadas de antisemitas, llevó a que el Estado de California modificara su Código de Salud y Seguridad, incorporando el §125850, que impide a las ciudades del Estado prohibir la circuncisión masculina infantil<sup>30</sup>.

## b2) La cuestión en Argentina.

Hasta el momento no se ha emprendido una investigación en nuestro ámbito sobre las condiciones de criminalización de la circuncisión ni sobre su adecuación típica en la legislación actual. Tampoco ha sido incluida en el Proyecto de Código Penal presentado al Congreso de la Nación en el año 2019.

En su tesis sobre libertad religiosa, GULLCO (2016: p. 189 y ss.) afirma que, toda vez que el carácter lesivo de la circuncisión está disputado, una interferencia estatal en tal actividad debería pasar por un “escrutinio estricto”<sup>31</sup>. El mencionado autor reseña también un antiguo precedente<sup>32</sup> en el que se consideró que, por no existir una intención de causar un daño en la integridad física por parte del autor de la intervención, el hecho sólo podría subsumirse en un tipo penal (de lesiones corporales) si se hubiese actuado con imprudencia, lo que no sucedía en el caso.

En un caso más reciente, se condenó civilmente a un médico cirujano y *mohel* a reparar el daño sufrido por un niño de quince días de edad a raíz de un cuadro infeccioso imputable a la deficiente asepsia de los instrumentos con los que realizó su circuncisión<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> La norma reza: “(a) La legislatura encuentra y declara lo siguiente: (1) La circuncisión masculina tiene una amplia gama de beneficios para la salud y la afiliación. (2) Esta sección aclara la ley existente. (b) Ninguna ordenanza, regulación o acción administrativa de una ciudad o condado, y ninguna ciudad o condado podrán prohibir o restringir la práctica de la circuncisión masculina, ni el ejercicio de la autoridad de un padre para circuncidar a un niño. (c) La legislatura entiende y declara que las leyes que afectan a la circuncisión masculina deben tener una aplicación uniforme en todo el Estado. Por ello, esta norma se aplicará a las ciudades de derecho general y estatutarias, a los condados de derecho general y estatutarios, y a las ciudades y condados estatutarios.” (traducción propia, fuente: <https://law.justia.com/codes/california/2019/code-hsc/division-106/part-10/section-125850/>, consultado el 4 de junio de 2022).

<sup>31</sup> Sobre el concepto de “escrutinio estricto” mencionado aquí por GULLCO y su diferencia con el examen de “mera razonabilidad” que generalmente desarrolla la Corte Suprema de Justicia de la Nación volveré en el capítulo IV.

<sup>32</sup> “Fischbein”, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en 1937, J.A. 60-243–

<sup>33</sup> “D.C.M.L. y otro c. S.G.J.”, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, el 23 de diciembre de 2003.

Ahora bien, con anterioridad a la decisión del año 2012, la jurisprudencia alemana también consideraba que una circuncisión realizada con el consentimiento de los padres no era en principio una conducta típica y antijurídica. Vemos así que están dadas las condiciones para que Argentina tenga su “*caso del Landgericht de Colonia*”. Ello impone que se plantee si se trata de una conducta que, como sostendré aquí, no debería ser criminalizada y, eventualmente, se provea una regulación que asegure el derecho de los niños que nacen en comunidades religiosas a participar de ellas a través del ritual de la circuncisión.

## II. ¿La circuncisión causa un daño?

### a) ¿La circuncisión causa un perjuicio para la salud o la integridad física de los niños?

Dada la relevancia que tiene el principio del daño<sup>34</sup> en la literatura sobre la criminalización de conductas, no es de extrañar que el daño asociado a la circuncisión ocupe un lugar privilegiado en los artículos académicos dedicados al análisis de la circuncisión masculina infantil. Ello también ha determinado que tenga predominancia en la discusión la literatura médica o médico-legal, como reconoce SILVA SÁNCHEZ (2013: p. 2).

Para determinar si la circuncisión causa un daño a la salud de los niños debemos escrutar, al menos superficialmente, la evidencia disponible (SIMESTER y VON HIRSCH, 2011: p. 36). En efecto, sería deseable que el legislador, previo a tomar una decisión sobre la criminalización de cualquier clase de conductas, demandara evidencia de la mejor calidad posible sobre sus efectos. En el caso de la circuncisión, estas evidencias provienen del campo de la medicina. Sin embargo, como mostraré a continuación, las opiniones están divididas entre quienes consideran que la práctica produce graves riesgos y daños a la salud y quienes afirman que predominan sus beneficios.

Como ponen de manifiesto MORRIS *et. al.* (2019: p. 264), los grupos que apoyan la prohibición de la circuncisión infantil no terapéutica le atribuyen la producción de daños graves, y es principalmente sobre esta base que construyen sus propuestas. Esos grupos sostienen también que la práctica no conlleva ningún beneficio, o bien que éstos recién se manifestarían más adelante en la vida de los niños, cuando ellos ya podrían tomar una decisión autónoma al respecto. Es decir, quienes argumentan a favor de la criminalización de la circuncisión afirman la existencia de una serie de daños asociados a ella y, a la vez, niegan que produzca beneficios relevantes durante la niñez y adolescencia.

Por otra parte, en el año 2012, la *American Academy of Pediatrics* publicó un informe en el que llegó a la conclusión de que los beneficios para la salud de la circuncisión masculina de los recién nacidos superan a los riesgos y justifican el acceso a este procedimiento para las familias que eligen practicarlo (AMERICAN

---

<sup>34</sup> Sobre el concepto y la relevancia del principio en las teorías de la criminalización, me remito a lo expuesto en la introducción.

ACADEMY OF PEDIATRICS, 2012: p. 585-586). Sin embargo, lejos de zanjar las discusiones existentes, este informe fue blanco de críticas, tanto por parte de los grupos intactivistas, quienes lo califican de sesgado y carente de sustento científico, como también de algunos grupos que apoyan la práctica, quienes consideran que, debido a sus comprobados beneficios para la salud de los niños, debió haber sido recomendada su realización, como parte del deber general de prevención de enfermedades que forma parte del juramento hipocrático (MORRIS *et. al.*, 2017: p. 654).

Uno de los primeros autores en atribuir un “*sesgo cultural*” al informe fue SVOBODA, miembro y fundador de la organización “*Attorneys for the rights of the Child*”, cuyo objeto es garantizar el derecho a la integridad física de los niños en contra de “*cortes genitales innecesarios*”<sup>35</sup>. SVOBODA y VAN HOWE (2017, p. 438) hicieron notar que otras asociaciones médicas ubicadas en países en los que la circuncisión no es una práctica difundida (específicamente, Canadá, Australia y el Reino Unido), se oponen a ese procedimiento y lo desalientan. Posteriormente, en idéntico sentido, EARP y SHAW (2017, p. 17) señalaron que, independientemente de si la circuncisión constituye un daño, un grupo de hombres circuncisos o que circuncidaron a sus niños será más proclive a interpretarla como un beneficio, pues concluir que se trata de un daño los llevaría a afirmar que ellos mismos o sus hijos han sufrido un daño irreversible, que – además– ha sido causado conscientemente por sus padres.

En respuesta a las críticas recibidas, los autores del informe negaron que su opinión pudiera considerarse sesgada a favor de la circuncisión por provenir de Estados Unidos (TASK FORCE ON CIRCUMCISION, 2013: p. 801). Tomando en cuenta que aproximadamente el 50% de los hombres estadounidenses está circuncidado, la cultura en ese país es probablemente más neutral hacia la práctica que la de países como los citados por los críticos, en los que se trata de un procedimiento muy minoritario. Sobre esa base, aseguraron que, si los sesgos afectan el análisis de la evidencia médica, entonces los propios críticos

---

<sup>35</sup> Ver el sitio web oficial en <https://www.arclaw.org/> (consultado el 5 de junio de 2022). En su presentación, también afirman “*No se debe permitir que nuestra propia ceguera cultural deforme la legislación estadounidense, eximiendo de responsabilidad a los autores de la circuncisión (...). Comprendiendo el daño médico y psicológico causado por la circuncisión y posicionándonos para reforzar los derechos humanos y garantías de integridad física y autodeterminación, podemos trabajar por el interés superior de los niños (...).*”

deben reconocer el que surge de su fuerte oposición a la circuncisión infantil. Otros autores destacaron la sólida evidencia que sustenta las conclusiones del informe, frente a las críticas apoyadas en fuentes cuestionables (MORRIS *et. al.*, 2013: p. 5).

En 2014, los *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos<sup>36</sup> publicaron una serie de recomendaciones acerca de la circuncisión infantil, destinada a proveedores médicos que tuvieran que informar a padres sobre la práctica (CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2014). Allí, luego de una revisión de la evidencia disponible, se concluyó que “*los beneficios médicos de la circuncisión masculina de recién nacidos superan a los riesgos y los beneficios de la circuncisión masculina de recién nacidos justifican el acceso al procedimiento para las familias que lo elijan.*” Dicho informe también fue calificado de sesgado por parte de los opositores a la circuncisión infantil, específicamente por un asesor de la organización “*Attorneys for the Rights of the Child*”, ADLER (2016). Él criticó que los autores del informe no hayan expuesto sus condiciones que pudieran dar lugar a sesgos y recordó las objeciones que había recibido el informe de la *American Academy of Pediatrics* (p. 249). Sin embargo, su trabajo fue criticado por no dar cuenta de sus propios sesgos, sobre todo frente al hecho de que las recomendaciones de los CDC podrían obstaculizar el éxito de las demandas presentadas por la organización a la que aquél está relacionado (RIVIN *et. al.*, 2016: p. 290).

Las advertencias sobre los sesgos, como vemos, son recíprocas entre los autores que están a favor y en contra de la circuncisión masculina infantil. En este contexto, es preciso relevar, al menos brevemente –y considerando las limitaciones razonables en virtud de la índole de este trabajo–, cuáles son los principales perjuicios y beneficios asociados a la circuncisión masculina infantil según la bibliografía especializada. Mostraré que existe un desacuerdo que no puede ser resuelto en este trabajo, pues académicos con posturas diametralmente opuestas invocan a su favor evidencia médica. No obstante, este

---

<sup>36</sup> Los CDC son una agencia gubernamental de los Estados Unidos y están organizados en distintas oficinas, que a su vez incluyen centros especializados. El informe aquí referido fue preparado por la División de Prevención del HIV. El sitio web oficial (<https://www.cdc.gov/>) incluye un cuadro organizativo con más información accesible en: <https://www.cdc.gov/about/pdf/organization/cdc-org-chart.pdf> (consultado el 4 de junio de 2022).

repasso me permitirá presentar algunas cuestiones que serán de gran relevancia para la discusión sobre la criminalización de la circuncisión.

#### a1) Perjuicios asociados a la circuncisión masculina infantil.

El principal perjuicio atribuido a la circuncisión masculina infantil es el riesgo de complicaciones durante la intervención y de sufrir efectos adversos, que pueden consistir en lesiones en el cuerpo o incluso la muerte del niño. En segundo término, se menciona el dolor que experimenta el paciente, asociado en algunas fuentes a trastornos psicológicos como estrés postraumático. Finalmente, se plantea que la circuncisión reduce la sensación de placer sexual masculino. Sin embargo, otros trabajos muestran una contradicción entre estas afirmaciones y la evidencia médica.

Las complicaciones y efectos adversos más graves que generalmente se invocan son la probabilidad de que el niño sufra hemorragias, de que se infecte su cicatriz, de que se deforme o se pierda su pene y, por último, la muerte como consecuencia de la circuncisión (ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: pp. 206-209; ADLER, 2016: p. 242). Sin embargo, diversas fuentes asocian las complicaciones y la totalidad de los efectos adversos graves a la falta de experiencia de los proveedores médicos o a la realización del procedimiento en condiciones inadecuadas o sin control médico (RIVIN *et. al.*, 2016: p. 271; MORRIS *et. al.*, 2019: p. 267; LEIRO y BERMEJO, 2012: p. 410).

Por otra parte, una cantidad considerable de muertes ha sido relacionada con la ya referida práctica de *metzitzah b'peh*<sup>37</sup>, que ha sido ampliamente rechazada por ser un factor de expansión de enfermedades de transmisión sexual, frecuentemente del virus del herpes simple tipo 1 (HSV-1), y que no constituye un procedimiento acorde con las reglas del arte médico (RIVIN *et. al.*, 2016: p. 272; ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: p. 209). Es decir, se trata de consecuencias también atribuibles a la falta de condiciones apropiadas para la práctica.

---

<sup>37</sup> Sobre la naturaleza de la práctica y la discusión producida a su respecto, especialmente en Estados Unidos, remito a la introducción.

Teniendo ello en cuenta, de acuerdo con el informe producido por los CDC<sup>38</sup>, las probabilidades de que el paciente sufra complicaciones severas cuando la práctica se realiza en niños menores de un mes es de 0,2%; de 0,4% cuando son menores de un año, y de 5 a 9% cuando se trata de niños mayores de un año (CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2014: p. 9; RIVIN *et. al.*, 2016: p. 272). Otros autores citan algunos datos reveladores: ninguna muerte fue registrada entre los 100.157 niños circuncidados en hospitales del Ejército de los Estados Unidos entre 1980 y 1985, además, en los casos en que hubo correlación entre el número de circuncisiones y el número de muertes, éstas ocurrieron en niños con significativas comorbilidades como desórdenes circulatorios o cardíacos (MORRIS *et. al.*, 2019: p. 267). Según el informe producido en 2010 por la Organización Mundial de la Salud, del relevamiento de 16 estudios sobre los efectos adversos de la circuncisión masculina producida sobre recién nacidos y niños pequeños, el valor medio de frecuencia de efectos adversos en general fue de 1,5%, mientras que respecto de consecuencias serias fue de 0%; en todos los casos, se destaca que la mayor proporción de efectos adversos se dio cuando la circuncisión no fue realizada por médicos (WHO, 2010: p. 36).

El dolor que experimentan los niños durante el procedimiento es otro de los factores a considerar. Algunos críticos de la circuncisión afirman que comúnmente se niega que los niños puedan percibir el dolor, y se ha rastreado hasta Maimónides la creencia de que aquéllos sufren menos dolor que los adultos (ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: p. 194). Destacan, asimismo, que la mayor parte de los procedimientos son llevados a cabo sin anestesia (ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: p. 200), ya sea como consecuencia de suscribir la mencionada opinión o bien por una supuesta creencia religiosa en que el dolor forma parte del sacrificio de la circuncisión y, por ello, debe ser soportado (ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: p. 200).

En el informe de la Organización Mundial de la Salud se analizó el uso de anestesia durante el procedimiento y se observó que varía de acuerdo con las regiones y la índole de las prácticas: mientras en Estados Unidos el uso de anestesia es prácticamente generalizado, cuando se realiza la circuncisión

---

<sup>38</sup> Como aclaré anteriormente, se trata de los *Centers for Disease Control and Prevention* del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos.

predominantemente con fines religiosos, su uso es menos extendido. En dicho informe se recomendó la aplicación de anestesia local para circuncisiones realizadas sobre recién nacidos y sobre niños, como así también se señaló la necesidad de mejorar el entrenamiento de los efectores médicos sobre el uso de la anestesia (WHO, 2010: p. 56). También los documentos ya referidos de la AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS (2012: p. 585) y los CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2014: p. 9) destacan la necesidad del uso de anestesia durante la circuncisión.

Dos estudios analíticos de la evidencia disponible sobre esta cuestión muestran que el dolor puede ser prácticamente eliminado mediante la aplicación de cremas anestésicas una hora antes del procedimiento (MORRIS *et. al.*, 2019: p. 268; RIVIN *et. al.*, 2016: p. 273). Este hecho no es discutido por ALDEEB ABU-SAHLIEH, quien, sin embargo, afirma que la anestesia debería ser considerada como un paso previo a la “*abolición de la circuncisión*”. En un paralelismo con la esclavitud, afirma que preservar la práctica de la circuncisión con anestesia es equivalente a mantener la esclavitud con una cláusula de buen trato a los esclavos (2012: p. 201). Este argumento no resulta convincente, puesto que en el caso de la esclavitud es la condición en sí misma la que afecta la dignidad del hombre, mientras que en la circuncisión el dolor (que se invoca como daño) es cancelado por la aplicación de la anestesia.

Finalmente, se asocia a la circuncisión un menor disfrute de las relaciones sexuales por parte del hombre, o bien, por parte de su pareja en relaciones heterosexuales. Al respecto, ALDEEB ABU-SAHLIEH cita nuevamente a Maimónides cuando afirma que “*es difícil para una mujer que ha tenido relaciones sexuales con un hombre no circuncidado separarse de él*” (2012: p. 218). Ello podría ser consecuencia de una relación entre la circuncisión masculina y problemas de eyaculación precoz, aunque el propio autor reconoce que no existe evidencia científica que respalde esa hipótesis (2012: p. 218). Asimismo, la relación entre la circuncisión y la satisfacción de la pareja sexual parece depender de otros factores muy variables, asociados con las preferencias íntimas de cada persona. Por ejemplo, en Estados Unidos, donde la circuncisión está muy extendida incluso entre personas no religiosas, existe una preferencia entre las mujeres por los hombres circuncisos, por lo que tener un “*pene intacto*”

podría ser una desventaja a la hora de encontrar y mantener una pareja (MUNZER, 2018: p, 53).

