

Òscar Méndez Marsal

**La propuesta de tipificación de los matrimonios forzados en el
Proyecto de Reforma del Código Penal.**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

dirigido por la Dra. Núria Torres Rosell

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

ÍNDICE

0. INTRODUCCIÓN PERSONAL	4
1. EL FENÓMENO DE LOS MATRIMONIOS FORZADOS	6
1.1 Causas estructurales.....	7
1.2 El fenómeno del matrimonio forzado en territorio español	10
1.3 Efectos del fenómeno sobre las víctimas	15
2. NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE MATRIMONIOS FORZADOS	18
2.1 Fuentes convencionales	18
2.2 Fuentes institucionales	21
2.3 Financiación de proyectos para el estudio de los matrimonios forzados en el marco de la Unión Europea.....	22
3. MARCO LEGAL DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA	24
3.1 Regulación del matrimonio en el Estado español	24
3.1.1 El Código Civil	24
3.1.1.1 El derecho a casarse.....	24
3.1.1.2 El consentimiento matrimonial	25
3.1.1.3 La edad núbil	27
3.1.1.4 La nulidad del matrimonio.....	27
3.1.1.5 Posible disfunción con la normativa internacional.....	30
3.2 Marco jurídico para la prohibición de los matrimonios forzados	32
3.2.1 Aplicación de la normativa vigente por parte de los tribunales	32
3.2.2 Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista	41
3.2.2.1 Procedimiento de Prevención y Atención Policial de los Matrimonios Forzados	43

4. LA PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL..	46
4.1 El bien jurídico protegido	47
4.2 El tipo básico del 172 bis del Proyecto de Reforma del Código Penal	50
4.2.1 Conducta típica y medios comisivos	50
4.2.2 Tipo subjetivo	55
4.2.3 Iter criminis	55
4.2.4 Autoría y participación.....	59
4.2.5 Concursos.....	63
4.3 Modalidad de conducta que implica el abandono del país.	64
4.4 Tipo cualificado: agravante por razón de edad	66
4.5 Problemas de aplicación del tipo penal. Competencia Internacional de los tribunales españoles	67
5. CONCLUSIONES	73
6. BIBLIOGRAFÍA	77

RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

PRCP: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013, nº 66-1.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* de 24 de noviembre de 1995, nº 281.

CE: Constitución Española. *BOE* de 29 de diciembre de 1978, nº 311.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *BOE* de 25 de julio de 1889, nº 206.

LOTJ: Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal Jurado. *BOE* de 23 de mayo de 1955, nº 122.

LECrim: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* de 17 de septiembre de 1883, nº 260

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE* de 2 de julio de 1985, nº 157.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

0. INTRODUCCIÓN PERSONAL

El presente trabajo tiene como **objeto principal** el estudio del fenómeno de los matrimonios forzados, para así entender la necesidad de tipificación de esta conducta, como delito autónomo, como así lo pretende el legislador en el artículo 172 bis del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹ (PRCP en adelante), o la falta de necesidad de tipificación de la misma. De este objetivo principal se derivan varios **objetivos secundarios** para el estudio adecuado del fenómeno. Estos son:

a) análisis del fenómeno de los matrimonios forzados desde un punto de vista sociológico: qué prácticas se incluyen, dónde se localiza geográficamente el fenómeno, así como los efectos que el mismo produce en las víctimas.

b) estudio la legislación vigente, tanto internacional como nacional, que pueda tener afectación en el fenómeno de los matrimonios forzados.

c) estudio de la inclusión de un nuevo tipo delictivo de matrimonio forzado en el PRCP: su ámbito de aplicación, sus modalidades de conducta, su relación con instituciones de la Parte General del Derecho penal, sus agravantes, etc. En definitiva un análisis del tipo delictivo y de sus posibles deficiencias interpretativas y prácticas.

La **metodología** empleada para la realización del trabajo parte en un primer término de la lectura de resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas y de Organizaciones no Gubernamentales para comprender el fenómeno. En un segundo término la consulta de la legislación nacional y supranacional y su análisis doctrinal y jurisprudencial. Las sentencias son extraídas de la base de datos online *Aranzadi Bibliotecas*. Por último, el análisis del tipo regulado en el 172 bis PRCP se efectúa a través de la consulta a doctrina y jurisprudencia, en atención a su relación con instituciones de la Parte General del Derecho Penal y teniendo en consideración las conclusiones extraídas a partir de la lectura de los informes que estudian el Anteproyecto de de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹ Congreso de los Diputados. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 4 de octubre de 2013, nº 66-1

A través de esta metodología se extraerán las conclusiones que se estimen convenientes referidas tanto a la legislación vigente como a la futura regulación de los matrimonios forzados.

