

# CIRCUNCISIÓN INFANTIL: ¿CRIMINALIZACIÓN O REGULACIÓN DE LA PRÁCTICA RELIGIOSA?

[Infant Circumcision: Criminalization or Regulation of Religious Practice?]

Jeremías Brusau<sup>1</sup>

## Abstract

The paper presents a critical analysis of discussions on the criminalization of infant circumcision performed for religious reasons. It includes an overview of the status and relevance of the issue, and an evaluation of different arguments that have been presented in favor of criminalization of the practice. From the position taken in this paper, parents or guardians who choose to circumcise a child for religious reasons are guaranteeing their right to participate in the religious activities of their community, and therefore prohibition of the practice is not recommended. Specifically in the context of the Argentine legal system, it is argued that the prohibition of circumcision would be subject to strict scrutiny in the face of a claim by individuals or religious groups affected by such a rule, and therefore would be based on a presumption of unconstitutionality that would be very difficult to rebut. On the contrary, the legislator could opt for a regulation of the practice by imposing the respect of certain medical standards, as a risk reduction measure.

**Keywords:** circumcision – criminalization – religious freedom – autonomy

## Resumen

El trabajo presenta un análisis crítico de las discusiones sobre criminalización de la circuncisión infantil realizada por motivos religiosos. Se incluye un panorama del estado y la relevancia actual de la cuestión, y una evaluación de distintos argumentos que se han esgrimido a favor de la criminalización de la práctica. Desde la posición asumida por el autor, los padres o tutores que deciden circuncidar a un niño por razones religiosas están garantizando su derecho a la participación en la vida religiosa de su comunidad, y por lo tanto la prohibición de la práctica no resulta recomendable. Específicamente en el contexto del sistema jurídico argentino, se plantea que la prohibición de la circuncisión estaría sujeta a un escrutinio estricto frente a una tacha de inconstitucionalidad por parte de personas o grupos religiosos afectados por esa norma, y por lo tanto se partiría de una presunción de inconstitucionalidad que sería muy difícil de rebatir. Por el contrario, el legislador podría optar por una regulación de la práctica imponiendo el respeto de ciertos estándares médicos, como medida de reducción de riesgos.

**Palabras clave:** circuncisión – criminalización – libertad religiosa – autonomía

DOI 10.7764/RLDR.17.177

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto (int.) de Derecho Penal y Procesal Penal en la cátedra a cargo del Prof. Dr. *mult. Dr. h.c.* Marcelo A. Sancinetti, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Abogado, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Master of Laws (LL.M.), University of Georgia, Estados Unidos. Magíster en Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Este artículo está parcialmente basado en la tesis de maestría presentada en la Universidad Torcuato Di Tella en el año 2022. Agradezco especialmente a los dos revisores anónimos por sus valiosos comentarios.

## 1. Introducción

En este trabajo presentaré un análisis crítico de las discusiones sobre criminalización de la circuncisión infantil realizada por motivos religiosos. Concretamente, luego de revisar el estado de la cuestión, y especialmente la situación en Alemania como consecuencia del dictado de la decisión conocida como “*Sentencia de la Circuncisión*” por un tribunal de Colonia, sintetizaré y refutaré distintos argumentos que se esgrimen a favor de la criminalización de esta práctica. A continuación, desarrollaré algunas razones por las que creo que la criminalización no es un camino recomendable. Para ello, analizaré los efectos colaterales que tendría la decisión estatal de punir la realización de circuncisiones infantiles por motivos religiosos, como así también las dificultades que tendría esa norma para superar un test de constitucionalidad según el escrutinio estricto que sería aplicable en el sistema argentino. Finalmente, me referiré brevemente a otra clase de regulaciones que se presenta *ex ante* como más idónea para proteger la integridad física de los niños que pasan por este rito religioso en el marco de sus comunidades.

Previo a adentrarme en la cuestión, realizaré algunas precisiones sobre el significado de la circuncisión y sobre la relevancia de la discusión acerca de su criminalización en el contexto actual. La circuncisión consiste en la remoción del prepucio para descubrir el glande, y según la Organización Mundial de la Salud, es uno de los procedimientos quirúrgicos más antiguos conocidos, y su extensión es tal que aproximadamente uno de cada tres varones en el mundo está circuncidado (WHO, 2010, p. 7).

La circuncisión puede ser realizada por motivos culturales, religiosos, 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 –donde se conoce como *brit milah*– y ciertas ramas del islam –que la llaman *khitan*–<sup>2</sup>, en las que es

---

<sup>2</sup> Una raíz común de este mandato para las dos religiones puede hallarse 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*”

asumida como un mandato divino. En los Estados Unidos de Norteamérica, la circuncisión se practica con frecuencia sobre la base de consideraciones higiénicas, sanitarias y estéticas, pero con una extensión tal que, según datos del año 2010, entre el 60% y el 90% de los varones –según la región– son circuncidados al poco tiempo de su nacimiento (WHO, 2010, p. 9; Torres Fernández, 2014, p. 158). En casos infrecuentes, la circuncisión puede ser terapéutica o médicamente indicada, o bien, puede ser realizada por el convencimiento de que redundará en beneficios para la salud o higiene del niño a futuro. Finalmente, es practicada como una medida estética, especialmente, en sociedades en las que la circuncisión es muy extendida y, por lo tanto, un pene incircunciso podría 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 que consideró que una circuncisión realizada por un médico musulmán sobre un niño de cuatro años por motivos religiosos constituía un hecho típico de lesiones corporales y antijurídico, no justificado por el consentimiento de los padres. En el primer apartado de este artículo me referiré más extensamente a esta sentencia.

Pero, más allá de ese acontecimiento, el interés del tema está dado por la actividad de 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 o a la autonomía de los niños. Los intactivistas operan actualmente a través de distintas organizaciones que planifican y coordinan actividades tales como manifestaciones públicas y jornadas académicas (Rassbach, 2016, p. 1348).

---

*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*. Existen distintas versiones de la *sunnah*, 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 Sahlieh, 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.