Por otra parte, es frecuente encontrar fuentes que relatan que los hombres que han sido circuncidados aseguran que su placer sexual ha disminuido como consecuencia de la práctica (MCDONALD, 2004: p. 8; ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: p. 217). Ello se sustenta afirmando, o bien que el placer sexual proviene de las terminales nerviosas ubicadas en el prepucio, o bien que proviene de las terminales ubicadas en el glande, que pierde progresivamente su sensibilidad al quedar expuesto por la pérdida del prepucio (ALDEEB ABU-SAHLIEH, 2012: p. 215; SVOBODA *et. al.*, 2013: p. 436). En la misma dirección, ADLER afirma que la remoción del prepucio impide el funcionamiento normal del pene, a través del movimiento hacia arriba y hacia abajo del prepucio sobre el glande, lo que obstaculiza la satisfacción sexual (2016: p. 245).

MORRIS *et. al.* citan un estudio efectuado sobre 19.542 hombres no circuncidados y 20.931 hombres circuncidados, que determinó que la circuncisión masculina no generaba efectos adversos en el funcionamiento sexual, ya sea en la función eréctil, la eyaculación precoz ni dificultades para llegar al orgasmo (2019: p. 269). A la misma conclusión llegan LEIRO y BERMEJO (2012: p. 410). Por otra parte, numerosos estudios médicos han mostrado que el prepucio no tiene un rol significativo en la sensación de placer sexual<sup>39</sup> (RIVIN *et. al.*, 2016: p. 274).

Hasta aquí hemos examinado la evidencia disponible acerca de los tres principales efectos adversos relacionados con la circuncisión masculina infantil. Este examen revela que la ciencia médica no apoya en forma unánime ninguna de las premisas sostenidas por los grupos intactivistas: la circuncisión infantil, realizada de acuerdo con la práctica médica, no está inequívocamente asociada con riesgos serios elevados para el niño, ni con la producción de dolor, ni con una disminución del placer sexual. Si bien algunos autores citan evidencia que

---

<sup>39</sup> En cuanto al “*funcionamiento normal del pene*”, el argumento que se opone a la circuncisión tiene una importante dificultad: también permitiría argumentar contra el uso del condón, que impide el movimiento del prepucio hacia abajo y hacia arriba durante el coito. Aunque la fuerza de esta objeción es discutible, pues el uso de condón posee beneficios generalmente reconocidos, contribuye a demostrar que no cualquier desventaja asociada a la circuncisión constituye un argumento definitivo en favor de la legitimidad de su criminalización.

sugiere que podrían existir consecuencias adversas de la práctica, otros estudios lo niegan enfáticamente.

Debe recordarse, por último, que la circuncisión es una práctica riesgosa y dolorosa cuando se realiza sobre varones adultos, ya que requiere anestesia general y sutura de la herida; luego del acto quirúrgico, las relaciones sexuales y las erecciones nocturnas pueden ser dolorosas; asimismo, el tiempo de reposo que requiere puede acarrear efectos perjudiciales sobre los estudios y el trabajo, implica abstenerse de mantener relaciones sexuales por al menos seis semanas o hasta la curación total de la herida, que, además, dejará una cicatriz visible – lo que no ocurre cuando la circuncisión se practica durante la niñez– (LEIRO y BERMEJO, 2012: p. 410; MUNZER, 2018: p. 46; MORRIS *et. al.*, 2013: p. 2; MORRIS *et. al.*, 2019: p. 274; WHO, 2010: p. 15). De acuerdo con el informe de los CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2014: p. 8), la circuncisión infantil es “*más segura, menos costosa y sana más rápido*” que la practicada sobre adolescentes o adultos.

#### a2) Beneficios asociados a la circuncisión masculina infantil.

Pero no solo se discute que la circuncisión pueda ser calificada de perjudicial para la salud del niño por la falta de efectos adversos. Además, se señalan beneficios concretos, algunos de los cuales se manifiestan o se gozan a partir de la adolescencia (especialmente, los relacionados con las menores probabilidades de contraer una enfermedad de transmisión sexual), mientras que otros son especialmente relevantes durante la niñez. En términos generales, los beneficios de la circuncisión están vinculados con la prevención de enfermedades, principalmente las infecciones del tracto urinario, enfermedades de transmisión sexual y el cáncer de pene. Los opositores de la práctica o bien cuestionan la evidencia en que se fundan esas aseveraciones, o bien afirman que los beneficios no justifican los riesgos a los que se somete al niño.

Las infecciones de tracto urinario son muy comunes y perjudiciales para los niños pequeños. Los CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2014: p. 7) consideran que aproximadamente el 7% de los niños que se presentan con fiebre en una guardia de hospital tienen esta condición, incluyendo un 20% de los niños sin circuncisión y un 2% de los niños circuncidados. Ello coincide con los datos de otras fuentes que revelan que las infecciones del tracto urinario

ocurren 10 veces menos en varones circuncidados<sup>40</sup> (MORRIS *et. al.*, 2019: p. 265).

ALDEEB ABU-SAHLIEH afirma, sin citar ninguna fuente, que la incidencia de las infecciones de tracto urinario no varía por la circuncisión y que, si lo hiciera, debería ser más común en hombres circuncisos, pues el prepucio protegería el glande de entrar en contacto con la orina y excrementos (2012: p. 258). ADLER, por su parte, sostiene que las infecciones de tracto urinario pueden ser fácilmente tratadas con antibióticos orales (2016: p. 249).

Sin embargo, se ha observado que el primer año de vida es en el que el hombre corre un mayor riesgo de contraer infecciones de tracto urinario (RIVIN *et. al.*, 2016: p. 277) y a ello se suma que, en ese momento, el cuerpo del niño no está preparado para recibir y absorber antibióticos orales, por lo que un cuadro infeccioso puede requerir hospitalización para suministrar antibióticos por vía intravenosa (MORRIS *et. al.*, 2019: p. 265). Asimismo, cuando las infecciones son difíciles de tratar por las características de la bacteria, cuando no son diagnosticadas o cuando permanecen sin tratar, pueden derivar en sepsis y enfermedades renales<sup>41</sup> (CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2014: p. 7; MORRIS *et. al.*, 2019: p. 265; PINZÓN-FERNÁNDEZ *et. al.*, 2018: p. 394). Las observaciones de ALDEEB ABU-SAHLIEH no contemplan que el prepucio también

---

<sup>40</sup> En España, un estudio realizado en centros pediátricos de urgencia, sobre un total de 1675 pacientes, arrojó como resultado que un 32,9% de los lactantes febriles menores de 6 meses y un 19,3% de los lactantes febriles menores de 12 meses fueron diagnosticados con infección de tracto urinario. Ese porcentaje fue mayor en el grupo de varones menores de 3 años: se diagnosticó esta infección en el 43% de los casos (GONZÁLEZ *et. al.*: 2019). Ese estudio, a su vez, menciona otros en los que la fiebre alta y la ausencia de circuncisión se presentan como factores de riesgo significativos para el desarrollo de infecciones del tracto urinario, con un impacto mayor en niños pequeños. Por ello, las autoras del estudio destacan que, aunque no documentaron el estado de circuncisión, “*debido a factores culturales la mayoría de la población que atendemos no está circuncidada, lo que podría explicar la alta prevalencia puntual registrada en niños menores de 2 años varones.*”

<sup>41</sup> Si bien no hay estadísticas sobre la frecuencia de estas complicaciones, múltiples publicaciones médicas se refieren al riesgo de enfermedades renales como consecuencia de las infecciones de tracto urinario. Se ha señalado que una infección complicada puede causar una infección bacteriana intersticial renal localizada, llamada también nefronía lobar aguda. A su vez, ésta puede progresar hacia un absceso renal de no recibir tratamiento adecuado. Un absceso renal es una complicación potencialmente grave, cuyo diagnóstico es muy complicado y, sin embargo, es esencial para minimizar el daño renal residual. El 91% de los pacientes diagnosticados con absceso renal presentan una cicatriz renal en el lugar del absceso a los 6 a 12 meses de haber finalizado el tratamiento antibiótico (CISNEROS MALLCCO, 2015: p. 49). En general, se reconoce la necesidad de un tratamiento temprano de la infección para prevenir la producción de daño renal permanente, sin embargo, el diagnóstico no es fácil de lograr debido a que los síntomas más frecuentes son comunes a otras enfermedades, siendo el principal de ellos un cuadro de fiebre mayor a 38° sin otra causa obvia de infección.

puede dificultar la limpieza del pene, por lo que la relación no resulta tan lineal como pretende.

En cuanto a los beneficios que la circuncisión produce a futuro en la vida del niño, se destacan la prevención del cáncer de pene y las enfermedades de transmisión sexual. El informe de los CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2014: p. 8) y el reporte de la AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS (2012: p. 585) presentan estos beneficios.

LEIRO y BERMEJO explican el mecanismo por el que la presencia del prepucio facilita el contagio de HIV, en términos que por su precisión es conveniente reproducir aquí: *“el prepucio sirve como puerta de entrada para la infección por HIV. La mucosa interna de éste está menos queratinizada que la superficie externa y tiene mayor densidad de células de Langerhans, linfocitos T CD4 y macrófagos, células blanco para la infección por el virus. Esta mucosa ha demostrado en estudios de laboratorio ser más susceptible a la infección por HIV que la mucosa cervical. Durante el coito, el prepucio se retrae desde el glande en el pene erecto y queda expuesta la mucosa interna a los fluidos corporales sexuales y potencialmente el HIV. El microambiente formado en el saco entre el prepucio y el glande favorece la supervivencia del virus, además de la replicación de otros virus –como el papiloma virus humano (HPV) y el herpes virus 2 (HSV 2)– y, consecuentemente, la infección epitelial. (...) Luego de la circuncisión, la queratinización secundaria a la cicatriz quirúrgica reduce el riesgo de infección epitelial.”* (LEIRO y BERMEJO, 2012: p. 410).

El informe de la OMS refiere estudios que han mostrado que la circuncisión reduce el riesgo de la infección de HIV en hombres heterosexuales en un 50 a 60% (WHO, 2010: p. 54). Es preciso destacar que los estudios muestran los resultados de una política sanitaria que involucra múltiples estrategias, incluidos hábitos sexuales como el uso de preservativos, el uso de medicamentos antiretrovirales y circuncisión masculina voluntaria. Por ejemplo, en un estudio realizado en el distrito de Rakai, Uganda, se concluyó que los hombres circuncidados se beneficiaron en mayor medida (es decir, sus tasas de contagio de HIV fueron menores) que los no circuncidados frente a esta estrategia combinada (GRABOWSKI *et. al.*, 2017). Estrategias similares se han aplicado en otros países del África Subsahariana, con resultados muy positivos (MORRIS *et. al.*, 2019: p. 271).

Con respecto al cáncer de pene, se ha objetado su baja frecuencia y la facilidad de prevenirlo con una higiene adecuada (ADLER, 2016: p. 249). Sin embargo, se trata de una enfermedad grave, que frecuentemente requiere la remoción quirúrgica parcial del pene, que puede resultar incurable y que, en una alta proporción de casos, se origina en el prepucio, por lo que su remoción temprana prácticamente elimina la posibilidad de sufrir la enfermedad (MORRIS *et. al.*, 2019: p. 275; MENG *et. al.*, 2012: p. 1). Otras fuentes enumeran entre los factores de riesgo para el cáncer de pene la fimosis (estrechez de la abertura del prepucio que impide descubrir el glande) y el esmegma (acumulación de células de piel muerta y sebo natural que se forma alrededor del glande), que son propios de penes incircuncisos.

Como hemos visto hasta aquí, la circuncisión es un procedimiento que no puede ser calificado de perjudicial para la salud del niño sin una cuidadosa reflexión; hacerlo intuitivamente sería osado. Si bien consiste en la extracción de su prepucio, se trata de una parte del cuerpo que favorece el desarrollo de enfermedades como infecciones de tracto urinario –y sus complicaciones potenciales– y cáncer de pene, y cuya ausencia permitirá que, más adelante en su vida, el niño tenga menos riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual. Por otra parte, los riesgos de la cirugía son menores si se la realiza en condiciones higiénicas y por parte de un profesional capacitado, sus efectos adversos son muy infrecuentes y el dolor puede desaparecer con la aplicación de una crema anestésica previo al procedimiento.

Así, pues, el análisis de la evidencia disponible no permite llegar a un juicio definitivo: quienes se oponen a la circuncisión otorgan preeminencia a los posibles riesgos, mientras que quienes la apoyan dan más peso a la prevención de enfermedades como consecuencia del procedimiento. Ello demuestra, en todo caso, que los estudios y la discusión en el ámbito de la disciplina médica no nos permiten alcanzar una conclusión sobre el balance puramente beneficioso o perjudicial de la práctica. Como intervención médica, conlleva beneficios importantes, pero también acarrea riesgos, aunque en las condiciones adecuadas, éstos sean mínimos.

## b) Daño a la libertad.

Frente a la falta de acuerdo con respecto a los perjuicios y beneficios que derivan de la circuncisión masculina infantil, los defensores de su criminalización se centran en sus efectos sobre la libertad, ya que el niño, en términos generales, no puede dar su consentimiento a la intervención, especialmente cuando ésta se realiza en los primeros días de su vida. En ese sentido, se postula que el varón que ha pasado por una circuncisión no fue libre para decidir sobre la forma de su cuerpo.

Ello se desprende del informe de un grupo de profesionales y profesores de distintas disciplinas –algunos de ellos, vinculados a organizaciones intactivistas–, volcado en un artículo que expone las conclusiones alcanzadas al respecto en la “Tercera Convención Internacional de Expertos en Mutilación Genital Femenina”, organizada en Bélgica en 2019. (THE BRUSSELS COLLABORATION ON BODILY INTEGRITY, 2019). Ellos afirman que no es correcto efectuar un balance de beneficios y perjuicios de una práctica médica no consentida en reemplazo del paciente (p. 17). Lo relevante, más allá de si con ella se causa un perjuicio a la salud, es la violación que implican al derecho de la persona de decidir sobre su propio cuerpo (p. 18).

Para comprender de qué manera una intervención médica que podría resultar en un balance beneficioso para la salud del paciente puede representar un daño, es útil referirse a dos paradigmas opuestos en la práctica médica: el de la promoción de la salud y el de la autonomía del paciente (en profundidad, GRECO y SIQUEIRA, 2017: p. 643 a 649). Sintéticamente, en el paradigma de la promoción de la salud, al médico se le reconoce un derecho de tratar, legitimado a partir de la superioridad de su conocimiento respecto al del paciente. En razón de su saber específico, se juzga que solo el médico puede efectuar un juicio sobre cuál es el mejor tratamiento para el paciente y actuar en consecuencia. Si bien durante muchos años se trató de la visión imperante, a partir de diversos cambios culturales y tecnológicos ha sido progresivamente reemplazada por el paradigma de la autonomía del paciente<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, BEAUCHAMP y CHILDRESS (2019: p. 108 y ss.) se refieren al “*triunfo de la autonomía*” en la bioética norteamericana. Según ellos, el principio del respeto por la autonomía da apoyo a ciertas reglas básicas, entre ellas, la que exige obtener el consentimiento informado para realizar intervenciones en pacientes. Afirman que este rol destacado deriva de los horripilantes experimentos médicos expuestos en los juicios de Nuremberg, aunque el término

El principio central que rige la práctica de la medicina en el segundo paradigma es el de la autonomía del paciente, que no es más que una aplicación al ámbito sanitario del principio de autonomía personal, es decir, de la facultad de toda persona humana para autodeterminarse (MAYER LUX, 2011: p. 373). Ella implica que el paciente pueda llevar a cabo su propia jerarquización de valores y actuar en consecuencia, y así, por ejemplo, decidir que, en su propia concepción, hay bienes que son más importantes que la salud, y sobre esa base rechazar un tratamiento médico, incluso sin expresar los motivos para ello. Cobra relevancia en este ámbito el consentimiento del paciente, pues, en lugar de reconocer un “derecho a tratar” en cabeza del médico, se requiere un consentimiento (libre e informado, es decir, previa explicación de todos los aspectos relevantes de la práctica a realizar) a modo de autorización para el actuar del médico.

A partir de estas nociones, podemos concluir que un daño relevante producido por la circuncisión masculina infantil, independientemente de que su balance resulte positivo o negativo para la salud física del niño, es el que se produce sobre su autonomía, pues su cuerpo es modificado sin su consentimiento. En este punto, las características de esta clase de conductas la acercan a las intervenciones médicas no consentidas por el paciente<sup>43</sup>. De hecho, como expuso recientemente DÍAS, la concepción actualmente predominante en Alemania acerca de la relevancia jurídico penal de las intervenciones médicas es la que él llama “solución de la justificación”, según la que ellas están alcanzadas por el delito de lesiones corporales y, eventualmente, justificadas por el consentimiento del paciente (2021: p. 7). Esta interpretación se sostiene, precisamente, por resultar la más coherente con el principio de autonomía del paciente<sup>44</sup> (DÍAS, 2021: p. 27; HILGENDORF, 2020: p. 15).

---

“consentimiento informado” no habría surgido sino hasta una década luego de tales juicios, y su estudio pormenorizado se desarrolló a partir de 1970.

<sup>43</sup> Para un tratamiento específico sobre esta cuestión, pueden consultarse DÍAS, 2021; HILGENDORF, 2020: p. 13 y ss., y PUPPE, 2007.

<sup>44</sup> Sin embargo, como ha reconocido HILGENDORF, tendría sentido afirmar que las intervenciones médicas curativas deben ser alcanzadas por un tipo penal autónomo, para dar cuenta de que ellas no afectan a la salud, como lo hacen las lesiones corporales, sino que afectan un aspecto de la libertad, precisamente, la autonomía en materia sanitaria (2020, p. 15). En contra: PUPPE (2007: p. 3), para quien un hipotético tipo penal de “intervención médica curativa no autorizada” sería una modalidad del delito de lesiones, cuyo objetivo sería excluir al ejercicio de la medicina de las agravantes previstas para aquel delito.