1. EL FENÓMENO DE LOS MATRIMONIOS FORZADOS

El matrimonio debe contraerse con el libre y pleno consentimiento de las dos partes. Según la división para el adelanto de la mujer, integrada dentro de la sección ONU-Mujeres, el matrimonio forzado se define con la ausencia de libre y pleno consentimiento². También, en el seno de la ONU, la Agencia para los refugiados (ACNUR), define el fenómeno como un matrimonio en el cual una de las dos partes de casa en contra de su voluntad o a la fuerza³. Así pues, es aquel matrimonio que se forma con la falta de consentimiento de al menos uno de los cónyuges y muchas veces utilizando la violencia o la intimidación como medio para que el mismo se consume, materializándose las mismas, normalmente, con presiones del entorno familiar o cultural que obligan a la víctima de este fenómeno a contraer matrimonio.

Ya en 1956 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁴ reconoce el matrimonio forzado como una práctica perjudicial para la dignidad de la mujer e insta a los Estados a adoptar disposiciones para abolir dichas prácticas. Las prácticas perjudiciales son el resultado de la desigualdad entre los géneros a consecuencia de normas sociales, culturales y religiosas que ubican a la mujer en un plano discriminatorio de la sociedad o del núcleo familiar⁵. La situación en que el matrimonio deja a la mujer es, en algunos casos, asimilable a la esclavitud, ya que la mujer es reducida a la condición de bien, siendo el marido el propietario del mismo y ejerciendo los poderes que el derecho de propiedad confiere y es por eso que todas las formas de matrimonio forzado vienen definidas como formas de esclavitud⁶.

² ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. “Prácticas perjudiciales contra la mujer” Nueva York, 2011. [ref. 08 de enero de 2013] Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Supplement-to-Handbook-Spanish.pdf>

³ Recurso en línea. Disponible en: <http://acnur.es/a-quien-ayudamos/mujeres/principales-preocupaciones-de-las-mujeres/matrimonio-forzoso> [ref. 15 de abril de 2014]

⁴ ONU: Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano. Resolución de la Asamblea General 9/843 de 17 de diciembre de 1954

⁵ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. (cit.)

⁶ ONU: Consejo de Derechos Humanos. Gulnara Shahinian. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, de 10 de julio de 2012. [A/HRC/21/41]

1.1 Causas estructurales

El fenómeno del matrimonio forzado puede explicarse desde un doble campo de visión. Tenemos que tener en cuenta el asentamiento de esta práctica en otras culturas diferentes a la nuestra, donde estos matrimonios se perpetúan por distintas causas que serán analizadas. La globalización y los movimientos migratorios, así como la mezcla de culturas dentro del Estado, hacen que este fenómeno, poco a poco, tienda a reproducirse otra vez dentro de las fronteras españolas. En este sentido, la inmigración, aunque no sea la causa en la cual se fundamente la consumación de los matrimonios forzados, es una causa que propicia su aparición en el mundo occidental, ya que la misma tiende a generar una sociedad diversa y plural con un mestizaje de culturas, que propicia la convivencia de diversas formas de entender ciertas instituciones jurídicas, en este caso, el matrimonio.

El primer problema que propicia la consumación de matrimonios sin el consentimiento de alguno de sus contrayentes es la **desigualdad de género**. La práctica de los matrimonios forzados se concentra básicamente en países en vías de desarrollo, principalmente en países localizados en África Subsahariana, en el Norte de África, en el Oriente Próximo y Medio, en Asia Meridional y en algunas zonas de América Latina⁷. Las vías de desarrollo de estos países no coinciden con las de los países hegemónicos, en los cuales la cultura de los derechos humanos ha desarrollado en la sociedad un respeto por ciertos valores que no coinciden con la de estos países. Esto conlleva que en los mismos se genere una concepción hacia la mujer discriminatoria, ya que las mismas pueden ser consideradas como objetos y consiguientemente, incapaces de decidir por sí mismas. Esta concepción retrógrada se traslada a los ordenamientos jurídicos de estos países, los cuales, aunque hayan ratificado tratados internacionales en contra de la discriminación de la mujer y para la protección de la infancia, incluyen en sus ordenamientos jurídicos leyes que propician la idea discriminatoria. En este sentido, destacar que en muchos países se encuentran vigentes disposiciones jurídicas en las