Efectuadas estas aclaraciones preliminares, pasaré a presentar el estado de la cuestión.

## 2. Un panorama de la cuestión

Un hito fundamental para esta discusión está dado por la sentencia del 7 de mayo de 2012 del *Landgericht* de Colonia –Alemania–, que algunos autores han llamado “Sentencia de la Circuncisión”<sup>3</sup>. 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>4</sup>

En esa sentencia se consideró que la práctica de la circuncisión, incluso realizada de conformidad con la *lex artis*, era una conducta típica y antijurídica. 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 era una medida permanente y que no tendía 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

---

<sup>3</sup> Silva Sánchez (2013, p. 3) presenta el estado de la cuestión en la doctrina jurídico-penal alemana con anterioridad a este caso. 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> [consulta: 13 de octubre de 2023].

<sup>4</sup> Los médicos que reportaron el caso no lo hicieron porque ellos consideraran que la circuncisión fuera una conducta reprochable o prohibida, sino que, aparentemente, la madre del niño no pudo darse a entender en alemán, y eso los llevó a dudar de que la circuncisión hubiera sido practicada con el consentimiento de ambos progenitores (Fateh-Moghadam, 2012, p. 1132).

necesario para decidir someterse a la circuncisión por sí mismo (Torrez Fernández, 2014, p. 155; Isensee, 2013, p. 317; Fateh-Moghadam, 2012, p. 1134-1135).

Aunque la afirmación de que la práctica de una circuncisión pueda subsumirse en un tipo penal pueda parecer extraña, ella deriva de la aplicación al caso de la doctrina actualmente mayoritaria en Alemania, que considera que todas las intervenciones médicas –incluso las curativas– son conductas típicas del delito de lesiones, eventualmente justificadas por el consentimiento del paciente. Por ello, autores alemanes afirman que la circuncisión “*indudablemente*” configura “*el tipo de las lesiones corporales*” (Wessels *et al.*, 2018, p. 244; Hörnle y Huster, 2013, p. 329)

Sin embargo, 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 reaccionaron dictando la *Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, que introdujo al Código Civil alemán el §1631d con el fin de garantizar la posibilidad de los padres de circuncidar a sus hijos sin incurrir en responsabilidad penal (Torres Fernández, 2014, p. 156; Frister, 2022, p. 307). Dicha norma reza:

*“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.”<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Traducción tomada de Silva Sánchez (2013, p. 4).

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*, es decir, siempre que se observen las reglas de higiene y los estándares técnicos de la medicina, por ejemplo, el uso de anestesia (Hörnle, 2018, p. 207). Para la mayor parte de la doctrina, no son relevantes ni los motivos ni la valoración sanitaria o cultural de la intervención, aunque Hörnle afirma que 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*” (2018, p. 208). 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, 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).

Asimismo, Hörnle propone que el §226a del Código Penal alemán, que conmina con pena el mutilar los órganos genitales externos de una mujer, 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).

En lo que se refiere a la permisibilidad de la circuncisión masculina, aún luego de la sanción de la norma civil la doctrina no es unánime. Silva Sánchez (2013, p. 3-4) explica que los opositores a la práctica en Alemania pueden sostener una interpretación sumamente restringida de la autorización legal, siguiendo su noción de que la circuncisión no indicada en

términos médicos siempre constituirá un mal para el niño. Hörnle entiende que es necesario emprender 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 constitucionalmente permisible 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”. Desde su punto de vista, 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 sólo 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 desde una óptica religiosa, pero que no tiene efectos físicos permanentes (Isensee, 2013, p. 319-321).

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, a diferencia de la mencionada práctica de “mutilación genital femenina” (De Maglie, 2012, p. 82; Rassbach, 2016, p. 1351). Por ejemplo, en las resoluciones 1952 (2013) y 2076 (2015), el Consejo de Europa recomienda que la circuncisión sea realizada por personal capacitado y conforme a la *lex artis*, pero no promueve su prohibición generalizada. 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. 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 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 algunos casos aislados, sí ha habido intentos de criminalización, pero que no llegaron a materializarse en prohibiciones. 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>6</sup> En Dinamarca, propuestas similares fueron rechazadas en el Parlamento en 2018 y 2020.

En el año 2014, otro caso resonante ocurrió en Estados Unidos<sup>7</sup>, a raíz de una regulación de la Ciudad de Nueva York que había prohibido la realización de un rito conocido como *metzitzah b'peh*, que consiste en la 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 siguiente 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, especialmente en las ciudades de Santa Mónica y San Francisco, en las que, ya en el año 2011, algunas 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 provocaron dichas mociones, calificadas de antisemitas,

---

<sup>6</sup> Cook (2018) presenta una breve crónica periodística sobre el origen y fin del proyecto parlamentario.

<sup>7</sup> United States Court of Appeals for the Second Circuit, 763 F.3d 183 (2014).

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>8</sup>.

En la Argentina, hasta el momento no se ha emprendido una investigación 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. No obstante, en su tesis sobre libertad religiosa, Gullco (2016, p. 189-190) afirma que, toda vez que el carácter lesivo de la circuncisión está cuestionado, una interferencia estatal en esa actividad debería pasar por un escrutinio estricto. Él también reseña un antiguo precedente<sup>9</sup> en el que se consideró que, por no comprobarse la intención de causar un daño en la integridad física por parte del autor de la intervención, el hecho sólo podría subsumirse en el tipo penal de lesiones corporales si se hubiese actuado con imprudencia, lo que no ocurría en el caso por no haber una violación a las reglas del arte médico.

Frente a este panorama, en este trabajo busco aportar elementos para el análisis de algunos de los principales argumentos que han sido considerados en los países en que se intentó criminalizar la circuncisión infantil, y a la vez colaborar para que, si en Argentina se plantea una discusión semejante, las decisión que finalmente se tome esté precedida de un análisis racional<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> La norma dice: “(a) La legislatura entiende 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 common law y de derecho civil, a los condados de common law y de derecho civil, y a las ciudades y condados de derecho civil.” Disponible en: <https://law.justia.com/codes/california/2019/code-hsc/division-106/part-10/section-125850/> [consulta: 13 de octubre de 2023] (traducción propia del idioma inglés).