La particularidad que presentan los casos de circuncisión masculina infantil es que el paciente no está en condiciones de prestar su consentimiento informado a la intervención. Para intervenciones médicas sobre niños y adolescentes, los ordenamientos jurídicos suelen permitir que los padres u otro representante legal den su consentimiento, si se cumplen ciertos presupuestos, por ejemplo, que esa intervención le cause beneficios a largo plazo (como la ortodoncia) o que no pueda ser aplazada en función de la salud del niño (como el tratamiento de caries). En esos casos, se considera que se trata de una clase de conductas que no debe ser criminalizada, de allí que se reconozca una causa de justificación independiente de la incapacidad de obtener el consentimiento informado del paciente.

El desarrollo anterior nos muestra que la circuncisión masculina infantil debe ser evaluada en función del límite que impone a la autonomía de los niños para decidir sobre su propio cuerpo. Es claro que un ser humano a los pocos días de vida no está en condiciones de informarse ni decidir sobre la posibilidad de ser sometido a la práctica de la circuncisión, y que incluso durante la niñez es dudoso que pueda hacerlo libremente, más allá de lo que establezcan al respecto los distintos sistemas jurídicos<sup>45</sup>.

Pero, como expuse en la introducción, incluso una conducta que causara un daño podría no alcanzar el estándar exigible para la criminalización si ella no fuese moralmente incorrecta. Es decir, a pesar de que hayamos identificado un daño provocado por la conducta (en este caso, a la autonomía del paciente), debemos examinar aún si, por alguna otra razón, ella es una acción moralmente correcta cuando es requerida o consentida por los padres o tutores del niño en función de sus creencias religiosas. En el siguiente capítulo analizaremos esta cuestión.

---

<sup>45</sup> En Argentina, el Código Civil y Comercial (accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> consultado el 5 de junio de 2022) regula la responsabilidad parental en función de la autonomía progresiva del niño, por lo que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores respecto de sus hijos (cf. art. 639). Esa disposición debe leerse en forma conjunta con el art. 26, que determina que, a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo y que, entre los trece y los dieciséis años, puede decidir respecto de los tratamientos que no resulten invasivos. No obstante, estas normas no resuelven el problema de la circuncisión infantil, pues ellas se realizan, como hemos visto en la introducción, o bien en los días posteriores al nacimiento o, generalmente, antes de alcanzada la pubertad.

### III. ¿La circuncisión es moralmente incorrecta?

He señalado ya que no toda conducta que causa un daño es moralmente incorrecta. La constatación de que una clase de conductas causa un daño puede hablar en favor de su incorrección moral *prima facie*, que deberá ser ponderada con otras razones que podrían tornarla moralmente justificada. Por ello, en los siguientes apartados expondré el argumento central que, a mi criterio, conduce a la justificación de la circuncisión masculina infantil realizada por motivos religiosos y, luego, discutiré los argumentos más importantes que podrían oponérsele.

Este estudio me permitirá concluir que la circuncisión masculina infantil, a pesar de que limite la autonomía del niño en el sentido expuesto en el apartado anterior, es una conducta moralmente justificada.

#### a) La justificación moral de la circuncisión masculina infantil por motivos religiosos.

Conviene detenerse nuevamente aquí en la delimitación de la clase de conductas que considero en este trabajo. Se trata de la práctica de una circuncisión sobre un niño, consentida o requerida por sus progenitores o tutores por motivos religiosos. En el capítulo II, he concluido que una intervención médica no autorizada por el paciente constituye un daño a la autonomía, pues lesiona el interés del niño de tomar las decisiones que afecten su propio cuerpo. Sin embargo, es claro que ello no se sostiene del mismo modo respecto de un niño que de un adulto, o de quien ha alcanzado la madurez necesaria para tomar sus propias decisiones.

Ello podemos comprobarlo volviendo la atención hacia la vacunación de niños. Generalmente, ella es autorizada por los responsables del niño sin su consentimiento y, al menos durante los primeros años de vida, sin que él pueda desarrollar un criterio propio sobre la conveniencia de vacunarse. Esperar a que el niño esté en condiciones de elaborar un juicio sobre esta cuestión resultaría muy inconveniente para él y para su comunidad. Por ello, entendemos que los padres están facultados para decidir sobre la vacunación de sus hijos, aunque no se trate de una urgencia médica.

No asumiríamos la misma posición si fueran los padres de un joven adulto quienes pretendieran vacunarlo sin su consentimiento. La diferencia reside en el

grado de autodeterminación que corresponde a niños y adultos, lo que constituye un dato fáctico derivado de su diferente grado de desarrollo (MAZOR, 2013: p. 422, BELOFF y KIERSZENBAUM, 2021: p. 333). Respecto de los niños, sus responsables tienen cierto poder de determinación que abarca, al menos, la posibilidad de vacunarlos. Pero esas facultades no están limitadas al ámbito sanitario: también los padres o guardadores pueden, dentro de ciertos límites, castigar a sus hijos si se niegan a estudiar matemáticas, historia antigua o análisis sintáctico (MAZOR, 2013: p. 422). Si los niños pequeños tuvieran un derecho a “*ser dejados solos*” al momento de tomar decisiones como vacunarse o estudiar matemáticas, probablemente tomarían una decisión perjudicial para ellos mismos, porque no cuentan con las herramientas necesarias para tomar esa decisión ni tampoco es posible dotarlos de ellas en el estadio de desarrollo en que se encuentran. En este contexto, aparece la figura de los padres –o, en su ausencia, otros adultos a cargo del cuidado del niño– como los responsables primarios de la educación y crianza de sus hijos, y en ese rol les corresponde tomar decisiones en su lugar (BENATAR y BENATAR, 2003: p. 37).

Ahora bien, las facultades de los padres no son ilimitadas. Se ha dicho que, para evaluar una intervención sobre la autonomía de los niños, deben tenerse en cuenta tres factores: su naturaleza, los beneficios esperados y la prohibición de castigos crueles, excesivos o humillantes (FATEH-MOGHADAM, 2012: p. 1139). El segundo criterio resulta de particular interés para el objeto de este trabajo. Así, por ejemplo, los padres o guardianes de un niño no pueden castigarlo con el único objetivo de hacerlo sufrir. En cambio, pueden hacerlo si procuran que haga su tarea de matemáticas o que coma vegetales. Es decir: en este asunto, los motivos importan. La conducta, para estar moralmente justificada, debe tener en miras el interés del niño.

Si volvemos la mirada a la circuncisión masculina, la discusión sobre el interés del niño ha estado circunscripta a los beneficios o perjuicios *médicos* asociados a esa intervención. Pero, como he mostrado en el apartado anterior, la evidencia médica no permite alcanzar conclusiones determinantes al respecto. Si se pretende justificar la intervención de manera respetuosa de la autonomía del niño y prescindiendo de los beneficios para su salud que sus defensores generalmente asocian a la circuncisión, entonces es necesario examinar el objetivo que persiguen sus padres.

La circuncisión, como he desarrollado anteriormente, es considerada en el judaísmo y en el islam un rito de iniciación, que marca la inclusión de los niños en sus comunidades religiosas, a pocos días de su nacimiento –en el primer caso–, o bien, antes de alcanzar la pubertad –en el segundo–. En este contexto, constituye un rito de suma relevancia para la identidad de las comunidades y para la participación de cada individuo en su grupo de pertenencia. A ello se suma la percepción de estar cumpliendo un mandato divino que recae, en primer término, sobre los padres que circuncidan a sus hijos y, luego –cuando toma consciencia del significado– sobre el propio hombre circuncidado.

Cobra relevancia entonces el interés de los niños en participar de la vida cultural dentro de sus comunidades, que da fundamento a su vez al derecho de sus padres a educarlos en sus propias creencias religiosas. Ello ha llevado a afirmar que los niños que nacen en comunidades que practican la circuncisión tienen un derecho a ser circuncidados (FREEMAN, 1999: p. 77). Teniendo en consideración tales intereses, entendemos que el hecho de que los padres que hacen circuncidar a su hijo tengan en miras su integración en la comunidad cultural a la que pertenece permite justificar su conducta, aunque implique una modificación del cuerpo sin el consentimiento del paciente. Esto se sostiene a partir del estudio de las características de la intervención de la que se trata, ya que sería distinto, por ejemplo, el caso de un rito de iniciación en un grupo religioso que consistiera en extraer los ojos del niño.

Para comprender este planteo, en primer término, no se le debe restar relevancia a la integración del niño en su ámbito cultural y religioso, en términos de la percepción que la comunidad tendrá sobre él y de la que él mismo tendrá sobre su pertenencia. Los ritos de iniciación son relevantes en este ámbito, aunque se pueden encontrar situaciones equivalentes también en la vida secular. Por ejemplo, en algunas sociedades es frecuente que los niños sean incentivados a participar en deportes como el *hockey* sobre hielo o el fútbol americano, que, a pesar de que involucran riesgos serios –a veces mayores que la pérdida del prepucio<sup>46</sup>– se consideran relevantes para la integración con los

---

<sup>46</sup> Al respecto, existe una discusión sobre la causalidad de los traumas cerebrales a los que se exponen los jóvenes que practican estos deportes: si son causados por la participación en el juego, por el “juego sucio” o los entrenamientos. Sin embargo, considero aquí la participación en el juego como una exposición a la trampa por parte de otros jugadores y a entrenamientos rigurosos. Sobre la evidencia disponible y la reticencia a reconocer la magnitud de este problema

pares o para desarrollar actitudes asociadas con la masculinidad (BRUSA y BARILAN, 2009: p. 476). Pues bien, la integración en una comunidad religiosa a través de la circuncisión agrega a esa versión secular de la iniciación la íntima creencia de estar cumpliendo con un mandato divino.

Ciertamente, los grupos intactivistas que rechazan la circuncisión masculina infantil no objetan del mismo modo los ritos de iniciación seculares. Sin embargo, como hemos visto en el capítulo anterior, los riesgos y consecuencias médicas asociados a la extracción del prepucio en las condiciones adecuadas pueden incluso ser más leves. Ello evidencia una contradicción en sus argumentos<sup>47</sup>.

En segundo término, si bien los grupos intactivistas afirman que los padres deberían esperar a que el niño alcance el grado de madurez necesario para poder tomar una decisión autónoma, ello implicaría, por una parte, privarlo del derecho a participar de la vida cultural en su ámbito de pertenencia durante la niñez y, por otra parte, que deba prepararse para afrontar mayores incomodidades, dolor y un riesgo más elevado de complicaciones que si hubiera sido circuncidado antes de alcanzar la pubertad. Esa fue una de las conclusiones a las que llegamos en el análisis de la evidencia médica disponible en el apartado anterior. Desarrollaré más este punto al examinar las posibles objeciones al argumento aquí presentado.

Como consecuencia de lo expuesto, los padres o tutores que deciden circuncidar a un niño por razones religiosas están garantizando su derecho a la participación en la vida cultural y religiosa en su comunidad. Además, están obrando en su interés al evitarle las molestias y los riesgos que la circuncisión involucra cuando se practica sobre mayores de edad. Se trata consecuentemente de una clase de conductas moralmente justificada.

---

por lo arraigada que está esta práctica juvenil en la sociedad norteamericana, véase BACHYNSKI y GOLDBERG (2021) y DANIEL, ROWSON y DUMA (2012)

<sup>47</sup> La evaluación moral del comportamiento de quienes proponen la prohibición de la circuncisión por pura hostilidad hacia las manifestaciones religiosas no es el objeto de este trabajo, pero sí resulta relevante la posibilidad de que el Estado se coloque en esa posición y decida, por medio del Derecho Penal, imponer cierta concepción única de bienestar a todos los niños. Allí reside una de las críticas de FATEH-MOGHADAM a la sentencia de Colonia. El autor alemán afirma que la concepción del tribunal según la cual el bienestar del niño debe ser entendido únicamente desde el punto de vista médico, obliga a que o bien todos los niños deban ser circuncidados, o bien ninguno pueda serlo. De este modo, “*el Estado se pone delante de los padres y decide como parens patriae, como padre de la patria, positiva y uniformemente si la circuncisión es lo mejor para todos los niños de la Nación o no.*” (2012: p. 1136).

Como mostraré a continuación, los argumentos que se han presentado hasta el momento para postular la inmoralidad de la conducta de los padres que circuncidan a sus hijos son consecuencia de un concepto restringido del interés del niño, que no toma en cuenta la importancia de la religión para la vida de las personas religiosas ni el derecho de los niños de tomar parte activamente, incluso durante la niñez, en la vida cultural.

#### b) El “derecho a un futuro abierto”

La primera objeción que examinaré es la que sostiene que el “derecho del niño a un futuro abierto”<sup>48</sup> se aplica al caso de la circuncisión infantil no terapéutica, de manera que resulta inmoral que los padres autoricen o requieran esta práctica sobre sus hijos. La idea central de esta objeción es que la circuncisión elimina posibilidades que ya no estarán disponibles para el niño cuando crezca y adquiera la madurez suficiente para comportarse con plena autonomía (autodeterminarse). En particular, el hecho de que la extracción del prepucio sea permanente coartaría las posibilidades de que un niño que quiera abandonar su grupo cultural de crianza pueda hacerlo sin consecuencias adversas.

Para comprender estas nociones, es preciso explicar que, de acuerdo con FEINBERG, los niños tienen una clase especial de derechos, los “*rights-in-trust*”, que deben ser resguardados para él hasta que tenga suficiente autonomía para ejercerlos (1992: p. 76). La fórmula general para referirse a esos derechos es el “derecho del niño a un futuro abierto”. Los adultos tienen un rol fundamental en el aseguramiento de este derecho: ellos deben procurar que el niño tenga la posibilidad de elegir en forma autónoma en el futuro entre distintas formas de vivir. Con ese fin, incluso, pueden limitar la libertad de elección del niño durante la crianza, cuando éste pueda con su comportamiento limitar sus opciones a futuro (FEINBERG, 1992: p. 78).

Sin embargo, en ocasiones los derechos de los padres durante la crianza de sus hijos entran en conflicto con el derecho del niño a un futuro abierto. Cuando ello ocurre, como los niños no están en condiciones de defender sus

---

<sup>48</sup> Desarrollado por Feinberg en su artículo “*The child’s right to an open future*” de 1980, aquí citado en la versión incluida en *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, obra de compilación publicada en 1992.

propios intereses, FEINBERG considera que es el Estado quien debe ocuparse de ello (1992: p. 79). En este punto, analiza algunos casos judiciales que es conveniente presentar aquí, al menos brevemente, para identificar el alcance que asigna a las posibilidades del Estado de interferir en la crianza de los hijos.

El primer caso es “State v. Garber” (197 Kan. 567, resuelto en 1966), en el que los tribunales de Kansas se opusieron a eximir a las comunidades Amish de la obligación de enviar a los niños a escuelas acreditadas ante el Estado. En estas comunidades vivían personas que procuraban permanecer aisladas del resto de la sociedad, conviviendo en zonas rurales y con autosuficiencia, para no recibir influencias externas. Su forma de vida está fundada sobre la base de fuertes convicciones religiosas de raíces protestantes. Por lo tanto, los Amish intentaban mantener a sus hijos alejados de las escuelas estatales, y en sus propias instituciones educativas se enseñaban solo los conocimientos básicos para leer y comprender la Biblia, mantener un presupuesto y realizar transacciones comerciales, cultivar los valores tradicionales y prepararse para una vida de trabajo (FEINBERG, 1992: p. 82).

En el caso, el derecho a la libertad religiosa y a decidir sobre la educación de los hijos se contraponían con los derechos de los niños Amish, a quienes se proporcionaba una educación que les cerraba de antemano la posibilidad de elegir qué hacer en su futuro. FEINBERG explica que el único futuro que podían esperar estos niños era ser un granjero Amish, pues las restantes posibilidades les eran cercenadas al excluirlos de la educación que recibían los demás adolescentes (FEINBERG, 1992: p. 82).

Tan solo seis años después de la derrota en los tribunales, la comunidad Amish tuvo un fallo favorable en el caso “Wisconsin v. Yoder”<sup>49</sup> (406 U.S. 205, resuelto en 1972), esta vez ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. En esta ocasión, los recurrentes habían sido condenados por violar la ley de escolarización obligatoria de Wisconsin, que requería la asistencia a la escuela hasta los dieciséis años. La opinión mayoritaria de la Corte, presentada por el juez Burger, entendió que enviar a los niños a la escuela hasta esa edad representaba una seria barrera para la integración de los Amish en sus comunidades religiosas (FEINBERG, 1992: p. 83) y que la educación después del

---

<sup>49</sup> Una breve reseña de este fallo en lengua castellana puede consultarse en el anexo jurisprudencial de la tesis de GULLCO (2016: p. 245/246).

octavo grado no era necesaria para la vida en una comunidad agrícola (FEINBERG, 1992: p. 84).

FEINBERG es crítico respecto de los argumentos utilizados por la mayoría del tribunal. Sin embargo, afirma que la decisión no fue equivocada. En su opinión, la diferencia entre ocho –años de escolarización de los niños Amish– y diez años de educación –lo exigido por la ley en Wisconsin– era trivial en cuanto a la posibilidad de tener un futuro abierto. Distinto hubiese sido, en su opinión (y en la de los jueces White y Brennan, quienes votaron separadamente), si la religión prohibiera totalmente la escolarización de los niños. En ese caso, o si solo se admitieran algunos pocos años de educación formal, el Estado debería intervenir para garantizar el derecho del niño a un futuro abierto (FEINBERG, 1992: p. 86).