⁷ GENERALITAT DE CATALUNYA: Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació. Procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados. Programa de Seguretat contra la Violència Masclista. 2009. [ref. 22 de diciembre de 2012] Disponible en http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1261477108_PROCEDIMIENTO_mf_de_f_espanol.pdf

cuales se exonera al culpable de la violación si se casa con la víctima de la misma. Aunque esta dinámica se está cambiando en los últimos años. Así, la *Ley n° 14 de 1999* de Egipto, suprimió el perdón que se concedía al autor del rapto de una mujer si se casaba con la víctima del mismo, o en Brasil en el año 2005 se modificó el Código Penal para revocar la exoneración que se otorgaba al violador si se casaba con la víctima de la violación⁸. Este enfoque de la legislación penal, evidentemente propicia la práctica del matrimonio sin consentimiento.

Estas leyes, muchas veces vienen impulsadas a través de la influencia de **creencias religiosas y culturales** que se encuadran dentro de las llamadas prácticas perjudiciales. A modo de ejemplo se podría hacer referencias a diferentes prácticas tradicionales que invocan a la realización del matrimonio forzado, todas ellas tratadas por la ONU en varias resoluciones:

- **Swara:** práctica que se concentra en países como Afganistán o Pakistán, consistente en la entrega de niñas de un clan, para que contraigan matrimonio con miembros de otro clan, tras una pelea entre los mismos, y así conseguir el perdón y el respeto del otro⁹.
- **Devadasi:** práctica religiosa india, que obliga a niñas menores de edad a consagrarse en templos religiosos y a mantener relaciones sexuales con los monjes de dichos templos¹⁰.
- **Deuki:** costumbre nepalí que se asemeja al devadasi indio. La niña también es ofrecida a un templo para que su familia gane respeto y honor. Allí es obligada a mantener relaciones sexuales con los monjes del mismo.¹¹

⁸ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. (cit.)

⁹ ONU: United Nations Division for the Advancement of Women. United Nations Economic Commission for Africa. Expert group meeting on good practices in legislation. Shahnaz Bokhari: Good practices in legislation to address harmful practices against women in Pakistan. 22 de mayo de 2009. [EGM/GPLHP/2009/EP.14]

¹⁰ ONU: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Comité para la eliminación de la discriminación racial. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. India. 5 de mayo de 2007. [CERD/C/IND/CO/19]

¹¹ ONU: Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nepal. 21 de septiembre de 2005. [CRC/C/15/Add.261]

A todo ello, se debería añadir una causa más que propicia la consumación de matrimonios de este tipo, y que está estrictamente relacionada con las creencias culturales y religiosas. La misma es el **honor familiar**. El honor se relaciona con la virtud, la buena manera de obrar y las obligaciones de obediencia hacia los propios padres o familiares y va estrechamente ligado a la reputación que la comunidad tiene de una determinada familia. La reivindicación de sus derechos por parte de una mujer se considera un desequilibrio hacia la estabilidad familiar¹². El matrimonio puede ser utilizado para devolver el honor a la familia o para situar a la familia en un eslabón social superior. En este sentido surgen los denominados “crímenes de honor”: los varones de una familia tienen derecho a decidir sobre la sexualidad de las mujeres de su entorno familiar y si las mismas transgreden las normas impuestas, rompen con el honor de la familia y los varones tienen derecho a infringirle un castigo físico¹³.

Como se ha visto, este conjunto de causas se fundamentan en una determinada concepción del mundo que es totalmente diferente a la occidental. El matrimonio forzado, en los territorios en que se produce, responde pues a una serie de causas que son estructurales de las sociedades en las cuales el fenómeno es normal y, por tanto, causas que difieren totalmente de las instauradas en la sociedad occidental. En este sentido, destacar que aunque las legislaciones de dichos Estados no amparen el matrimonio forzado, el mismo se perpetúa en el tiempo a causa de la instauración de determinados valores culturales y religiosos en dichas sociedades, que están por encima del derecho. Aunque esta problemática no sea propiamente jurídica, es conveniente plantearla con la finalidad de hacer entender la dificultad con la cual se enfrenta el derecho penal si quiere entrar a regular temas que se alejan quilométricamente de la sociedad en la que está habituado a actuar. Aunque el derecho intente prever y prevenir estas situaciones, chocará inevitablemente con barreras culturales, muchas veces insalvables, que harán que su función sea más complicada de lo normal. Además, esta disparidad en las maneras de entender el mundo, es resuelta en muchos casos a través de la previsión de actuación del derecho penal. Así, la criminalización pasa por encima de la prevención o la educación. Las personas que realicen estas prácticas, habituales en el