<sup>9</sup> Caso “Fischbein” que, siguiendo las referencias del autor citado, fue resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en 1938, J.A. 60-243.

<sup>10</sup> Un análisis completo de la cuestión debería incluir también, incluso de manera privilegiada, consideraciones médicas o médico-legales sobre el daño asociado a la circuncisión. De hecho, 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. Sin embargo, un estudio de la cuestión realizado para mi tesis de maestría me permitió verificar que la opinión médica está dividida entre quienes consideran que la práctica produce graves riesgos y daños a la salud y quienes afirman que predominan sus beneficios. Ocurre que 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. No obstante, los riesgos de

### 3. Discusiones en torno a la criminalización de la circuncisión infantil.

#### 3.a. El derecho a un futuro abierto

En la literatura sobre la regulación de la circuncisión infantil suele utilizarse el “derecho del niño a un futuro abierto”, para argumentar que resultaría inmoral que los padres autoricen o requieran esta práctica sobre sus hijos. El concepto fue inicialmente desarrollado por Feinberg, aunque en un contexto diferente al de la circuncisión. Entiende Feinberg (1992, p. 76) que los adultos deben procurar que el niño tenga la posibilidad de elegir en forma autónoma en el futuro entre distintas formas de vivir. Con este fin, incluso, los padres o tutores podrían limitar la libertad de elección del niño durante la crianza, cuando éste pueda con su decisión condicionar sus propias opciones a futuro (Feinberg, 1992, p. 78).

Pero algunos autores más recientemente han utilizado este concepto para explicar por qué la circuncisión infantil sería moralmente incorrecta. 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. 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 no tenga consecuencias adversas: un niño criado en una familia judía o musulmana puede querer cambiar su religión en el futuro, pero no podrá 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 de manera irreversible (Darby, 2013, p. 466).

---

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.

Ahora bien, 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, mientras 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). En cambio, los padres sí actuarían de forma incorrecta si disminuyeran sustancialmente las posibilidades a futuro de sus hijos, y el Estado puede interferir en la crianza para que ello no ocurra. Sobre la base de dichas nociones, Darby considera que el Estado debería prohibir la realización de circuncisiones.

Darby agrega algunas consideraciones adicionales sobre la circuncisión. En primer lugar, aunque él mismo reconoce que algunas medidas, como los tratamientos de ortodoncia, pueden ser dispuestas por los padres sin el consentimiento del niño, él cree que esta situación no es trasladable al caso de la circuncisión. Ello, ya que considera 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 segundo término, 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).

En mi opinión, esta objeción basada en el derecho del niño “a un futuro abierto” no contempla que el niño también tiene derecho 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 para la integración del niño en ellas. El propio Feinberg reconocía que los padres se encuentran en una posición privilegiada para transmitir sus prácticas y 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). Así, el derecho a un futuro abierto no se opone, en términos generales, a la integración del niño a una comunidad religiosa.

De hecho, no puede darse a un niño un futuro totalmente abierto sin limitar sus capacidades para lograr sus objetivos en la adultez. Ciertas destrezas requieren un entrenamiento desde la niñez para lograr un desempeño, por ejemplo, competitivo, en la adultez. De modo similar, los niños que nacen dentro de una comunidad religiosa en la que se practica la circuncisión, de no ser circuncidados, no tendrían un futuro completamente abierto. Si luego de la pubertad, quisieran someterse a la práctica, correrían más riesgos, sufrirían más molestias y requerirían un período más prolongado para su recuperación (WHO, 2010, P. 15).

Por ello, 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. Las mayores complicaciones asociadas a la práctica luego de la pubertad, junto con el hecho 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 –o la mayoría de los niños– que nacen en estas comunidades religiosas preferirían no pasar por este rito.

Ello demuestra que el examen de si una conducta se realiza en el interés del niño no puede hacerse con independencia de las condiciones en que ha de vivir ese niño específicamente. Si bien es posible que en un futuro el niño decida abandonar su religión y su grupo cultural de pertenencia, no debe perderse de vista que ese niño participa de la comunidad en la que nace, y que previsiblemente vivirá al menos la primera etapa de su vida dentro de la comunidad religiosa de sus padres. 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 realiza 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. Por ello, dentro de estas comunidades, la circuncisión masculina infantil abre más puertas de las que cierra (Brusa y Barilan, 2009, p. 478).

### 3.b. La igualdad de género y la “mutilación genital femenina”

Un argumento basado en la igualdad de género plantea que los varones deberían ser tratados igual que las mujeres, 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” —en adelante, MGF—<sup>11</sup> (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.

Siguiendo la clasificación más usual, podemos identificar al menos 4 clases de MGF:

(1) Remoción total o parcial del clítoris y/o del prepucio (cloridectomía). Dentro de este primer grupo, podemos diferenciar a su vez dos sub-grupos: (1a) la remoción total o parcial del clítoris, y (1b) la remoción del prepucio del clítoris. 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).

(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, es preciso identificar cuáles son las formas de MGF similares en su procedimiento, en su fundamentación religiosa y en sus efectos a la circuncisión masculina. No obstante, el acercamiento a la cuestión de los países que han prohibido la MGF, ha sido el de criminalizar

---

<sup>11</sup> Puede resultar 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 neutral, y nombran a ambas clases de intervención como “cortes genitales” (por ejemplo, Möller, 2020, p. 508). Se trata de una estrategia utilizada para enfatizar la analogía entre ambos procedimientos, analogía que en este trabajo pondré en duda respecto de algunos casos. Además, la palabra “circuncisión” es tradicionalmente utilizada para referirse a los ritos religiosos. Sin embargo, no puedo dejar de reconocer que el hecho de que la OMS haya escogido usar la expresión “MGF” obedece a su pretensión de “evocar escenarios de violencia y tortura” (De Maglie, 2012, p. 73).

cualquier forma de intervención sobre los genitales femeninos, enrolándolas a todas dentro del concepto general de MGF y estableciendo un tabú sobre ellas.