En opinión de FEINBERG, el Estado no puede entrometerse en la crianza de los niños, so pretexto de garantizar su derecho a un futuro abierto, siempre que se cumplan estándares razonables de cuidado y de educación. De otro modo, aquél les impondría, a ellos y a sus hijos, su propia concepción del bien y sus propios valores, y ello tampoco se compadece con la autonomía del niño (FEINBERG, 1992: p. 88). Pero –esto es lo esencial para el argumento que presento en esta sección– los padres sí actuarían de forma incorrecta si disminuyeran sustancialmente las posibilidades a futuro de sus hijos.

El autor australiano DARBY propuso en un artículo de 2013 la aplicación del concepto de FEINBERG del “derecho a un futuro abierto” al caso de la circuncisión. DARBY sostiene que los padres religiosos que circuncidan a su hijo actúan en forma análoga a los padres sordos que se aseguran mediante una manipulación genética de que sus hijos también sean sordos<sup>50</sup>. Según DARBY, éstos actuarían de manera incluso menos reprochable que aquéllos. Para que se tratara de dos casos verdaderamente equiparables, en opinión del autor, los padres sordos deberían solicitar una intervención quirúrgica para dejar a su hijo,

---

<sup>50</sup> El ejemplo propuesto por DARBY no es meramente hipotético, sino que se basa en un caso difundido en 2002, cuando una pareja de dos mujeres sordas seleccionó un donante de esperma sordo, de modo que su hijo tuviera más chances de nacer con la misma condición. Los argumentos a favor de las mujeres eran, precisamente, que la sordera daba lugar a una cultura de la que los padres querrían hacer participar a sus hijos, y que la única forma de lograrlo era que éstos compartieran esa característica física. Los opositores a la manipulación, en cambio, consideraban que era un comportamiento incorrecto porque se enfocaba en los deseos de las madres, en lugar de en el interés del niño.

nacido con sus facultades intactas, intencionalmente sordo (DARBY, 2013: p. 465). Según DARBY, en el caso de la circuncisión, los niños tienen dos posibilidades: crecer con un prepucio o sin él, y la circuncisión les inhabilita la primera de esas posibilidades de forma irreversible. El énfasis está puesto en que existe la posibilidad de que un niño criado en una familia judía o musulmana quiera cambiar su religión en el futuro, pero, si se le practicó la circuncisión, no podría volver a tener prepucio (DARBY, 2013: p. 465).

Por ello, mientras el niño no pueda expresar sus preferencias, sería imperativo abstenerse de realizar acciones que limiten sus alternativas a futuro en forma irreversible (DARBY, 2013: p. 466). Sin embargo, el propio autor reconoce que algunas medidas, como los tratamientos de ortodoncia, pueden ser dispuestas por los padres sin el consentimiento del niño, pues razonablemente tener una dentadura sana responde a los mejores intereses del niño a largo plazo. En cambio, la circuncisión no puede ser justificada del mismo modo, pues es más probable que un niño, en el futuro, se arrepienta de haber sido circuncidado en su infancia –intervención que no puede revertir– que de no haberlo sido –en este caso, podrá circuncidarse siendo adulto– (DARBY, 2013: p. 466). En todo caso, según afirma el autor, el hecho de que pocos hombres se circunciden siendo adultos sugiere que tampoco hubiesen querido someterse a esa intervención durante su niñez (DARBY, 2013: p. 467).

Ahora bien, este planteo construido a partir del derecho del niño a un futuro abierto no deja espacio para el derecho del niño a participar en la vida cultural y religiosa de su comunidad durante la niñez. Es decir, desconoce que los niños que crecen en familias religiosas asumen un rol en sus comunidades, y que la circuncisión forma parte de los ritos practicados como parte de la integración del niño en ellas. Cabe recordar que el propio FEINBERG no se oponía a la educación religiosa durante la niñez, e incluso reconocía que los padres se encuentran en una posición privilegiada para transmitir sus prácticas y sus creencias a los hijos. Los consideraba habilitados a “*crear el entorno de influencia que puedan para su hijo, sujeto a las importantes pero mínimas normas de humanidad, salud y educación del Estado.*” (FEINBERG, 1992: p. 88). Es decir que el derecho a un futuro abierto no se opone, en términos generales, a la integración del niño a una comunidad religiosa.

En este punto, es preciso aclarar que no puede darse a un niño un futuro totalmente abierto sin limitar sus capacidades para lograr sus objetivos en la adultez. Por ejemplo, podemos comprender sin mucho esfuerzo que, cuando los padres de un niño deciden no llevarlo a una escuela de ballet, están tomando una decisión que probablemente anulará sus posibilidades de formar parte del cuerpo permanente de un teatro de renombre. Sin embargo, no negaríamos el derecho de esos padres de decidir en qué actividad extracurricular comprometer a su hijo.

Pues bien, de modo similar, los niños que nacen dentro de una comunidad religiosa en la que se practica la circuncisión y no son circuncidados no tienen un futuro completamente abierto. En efecto, si luego de la pubertad ellos quisieran someterse a la práctica, correrían más riesgos, sufrirían más molestias y tendrían un período más prolongado de recuperación (WHO, 2010: p. 15). El argumento de DARBY en cuanto a que la voluntad presunta de un varón es no circuncidarse, debido a que pocos adultos solicitan esa intervención, tampoco es sostenible. En efecto, las mayores complicaciones asociadas a la práctica luego de la pubertad, junto con el hecho ya señalado de que la circuncisión está generalmente permitida en los diversos sistemas jurídicos, permiten explicar por qué los hombres adultos no suelen solicitar ser circuncidados: ello no significa necesariamente que los niños que nacen en estas comunidades religiosas preferirían generalmente conservar sus prepucios.

Observo que el examen de si la conducta se realiza en el interés superior del niño no puede hacerse con independencia de las condiciones en que ha de vivir ese niño específicamente. Y, si bien es posible que en un futuro decida abandonar su religión y su grupo de pertenencia, no debe perderse de vista que ese niño participa de la comunidad en la que nace, y que vivirá al menos la primera etapa de su vida dentro la comunidad religiosa de sus padres. Al respecto, es preciso destacar que la circuncisión no impide que un hombre abandone el grupo de pertenencia cultural ni religioso –esto es aún más claro en aquellas sociedades, como la estadounidense, donde la circuncisión se practica por razones higiénicas–. Los hombres circuncidados no encuentran dificultad para integrarse en culturas que no practican la circuncisión, pero un hombre incircunciso no estará completamente integrado en su comunidad religiosa. Si consideramos esa asimetría, comprenderemos fácilmente que la circuncisión

masculina infantil abre más puertas de las que cierra (BRUSA y BARILAN, 2009: p. 478).

Por esas razones, no estoy de acuerdo con el desarrollo efectuado por DARBY sobre la aplicación del derecho a un futuro abierto a la cuestión de la circuncisión masculina infantil realizada por motivos religiosos.

### c) El derecho a la integridad física

Una vía de justificación alternativa de la incorrección moral de la circuncisión es que ella vulnera el derecho a la integridad corporal de los niños (por todos, ver MUNZER, 2018 y MÖLLER, 2020). No se trata, empero, de un balance entre perjuicios y beneficios médicos, cuestión que he examinado en la sección anterior. Este argumento se basa en una concepción absoluta del interés del niño por crecer con su cuerpo intacto, de lo que se extrae como consecuencia que los padres no pueden decidir ninguna modificación sobre su cuerpo, ni siquiera invocando un beneficio a largo plazo ni un “interés superior”, como lo presenté al comienzo de este capítulo (MÖLLER, 2020: p. 531; MUNZER, 2018: p. 8).

Siguiendo a MÖLLER, si bien este argumento no se confunde con el “derecho a un futuro abierto”, también involucra la autonomía del niño, pero en el sentido de que hay ciertas decisiones que una persona debe tomar por sí misma, con exclusión de cualquier otra, incluidos sus padres. Un ejemplo claro de esas decisiones es la elección de una pareja sexual (2020: p. 529). La misma regla sería aplicable a la circuncisión masculina infantil, pues el niño tiene un derecho a que nadie tome en su lugar la decisión de remover su prepucio (MÖLLER, 2020: p. 531).

MUNZER expone una versión más compleja de este planteo, basada a su vez en tres sub-argumentos: el de la “pérdida de tejidos”, el de la “prominencia de los genitales” y el de “modificación permanente” (2018: p. 9).

El primero de ellos indica que provocar intencionalmente la pérdida de tejido funcional no renovable, en ausencia de una indicación médica, no está dentro de las posibilidades de los padres en la crianza de sus hijos (MUNZER, 2018: p. 11). En este punto, se plantea la dificultad de identificar al prepucio como “tejido funcional”. Sin embargo, el autor entiende que debe tenerse en cuenta que cualquier función que el prepucio pudiera cumplir –por ejemplo, producir un

mayor placer sexual– definitivamente no podrá seguir operativa luego de su extracción y, al mismo tiempo, existe la posibilidad de que el paciente sufra complicaciones durante o luego de la operación. El propio autor reconoce, no obstante, que existen algunos casos en que las intervenciones para eliminar tejido no renovable están moralmente justificadas por el interés del niño en integrarse en sus grupos de pertenencia, por ejemplo, para evitar burlas de sus compañeros (MUNZER, 2018: p. 17).

El segundo argumento es el de la “prominencia de los genitales”, en el que “prominencia” debe ser entendido en el sentido de que ellos se destacan sobre otras partes del cuerpo, e incluso los genitales masculinos se destacan en comparación con los femeninos, especialmente en las sociedades en las que el sexo masculino es considerado “dominante” (MUNZER, 2018: p. 18). El autor explica que los genitales son partes que se consideran especialmente privadas en la mayor parte de las culturas, y prueba de ello es que se mantienen cubiertos excepto para parejas sexuales y médicos –otras personas sólo pueden verlos en circunstancias específicas como en vestidores– (MUNZER, 2018: p. 20). Si los genitales son partes especialmente destacadas del cuerpo, entonces cualquier cambio físico que modifique su apariencia, funcionamiento, forma o control, viola el derecho del niño de tomar esas decisiones por sí mismo. Este derecho puede invocarse contra cualquier persona, pero especialmente, el Estado deberá asegurarse de proteger al niño de las decisiones de sus padres que puedan afectarlo (MUNZER, 2018: p. 25).

El tercer argumento comienza por identificar a la circuncisión como una marca permanente de pertenencia a una religión (MUNZER, 2018: p. 25). A partir de allí, postula que, si los padres no tienen un derecho a controlar la pertenencia de su hijo a esa religión más allá de la niñez, tampoco pueden dejar en su cuerpo una marca de su identidad religiosa (MUNZER, 2018: p. 26)<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Este asunto lo he considerado anteriormente en este trabajo, sin embargo, cabe aclarar aquí que el argumento de MUNZER yerra al equiparar la circuncisión con los tatuajes impuestos a los niños en otras religiones. La diferencia principal es que la circuncisión, al contrario de los símbolos por él aludidos, no es únicamente practicada por miembros del judaísmo o por el islam, sino también por razones médicas, higiénicas y, especialmente en Estados Unidos, incluso por una tradición no asociada con cuestiones religiosas. Por ello, es dudoso que pueda considerársela una “marca de pertenencia” a una comunidad determinada, desde que es un símbolo compartido por distintas comunidades e incluso adoptado por personas extrañas a ellas. Tampoco es crucial para esta posición que la circuncisión continúe realizándose por razones higiénicas, pues ella también es un tratamiento indicado frente a ciertas enfermedades como la fimosis. Concretamente, frente a una situación en la que una persona circuncidada por motivos

Los desarrollos de MÖLLER y MUNZER no son idénticos<sup>52</sup>, pero comparten algunas fortalezas y ciertos problemas. Uno de sus puntos fuertes es que la solución que proponen para la circuncisión es aplicable sobre la base de los mismos argumentos para la llamada “mutilación genital femenina”, de la que hablaré en la próxima sección. De hecho, se trata de una preocupación de la que ambos autores dan cuenta en forma explícita (MUNZER, 2018: p. 28, MÖLLER, 2020: p. 514). De este modo, están protegidos de las críticas que reciben las legislaciones que permiten la circuncisión, pero prohíben hasta las formas más leves de intervención sobre los genitales femeninos.

Otra ventaja es que retoman la noción de autonomía, que identificamos como el principal interés afectado en el apartado anterior, en una aplicación más concreta que el “derecho del niño a un futuro abierto”. Se trata aquí del interés del niño de tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo. Como plantea MCMATH, es el único modo de asegurarse de que la elección represente sus verdaderos intereses y sus propios valores (2015: p. 690).

No obstante, este argumento no logra conmover las razones que presentamos para justificar la circuncisión masculina infantil realizada por motivos religiosos. En efecto, los autores intentan “cerrar el camino” afirmando que una intervención en el cuerpo del niño que él mismo no consienta será siempre moralmente incorrecta, salvo el caso la necesidad médica. Es precisamente esta concesión la que demuestra que ciertas intervenciones están permitidas y que son las que responden al interés del niño. Lo que no explican los autores es por qué esa concepción de bienestar debe ser la misma para todos los niños sin importar el contexto que proporciona su cultura y la comunidad en la que han de crecer y ser criados.

La concepción de bienestar limitada a la integridad corporal no es neutral, pues asumir que la forma del cuerpo debe ser preservada por sobre cualquier otro interés implica adoptar un baremo valorativo que excluye otras

---

religiosos quisiera esconder sus orígenes o su afiliación a cierto grupo, bastaría con invocar una necesidad médica para dicha práctica.

<sup>52</sup> MÖLLER y MUNZER no están totalmente de acuerdo en cuanto a las consecuencias de sus argumentos pues, mientras el primero entiende que la circuncisión infantil debería ser tratada como un delito penal (2020: p. 532), el segundo afirma que los intereses del niño respecto de su integridad física son ponderables con otros e incluso argumenta en contra de la criminalización sobre la base de otras consideraciones, que mencionaremos en el próximo capítulo (2018: p. 76-77).

concepciones del bienestar del niño, por ejemplo, comprensivas de su interés en participar en la vida cultural y religiosa de la sociedad en la que ha de ser criado. Los griegos, por ejemplo, tenían otra concepción: ellos consideraban que el prepucio cumplía el papel de cubrir el glande, como una vestimenta, y por ello entendían que uno pequeño debía ser alargado por métodos quirúrgicos (BRUSA y BARILAN, 2009: p. 475). Así, la defensa de la integridad corporal no constituye, sin más, un interés neutral o universalizable.

#### d) La igualdad de género y la mutilación genital femenina

Por último, se presenta un argumento basado en la igualdad de género, que plantea que los niños deberían ser tratados igual que las niñas, y que, por lo tanto, la circuncisión masculina debería recibir la misma condena generalizada de la que ha sido objeto la llamada “mutilación genital femenina”<sup>53</sup> –en adelante, MGF– (MUNZER, 2018: p. 28; HILGENDORF, 2020: p. 23). En otras palabras, si es moralmente incorrecto remover parte de los genitales externos de una mujer, también es moralmente incorrecto remover una parte equivalente de los genitales externos de un varón.

Una primera aclaración sobre este punto es que hay distintas formas de MGF. Siguiendo la clasificación más extendida, (MÖLLER, 2020: p. 513; también WHO, 2019: p. 1) podemos identificar al menos 4 clases de MGF:

1) Remoción total o parcial del clítoris y/o el prepucio (cloridectomía).

Dentro de este primer grupo, es conveniente diferenciar entre: 1a) la remoción total o parcial del clítoris, y 1b) la remoción del prepucio del clítoris. Sin embargo, en la clasificación propuesta por la Organización Mundial de la Salud, ambas prácticas están equiparadas.

2) Remoción total o parcial del clítoris y los *labia minora*, con o sin escisión de los *labia majora* (escisión).

---

<sup>53</sup> Al lector puede resultarle extraño que se hable de “circuncisión” cuando una práctica se realiza sobre el cuerpo de un varón y de “mutilación genital” cuando se efectúa sobre el cuerpo de una mujer. Algunos autores prefieren utilizar una forma de lenguaje considerada “neutral”, y nombran a ambas clases de intervención como “cortes genitales” (por ejemplo, MÖLLER, 2020: p. 508). En mi opinión, se trata de una estrategia utilizada para enfatizar la analogía entre ambos procedimientos, analogía que en este trabajo pondré en duda, al menos parcialmente. He preferido mantener los nombres más extendidos, especialmente porque la palabra “circuncisión” es tradicionalmente utilizada para referirse a los ritos religiosos que aquí tratamos. Sin embargo, no puedo dejar de reconocer que el hecho de que la OMS haya escogido utilizar la expresión “MGF” obedece a su pretensión de “evocar escenarios de violencia y tortura” (DE MAGLIE, 2012: p. 73) lo que, como mostraré aquí, no siempre ocurre.

3) Estrechamiento del orificio vaginal con creación de un sello de cobertura mediante el corte y la aposición de los *labia minora* y/o los *labia majora*, con o sin la escisión del clítoris (infibulación).

4) Cualquier otro procedimiento perjudicial para los genitales femeninos, con fines no médicos, por ejemplo: pinchazos, perforaciones, incisiones, raspados y cauterizaciones.