¹² ONU: Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Radhika Coomaraswamy. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, de 31 de enero de 2002. [E/CN.4/2002/83]

¹³ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. (cit.)

día a día de la gente de estas culturas, posiblemente van a ser penadas sin entender el fundamento de esta punición, ya que dichas conductas son normales en sus países de origen. El derecho penal debería actuar en último lugar en estos casos, dejando la actuación preferente de otras técnicas alternativas a la criminalización, como pueden ser la educación o la prevención. Así, aunque el tema tratado en este párrafo no es puramente jurídico, por referirse al mismo a problemas sociológicos y de política criminal, debe ser planteado para conseguir una mayor comprensión del fenómeno.

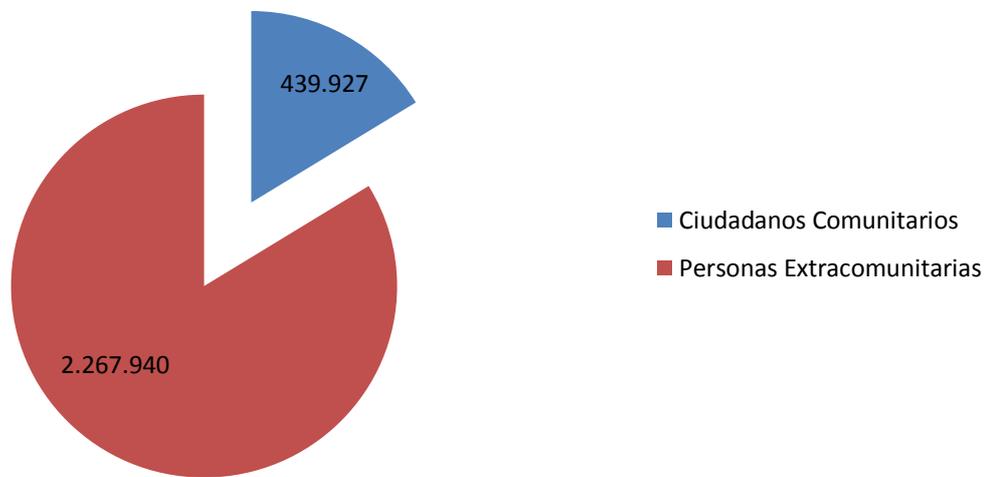
1.2 El fenómeno del matrimonio forzado en territorio español

Ya se ha explicado en la introducción a este apartado que desde el punto de vista cultural, en ciertos lugares del mundo, el matrimonio es entendido de forma distinta a como se entiende en el mundo occidental. Se podría decir que el matrimonio forzado no se produce de forma estructural en Europa, pero los movimientos migratorios que se producen dentro del ámbito de la globalización, hacen que los Estados occidentales deban proteger a las víctimas que los sufren, a través de la penalización y persecución de estas conductas¹⁴.

En este sentido se pueden tener en cuenta diversos datos publicados por la Secretaría General de Inmigración, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los mismos tienen en cuenta los extranjeros que disponen de certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor con fecha de referencia el último día de cada trimestre. De ellos se desprende que en el Estado español existe un total de 2.707.867 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia, de los cuales se distribuyen entre ciudadanos comunitarios o extracomunitarios de la forma que se muestra en el siguiente gráfico:

¹⁴ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. (cit.)