Así, por ejemplo, en el Reino Unido, la *Female Genital Mutilation Act* del año 2003, establece en su primer inciso: “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.” Además, para descartar posibles defensas basadas en la cultura de pertenencia de 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 una costumbre o un ritual.”<sup>12</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 precedentemente (Hörnle, 2018, p. 208; Hilgendorf, 2020, p. 22-23).

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 una 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 MGF (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

---

<sup>12</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. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/female-genital-mutilation-resource-pack/female-genital-mutilation-resource-pack> [consulta: 14 de octubre de 2023].

*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, la norma prevé su aplicación extraterritorial: *“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.”*

Esta 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”* (McDonald, 2004, p. 18; De Maglie, 2012, p. 81; Soprano, 2022, p. 122). 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 rescate (Oba, 2008, p. 34). Ello, especialmente teniendo en cuenta que la criminalización de la MGF redundaría en la persecución de inmigrantes que, encontrándose en occidente, intentan mantener las prácticas de su comunidad de origen (Oba, 2008, p. 26).

Ahora bien, frente a tales críticas, creo que es razonable concluir que no puede justificarse que la circuncisión será inmoral en todos los casos sobre la base del tabú impuesto sobre la MGF, ya que dicho tabú puede ser en sí mismo injustificado. Así, por ejemplo, Benatar y Benatar afirman que remover el prepucio del clítoris (la forma de MGF identificada como 1b en la clasificación presentada) es un procedimiento equivalente a remover el prepucio del pene, y que sólo sesgos culturales nos inclinan a castigar lo primero y aceptar lo segundo (2003, p. 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 delito previsto en el §226a mencionado anteriormente. La autora ejemplifica con el caso en que, sin amputación, sólo es afectado el prepucio del

clítoris –categoría 1b de la clasificación antes vista– (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, 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 constituye 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 desigualdad entre los sexos ni de someter a los hombres, 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). Estas razones para el rechazo de las diversas formas de MGF no resultan 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, que no representa beneficios de salud ni espirituales, sino que está asociada sólo a ideales sobre el comportamiento que deben observar las mujeres (WHO, 2019, p. 1-2). Ese componente de dominación sobre el comportamiento en general, o sobre la conducta sexual en particular, está ausente en las discusiones más extendidas sobre la circuncisión, al menos en su percepción contemporánea<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>.

---

<sup>13</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, la circuncisión era utilizada para prevenir la masturbación excesiva.

<sup>14</sup> Por su similitud con la propuesta que presento en este trabajo para la circuncisión masculina, sintetizaré la opinión de Macías Caro (2014, p. 212-214) sobre la MGF. Él considera que aquella debe regularse de manera tal que se logren compatibilizar, por un lado, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, el derecho a su

### 3.c. ¿Autonomía del paciente o participación del niño en su comunidad religiosa?

Frente a la ya mencionada falta de acuerdo con respecto a los perjuicios y beneficios médicos que derivan de la circuncisión masculina infantil, los defensores de su criminalización se centran generalmente en sus efectos sobre la autonomía, ya que el niño, en términos generales, no puede dar su consentimiento a la intervención, especialmente en las comunidades religiosas en las que 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 la forma de su cuerpo.

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 sobre la práctica médica: el de la promoción de la salud y el de la autonomía del paciente<sup>15</sup>. 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 formular un juicio sobre cuál es el mejor tratamiento para el paciente y actuar en consecuencia. Si bien durante muchos años esta fue la visión imperante, a partir de diversos cambios culturales y tecnológicos ha sido progresivamente reemplazada por el paradigma de la autonomía del paciente.

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

---

propia cultura y el derecho a su salud, y por otro lado, el interés de preservar la integridad física 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 directamente 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>15</sup> En mayor profundidad, ver Greco y Siqueira (2017, p. 643-649).

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.

Así, a partir de estas nociones, puede comprenderse 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. 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 hoy en forma mayoritaria en Alemania, precisamente, por ser la más coherente con el principio de autonomía del paciente (Días, 2021, p. 27; Hilgendorf, 2020, p. 15). De allí que, como ya expliqué, la “Sentencia de la Circuncisión” no haya hecho más que trasladar esta conclusión al ámbito de la circuncisión infantil.

Pero los casos de circuncisión infantil presentan una particularidad, ya 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 mayoritariamente que opera una causa

de justificación independiente de la incapacidad de obtener el consentimiento informado del paciente.

El desarrollo anterior revela una razón que podría hablar a favor de la criminalización de la circuncisión masculina infantil, esto es, el límite que impone a la autonomía de los niños para decidir sobre su propio cuerpo. Pero también he mostrado que la autonomía no se sostiene del mismo modo respecto de un niño que 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 usualmente 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 vacunarlos 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 Kierszenaum, 2021, p. 333). Respecto de los niños, sus padres o tutores 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. 44). Si los niños pequeños tuvieran un derecho a “ser dejados solos” al momento de tomar decisiones como vacunarse o estudiar, 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 o tutores 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 objetivo de hacerlo sufrir. En cambio, pueden hacerlo si procuran que haga su tarea o que coma vegetales. Es decir: en este asunto, los motivos importan. La conducta estará moralmente justificada si tiene en miras el interés del niño.

Si volvemos a la circuncisión masculina, la discusión sobre el interés del niño no tiene por qué limitarse a los beneficios o perjuicios médicos asociados a la intervención. Como ya he dicho, la circuncisión es considerada en el judaísmo y en el islam como un rito de iniciación, que marca la inclusión de los niños en sus comunidades religiosas, a pocos días de su nacimiento o bien antes de alcanzar la pubertad. 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, sobre el propio hombre circuncidado. Se trata, en resumidas cuentas, de darle al niño una “carta de ciudadanía” para posibilitar su participación en la vida de la comunidad.