Ahora bien, para justificar la equiparación entre la MGF y la circuncisión masculina, como primer paso para afirmar que el rechazo de la primera debería motivar el de la segunda, es preciso identificar cuáles son las formas de MGF similares en su procedimiento, justificación y efectos a la circuncisión masculina. No obstante, ése no ha sido el acercamiento a la cuestión de los países que han prohibido la MGF, sino que ellos han criminalizado cualquier forma de intervención con los genitales femeninos, enrolándolos a todos dentro del concepto general de MGF y estableciendo un tabú sobre todas esas prácticas.

Presento a continuación algunas de las legislaciones referidas, que se contraponen con la excepcionalidad de regulaciones expresas de la circuncisión masculina infantil:

En el Reino Unido, se trata de la *Female Genital Mutilation Act* (2003), que, en su primer inciso, establece: “Comete un delito quien extirpa, infibula o mutila de otro modo la totalidad o parte de los labios mayores, los labios menores o el clítoris de una niña.” Para descartar posibles defensas basadas en la cultura a la que pertenece la niña, el último inciso agrega que: “A los efectos de determinar si una operación es necesaria para la salud mental de una niña, es irrelevante que ella o cualquier otra persona crea que la operación es necesaria por costumbre o ritual.”<sup>54</sup>

En Alemania, desde el año 2013, está prevista como un tipo agravado de lesiones corporales en el §226a del Código Penal la conducta de mutilar los órganos genitales externos de una persona femenina, sin distinciones entre los tipos descriptos (HÖRNLE, 2018: p. 208; HILGENDORF, 2020: p. 22-23).

---

<sup>54</sup>En el sitio web oficial del gobierno del Reino Unido hay recursos relativos a la cuestión, con el objeto de “proteger a los sobrevivientes y a quienes están en riesgo de MGF”, donde se detallan las cuatro formas de la práctica –según la clasificación que presenté en párrafos anteriores– y se advierte que todas ellas se encuentran alcanzadas por la prohibición penal. Ver en: <https://www.gov.uk/government/publications/female-genital-mutilation-resource-pack/female-genital-mutilation-resource-pack> (consultado el 7 de junio de 2022).

En España, el art. 149 inc. 2 del Código Penal establece que *“El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.”* Si bien la norma presenta una redacción neutral respecto del sexo, la exposición de motivos de la Ley que introdujo esa norma ha aclarado que se refiere a la represión de la ablación femenina (MOTILLA, 2018: p.191).

En Italia, el art. 583 bis del Código Penal tipifica las *“prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos”* en los siguientes términos: *“el que, en ausencia de necesidades terapéuticas, provoque una mutilación de los genitales femeninos será castigado con pena de prisión de cuatro a doce años. A los efectos del presente artículo, se entenderá por mutilación de los genitales femeninos la cloridectomía, la escisión y la infibulación, así como cualquier otra práctica que produzca efectos del mismo tipo.”* En el segundo párrafo, tipifica asimismo la provocación de *“lesiones en los órganos genitales femeninos distintas de las mencionadas en el primer párrafo, de las que resulte una enfermedad corporal o mental.”* En el tercer párrafo, se introduce una agravante para los casos de prácticas cometidas *“en perjuicio de un menor”* o *“para obtener un beneficio económico”*. Por último, es relevante la aclaración final que prevé un efecto extraterritorial de la norma: *“Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también cuando el acto sea cometido en el extranjero por un ciudadano italiano o un extranjero residente en Italia, o en perjuicio de un ciudadano italiano o un extranjero residente en Italia.”*<sup>55</sup>

Esa clase de regulaciones, que equipara todas las formas de MGF, ha sido sumamente criticada como una imposición occidental sobre las minorías culturales, una muestra de lo que se ha llamado *“imperialismo cultural”*

---

<sup>55</sup> Un comentario de esta norma en el contexto del ordenamiento jurídico penal italiano está disponible en castellano en DE MAGLIE (2012: pp. 76-78), con múltiples referencias.

(MCDONALD, 2004: p. 18; DE MAGLIE, 2012: p. 81; SOPRANO, 2022: p. 122<sup>56</sup>). Según sus críticos, los defensores de la criminalización evalúan a los grupos que practican la MGF asumiendo la superioridad de su propia cultura, por lo que se ven a sí mismos como los protagonistas de su salvación<sup>57</sup> (OBA, 2008: p. 34).

Entiendo que no puede sostenerse que la circuncisión es inmoral en virtud del tabú que representa la MGF, porque ese tabú puede ser en sí mismo injustificado. Esa es la postura que suscriben BENATAR y BENATAR, quienes destacan que remover el prepucio del clítoris (esto es, la forma de MGF identificada como 1b en la clasificación que presenté) es un procedimiento equivalente que remover el prepucio del pene, y que solo nuestros sesgos culturales nos inclinan a castigar lo primero y aceptar lo segundo (2003: pp. 44-45). En un sentido similar, comentando la prohibición alemana, HÖRNLE afirma que las injerencias corporales en niñas comparables con la circuncisión de niños no deberían ser interpretadas como “*mutilar*”, por lo tanto, deberían ser reputadas atípicas respecto del §226a mencionado anteriormente. La autora ejemplifica con el caso en que, sin amputación, solo es afectado el prepucio del clítoris –categoría 1b de la clasificación– (2018: p. 208). Si la circuncisión es equiparable a casos de MGF cuya criminalización no está justificada, entonces esa equiparación no tiene el efecto que pretenden los detractores de la circuncisión.

Sin embargo, a mi criterio, el mayor problema que tiene la equiparación propuesta por los críticos de la circuncisión es que no reconoce que el rechazo generado por la MGF en occidente está dado por la percepción de que implica un sometimiento de las mujeres en un sistema dominado por los hombres. Ello determina una diferencia moral relevante con la circuncisión masculina, incluso dentro de la valoración predominante en el mundo occidental. Según esta concepción, la circuncisión no es practicada como una forma de reproducir la

---

<sup>56</sup> SOPRANO (2022: p. 122) aclara que no quiere decir que no sea correcto criminalizar la mutilación genital femenina, sino que ello debe hacerse a través del delito de lesiones y no, como se hizo en España, introduciendo un tipo penal especial. Sin embargo, afirma: “*Si bien entiendo el trasfondo de esta incriminación simbólica, que sin dudas pretendió reflejar a toda costa la firme oposición a la mutilación genital femenina, en pos de los derechos de las mujeres, lo cierto es que tiende a imponer valores universales sobre culturas minoritarias con estándares de valoración diferentes.*”

<sup>57</sup> Debe tenerse en cuenta que la criminalización de la MGF suele redundar en la persecución de inmigrantes que, encontrándose en occidente, intentan mantener las prácticas de su comunidad de origen. Al respecto, cf. OBA (2008: p. 26).

desigualdad entre los sexos ni de someter a los hombres<sup>58</sup>, mientras que todas las formas de MGF reproducen la noción de que las mujeres no tienen el mismo derecho de disfrutar de su sexualidad que los hombres y, por lo tanto, marcan y perpetúan una diferencia entre los sexos (MAZOR, 2013: p. 427). En este trabajo no pretendo hacer una evaluación moral de las diversas formas de MGF; no obstante, esta indagación sobre las razones de su rechazo revela que ellas no son trasladables a la circuncisión masculina infantil.

En tal sentido, la OMS ha señalado que, en las comunidades que practican la circuncisión masculina, se la asocia con un rito de paso a la adultez, con la masculinidad, la identidad y la espiritualidad, o bien, con una mejor higiene (WHO, 2010: p. 7). Sobre la MGF, por el contrario, ha afirmado que se trata de una práctica que refleja la inequidad entre los sexos y la discriminación contra las mujeres, pues no presenta beneficios de salud ni espirituales, sino que está asociado sólo a ideales sobre el comportamiento que deben observar las mujeres (WHO, 2019: p. 1-2). Ese componente de dominación sobre el comportamiento –especialmente, la conducta sexual– está ausente de la circuncisión, al menos en su percepción contemporánea. Por lo tanto, si la incorrección moral de la MGF se basa en su utilización como forma de subyugar a un género, ella no es trasladable a la circuncisión masculina.

Una aclaración. Si bien lo expuesto hasta aquí parece dejar un espacio a quienes postulen que la prohibición de las formas más leves de MGF debería ser revisada –por ejemplo, demostrando que realizar un rasguño en el clítoris de una niña<sup>59</sup> como rito de iniciación no redundaría en un déficit en las sensaciones de

---

<sup>58</sup> McDONALD (2004: p. 8) sostiene que, aunque actualmente las justificaciones principales para la práctica de la circuncisión sean la religión y la salud, históricamente, al igual que en el caso de la MGF (que ella llama “*circuncisión femenina*”), la circuncisión era utilizada para prevenir la masturbación excesiva. Las referencias a la circuncisión como una forma de coartar el disfrute sexual de los hombres son frecuentes (por ejemplo, MÖLLER, 2020: p. 511), pero ellas no se corresponden con la clase de conductas que examinamos en este trabajo, ni tampoco con la forma contemporánea de entender a la práctica.

<sup>59</sup> En la bibliografía se hace referencia al “Compromiso de Seattle”, que tuvo lugar en el *Harbourview Medical Center*, en Seattle, Washington, en los Estados Unidos. Allí, frente al reclamo de un importante número de inmigrantes somalíes de que se practicaran infibulaciones en sus hijas, y las amenazas de llevarlas de regreso a su país para que se les realizara allí la intervención si las autoridades del hospital no cedían, éstas propusieron un acuerdo. Se trataba de realizar, en lugar de la infibulación, “*un pequeño corte en el prepucio, el capuchón por encima del clítoris, sin extirpar tejido, y esto se llevaría a cabo bajo anestesia local, sobre niños de edad suficiente para entender el procedimiento y dar su consentimiento, en combinación con el consentimiento informado de los padres.*” Este compromiso produjo tantas críticas en la sociedad norteamericana que debió ser revocado (OBA, 2008: p. 27).

placer sexual, ni significaría, en ciertas condiciones, una marca de la desigualdad entre los géneros–, no profundizaré la cuestión por no ser objeto del trabajo<sup>60</sup>. Un argumento adicional para sostener una diferencia con la circuncisión masculina incluso en esos casos es que la lucha contra las formas más graves y estigmatizantes de MGF no puede ser dissociada de las formas más leves (BRUSA y BARILAN, 2009: p. 473)<sup>61</sup>.

En resumen, la asimilación de los casos más graves a los más leves de MGF está discutida, y la criminalización de los casos más leves es cuestionada como una imposición cultural. Los casos de circuncisión masculina infantil, por el grado de intensidad o gravedad de la intromisión en el cuerpo del paciente, han sido equiparados a los más leves de MGF. Por otra parte, las razones que se presentan para la prohibición de la MGF –ya sea que ellas mismas estén o no justificadas– no son trasladables al supuesto de la circuncisión. En consecuencia, no puede justificarse la prohibición moral de la circuncisión masculina en el rechazo que produce la MGF.

#### e) Conclusión preliminar.

La conclusión de este capítulo es que la circuncisión masculina infantil está justificada moralmente cuando es consentida por los padres o tutores, en tanto tiende a lograr el interés del niño en su participación en la vida cultural y religiosa, y su integración en su comunidad. Por lo tanto, no supera el estándar requerido para la criminalización en el marco de la teoría dualista, que requiere

---

<sup>60</sup> Por su similitud con la propuesta que presento en este trabajo para la circuncisión masculina, cabe referir aquí a la opinión de MACÍAS CARO (2014: p. 212 y ss.). Él considera que la “*circuncisión femenina*” debe regularse de manera tal que se logren compatibilizar, por un lado, el libre desarrollo de su personalidad, el derecho a su propia cultura y el derecho a su salud de la persona que ve modificado su cuerpo y, por otro lado, el interés de preservar la integridad física de los sujetos y el deber del Estado de promover la igualdad entre hombres y mujeres como intereses colectivos. Para ello, propone la redacción de una disposición legal especial que describa las circunstancias que justificarían el hecho típico de lesiones –en atención al equilibrio entre el derecho a la propia cultura y la integridad física–, como así también la implementación de medidas de concientización de posibles riesgos para los grupos étnicos afectados y para quien solicite la intervención. Los requisitos mínimos que considera que deberían establecerse para la justificación son: a) consentimiento informado de la directa afectada o por representación, dependiendo de la edad; b) ejecución por parte de un médico cirujano con conocimientos especializados; c) ejecución en un espacio previamente certificado como adecuado para este tipo de intervenciones; d) que la práctica se realice de la manera más leve y reversible que sea posible dentro del respeto de las exigencias culturales.

<sup>61</sup> No he encontrado evidencias que justifiquen esta proposición fáctica, que, por otra parte, debe lidiar con la dificultad de justificar frente a las personas a quienes se prohíbe la realización de una práctica no lesiva ni estigmatizante, que ello obedece a la “*lucha*” contra los casos más graves.

no solo la producción de un daño, sino también que aquella sea moralmente incorrecta.

Lo dicho hasta aquí no significa que los padres o tutores deban (en el sentido de que estén obligados a) circuncidar a los niños, sino que ellos pueden tomar esa decisión como parte de la responsabilidad parental, teniendo en cuenta el interés del niño y valorando especialmente el contexto cultural en el que lo criarán y al que será integrado<sup>62</sup>. El Estado no puede imponer una prohibición penal legítima de la conducta de los padres que deciden circuncidar a sus hijos.

En el próximo capítulo analizaré otras consideraciones relevantes que, incluso con prescindencia del argumento central defendido hasta aquí, aportan razones para no criminalizar la circuncisión masculina infantil realizada con motivos religiosos<sup>63</sup>. Asimismo, a partir de tales consideraciones, mostraré que, en el contexto del ordenamiento jurídico argentino, resultaría conveniente regular la circuncisión, a efectos de garantizar la posibilidad de su realización bajo condiciones médicas que protejan la integridad de los niños.

---

<sup>62</sup> Los padres podrían elegir criar a sus hijos en otro contexto, en el que la práctica de la circuncisión no tuviera la misma relevancia. En el próximo capítulo me explayaré sobre este punto, pero basta con aclarar aquí que los padres tienen el derecho de criar al niño en su comunidad cultural, y, si eligen hacerlo, el niño tiene derecho a acceder a las condiciones para su integración y el disfrute de tal vida cultural, aún durante la niñez. En última instancia, la decisión sobre si la circuncisión resulta necesaria para la integración del niño en un contexto determinado debería quedar, en mi opinión, librada al criterio de los padres. Otra postura habilitaría al Estado un grado de intromisión inaceptable en la vida familiar y en la autonomía de las personas. Sin embargo, el objeto de este trabajo se limita a presentar los motivos por los que no resultaría legítima la criminalización de la circuncisión.

<sup>63</sup> Estas consideraciones son especialmente relevantes para quienes adopten otras posturas sobre la criminalización legítima de conductas, según las que la justificación moral no resulte una razón de peso en ese ámbito.

#### **IV. Otras consideraciones relevantes para la decisión sobre la criminalización.**

Para tomar una decisión sobre la criminalización de una clase de conductas, el Estado debe ponderar razones de distinta índole. Hasta aquí, me he referido al daño que puede causar la circuncisión de niños y a su incorrección moral. Mis reflexiones me han llevado a afirmar que, si reconocemos esos dos requisitos para la criminalización legítima, la circuncisión realizada por motivos religiosos no puede ser una candidata para la prohibición. Pero incluso quienes consideren que el daño a la autonomía del niño, quien no puede consentir libremente esa intromisión en su cuerpo, es una razón suficiente para la criminalización, aún tienen que superar ciertos límites.

En efecto, además de las razones para criminalizar, debemos tener en cuenta las razones para no criminalizar (SIMESTER y VON HIRSCH, 2011: p. 193). Estas últimas son de índole consecuencialista, en tanto exigen una prospección de los resultados de la prohibición. Cuando esas consecuencias serían indeseables, el Estado puede acudir a formas alternativas de regulación, por ejemplo, a través del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, o bien, abstenerse de interferir en esta clase de conductas o en un subconjunto de ella. En ciertos casos, puede bastar con la educación y la propaganda oficial para desalentar comportamientos potencialmente dañosos, o para concientizar a la población sobre la inconveniencia de actuar de cierta manera.

Estas consideraciones están emparentadas con el “*principio de ultima ratio*”, que significa que el Estado debería recurrir al Derecho Penal sólo cuando no existan otras vías efectivas para lidiar con cierta clase de conductas (SANCINETTI, 2005: p. 84). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mera existencia de alternativas de regulación no es una razón suficiente para rechazar la intervención a través del Derecho Penal. Ésta seguirá siendo idónea para casos de comportamientos desviados especialmente serios (HÖRNLE, 2013: p. 20), pues ninguna de las alternativas mencionadas transmite un mensaje tan claro y drástico en contra de una conducta.

En esta sección me referiré a dos grupos de razones en contra de la criminalización de la circuncisión masculina infantil: los efectos colaterales sobre los derechos de los niños, es decir, el propio sujeto que se buscaría proteger, y sobre los derechos de sus padres y sus comunidades religiosas. También me

referiré a la importancia que debe asignarse a estos efectos en relación con el principio de proporcionalidad. Finalmente, me expediré sobre la necesidad de una regulación que tenga en miras proteger la integridad física de los niños cuyos padres quieran circuncidar, pero que garantice, a su vez, la posibilidad de incluir a los niños en sus comunidades de origen a través de la realización de este rito.