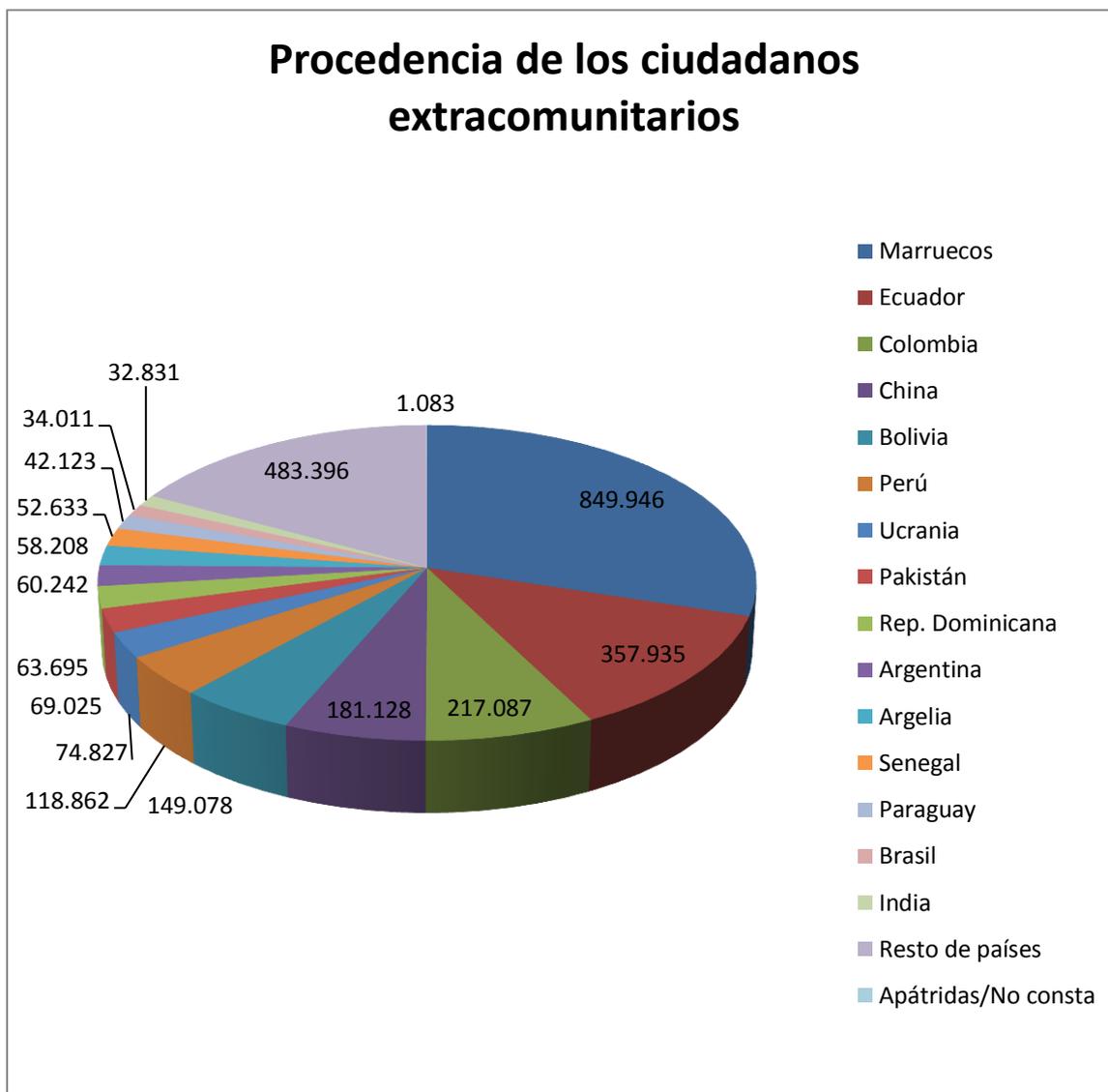
Inmigrantes comunitarios/extracomunitarios



¹⁵

¹⁵ Recurso en línea. Disponible en: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/index.html> [ref. 10 de febrero de 2014]

En lo referente a los ciudadanos extracomunitarios podemos observar la distribución de las personas inmigrantes según su país de origen en el siguiente gráfico:



16

En este sentido sería conveniente señalar, tal y como destaca el informe de la Secretaría General de Inmigración, que las nacionalidades que más ven aumentado el número de personas inmigrantes son Paraguay, Pakistán, India y Senegal, reputándose algunos de estos países entre aquellos en los que la práctica de matrimonio forzado es habitual.

En el mismo sentido, si tenemos en cuenta el Procedimiento de Prevención y Atención Policial de los Matrimonios Forzados, elaborado por el organismo de

¹⁶ Recurso en línea. Disponible en: <http://extranjeros.empleo.gob.es> (cit.)