Este interés de los niños en participar de la vida cultural dentro de sus comunidades es uno de los fundamentos del derecho de los padres a educarlos en sus propias creencias religiosas. Algunos autores han llegado a afirmar que los niños que nacen en comunidades que practican la circuncisión tienen un derecho a ser circuncidados (Freeman, 1999, p. 77). Entiendo que el hecho de que los padres que deciden circuncidar a su hijo tengan en miras su integración en la comunidad religiosa a la que pertenece permite justificar esa conducta, aunque implique una modificación en el cuerpo no consentida por el “paciente”. Dos características de la práctica son particularmente relevantes para esta conclusión: primero, la falta de acuerdo en cuanto a los efectos para la salud, ya que distinto sería el caso de un

ritual que, por ejemplo, implicara extraer los ojos del niño; segundo, el hecho de que la circuncisión no sólo es practicada por miembros de religiones, sino también por otras razones, por ejemplo, por indicación médica, permite diferenciarla de casos como la marca con tatuajes, concretamente, frente a una situación en la que una persona circuncidada por motivos religiosos quisiera esconder sus orígenes o su afiliación al grupo, bastaría con invocar una necesidad médica para la práctica.

En resumen, no se le debe restar relevancia a la integración del niño en el ámbito de su comunidad religiosa, en términos de la percepción que la comunidad tendrá sobre él y de la que él mismo tendrá sobre su pertenencia. Asimismo, cabe aclarar que ritos de iniciación semejantes existen 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– se consideran relevantes para la integración con los pares<sup>16</sup>. Pues bien, la integración en una comunidad religiosa a través de la circuncisión agrega a esa visión secular de iniciación la creencia religiosa de estar cumpliendo un mandato divino.

Ciertamente, los grupos intactivistas que rechazan la circuncisión masculina infantil no objetan del mismo modo los ritos de iniciación seculares, lo que demuestra una contradicción en sus argumentos. Independientemente de la posición que pueden adoptar los particulares, sostengo que resultaría problemático que el Estado decidiera, 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.”* (2012, p. 1136).

---

<sup>16</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, la participación en el juego es una exposición a la trampa por parte de otros jugadores y a entrenamientos rigurosos.

Además, esperar a que el niño alcance el grado de madurez necesario para poder tomar una decisión autónoma 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.

Como consecuencia de ello, 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 riesgos que la circuncisión involucra cuando se practica sobre mayores de edad. Se trata consecuentemente de una clase de conductas moralmente justificada.

Lo dicho hasta aquí no implica que los padres o tutores *deban* circuncidar a sus hijos, 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. El Estado no debe imponer una prohibición penal de la conducta de los padres que deciden circuncidar a sus hijos. Por otra parte, los padres podrían elegir criar a sus hijos en un contexto en el que la práctica de la circuncisión no tenga la misma relevancia. En última instancia, la decisión sobre si la circuncisión resulta necesaria para la integración del niño en un contexto determinado debería quedar 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.

#### **4. Efectos colaterales de la criminalización de la circuncisión**

Para tomar una decisión sobre la criminalización de una clase de conductas, el Estado debe ponderar razones de distinta índole. Por ejemplo, debe considerar razones para no criminalizar, como las consecuencias indeseables que podrían resultar de la criminalización, y que aconsejarían al Estado acudir a formas alternativas de regulación, 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.

El caso de la sentencia del tribunal de Colonia de 2012 es un punto de partida para reflexionar sobre las consecuencias de la criminalización. Esa sentencia fue recibida por 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, la Conferencia de Rabinos Europeos, la Unión Islámica Turca y el Consejo Central de Musulmanes en Alemania 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 (Munzer, 2015, p. 520-521).

Otro ejemplo relevante es el conocido como la Rebelión de los Macabeos, donde la prohibición de la circuncisión vino acompañada de testimonios de resistencia por parte de las comunidades religiosas, que siguieron practicando sus ritos<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Según se narra en el Primer Libro de los Macabeos, sobre el reinado de Antíoco IV Epífanes en Israel: “El rey promulgó un decreto en todo su reino, 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

Por esta razón, una norma que prohibiera la circuncisión masculina probablemente enfrentaría una fuerte resistencia y 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 implicaría probablemente mayores riesgos para la salud de los niños. Si no hay una oferta de profesionales de la salud o personas entrenadas disponibles para realizar la circuncisión en condiciones apropiadas, ello da lugar a la realización de procedimientos clandestinos, que pueden causar lesiones o mayor dolor a los niños. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la circuncisión 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 para las agencias de control estatal, e incluso podría no surgir en controles médicos normales en los que no fuese necesario descubrirlos.

Ergo, si el objetivo de la prohibición de la circuncisión es asegurar los intereses del niño, esa prohibición resulta paradójica. 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 la integridad física de los niños. El riesgo de la prohibición es que, en lugar de producir menos hechos de aquellos que pretende prevenir, aumente su potencial gravedad *para las mismas personas* que pretende proteger.

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 en Alemania deben ser tenidas en cuenta, pues revelan un aspecto que no puede pasar desapercibido:

---

*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](https://www.vatican.va/archive/ESL0506/___PRA.HTM) [consulta: 13 de octubre de 2023].

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 higiénicas, y que desde sus orígenes ha declarado su intención de recibir inmigrantes sobre la base del respeto a sus creencias religiosas<sup>18</sup>.

También debe entrar en juego en este balance 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.

En estas condiciones, la prohibición de la circuncisión infantil en Argentina probablemente no sería 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 recibiría a *“todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*<sup>19</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>20</sup>.

---

<sup>18</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 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 entrada en vigencia de esa Constitución, entre 1854 y 1889. *Inmigración judía a la Argentina* [en línea]. Disponible en: <https://amia.org.ar/2019/02/22/inmigracion-judia-a-la-argentina/> [consulta: 13 de octubre de 2023].

<sup>19</sup> Según lo declara el Preámbulo de la Constitución Argentina. Constitución de la Nación Argentina [en línea]. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [consulta: 13 de octubre de 2023].