#### a) Los efectos colaterales de la criminalización

Como ya hemos visto, la circuncisión es una de las marcas centrales de la identidad y pertenencia de grupos culturales y religiosos, entre los que, por su número y extensión, se destacan judíos y musulmanes. Por esa razón, la sentencia del *Landgericht* de Colonia de 2012 fue recibida por estos grupos religiosos con expresiones de indignación. En aquel momento, los hospitales de Alemania suspendieron las circuncisiones por temor a sufrir sanciones, y sus pasos fueron seguidos por los de países vecinos como Austria y Suiza. Frente a ello, organizaciones como el Consejo Central de Judíos en Alemania<sup>64</sup>, la Conferencia de Rabinos Europeos, la Unión Islámica Turca y el Consejo Central de Musulmanes en Alemania<sup>65</sup> se posicionaron fuertemente contra lo que percibían como una grave afrenta a sus religiones, y exigieron el respeto a la libertad religiosa y a los derechos de los padres<sup>66</sup> (MUNZER. 2015: p. 520/521).

Existen antecedentes de prohibiciones de la circuncisión en la historia que, sin embargo, vienen acompañados de testimonios de la resistencia por parte de las comunidades religiosas, que siguieron practicando sus ritos. El antecedente más recordado en la bibliografía es la llamada Rebelión de los Macabeos<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Ver sitio oficial del *Zentralrat der Juden in Deutschland* disponible en: <https://www.zentralratderjuden.de/> (consultado el 5 de junio de 2022). Ver la toma de posición del Consejo en <https://www.zentralratderjuden.de/aktuelle-meldung/artikel/news/zum-urteil-des-koelner-landgerichts-zur-beschneidung-von-jungen/> (consultado el 5 de junio de 2012).

<sup>65</sup> Ver sitio oficial del *Zentralrat der Muslime in Deutschland* disponible en: <https://www.zentralrat.de/> (consultado el 5 de junio de 2022). Cf. “Muslime fühlen sich kriminalisiert” [Los musulmanes se sienten criminalizados], *Der Spiegel*, 27/06/2012, disponible en: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/islamische-religionsgemeinschaft-kritisiert-beschneidungsurteil-a-841234.html> (consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>66</sup> Cf. “El corte de la discordia”, *El País*, 14/07/2012, disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2012/07/14/actualidad/1342294143\\_684400.html](https://elpais.com/sociedad/2012/07/14/actualidad/1342294143_684400.html) (consultado el 5 de junio de 2022), donde se incluyen referencias a comunicados de organizaciones religiosas. Se destaca el de la Conferencia de Rabinos Europeos, que calificó a la sentencia del tribunal de Colonia como “el más grave atentado contra la vida judía desde el Holocausto.”

<sup>67</sup> Un testimonio de ello es hallable en el Primer Libro de los Macabeos, que narra el reinado de Antíoco IV Epífanes en Israel. Según se narra allí: “El rey promulgó un decreto en todo su reino,

Por esta razón, una norma que prohibiera la circuncisión masculina probablemente enfrentaría una resistencia muy dura, e incluso un incumplimiento a gran escala de parte de las comunidades judía y musulmana (MUNZER, 2018: p. 75).

Al mismo tiempo, que la práctica continuara coexistiendo con la prohibición resultaría problemático en tanto implicaría mayores riesgos para la salud de los niños<sup>68</sup>. Si no hay una oferta de profesionales de la salud o personas entrenadas disponibles para realizar la circuncisión, ya sea en hospitales o en otros lugares idóneos, ello da lugar a la realización de circuncisiones “clandestinas”, que pueden causar resultados indeseados, como lesiones o un mayor dolor a los niños<sup>69</sup>. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la circuncisión

---

*ordenando que todos formaran un solo pueblo y renunciaran a sus propias costumbres. Todas las naciones se sometieron a la orden del rey y muchos israelitas aceptaron el culto oficial, ofrecieron sacrificios a los ídolos y profanaron el sábado. Además, el rey envió mensajeros a Jerusalén y a las ciudades de Judá, con la orden escrita de que adoptaran las costumbres extrañas al país: los holocaustos, los sacrificios y las libaciones debían suprimirse en el Santuario; los sábados y los días festivos debían ser profanados; el Santuario y las cosas santas debían ser mancillados; debían erigirse altares, recintos sagrados y templos a los ídolos, sacrificando cerdos y otros animales impuros; los niños no debían ser circuncidados y todos debían hacerse abominables a sí mismos con toda clase de impurezas y profanaciones, olvidando así la Ley y cambiando todas las prácticas. El que no obrara conforme a la orden del rey, debía morir.” “A las mujeres que habían circuncidado a sus hijos se las mataba, conforme al decreto, con sus criaturas colgadas al cuello. La misma suerte corrían sus familiares y todos los que habían intervenido en la circuncisión. Sin embargo, muchos israelitas se mantuvieron firmes y tuvieron el valor de no comer alimentos impuros; prefirieron la muerte antes que mancharse con esos alimentos y quebrantar la santa alianza, y por eso murieron.”* En ese contexto, siguiendo el relato del libro, Matatías, quien desencadenó la rebelión, exclamó ante el requerimiento de los enviados del rey: *“Aunque todas las naciones que están bajo el dominio del rey obedezcan y abandonen el culto de sus antepasados para someterse a sus órdenes, yo, mis hijos y mis hermanos nos mantendremos fieles a la Alianza de nuestros padres. El Cielo nos libre de abandonar la Ley y los preceptos. Nosotros no acataremos las órdenes del rey desviándonos de nuestro culto, ni a la derecha ni a la izquierda.”* Texto completo disponible en: <https://www.vatican.va/archive/ESL0506/PRA.HTM> (consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>68</sup> DE MAGLIE (2012: p. 78-79) presenta un argumento similar referido a la MGF. Ella afirma que en todos los sistemas en que aquella ha sido objeto de criminalización, la práctica no ha sido erradicada ni contenida, sino que ha pasado a la clandestinidad, es decir, ha obligado a las mujeres a acudir a *“la casa y un cuchillo en lugar de un hospital equipado y aséptico”*. Así, la misma prohibición que, en el discurso, busca proteger la integridad de las mujeres, acaba amenazando su vida.

<sup>69</sup> MOTILLA (2018: p. 192-193) relata una serie de casos jurisprudenciales españoles en los que se pueden apreciar las consecuencias de la clandestinidad de la circuncisión. Así, por ejemplo, en un caso se condenó a los padres y a la persona que realizó la circuncisión por el siguiente hecho. Los padres, senegaleses, acudieron a la casa de un compatriota para que efectuara la circuncisión sobre su hijo de seis años. El procedimiento se realizó con el niño sentado en un tronco, y haciéndole un corte en el pene con una navaja, de tal forma que le seccionó una parte del glande. El niño necesitó un tratamiento quirúrgico y, si bien conservó las funciones reproductiva y de micción, sufrió pérdida anatómica del glande (Audiencia Provincial de Almería, sentencia del 3 de noviembre de 2004, Nro. 203/2004). En otro caso, una persona de nacionalidad nigeriana practicó la circuncisión de un bebé de seis meses con el consentimiento de sus padres, para lo que utilizó una cuchilla de afeitar marca Bic. La madre, al notar que la

se realiza en los genitales de los niños, que es una parte del cuerpo que generalmente no se expone y que, por lo tanto, pasaría desapercibida por agencias de control estatal como las fuerzas de seguridad o los colegios, e incluso podría no surgir en controles médicos normales en los que no fuese necesario exponer los genitales.

Si el objetivo de la prohibición de la circuncisión es asegurar la autonomía del niño sobre su cuerpo, evitando que sea sometido a una intervención quirúrgica que no está en condiciones de consentir y que no es necesaria en términos médicos, esa prohibición resulta paradójica. En efecto, el efecto disuasorio de tal norma sobre los padres pertenecientes a comunidades que practican la circuncisión parece ser, al menos, limitado y, por otra parte, las consecuencias de las prácticas clandestinas podrían afectar no solo la autonomía de los niños, sino también su propia integridad física. Así, el riesgo de la prohibición es que, en lugar de producir menos hechos de aquellos que pretende prevenir, aumente su potencial gravedad para los *mismos sujetos* que pretende proteger (ORCE, 2017: p. 2).

Otro factor que ha de entrar en consideración es el efecto de la prohibición sobre los derechos de los padres que pertenezcan a comunidades religiosas. Las acusaciones de islamofobia y antisemitismo que se produjeron en el marco de la discusión alemana deben ser tenidas en cuenta, pues revelan un aspecto que no puede pasar desapercibido: una prohibición general de la circuncisión no tiene el mismo efecto sobre todos los grupos que conforman nuestra comunidad, sino que produce un impacto diferencial en grupos religiosos minoritarios.

Este aspecto es especialmente relevante para Argentina, donde no está extendida la práctica de la circuncisión por razones de salud o higiene, y que desde sus orígenes ha declarado su intención de recibir inmigrantes sobre la base del respeto a sus creencias religiosas<sup>70</sup>.

---

hemorragia no cesaba, llamó al encargado de la circuncisión, quien la tranquilizó diciéndole que lo que veía era normal. El bebé falleció por un shock hipovolémico causado por la hemorragia (Audiencia Provincial de Zaragoza, sentencia del 5 de febrero de 2010, Nro. 8/2010). Corresponde aclarar que esos dos casos, de producirse actualmente en Argentina, darían lugar a responsabilidad por imprudencia, según el criterio jurisprudencial que expuse en la Introducción.

<sup>70</sup> El art. 20 de la Constitución Nacional establece que “*Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden (...) ejercer libremente su culto (...).*” JOAQUÍN V. GONZÁLEZ (1897: p. 151) explicó que esta norma constitucional, junto con el art. 14, “*(...) declaran como derecho de todo habitante de la Nación el de profesar libremente su culto, declaración que se halla consignada especialmente en favor de los extranjeros. De aquí mismo*

Debe considerarse también la longevidad de las prácticas de circuncisión religiosa llevadas adelante en el islam y el judaísmo. Desde el punto de vista de los miembros de estas comunidades, el hecho de que sus ancestros hayan realizado la circuncisión desde tiempos inmemoriales genera una expectativa de que ese rito se seguirá practicando, en tanto un Estado no se interponga en la educación religiosa de los padres hacia los hijos<sup>71</sup>.

En estas condiciones, es probable que la prohibición no sea percibida como una protección de los derechos de los niños, sino como una señal de intolerancia frente a la diversidad cultural y religiosa. El país que recibía a *“todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*<sup>72</sup> declararía ahora *“no los queremos aquí”*. Una consecuencia previsible, además del incumplimiento y de la práctica de riesgosas circuncisiones clandestinas, es la pérdida de la población judía y musulmana que quiera preservar sus ritos y que se vea imposibilitada de hacerlo en el país<sup>73</sup>.

---

*se desprende la razón fundamental que se tuvo en vista para adoptar este sistema: (...) garantizar a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino el pleno goce de las libertades religiosas (...) y el ejercicio de su respectivo culto.”* El objetivo era claro: estimular la llegada de extranjeros para poblar el país, y los primeros inmigrantes judíos arribaron precisamente a partir de la vigencia de esa Constitución, entre 1854 y 1889 (ver al respecto la nota “Inmigración judía a la Argentina”, disponible en el sitio oficial de la Asociación Mutual Israelita Argentina: <https://www.amia.org.ar/2019/02/22/inmigracion-judia-a-la-argentina/> consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>71</sup> En otro trabajo he reconocido la relevancia del derecho de los padres a educar a sus hijos en sus convicciones religiosas o filosóficas (BRUSAU, 2019: p. 8). Este derecho está reconocido en el art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto establece que *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”* (accesible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> –consultado el 5 de junio de 2022–). Replica esas palabras el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prevé que *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales (...) de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”* (accesible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf) –consultado el 5 de junio de 2022). Ambos instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional en el sistema argentino por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

<sup>72</sup> Tal la declaración del Preámbulo de la Constitución Argentina. Accesible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>73</sup> En la Introducción mencioné los proyectos para prohibir la circuncisión que fueron tratados en el parlamento dinamarqués. En 2020, cuando se rechazó la última de esas mociones –hasta el momento–, el primer ministro Frederiksen se posicionó públicamente en contra de la medida, con un argumento similar al que presento aquí. Según trascendió en medios periodísticos, dijo: *“A muchos judíos no les parece posible vivir en un país donde la circuncisión está prohibida. Sencillamente, no creo que podamos tomar una decisión en la que no cumplamos la promesa que hicimos, esto es, que los judíos daneses deben seguir siendo parte de Dinamarca.”* (The

## b) El principio de proporcionalidad

Dentro de los llamados “*principios de mediación*”, el de proporcionalidad es uno de los más frecuentemente citados y enfatizados por la doctrina y la jurisprudencia (HÖRNLE, 2013: p. 20; HASSEMER, 2014: p. 275; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2014: 511-512; BERNAL PULIDO, 2014: p. 93). Específicamente, en la jurisprudencia alemana, se ha desarrollado un “*test de proporcionalidad*”, de acuerdo con el que las restricciones de derechos deben cumplir tres condiciones: idoneidad (es decir, que la restricción tienda a lograr un fin legítimo), necesidad (que la limitación sea la más benigna entre las que tengan al menos el mismo grado de idoneidad) y proporcionalidad en sentido estricto (que la restricción contribuya a alcanzar el fin en un grado tal que justifique el nivel de restricción del derecho). Como la criminalización de una “clase de conductas” constituye un caso especialmente grave de restricción, este principio se erige como un límite a la política criminal del Estado, y se presenta en términos generales como una ponderación entre la importancia del propósito de la ley y las razones para no criminalizar.

Si bien se han planteado dudas acerca de la fuerza de este principio para limitar efectivamente el alcance del Derecho penal frente a decisiones de política criminal del Estado (por ejemplo, en HÖRNLE, 2013: p. 20), éste es frecuentemente utilizado en la jurisprudencia constitucional. Asimismo, una de sus derivaciones, la regla *in dubio pro libertate*, cobra importancia en la teoría de la criminalización, pues indica que cuando hay dudas sobre qué debe prevalecer –si los fines de la norma restrictiva o los derechos limitados– el Estado debe abstenerse de criminalizar. Por ello, el principio exige una búsqueda de alternativas de intervención, dentro o fuera del Derecho penal, o fuera del Derecho, cuando hay dudas sobre si la criminalización sería proporcionada (HÖRNLE, 2013: p. 23, HASSEMER, 2014: p. 277).

Ya he presentado en este trabajo mi postura en cuanto a que la circuncisión tiende a garantizar los derechos del niño a su participación en la vida

---

Jerusalem Post, <https://www.jpost.com/international/danish-pm-opposes-bill-banning-circumcision-citing-promise-made-to-jews-642000> consultado el 5 de junio de 2022).

cultural y religiosa, y a su integración en su comunidad<sup>74</sup>. Pero, como vimos en la sección anterior, la prohibición de la circuncisión ha sido cuestionada también como una restricción al derecho a la libertad de culto, por lo que, de evaluarse una regulación de la cuestión en Argentina, debería analizarse también la magnitud de esa restricción. Así, por ejemplo, GULLCO (2016: p. 190) opina que la prohibición de la circuncisión implicaría una medida restrictiva muy fuerte “*en la libertad de los padres de decidir acerca de la educación religiosa de sus hijos*”, al menos en los casos en que el niño no ha alcanzado la edad mínima para decidir por sí mismo.

En la sentencia del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos en el caso “Central Rabbinical Congress of U.S. & Canada v. New York City Dept. of Health & Mental Hygiene”<sup>75</sup> se analizó el planteo de tres organizaciones religiosas y de un grupo de *moheles* contra la disposición de la ciudad de Nueva York que prohibía la práctica del ritual de la “*metzitzah b’peh*”<sup>76</sup>, salvo que se obtuviera el consentimiento previo por escrito de uno de los padres del niño, incluyendo la advertencia de que “*el Departamento de Salud e Higiene Mental de la Ciudad de Nueva York aconseja que los padres no autoricen una succión oral directa.*”

---

<sup>74</sup> Si bien en el capítulo III no me referí a la base positiva de este derecho de los niños, en razón de que la argumentación allí era sobre la incorrección moral, es relevante hacer referencia a ella para comprender su peso en el examen de proporcionalidad. El art. 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice que “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.*” (disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> – consultado el 5 de junio de 2022–). Asimismo, el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural.*” y el art. 15.2 establece el deber de los Estados Partes de adoptar medidas necesarias para asegurar la conservación de la cultura (disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf) – consultado el 5 de junio de 2022). En términos similares, el Protocolo de San Salvador prevé el “*Derecho a los beneficios de la cultura*”, y consagra el deber de los Estados de adoptar, para asegurar el pleno ejercicio de ese derecho, las medidas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la cultura (disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf> –consultado el 5 de junio de 2022–).

<sup>75</sup> “*Central Rabbinical Congress of the United States and Canada v. New York City Department of Health and Mental Hygiene*”, resuelto por la United States Court of Appeals for the Second Circuit el 15 de agosto de 2014 (763 F.3d 183).

<sup>76</sup> Como fue tratado en la introducción, este rito es practicado por ciertos grupos de judíos ortodoxos, y consiste en una succión oral de la cicatriz de la circuncisión. Las críticas contra esta práctica surgieron luego de que se concluyera que esa succión exponía a los niños al contagio del virus del herpes.

En su fallo, el Tribunal afirmó que una norma no es neutral cuando está específicamente dirigida a una práctica religiosa, independientemente de que aquella esté redactada en términos discriminatorios<sup>77</sup>. Lo determinante es que esa norma identifique una conducta religiosa como objeto de un tratamiento distinto<sup>78</sup>. En tales condiciones, entendió que debía someterse a la regla a un escrutinio estricto, en lugar del mero examen de razonabilidad. Claro que esta decisión no implicó expresar un criterio sobre el fondo del asunto y, de hecho, gracias a un acuerdo entre las partes, el juicio no continuó. No obstante, el precedente puede servir de guía para los tribunales nacionales al momento de examinar la constitucionalidad de la criminalización de la circuncisión infantil.