Relaciones Institucionales y Participación, dependiente del Departamento de Interior de la Generalitat de Catalunya, el fenómeno de los matrimonios forzados se genera fundamentalmente en las siguientes partes del mundo: África subsahariana, Norte de África, Oriente Próximo y Oriente Medio, Asia Meridional, América Latina, así como en colectivos de etnia gitana. También información sobre el matrimonio forzado publicada en el sitio web oficial de la Agencia de la ONU para los refugiados que centraliza geográficamente el fenómeno en el sur de Asia, Oriente Medio y África¹⁷. Así pues, analizando el gráfico relativo a la procedencia de los ciudadanos extracomunitarios, se puede observar que gran parte de las personas inmigrantes extracomunitarias que ahora residen en nuestro país proceden de estas partes del mundo donde existen las anteriormente citadas prácticas perjudiciales, entre las cuales se encuentran los matrimonios sin consentimiento o forzados. La no adaptación o la falta de asimilación de nuestra cultura, así como la concentración en determinados núcleos y el aislamiento de los miembros de estas comunidades, refuerzan la conservación de estas prácticas. Así, la inmigración en el sentido dado puede ser un factor de riesgo potencial para que la práctica de matrimonios forzados se detecte también en Europa, y también, en el Estado español. De esta forma también lo considera la División para el Adelanto de la Mujer, división integrada en ONU-Mujeres que afirma que *“la migración, la globalización y/o los conflictos han dado lugar a ciertas <<prácticas perjudiciales>> se hayan trasladado a otros lugares, así como a cambios o adaptaciones de esas prácticas¹⁸”*.

En este sentido, el Estado no puede dar la espalda a la protección de las mujeres y niñas que sufren estas conductas, que atentan directamente contra sus derechos fundamentales.

Para conocer datos reales sobre el fenómeno de los matrimonios forzados, podemos tener en consideración el informe realizado en el seno del Proyecto Dafne, que será analizado con posterioridad¹⁹, y que lleva el nombre de *Progetto IRIS – Interventi contro la violenza di genere verso le donne: ricerca e sperimentazione di sportelli*

¹⁷ Recurso en línea. Disponible en: <http://acnur.es> (cit.)

¹⁸ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. (cit.)

¹⁹ v. *infra* apartado 2.3

*specializzati*²⁰. El citado trabajo pretende ilustrar la violencia y los abusos que se cometen contra mujeres y jóvenes, relacionados con dos tipos de prácticas perjudiciales: la mutilación genital femenina y los matrimonios forzados. El estudio se realiza des del ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña y analiza datos reales sobre la población inmigrante en Cataluña.

En concreto el informe habla se enfoca a través del punto de vista de trabajadores que en el entorno laboral se relacionan con víctimas de estas prácticas, agentes sociales e representantes de instituciones públicas. El trabajo realiza las entrevistas a dos grupos de profesionales: el Grupo 1, donde se incluyen entrevistas realizadas a representantes de asociaciones o entidades sociales, y el Grupo 2, formado por profesionales, responsables y técnicos de la Administración Pública. Las personas entrevistadas ocupan los siguientes puestos de trabajo:

Grupo 1

- 2 mediadoras de entidades sociales.
- Coordinadora en una entidad social.
- Coordinadora de programas de una entidad social.
- Educador Social de una entidad social.
- Coordinadora y jurista de una entidad social.
- Investigadora social.

Grupo 2

- Pediatra.
- 2 comadronas.
- Enfermera e investigadora en un grupo de investigación.
- 2 profesores de institutos de educación secundaria.
- 2 trabajadores del Departamento de Interior de la Generalitat.
- Mosso d'Esquadra.
- Fiscal.
- Juez.
- Trabajador de la Dirección General de Inmigración de la Generalitat de Cataluña.
- Directora de Programas de Mujeres del Ayuntamiento de Barcelona.
- Profesora universitaria.

²⁰ HEIM, Daniela, NICOLÀS, Gema, FERNÁNDEZ BESSA, Cristina y BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. Informe de investigación Cataluña. Universitat Autònoma de Barcelona. Progetto IRIS – *Interventi contro la violenza di genere verso le donne: ricerca e sperimentazione di sportelli specializzati*. [ref. 29 de diciembre de 2013] Disponible en www.leonde.org/iris1/report/catalunya.pdf

A través de entrevistas consistentes en una serie de preguntas abiertas, pero adaptadas a cada entrevistador, se consiguió realizar un trabajo de averiguación de la situación de estas dos prácticas perjudiciales en Cataluña, del cual, en lo referente a los matrimonios forzados, se extraen las siguientes conclusiones:

- a) El establecimiento en Cataluña de diferentes comunidades extranjeras ha propiciado la pervivencia de esta práctica, aunque con menos intensidad que en sus países de origen. Se constata la existencia de matrimonios forzados en comunidades de personas de Senegal, Nigeria, Pakistán, Marruecos y en la comunidad gitana proveniente de Rumanía.
- b) Hay poca intervención administrativa, pero la Ley 5/2008, del derecho a las mujeres a erradicar la violencia machista, y el procedimiento de intervención que de ella surge, ha permitido detectar y recabar información sobre 17 casos, entre los años 2007 y 2009. Estos siempre han venido acompañados de otros tipos de violencia.
- c) Hay que distinguir cuando la víctima es una menor, en que una buena intervención administrativa, social y judicial resulta más fácil y conveniente, y cuando la víctima es una mujer mayor de edad, lo cual impide que se pueda actuar de oficio y muchas veces es necesaria una denuncia de la víctima.
- d) Aunque el problema es real, se constata una insuficiencia de recursos para abordarlo.
- e) Algunas personas entrevistadas consideran necesaria la tipificación como delito del matrimonio forzado, así como declarar la aplicación extraterritorial del derecho penal en estos casos para ayudar a la persecución de estas conductas.