<sup>20</sup> En 2020, cuando la última de las mociones presentadas en el parlamento dinamarqués para prohibir la circuncisión fue rechazada, la primer ministro Frederiksen se posicionó públicamente en contra de la medida. Según trascendió en medios periodísticos, dijo *“A muchos judíos no les parece posible vivir en un país donde la circuncisión esté prohibida. Sencillamente, no creo que podamos tomar una decisión en la que no cumplamos la*

Estos efectos colaterales que tendría la criminalización de la circuncisión constituyen razones de peso que deberían ser tenidos en cuenta por el legislador.

## 5. El derecho a la libertad religiosa frente a la criminalización de la circuncisión

Otra cuestión que debe ser tomada en cuenta a la hora de decidir acerca del régimen aplicable a la circuncisión es el efecto que la criminalización tendría sobre el derecho a la libertad religiosa. En el derecho argentino, este punto está vinculado con el sistema de control de constitucionalidad difuso, pues frente a la petición de una persona que se viera impedida de ejercer libremente su culto, cualquier juez podría declarar la inconstitucionalidad de la norma a su respecto, volviéndola así, en la práctica, inaplicable en una sociedad en que las circuncisiones se realizan mayormente por motivos religiosos. Así lo advirtió ya Gullco (2016, p. 190), al sostener 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 haya alcanzado la edad mínima para decidir por sí mismo.

Ahora bien, en el sistema argentino, el control de constitucionalidad es ejercido con distinta intensidad, dependiendo del caso de que se trate. Cuando un caso involucra el derecho a la igualdad por la utilización de categorías sospechosas para efectuar distinciones, la Corte Suprema ha utilizado una forma de escrutinio *“estricto”* que se caracteriza por atribuir 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>21</sup>. En

---

*promesa que hicimos, esto es, que los judíos daneses deben seguir siendo parte de Dinamarca.”* The Jerusalem Post [en línea]. Disponible en: <https://www.jpost.com/international/danish-pm-opposes-bill-banning-circumcision-citing-promise-made-to-jews-642000> [consulta: 13 de octubre de 2023] (traducción propia del idioma inglés).

<sup>21</sup> CSJN, *“Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal”*, Fallos: 332:422 (2019). Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación explicó que el principio de igualdad es complementado *“mediante la*

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 para alcanzar los fines propuestos por el legislador, pues ello implicaría reemplazar su criterio por el propio (Saggese, 2010, p. 264).

En mi opinión, el estándar de control aplicable para la evaluación de una norma que criminalizara la circuncisión sería el del escrutinio estricto. El precedente más relevante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para esta cuestión es el caso “Castillo”<sup>22</sup>. En él, el máximo tribunal argentino 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 describió los dos estándares de control de constitucionalidad. 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 justificado 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

---

*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 motivo de *“raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

<sup>22</sup> CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, Fallos: 340:1795 (2017).

comprender el motivo, resulta fundamental el 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 “*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 en el sistema argentino 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>23</sup>.

Aunque no existen otros precedentes en la Argentina en los que se haya utilizado el escrutinio estricto frente a normas que prevean una forma de “*discriminación indirecta*” respecto de grupos religiosos por el ejercicio de su culto, cobra relevancia la línea jurisprudencial actualmente vigente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica que aplica el escrutinio estricto a casos de esta índole, y que fue trasladada por tribunales inferiores a un caso vinculado con la regulación de la circuncisión infantil<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Giles (2021, p. 109-110) menciona 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 perjuicio a otros grupos en similares circunstancias y 4) que resulta desproporcionado y no justificado.

<sup>24</sup> Sintéticamente, quiero referirme a la relevancia de la jurisprudencia estadounidense para la interpretación de la Constitución Nacional argentina. Es sabido que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica sirvió como un “modelo” para la redacción de la Constitución argentina, y que, aunque existen diferencias notorias entre ambos sistemas jurídicos en términos de las relaciones entre el Estado y los cultos, no las hay en cuanto a la protección de la libertad religiosa. Por ello, como en otras áreas del Derecho, la Corte Suprema argentina ha acudido a la jurisprudencia estadounidense como respaldo en precedentes vinculados con la libertad religiosa, así, por ejemplo los casos “Portillo” (CSJN, “Portillo, Alfredo s/ infr. Art. 44 ley 17.531”, Fallos: 312:496 (1989)), “Bahamondez” (CSJN, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Fallos: 316:479 (1993)) y “Asociación de los Testigos de Jehová” (CSJN, “Asociación de los Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, Fallos: 328:2966 (2005)). Es cierto que algunos autores niegan que ciertas soluciones de la jurisprudencia estadounidense en la materia sean trasladables al derecho argentino porque éste consagraría una protección general e igual a todas las formas de conciencia (ya sea por encontrar una genérica protección a la autonomía personal en el art. 19 de la Constitución Nacional, o

Actualmente, el precedente más relevante en los Estados Unidos sobre el control de constitucionalidad de normas que restrinjan el ejercicio de la libertad religiosa es “Smith”<sup>25</sup>. Aunque no se trata de un caso penal, sino de un reclamo del reconocimiento de una asignación por desempleo, la solución del pleito requería que la Corte Suprema decidiera si la norma del Estado de Oregon que criminalizaba el uso de peyote podía aplicarse a personas que utilizaban ese estupefaciente como parte de una ceremonia religiosa. La pregunta relevante para este trabajo era, entonces, si la protección constitucional de la libertad religiosa impedía la criminalización de un rito religioso. En su fallo, la Corte Suprema afirmó que la protección constitucional de la religión no incluía un derecho a tener excepciones a normas neutrales y generalmente aplicables, ello, con independencia de que los poderes políticos pueden, si así lo consideran oportuno, reconocer excepciones religiosas al sancionar esas normas.

El *holding* de “Smith”, sin embargo, no es aplicable a normas que no son neutrales, como lo demostró poco tiempo después el fallo “Lukumi”<sup>26</sup>. En ese caso, la Corte Suprema invalidó 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 las normas perseguían propósitos de salud pública y protección a los animales, la Corte entendió que su verdadero objetivo era obstaculizar la práctica de la Santería, un culto afroamericano, con elementos de la religión yoruba, cuya presencia se concentra en el Caribe, y que practica sacrificios de animales en eventos religiosos. Por ello, la Corte entendió que no se trataba de una regulación neutral; consecuentemente, no siendo aplicable en el caso lo resuelto en “Smith”, debía pasar por un escrutinio estricto, según el cual “*una ley que restringe la libertad religiosa debe perseguir intereses de la más alta importancia y debe ajustarse estrictamente a dichos intereses.*”

---

bien, por el alcance de la protección en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional) (Gullco, 2016, p. 70-75). Sin embargo, entiendo que esas objeciones no son oponibles al uso de la jurisprudencia estadounidense que aquí se propone.