El escrutinio estricto fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos en que se encontraba en juego el derecho de igualdad a través de la utilización de categorías sospechosas para efectuar distinciones, y se caracteriza por asignar a las normas una presunción de inconstitucionalidad, que sólo puede ser vencida si se logra demostrar: a) la existencia de fines sustanciales, y no meramente convenientes, de la regulación; b) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines, y c) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego<sup>79</sup>. En mi opinión, éste

---

<sup>77</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos aplica este criterio para evitar que el legislador diseñe sus normas para aparentar neutralidad, pero sólo alcanzar a conductas de significación religiosa, práctica que se ha llamado “*religious gerrymandering*” (WOLANEK y LIU, 2017: p. 286). Un ejemplo de aplicación de este estándar por el máximo tribunal estadounidense está dado por el fallo “Church of the Lukumi Babaly Aye, Inc. v. City of Hialeah” (508 U.S. 520), en el que la Corte invalidó las ordenanzas locales que prohibían el sacrificio de animales “innecesario”, pero sólo cuando ocurriera en una ceremonia y no involucrara un propósito de consumo. De tal modo, la reglamentación permitía actividades como la caza o el rito *kosher*. Si bien el Estado alegaba que la norma perseguía propósitos de salud pública y protección a los animales, la Corte entendió que su verdadero objetivo era la Santería –culto afroamericano, con elementos de la religión *yoruba*, cuya presencia se concentra en el Caribe–, que practica sacrificios de animales en eventos religiosos. Sobre la Santería y otras religiones afroamericanas con presencia en Argentina, ver el *blog* de la Red de Estudios de la Diversidad Religiosa en Argentina (DIVERSA), específicamente la siguiente nota: <http://www.diversidadreligiosa.com.ar/blog/inadi-sobre-buenas-practicas-en-el-tratamiento-periodistico-de-las-religiones-de-origen-afro/> (consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, afirmó el tribunal que una regulación que prohibiera la exhibición de candelabros de nueve puntas podría parecer neutral en sus términos, pero aun así sería materialmente discriminatoria, en tanto tiene por objeto una práctica asociada únicamente con un grupo religioso.

<sup>79</sup> En el caso “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal” (Fallos: 332:433), 17/03/2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación explicó que el principio de igualdad es complementado “*mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados ‘sospechosos’)*” e identificó en el derecho constitucional argentino la prohibición expresa de utilizar clasificaciones fundadas en motivos de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o*

sería el estándar que correspondería aplicar a la evaluación constitucional de la norma penal que criminalizara la circuncisión.

El precedente más relevante para afirmar que en nuestro sistema constitucional correspondería aplicar un escrutinio estricto para analizar la constitucionalidad de una norma que prohibiese la circuncisión es el caso “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo” (Fallos: 340:1795), 12/12/2017. En él, se analizó la constitucionalidad del art. 27, inciso “ñ”, de la ley de educación provincial de Salta, en cuanto disponía como objetivo de la educación primaria *“brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa.”*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación describió los dos estándares de control. En el *“tradicional”*, *“para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines.”* En cambio, *“cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en ‘categorías prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial.”*

La Corte entendió que el segundo estándar, mucho más exigente, era aplicable al caso, aunque la norma no estableciera en forma explícita una distinción discriminatoria. Para comprender el motivo, resulta fundamental el

---

*cualquier otra condición social”*. Conviene recordar también los fallos “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos: 327:5118), 16/11/2004 y “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – Corte Suprema de Justicia de la Nación – resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)” (Fallos: 331:1715), 12/08/2008. Sobre la llamada *“argumentación de tres pasos”*, ver también TREACY (2011: p. 195). Sobre el origen de la noción de “categorías sospechosas” en el derecho norteamericano y su recepción por la Corte Suprema argentina en el caso “Repetto” (Fallos: 311:2272), ver GULLCO (2003: p. 291). En cambio, cuando los casos no involucran la afectación a la igualdad a través de la utilización de categorías sospechosas, salvo casos excepcionales, la Corte Suprema afirma que no le corresponde evaluar si medidas alternativas menos restrictivas hubiesen resultado igualmente eficaces, pues ello implicaría reemplazar el criterio del legislador por el propio (SAGGESE, 2010: p. 264).

considerando 21, en el que el máximo tribunal afirmó que “*en los casos en los cuales exista una norma neutral que prima facie genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad –ante el riesgo de una discriminación a ese grupo–, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado.*” Es que, como la Corte entendió en ese mismo fallo, “*no solo serán violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sino también aquellas que, como sucede en el presente caso, tienen comprobados efectos o impactos discriminatorios.*” Por lo tanto, la aplicación del escrutinio estricto no se limita a los casos en que las normas efectúan distinciones basadas en categorías sospechosas, sino que también corresponde cuando los efectos que produce la aplicación de una norma sobre cierto colectivo de personas, en comparación con los efectos que recaen sobre otros grupos, sea desproporcionada<sup>80</sup>.

Así, aunque la prohibición de la circuncisión tuviera un alcance general –por ejemplo, porque alcanzara tanto a la circuncisión como rito religioso, como a la realizada por motivos higiénicos o estéticos–, el hecho de que produjera un impacto diferencial discriminatorio sobre los miembros de las religiones judía y musulmana, debido a la especial significación que tiene para esos grupos, justificaría la aplicación del escrutinio estricto. De hecho, en Argentina, serían los grupos sociales minoritarios judío y musulmán los que serían alcanzados mayoritariamente por esa disposición. El Estado debería, consecuentemente, demostrar que se verifican los requisitos para vencer la presunción de inconstitucionalidad.

En el caso “Central Rabbinical Congress of U.S. & Canada” se reconoció como la finalidad principal de la prohibición a la protección de la salud pública. En este trabajo, sin embargo, he puesto en duda que pueda afirmarse que la circuncisión cause un daño en la salud de los niños sobre los que se practica, al menos cuando se respeten las reglas del arte médico. En cuanto al derecho a la

---

<sup>80</sup> GILES (2021: p. 109 y ss.) presenta fallos de otros tribunales en los que se ha reconocido esta forma de discriminación, que el autor llama “indirecta”. Afirma así que la concepción adoptada en el caso “Castillo” tiene un “*amplio recorrido en la órbita internacional*” y que se puede desgranar en cuatro componentes: 1) una norma (o política o práctica) aparentemente neutra, 2) que produce un efecto perjudicial o impacto adverso sobre un grupo vulnerable, 3) en comparación con el producido a otros grupos en similares circunstancias y 4) que resulta desproporcionado y no justificado.

autonomía del niño, he explicado también de qué manera la circuncisión colabora al desarrollo de la vida del niño integrado en su comunidad de origen, asegurando de tal modo su derecho al disfrute de la vida religiosa y cultural. Por lo tanto, la criminalización de la circuncisión masculina infantil encontraría serios problemas para superar el estándar del escrutinio estricto, ya desde la primera exigencia.

Sin embargo, incluso si se pretendiera justificar esa definición sobre la base de la salud pública, aún debería examinarse si no sería suficiente para su protección la implementación de una regulación para la reducción de daños. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la presunción de inconstitucionalidad de la que parte la norma permite implementar la regla *in dubio pro libertate*. En la siguiente sección examinaré una regulación de esas características.

### c) Regulación para la reducción de riesgos

En el capítulo II, cuando analicé la práctica de la circuncisión a la luz del principio del daño, me referí a la importancia de que la intervención fuera realizada respetando los estándares médicos que resultan aplicables, tales como el uso de anestesia o el control posterior.

Pero ésta no es la única forma de circuncidar a un niño: en muchos casos, la práctica es realizada por personas que carecen de los conocimientos o de entrenamiento básico en medicina, o bien, en condiciones que elevan el riesgo de complicaciones o el dolor, sin el uso de anestesia, utilizando elementos sin esterilizar, o empleando los mismos elementos para realizar múltiples circuncisiones consecutivas (WHO, 2010: p. 31-33). Cuando la circuncisión se realiza en esas circunstancias, los efectos adversos son más frecuentes y graves. Estos incluyen infecciones, sangrado, hematomas e incluso, en los casos más serios, amputación del pene o la muerte del niño (WHO, 2010: p. 44).

Estas observaciones llevaron a la Organización Mundial de la Salud a recomendar a los países “*hacer todo lo posible para garantizar que el procedimiento se lleve a cabo de la manera más segura posible, por personal capacitado y experimentado, con los suministros adecuados y en condiciones higiénicas.*” (WHO, 2010: p. 56). Esta conclusión coincide con las recomendaciones del Consejo de Europa a las que me referí en la introducción, incluidas en las resoluciones 1952 del 2013 y 2076 del 2015, y con el

acercamiento del Estado alemán a partir de la introducción del §1631d en el Código Civil.

A diferencia de la criminalización de la circuncisión, considero que una reglamentación que exija el respeto de ciertos estándares mínimos tendientes a la reducción de los riesgos asociados a la circuncisión resultaría razonable. El hecho de que la realización de la práctica bajo condiciones diferentes a las prescriptas aumente considerablemente los riesgos y/o el dolor del paciente permite justificar una medida más restrictiva en estos casos, que no está justificada cuando la intervención se realiza siguiendo los estándares médicos exigibles. En efecto, la protección de la integridad de los niños y adolescentes es un fin legítimo que el Estado puede realizar incentivando a que las comunidades culturales y religiosas que practican la circuncisión sigan ciertos lineamientos generales como el uso de anestesia, el entrenamiento de los encargados del procedimiento, la adecuada esterilización de los materiales, etc.

En la introducción mencioné dos normas de esta clase, las de Suecia –de 2001– y Alemania –de 2012–. La regulación alemana es la más comentada en la bibliografía disponible en las lenguas española e inglesa, pero su contenido tiene cierta imprecisión, pues deja cuestiones sin resolver tales como cuáles son los estándares médicos aplicables y la forma de proceder ante el desacuerdo de los padres o tutores del niño. En estos aspectos, la ley de Suecia es mucho más precisa, aunque también muy restrictiva. Allí se dispone que debe utilizarse anestesia, que el procedimiento debe realizarse en condiciones higiénicas satisfactorias y que sólo puede ser llevado a cabo por un médico o una persona especialmente autorizada para practicar la circuncisión en niños, salvo en caso de niños mayores a dos meses, a quienes sólo un médico colegiado puede circuncidar. En cuanto a las personas autorizadas, la ley prevé específicamente que la Inspección de Salud y Asistencia Social es la encargada de conceder permisos especiales a personas propuestas por comunidades religiosas en las que la circuncisión sea parte de su tradición<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> El texto completo de la Ley 2001:499 está disponible en su idioma original en [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2001499-om-omskarelse-av-pojkar\\_sfs-2001-499](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2001499-om-omskarelse-av-pojkar_sfs-2001-499) (consultado el 5 de junio de 2022). A continuación se ofrece una traducción propia de las secciones más relevantes: “Sección 3. La circuncisión puede realizarse a petición o con el consentimiento del tutor del niño y después de que éste haya sido informado de lo que implica el procedimiento. Si el niño está bajo el cuidado de dos tutores, lo anterior se aplicará a ambos. La persona que va a llevar a cabo la operación

La implementación de una regulación de esta clase en Argentina es particularmente recomendable, teniendo en cuenta que nuestra legislación actual permitiría que los tribunales resolvieran algún caso como el del *Landgericht* de Colonia. Es decir, que decidieran que una circuncisión realizada según las reglas del arte médico es un hecho típico de lesiones y antijurídico. Ello es así porque el tipo penal de lesiones contenido en el art. 89 del Código Penal argentino<sup>82</sup> es análogo al contenido en el §223 del Código Penal alemán<sup>83</sup>. Así, la situación actual en Argentina respecto de la circuncisión es la incertidumbre: aunque se considera cotidianamente como una conducta permisible<sup>84</sup>, una norma sustancialmente idéntica a aquélla en que se fundó la prohibición en Alemania está vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

La sanción de una norma de reducción de riesgos como las que rigen en Alemania o en Suecia garantizaría los derechos de los niños y de las comunidades religiosas a la integridad física, a la autonomía y a la práctica de la

---

*es responsable de dar la información o de que la información sea dada por una persona médicamente cualificada. Dicha información también se entregará al niño si ha alcanzado la edad y la madurez necesarias para comprender la información. En la medida de lo posible, se comprobará la actitud del niño con respecto a la operación, que no se llevará a cabo en contra de su voluntad. Sección 4. El procedimiento se llevará a cabo con el alivio del dolor proporcionado por un médico o enfermera cualificados, en condiciones higiénicas satisfactorias y teniendo en cuenta lo que es mejor para el niño. Sección 5. La circuncisión sólo puede ser practicada por un médico o por una persona especialmente autorizada para practicar la circuncisión en niños. Una persona que no sea un médico colegiado no puede practicar la circuncisión a niños de más de dos meses. Sección 6. Podrá concederse un permiso especial para practicar la circuncisión a una persona propuesta por una comunidad religiosa en la que la circuncisión forme parte de una tradición religiosa, si la persona tiene la competencia prescrita en virtud de la Sección 11, se considera capaz de realizar el procedimiento de acuerdo con los requisitos aplicables al mismo y es, por lo demás, apta para practicar circuncisiones. La Inspección de Sanidad y Asistencia Social examinará las cuestiones previstas en esta sección a petición de la persona propuesta para la autorización. Ley (2012:946). Sección 9. La persona que realice una circuncisión a un niño sin ser un médico autorizado o sin tener un permiso especial será condenada a una multa o a una pena de prisión de un máximo de seis meses. Sección 11. El Gobierno o la autoridad designada por el Gobierno podrá dictar reglamentos sobre: - la competencia que debe tener una persona que no sea un médico autorizado para obtener un permiso especial para realizar la circuncisión, - alivio del dolor, - cómo se va a llevar a cabo el procedimiento, y - la información que se debe dar al niño y a su tutor.”*

<sup>82</sup> El art. 89 del Código Penal dice: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código.” Ver en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> (consultado el 5 de junio de 2022).

<sup>83</sup> La doctrina alemana considera que se cumple este tipo penal cuando “otra persona es maltratada corporalmente o dañada en la salud”. Al mismo tiempo, por maltrato corporal “se entiende un tratamiento dañino e inadecuado, por medio del cual es menoscabado el bienestar corporal o la integridad corporal no sólo de manera irrelevante.” (HILGENDORF, 2020: p. 12-13).

<sup>84</sup> Si bien no hay datos disponibles sobre la cantidad de circuncisiones que se realizan en el país, una prueba de que se la considera cotidianamente como una conducta permitida es la falta de procesos judiciales al respecto, según el estado de la cuestión que presenté en la introducción.

circuncisión, y despejaría la incertidumbre sobre el estatus jurídico de la práctica<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Una postura similar sobre el sistema jurídico español sostiene TORRES FERNÁNDEZ, 2014: p. 173-174. La autora propone también que la norma a sancionar tome posición sobre una serie de asuntos complicados que el §1631d del Código Civil alemán dejó sin definir, tales como qué hacer en caso de discrepancia entre los responsables del niño y su inclusión o no como servicio sanitario público, por lo que también podríamos afirmar que para ella es preferible un modelo como el seguido por la legislación sueca.

## V. Conclusiones

En este punto del trabajo, ha quedado demostrada la hipótesis que presenté en la introducción respecto de la criminalización de la circuncisión masculina infantil realizada por motivos religiosos: ella sería ilegítima, ya que requerir o consentir la circuncisión de un hijo o pupilo no es una conducta moralmente incorrecta y, por lo tanto, el Estado debe recurrir a otras herramientas para regular la práctica.

Para demostrarlo, he presentado la discusión siguiendo la estructura de una teoría dualista de la criminalización, que considera como requisito para su legitimidad, además del daño, la incorrección moral de una clase de conductas. Esta metodología me ha permitido mostrar la inconveniencia de reducir la discusión a los daños o beneficios que causa la circuncisión. Para ello, estudié en capítulos independientes cada uno de esos requisitos.

El estudio de la evidencia médica en el capítulo II no ha brindado elementos suficientes para llegar a una respuesta definitiva, pues quienes se oponen a la circuncisión enfatizan los riesgos de la práctica, mientras que quienes la apoyan otorgan más peso a su potencial para la prevención de enfermedades graves. Frente a esa falta de acuerdo, identifiqué como el daño relevante de la circuncisión a sus efectos sobre la autonomía, pues quien es sometido a la intervención no puede dar su consentimiento cuando ella se realiza antes de que adquiera la madurez suficiente y, sin embargo, como consecuencia de ella, se produce una modificación permanente de su cuerpo. Pero mostré que, cuando procuran el interés del niño, los padres pueden tomar ciertas decisiones por sus hijos en forma justificada. Entiendo que para determinar cuándo se obra en interés del niño, debe tenerse en cuenta el contexto cultural, y no hacerlo en base a un presunto interés universal, definido *ex ante* por el Estado, como el crecer con un “cuerpo intacto”.