1.3 Efectos del fenómeno sobre las víctimas

Sería conveniente tener en cuenta los efectos que este tipo de matrimonio tiene para las víctimas que lo sufren para observar la necesidad de la tipificación de esta conducta autónomamente, como así hace la Relatora Especial de la ONU, en su informe sobre las formas contemporáneas de esclavitud. La autora considera el matrimonio como una forma de esclavitud, ya que la víctima “*es reducida a la condición de un bien*”

sobre el que se puede ejercer una parte o la totalidad de los poderes que confiere la propiedad”.

Como se ha explicado anteriormente una vez contraído el matrimonio, la víctima queda sometida a una condición de servidumbre doméstica que atenta frontalmente contra su libertad. Es obligada a realizar las tareas del hogar y en algunos casos a trabajar para el sustento de la familia. Esta esclavitud se manifiesta también en el ámbito sexual, donde la mujer tiene que obedecer y cumplir los deseos del marido o incluso de terceros que tienen el consentimiento del marido. Así, la víctima ve vulnerada su integridad física y sexual, y en el caso de matrimonios forzados de niñas su indemnidad sexual.

Si ponemos atención en los matrimonios en que la víctima es menor de 15 años, es de menester destacar la afectación que el matrimonio puede tener en su salud: enfermedades de transmisión sexual, partos precoces, etc. Además, estudios publicados por la Organización No Gubernamental *Save the Children* acreditan que los bebés nacidos de madres jóvenes multiplican por dos su probabilidad de morir en el primer año de vida que los hijos de madres cuya edad supera los 20 años. Además, en aquellos países donde el VIH está extendido, los varones prefieren contraer matrimonio con mujeres vírgenes, por la creencia de que así evitarán o reducirán el riesgo de contraerse. Ahora bien, queda acreditado, en estudios realizados en Kenya y Zambia, que las niñas casadas tienen más probabilidades de infectarse que las niñas que siendo sexualmente activas, no están casadas²¹.

También la trascendencia que el matrimonio precoz tiene en el derecho a la educación de la menor, ya que el hecho de quedar sometida a esta situación de servidumbre doméstica en edades tempranas, implica que se prive a las víctimas de asistir a la escuela. Consecuencia directa de la falta de formación es que las esposas dependan económicamente de sus maridos y les cueste más rebelarse en contra de esta situación de servidumbre.

A todo esto se debe sumar la afectación a su integridad física y moral, ya que la concepción como bien que de ellas tienen sus maridos, hace que las mismas sean maltratadas durante el matrimonio, además de ser obligadas a practicar relaciones

²¹ SHELLEY CLARK. “Early marriage and HIV risks in sub-Saharan Africa”, *Studies in Family Planning*, vol. 35, n° 3 (septiembre de 2004), págs. 149-160

sexuales con su marido. Además, si las mismas intentan escapar del matrimonio, corren el riesgo de ser torturadas e incluso asesinadas²².

²² ONU: Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Radhika Coomaraswamy. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. (cit.)

2. NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE MATRIMONIOS FORZADOS

Son varios los Tratados Internacionales ratificados por España que tienen incidencia directa en la protección de la mujer y de los niños y en el libre consentimiento a la hora de contraer matrimonio. En este sentido sería de menester destacar algunas normas de origen convencional para considerar cómo estas normas pueden haber influenciado en la configuración del tipo penal.

Asimismo, la pertenencia de España a la Unión Europea, desde 1986, ha supuesto una modificación y adaptación del ordenamiento jurídico, a los principios y regulaciones de dicha organización. En la modificación de los Tratados Constitutivos de dicha organización supranacional con características *sui generis* operada por el Tratado de Amsterdam 1999, se produce lo que se conoce como la comunitarización del derecho europeo, ya que los Estados ceden competencias a la Unión Europea, y la misma adquiere capacidad normativa sobre las materias que regulan dicha competencia: en un sentido externo, la Unión Europea se convierte en un sujeto de Derecho Internacional Público y, por tanto, puede ratificar Tratados Internacionales al mismo nivel que lo hacen los Estados miembros. En un sentido interno, dicha organización internacional puede legislar normas que generan obligaciones para los Estados miembros. Es por este motivo, que sería conveniente realizar un análisis de la normativa comunitaria o institucional con incidencia en la regulación del tipo penal de los matrimonios forzados²³.