<sup>25</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, “Employment Division v. Smith”, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>26</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, “Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah”, 508 U.S. 520 (1993).

De este modo, incluso luego de la doctrina de “Smith”, la Corte Suprema de los Estados Unidos ejerce un control más estricto de normas discriminatorias, esto es, que persiguen como objetivo explícito o implícito desalentar el ejercicio de una religión. Esta misma línea jurisprudencial fue aplicada, aunque por un tribunal de menor rango, a un rito asociado a la circuncisión infantil.

En efecto, en el ya mencionado caso “Central Rabbinical Congress of U.S. & Canada v. New York City Dept. of Health & Mental Hygiene”<sup>27</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*” (MBP), 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.*” El objetivo de la norma era prevenir la infección de niños con el virus del herpes, condición que podría causarles graves problemas de salud, incluso la muerte.

De acuerdo con los actores, el rito de la MBP se trata de una práctica tradicional en grupos jasídicos, y es considerado por algunas autoridades religiosas como la única manera aceptable de realizar una circuncisión. Ellos explicaron que este ritual es practicado por una persona con entrenamiento especializado y que toma múltiples precauciones, por ejemplo, abstenerse de realizar circuncisiones si tiene síntomas de infección con herpes.

En su fallo, el tribunal reconoció como precedentes relevantes a “Smith” y “Lukumi”, y concluyó que la regulación estatal debía superar el escrutinio estricto para ser válida. Con cita de “Lukumi”, afirmó que una norma no es neutral cuando está específicamente dirigida a una práctica religiosa, independientemente de que aquélla esté redactada en términos discriminatorios. Lo determinante es que esa norma identifique una conducta religiosa como objeto de un tratamiento distinto. Explicó que, al igual que en “Lukumi”, las restricciones impuestas por el Estado en este caso aplicaban a *casi* nadie excepto por un grupo religioso desfavorecido. Aunque esta decisión no tocó el fondo del asunto y, de hecho, gracias a un acuerdo entre las partes, el juicio no continuó, el precedente puede servir de guía para otros

---

<sup>27</sup> United States Court of Appeals for the Second Circuit, 763 F.3d 183 (2014).

tribunales que deban examinar la constitucionalidad de la criminalización de la circuncisión infantil.

Concretamente, 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 en Argentina en la práctica dicha prohibición no incluiría a *“casi nadie”*, salvo por los grupos religiosos que se verían desfavorecidos, permitiría asimilar este caso a aquellos precedentes. Ello así, pues dicha norma produciría un impacto diferencial discriminatorio sobre los miembros de las religiones judía y musulmana. Por lo tanto, estaría justificada la aplicación del escrutinio estricto, frente a lo cual el Estado debería demostrar que se verifican los requisitos para vencer una presunción de inconstitucionalidad.

En el caso *“Central Rabbinical Congress of U.S. & Canada”* se reconoció como la finalidad de la prohibición a la protección de la salud pública, específicamente por el riesgo de contagio del virus del herpes asociado al rito del que se trataba. Sin embargo, si se pretende prohibir la realización de circuncisiones por fuera de ese rito, la necesidad de esa prohibición para la protección de la salud pública sería aún más cuestionable. En cuanto al derecho a la autonomía del niño, he explicado de qué manera la circuncisión colabora en el desarrollo de su vida integrado en su comunidad de origen, asegurando así su derecho al disfrute de la vida religiosa y cultural. Por lo tanto, la criminalización de la circuncisión masculina infantil encontraría serios obstáculos para superar un estándar de escrutinio estricto, ya desde la primera exigencia.

Por otra parte, incluso si se pretendiera justificar la prohibición sobre la base de la salud pública, aún debería examinarse si no resultaría suficiente para su protección la implementación de una regulación para la reducción de daños. En los términos utilizados por la Corte Suprema argentina en *“Castillo”*, ello sería necesario para mostrar que se ha adoptado el *“medio menos restrictivo”*, mientras que, en los términos del escrutinio estricto norteamericano, se trata de la comprobación de que la prohibición está *“estrictamente ajustada”* a los intereses estatales que busca propender. En la siguiente sección examinaré

brevemente regulaciones alternativas que podrían adoptarse como medidas de protección de salud pública, sin llegar a la criminalización de la práctica.

## 6. Regulación para la reducción de riesgos

En algunos casos, la práctica de la circuncisión es realizada por personas que carecen del 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 graves, 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 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 condiciones inferiores a las prescriptas aumenten considerablemente los riesgos y/o el dolor del niño 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 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 bibliografía disponible en las lenguas española e inglesa, la regulación alemana a la que me referí anteriormente es la más comentada, pero su texto 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>28</sup>.

La sanción de una ley con normas de reducción de riesgos como las que rigen en Alemania o en Suecia permitiría garantizar los derechos de los niños y de las comunidades

---

<sup>28</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) [consulta: 14 de octubre de 2023]. A continuación se transcribe una traducción propia al español 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 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.”

religiosas a la integridad física, a la autonomía y a la práctica de la circuncisión, y despejaría la incertidumbre que puede existir sobre el estatus jurídico de la práctica frente a casos como la “Sentencia de la Circuncisión” de Colonia.

## 7. Conclusiones

Desde la concepción presentada en este trabajo, los padres o tutores que deciden circuncidar a un niño por razones religiosas están garantizando su derecho a la participación en la vida 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 pasado, que pueda invocar motivos ajenos a su pertenencia a un ámbito cultural o religioso específico.