Así, en el capítulo III he defendido que el consentimiento de los padres o tutores para que se realice la circuncisión, motivado en razones religiosas, permite justificar moralmente la práctica. En esos casos, la circuncisión posibilita el desarrollo de la vida cultural de los niños dentro de las comunidades en las que serán criados, al menos durante los primeros años de su vida. Como sustento de esa afirmación, he destacado la relevancia de esta intervención como rito de iniciación en el judaísmo y en el islam, religiones en las que

determina la inclusión de los niños en sus comunidades religiosas. Por ello, la circuncisión es relevante para la integración del niño en su ambiente cultural y religioso, en términos de la percepción que la comunidad tendrá sobre él y de la que él mismo tendrá de su pertenencia.

Desde esta concepción, los padres o responsables que deciden circuncidar a un niño por razones religiosas están garantizando su derecho a la participación en la vida cultural y religiosa de su comunidad. Además, al realizar la intervención durante la infancia, evitan al niño las molestias y riesgos que la circuncisión involucra cuando se practica sobre mayores de edad. En cambio, no puede afirmarse que con ello quede una “*marca permanente*” de la identidad o la pertenencia a un grupo, pues la circuncisión es también un procedimiento que se realiza por motivos de salud, higiénicos y estéticos. Adicionalmente, es indicada para ciertas afecciones, lo que permite, en caso de que el niño circuncidado decidiera posteriormente abandonar su grupo de origen y disimular su condición, que pueda invocar motivos ajenos a su pertenencia a un ámbito cultural o religioso específico.

Tampoco la comparación con la MGF permite fundar la incorrección moral de la conducta. En primer lugar, he mostrado que existe un desacuerdo respecto a la incorrección de todas las formas de MGF, pues, al menos cuando la ablación parece equiparable a la circuncisión, esto es, por ejemplo, cuando la intervención tiene lugar sobre el prepucio del clítoris, se ha puesto en duda también la legitimidad de esa criminalización. En segundo término, he demostrado que la razón por la que existe una prohibición extendida en occidente de todas las formas de MGF es que se la considera una práctica de sometimiento hacia la mujer. En cambio, a la circuncisión infantil no se le atribuye un carácter degradante ni estigmatizante, al menos en su interpretación contemporánea.

Llegado a este punto, he adelantado mi conclusión en cuanto a que la criminalización de la circuncisión realizada por motivos religiosos resultaría ilegítima. Sin embargo, en el capítulo IV he analizado argumentos adicionales para no criminalizar, relacionados con los llamados “*principios de mediación*” (*mediating principles*), y que resultan válidos incluso si no se comparte la postura que asumí en el capítulo anterior sobre la justificación moral de la conducta. Así, basándome en la experiencia alemana a partir de la sentencia del *Landgericht* de Colonia de 2012, he mostrado que tal medida sería percibida como una

afrenta por los grupos religiosos, específicamente como una violación a su derecho a la libertad religiosa y de cultos; que probablemente los miembros de esas comunidades desobedecerían la norma, lo que conllevaría una mayor desprotección de los niños a quienes se les realizarían circuncisiones clandestinas –con un riesgo muy grande para su salud y su vida–, y que existe el riesgo de que se produzca como consecuencia indeseada un éxodo hacia Estados más tolerantes por parte de la población que desee preservar sus ritos.

Respecto del principio de proporcionalidad, he expresado mis dudas en cuanto a que las restricciones de derechos que conllevaría la prohibición de la circuncisión, es decir, del derecho del niño a participar en la vida cultural de su comunidad y de los padres a la libertad de cultos, se encuentren suficientemente justificadas. Al respecto, he explicado que, tratándose de una medida que impacta de modo diferencial sobre ciertas comunidades religiosas minoritarias que practican la circuncisión masculina, correspondería que los tribunales examinaran dicha norma con el estándar del escrutinio estricto, que presume su inconstitucionalidad. También aclaré que, en mi opinión, ni la autonomía del niño ni la salud pública podrían invocarse en forma consistente como fines sustanciales del Estado para vencer esa presunción, pues la circuncisión no afecta ninguna de ellas. Además, incluso si lo hiciera, el principio *in dubio pro libertate* exigiría considerar medidas alternativas menos restrictivas, como por ejemplo la regulación para la reducción de daños.

Al finalizar el trabajo, he sostenido que esta última clase de regulaciones es preferible e, incluso, he postulado la conveniencia de adoptarla en el sistema jurídico argentino. Una reforma legislativa que expresamente prevea la posibilidad de los padres o tutores de requerir o autorizar la circuncisión de sus hijos por razones religiosas, pero que les imponga el respeto de estándares médicos, sería consistente con las normas morales vigentes en la sociedad y no implicaría legitimar la causación de un daño a la salud de un niño. Dicha norma sería una contribución muy relevante para librar al derecho de la arbitrariedad y del acaso, a los que se encuentra sujeto en la actualidad en cuanto a este tópico.

## VI. Bibliografía

- ADLER, PETER W. (2016). "The draft CFC Circumcision Recommendations: medical, ethical, legal, and procedural concerns". *International Journal of Children's Rights*, 24, pp. 239-264.
- ALDEEB ABU-SAHLIE, SAMI A. (2012), *Male and Female Circumcision*, St. Sulpice, Centre of Arab and Islamic Law, 2nd edition.
- AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS (2012). "Circumcision Policy Statement". *Pediatrics*, vol. 130, nro. 3, pp. 585-586.
- BEAUCHAMP, TOM L. y CHILDRESS, JAMES F. (2019), *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Eight Edition.
- BENATAR, MICHAEL y BENATAR, DAVID (2003). "Between prophylaxis and child abuse: the ethics of neonatal male circumcision". *The American Journal of Bioethics*, Vol. 3, Number 2, pp. 35-48.
- BELOFF, MARY y KIERSZENBAUM, MARIANO (2021). "Autonomía e infancia. Acerca de la posibilidad de compatibilizar el artículo 19 de la Constitución Nacional con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En GARGARELLA, ROBERTO; ÁLVAREZ MEDINA, SILVINA y LOSA, JUAN. *Acciones privadas y Constitución*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 311-337.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (2014). "Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal". En LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO y RUSCONI, MAXIMILIANO (dirs.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 93-117.
- BRUSA, MARGHERITA y BARILAN, MICHAEL (2009). "Cultural circumcision in EU public hospitals – an ethical discussion". *Bioethics*, Vol. 23, Number 8, pp. 470-482.
- BRUSAU, JEREMIAS (2019). "Educación para la igualdad religiosa". *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, Cita Online: AR/DOC/1290/2019.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL (1993). "La teoría de la adecuación social en Welzel". *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc. 2, pp. 697-730.
- CISNEROS MALLCCO, MARLENE LOURDES (2015). "Infección urinaria en niños". *Revista de la Facultad de Medicina Humana*, vol. 15, nro. 3, pp. 40-50.
- DANIEL, RAY W.; ROWSON, STEVEN y DUMA, STEFAN M. (2012). "Head impact exposure in youth football". *Annals of Biomedical Engineering*, Vol. 40, No. 4, pp. 976-981.

- DARBY, ROBERT J. L. (2013). "The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?". *Journal of Medical Ethics*, 39, pp. 463-468.
- DAVIS, DENA S. (1997). "The Child's right to an open future: Yoder and beyond". *Capital University Law Review* 26, nro. 1, pp. 93-106.
- DE LORA, PABLO (2015). "Cirugía y menores: el caso de la circuncisión masculina". *Derecho y Salud*, vol. 25, nro. 2, pp. 67-79.
- DE MAGLIE, CRISTINA (2012), *Los delitos culturalmente motivados*, Buenos Aires, Marcial Pons.
- DÍAS, LEANDRO A. (2021). "Intervenciones médicas curativas y lesiones corporales". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 21, Número 2, pp. 1-34.
- DÍAS, LEANDRO A. (2017). "El ánimo de apropiación como elemento del delito de hurto". *Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, pp. 135-162.
- DUFF, R.A. (2001). "Harms and Wrongs". *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 15, Nro. 1, pp. 13-46.
- EARP, BRIAN D. y SHAW, DAVID M. (2017). "Cultural Bias in American Medicine: The Case of Infant Male Circumcision". *Journal of Pediatric Ethics*, 1(1), pp. 8-26.
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN. "Criminalizing male circumcision?". *German Law Journal*, Vol. 13, No. 9, pp. 1131-1145.
- FERREIRA MONTE, MÁRIO (2012). "Multiculturalismo y Derecho Penal en el espacio lusófono. Prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturales". En CORNACCHIA, LUIGI Y SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO (coords.). *Multiculturalismo y Derecho Penal*, Navarra, Editorial Aranzaldi.
- FREEMAN, M. D. A. (1999). "A child's right to circumcision". *BJU International*, 83, Suppl. 1, pp. 74-78.
- FRISTER, HELMUT (2022), *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi.
- GILES, ALEJO JOAQUÍN (2021). "Pensar la prueba de la discriminación 'indirecta': apuntes a propósito del fallo 'Castillo' (2017) de la Corte Suprema de Justicia argentina. En ROVATTI, P. Y LIMARDO, A. (dirs.). *Pensar la Prueba*, Buenos Aires, Editores del Sur, núm. 2, pp. 109-146.

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V. (1897), *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Ca. Editores.

GONZÁLEZ, MARÍA *et. al.* (2019). “Prevalencia de las infecciones del tracto urinario en niños menores de 2 años con fiebre alta en los servicios de urgencias”. *Anales de Pediatría*, vol. 91, nº 6, pp. 386-393.

GRABOWSKI, M. KATE *et. al.* (2017). “HIV Prevention efforts and incidence of HIV in Uganda”. *The New England Journal of Medicine*, 377, doi: 10.1056/NEJMoa1702150.

GRECO, LUÍS y SIQUEIRA, FLÁVIA (2017). “Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico”. En DE FARIA COSTA, JOSÉ *et. al.* *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, Universidade de Coimbra, vol. I, pp. 643-669.

GREEN, STUART P. (2013), *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Buenos Aires, Marcial Pons.

GULLCO, HERNÁN VÍCTOR (2016), *Libertad religiosa*, Buenos Aires, Ediciones Didot.

GULLCO, HERNÁN VÍCTOR (2003). “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”. En BULLARD, ALFREDO *et. al.* *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 287-302.

HASSEMER, WINFRIED (2014). “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO y RUSCONI, MAXIMILIANO (dirs.). *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 275-284.

HILGENDORF, ERIC (2020), *Introducción al derecho penal de la medicina*, Buenos Aires, Ad Hoc.

HÖRNLE, TAJIANA (2013). “Theories of Criminalization”. En DUBBER, M. y HÖRNLE, T. *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2999803>.

HÖRNLE, TAJIANA (2018). “Cultura, religión, derecho penal. Nuevos desafíos en una sociedad pluralista”. *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, número 6, pp. 204-216.

HÖRNLE, TAJIANA Y HUSTER, STEFAN (2013). “Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen”. *JuristenZeitung*, 68 Jahrg., Nr. 7, pp. 328-339.

ISENSEE, JOSEF (2013). “Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition”. *JuristenZeitung*, 68, Jahrg., Nro. 7, pp. 317-327.

JERICÓ OJER, LETICIA (2007), *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, Madrid, La Ley.

KESSLER FERZAN, KIMBERLY (2013). “Wrongdoing, and the Harm Principle’s Breaking Point”. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 10(2), pp. 685-702.

LEIRO, VIVIANA Y BERMEJO, ALCIRA (2012). “¿Circuncisión es prevención?”. *Dermatología Argentina*, vol. 18, núm. 5, pp. 409-411.

MACÍAS CARO, VÍCTOR MANUEL (2014). *Los ‘delitos culturales’ a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales*. [Tesis de doctorado]. Universidad de Huelva, España. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12643> (consultado el 6 de junio de 2022).

MAYER LUX, LAURA (2011). “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2do. semestre de 2011, pp. 371-413.

MAZOR, JOSEPH (2013). “The child’s interests and the case for the permissibility of male infant circumcision”. *J. Med. Ethics*, 39, pp. 421-428.

MCDONALD, ELISABETH (2004). “Circumcision and the criminal law: the challenge for a multicultural state”. *New Zealand Universities Law Review*, 21 NZULR 233.

MCMATH, AKIM (2015). “Infant male circumcision and the autonomy of the child: two ethical questions”. *Journal of Medical Ethics*, Vol. 41, nro. 8, pp. 687-690.

MENG, MAXWELL V. *et. al.* (2012). “Penis”, *Cureus Journal of Medical Science*, doi: 10.7759/cureus.

MÖLLER, KAI (2020). “Male and female genital cutting: between the best interest of the child and genital mutilation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 40, nro. 3, pp. 508-532.

MOTILLA, AGUSTÍN (2018). “Las circuncisiones rituales de menores: ¿acto contra la integridad física? Perspectivas civil y penal”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, pp. 173-199.

MORRIS, BRIAN J. *et. al.* (2019). “Critical evaluation of arguments opposing male circumcision: a systematic review”. *Journal of Evidence-Based Medicine*, vol. 12, issue 4, pp. 263-290.

MORRIS, BRIAN J. *et. al.* (2017). “The ethical course is to recommend infant male circumcision”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 45, nro. 4, pp. 647-663.

MORRIS, BRIAN J. *et. al.* (2013). “Veracity and rethoric in paediatric medicine: a critique of Svoboda and Van Howe’s response to the AAP policy on infant male circumcision”. *Journal of Medical Ethics*, 0, pp. 1-8.

MUNZER, STEPHEN R. (2018). “Examining nontherapeutic circumcision”. *Health Matrix: Journal of Law-Medicine*, 28, pp. 1-78.

MUNZER, STEPHEN R. (2015). “Secularization, anti-minority sentiment, and cultural norms in the German circumcision controversy”. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 37(2), pp. 503-582.

OPA, ABDULMUMINI A. (2008). “Female Circumcision as Female Genital Mutilation: Human Rights or Cultural Imperialism?”. *Global Jurist*, Vol. 8, Iss. 3 (Frontiers), art. 8, pp. 1-38.

ORCE, GUILLERMO (2017). “Fundamentos de la despenalización del cohecho activo. Bases para una discusión”. *Thomson Reuters*, AP/DOC/973/2017.

PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL (2017). “El ilícito material del delito tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales”. En ROBIGLIO, CAROLINA (dir.). *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 69-104.

PINZÓN-FERNÁNDEZ, MARÍA VIRGINIA *et. al.* (2018). “Infección del tracto urinario en niños, una de las enfermedades infecciosas más prevalentes”. *Rev. Fac. Med.*, vol. 66, nº 3, pp. 393-298.

PUPPE, INGEBORG (2007). “La justificación de la intervención médica curativa”. *Indret*, 01/2007.

RASSBACH, ERIC (2016). “Coming son to a court near you: religious male circumcision”. *University of Illinois Law Review*, 2016(4), pp. 1347-1360.

RIVAS, BETH E. *et. al.* (2016). “Critical evaluation of Adler’s challenge to the CFC’s Male Circumcision Recommendations”. *International Journal of Children’s Rights*, 24, pp. 265-303.

RUSCA, BRUNO (2020), *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Buenos Aires, Marcial Pons.

SAGGESE, ROBERTO M.A. (2010), *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO (2014). “Sobre la proporcionalidad y el ‘principio’ de proporcionalidad en Derecho Penal”. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO y RUSCONI, MAXIMILIANO (dirs.). *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 511-534.

SANCINETTI, MARCELO A. (2005), *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3ra. edición, t. I.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (2013). “Circuncisión Infantil”. *Indret Penal*, 1/2013.

SILVEIRA, RENATO DE MELLO JORGE (2019). “Crimen, cultura y multiculturalismo: las respuestas de la adecuación social (cultural) en Silva Sánchez y en Brasil”. En GARCÍA CAVERO, PERCY Y CHINGUEL RIVERA, ALEJANDRO I. (coords.). *Derecho Penal y Persona. Libro homenaje al Prof. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, Ideas, pp. 203-222.

SIMESTER, A.P. Y VON HIRSCH, ANDREAS (2011), *Crimes, Harms and Wrongs. On the principles of criminalization*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.

SOLAVAGIONE, LUCÍA (2019). “La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización”. *En Letra: Derecho Penal*, Año V, número 8, pp. 117-153.

SOPRANO, MAITÉ MIRIAM (2022), *Delitos culturalmente motivados*, Buenos Aires, BdeF.

SVOBODA, J. STEVEN y VAN HOWE, ROBERT S. (2013). “Out of step: fatal flaws in the latest AAP policy report on neonatal circumcision”. *Journal of Medical Ethics*, 39, pp. 434-441.

TASK FORCE ON CIRCUMCISION (2013). “Cultural bias and circumcision: the AAP Task Force on Circumcision responds”. *Pediatrics*, vol. 131, nro. 4, pp. 801-804.

THE BRUSSELS COLLABORATION ON BODILY INTEGRITY (2019). “Medically unnecessary genital cutting and the rights of the child: moving toward consensus”. *The American Journal of Bioethics*, 19(10), pp. 17-28.

TORRES FERNÁNDEZ, M. ELENA (2013). “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nro. 17, pp. 399-449.

TREACY, GUILLERMO F. (2011). “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”. *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, pp. 181-216.

VERDE, ALEJANDRA (2020). “Receptación, no encubrimiento. Un delito contra el mercado formal”. *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 10, pp. 54-107.

VON HIRSCH, ANDREW (2016). “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”. En HEFENDEHL, ROLAND *et. al. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Buenos Aires, Marcial Pons.

WELZEL, HANS (2011), *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires, BdeF.

WESSELS, JOHANNES *et. al.* (2018), *Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura*, Breña, Instituto Pacífico.

WOLANEK, CALEB C. y LIU, HEIDI (2017). “Applying Strict Scrutiny: An empirical analysis of free exercise cases”. *Montana Law Review* 78, nro. 2, pp. 275-312.