En contrapartida con ello, la criminalización de la circuncisión sería percibida como una afrenta por los grupos religiosos, específicamente como una violación a su derecho a la libertad religiosa. He mostrado 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 mayor riesgo 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 este rito.

También he expresado mis dudas sobre la constitucionalidad de la criminalización frente al reconocimiento del derecho a la libertad religiosa en Argentina. Al respecto, valiéndome de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, he explicado que, tratándose de una medida que impactaría de modo casi excluyente sobre ciertas comunidades religiosas minoritarias, correspondería que los tribunales examinaran dicha norma con el estándar del escrutinio estricto, que presume su inconstitucionalidad. También mostré que ni la autonomía del niño ni la salud pública podrían invocarse como

finés sustanciales del Estado para vencer esa presunción, pues la circuncisión no afecta ninguna de ellas. Además, incluso si lo hiciera, sería necesario considerar medidas alternativas menos restrictivas, como por ejemplo la regulación para la reducción de daños.

Esta última clase de regulaciones es preferible e, incluso, creo que resulta conveniente 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 una contribución muy relevante para librar a la circuncisión de posibles arbitrariedades que pongan en riesgo la libertad religiosa de grupos, cuya presencia y persistencia nos enriquece como sociedad pluralista.

## Referencias bibliográficas

ALDEEB ABU-SAHLIE, Sami A., 2012. *Male and female circumcision*. St. Sulpice: Centre of Arab and Islamic Law. 2ª ed.

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 *et al.* *Acciones privadas y constitución*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 311-337.

BENATAR, Michael y BENATAR, David, 2003. Between prophylaxis and child abuse: the ethics of neonatal male circumcision. *The American Journal of Bioethics*, Vol. 3, No. 2, pp. 35-48.

BRUSA, Margherita y BARILAN, Michael, 2009. Cultural circumcision in EU public hospitals – an ethical discussion. *Bioethics*, Vol. 23, No. 8, pp. 470-482.

COOK, Michael, 2018. Iceland dumps proposed ban on male circumcision. En BioEdge Bioethics News from Around the World [en línea]. Disponible en:

<https://bioedge.org/uncategorized/iceland-dumps-proposed-ban-on-male-circumcision/>  
[consulta: 19 de octubre de 2023].

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*, Vol. 39, pp. 463-468.

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*, Vol. 21, No. 2, pp. 1-34.

FATEH-MOGHADAM, Bijan, 2012. Criminalizing male circumcision?. *German Law Journal*, Vol. 13, No. 9, pp. 1131-1145.

FEINBERG, Joel, 1992. The Child's Right to an Open Future. En: *Freedom and Fulfillment*. New Jersey: Princeton University Press.

FREEMAN, M. D. A., 1999. A child's right to circumcision. *BJU International*, Vol. 83, No. 1, pp. 74-78.

FRISTER, Helmut, 2022. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed.

GONZALEZ, Joaquín V., 1897. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ángel Estrada y Ca.

GRECO, Luis 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, po. 643-669.

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, No. 2, pp. 109-146.

GULLCO, Hernán Víctor, 2016. *Libertad religiosa*. Buenos Aires: Didot.

HILGENDORF, Eric, 2020. *Introducción al derecho penal de la medicina*. Buenos Aires: Ad Hoc.

HÖRNLE, Tatjana, 2018. Cultura, religión, derecho penal. Nuevos desafíos en una sociedad pluralista. *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, No. 6, pp. 204-216.

HÖRNLE, Tatjana y HUSTER, Stefan, 2013. Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen. *JuristenZeitung*, Vol. 68, No. 7, pp. 328-339.

ISENSEE, Josef, 2013. Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition. *JuristenZeitung*, Vol. 68, No. 7, pp. 317-327.

MACIAS CARO, Víctor Manuel, 2013. *Los 'delitos culturales' a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales* [en línea]. Tesis doctoral. Universidad de Huelva, España [consulta: 14 de octubre de 2023]. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12643>

MAYER LUX, Laura, 2011. Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, pp. 371-413.

MAZOR, Joseph, 2013. The child's interests and the case for the permissibility of male infant circumcision. *Journal of Medical Ethics*, Vol. 39, No. 7, pp. 421-428.

McDONALD, Elisabeth, 2004. Circumcision and the criminal law: the challenge for a multicultural state. *New Zealand Universities Law Review*, Vol. 21.

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, No. 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.

MUNZER, Stephen R., 2015. Secularization, anti-minority sentiment, and cultural norms in the German circumcision controversy. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2, pp. 503-582.

MUNZER, Stephen R., 2018. Examining nontherapeutic circumcision. *Health Matrix: Journal of Law-Medicine*, Vol. 28, pp. 1-78.

OBA, Abdulmumini A., 2008. Female circumcision as female genital mutilation: human rights or cultural imperialism?. *Global Jurist*, Vol. 8, No. 3, pp. 1-38.

RASSBACH, Eric, 2016. Coming soon to a court near you: religious male circumcision. *University of Illinois Law Review*, No. 4, pp. 1347-1360.

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

SANCINETTI, Marcelo A., 2005. *Casos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 3ª ed.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2013. Circuncisión infantil. *Indret Penal*, 01/2013.

SOPRANO, Maité Miriam, 2022. *Delitos culturalmente motivados*. Buenos Aires: BdeF.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, 2014. Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión. En: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (dir.). *Delito y minorías en países multiculturales*. Barcelona: Atelier, pp. 151-175.

WESSELS, Johannes *et al.*, 2018. *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Breña: Instituto Pacífico.

WHO, 2010. *Neonatal and child male circumcision: a global review* [en línea]. Disponible en: [https://www.malecircumcision.org/sites/default/files/document\\_library/Neonatal\\_child\\_MC\\_global\\_review.pdf](https://www.malecircumcision.org/sites/default/files/document_library/Neonatal_child_MC_global_review.pdf) [consulta: 14 de octubre de 2023].

WHO, 2019. *Female genital mutilation. Evidence brief* [en línea]. Disponible en: <https://www.who.int/publications-detail-redirect/WHO-RHR-19.19> [consulta: 14 de octubre de 2023].