2.1 Fuentes convencionales

Entre las fuentes convencionales, esto es, los tratados internacionales ratificados por España como sujeto de derecho internacional público con potestad de obligarse internacionalmente, es decir, actuando con lo que se conoce como *ius imperi*, vamos a destacar las siguientes, por considerar que tienen alguna incidencia en el tema de los matrimonios forzados, ya sea incidiendo en el derecho a contraer matrimonio o en el consentimiento matrimonial:

²³ ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, Jose Luís. *Derecho Internacional Privado*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. pàgs. 84-85. ISBN 978-84-9053-420-5

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴.

Este Convenio fue ratificado por España el 28 de septiembre de 1976 y entró en vigor el 27 de julio de 1977, dispone en su artículo 10.1 *in fine* que “*el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los cónyuges*”.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁵.

Este Tratado entró en vigor de forma general el 3 de septiembre de 1984, pero para España el 4 de febrero de 1984. Son varios los artículos que se contienen en esta convención que tienen a ver con la temática del presente estudio:

El artículo 2. f) de la convención prevé que los Estados Parte se comprometen a “*adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar Leyes, Reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer*”. En este sentido, el artículo 16.1.b) del citado convenio ya se habla de la discriminación propiamente en el ámbito del matrimonio afirmando que los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar “*el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento*”. Ya más referido en el matrimonio infantil, el 16.2 del Convenio dispone que “*No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un Registro Oficial*”.

- Convención sobre los Derechos del Niño²⁶

Este tratado fue ratificado por España el 26 de enero de 1990 y entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990, pero para España el 5 de enero de 1991.

Destacar el artículo 24.3 de la Convención que prevé “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas*

²⁴ España. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *BOE* de 30 de abril de 1977, nº 103.

²⁵ España. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *BOE* de 21 de marzo de 1984, nº 69.

²⁶ España. Convención sobre los Derechos del Niño. *BOE* de 31 de diciembre de 1990, nº 313.

tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.” Dentro de estas prácticas perjudiciales se encuentra el matrimonio forzoso infantil que como se ha visto anteriormente²⁷ tiene graves efectos para la salud de los infantes.

También, existen diversos tratados internacionales que regulan de algún modo la edad para consentir el matrimonio, es decir, la edad núbil y que, por tanto, tienen una incidencia directa en el tema de los matrimonios forzados. Es conveniente señalar algunas de las disposiciones que dichos tratados establecen, para, con posterioridad, y una vez analizada la normativa civil española referente al matrimonio, considerar la adecuación de la misma con el tenor de los preceptos que estos tratados incorporan:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966²⁸

El Pacto entró en vigor en territorio español el 27 de julio de 1977. El artículo 23.2 de dicho tratado reconoce el derecho a contraer matrimonio de forma libre, pero poniendo hincapié en el tema de la edad, como núcleo fundamental para que el consentimiento sea prestado de forma libre y voluntaria. Más concretamente se establece que *“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”*

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²⁹

Este último convenio establece que *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos”*. La Declaración Universal de Derechos Humanos incorpora el término de la edad núbil. Aunque el mismo no especifica cual tiene que ser esta edad, encomienda a los Estados que la fijen.

- Convención de Nueva York, relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, de 10 de diciembre de 1962³⁰

²⁷ v. *supra* apartado 1.3

²⁸ España. Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966. *BOE* de 30 de abril de 1977, n° 103.

²⁹ ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1944.

La presente convención entró en vigor en España el 14 de julio de 1969. En su artículo 2 dispone que *“Los Estados parte en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisitos de la edad”*.

2.2 Fuentes institucionales

Dentro de las múltiples resoluciones y recomendaciones dictadas por órganos de la Unión Europea, me gustaría destacar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011³¹, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En el onceavo considerando de la citada directiva se reflexiona sobre la relación que el matrimonio forzado tiene con la trata de seres humanos, siendo en algunos casos la primera conducta objeto de la segunda. Así pues, el legislador español tomando en consideración algunas directivas y decisiones europeas³² y cumpliendo con su obligación de transposición de las mismas, tipifica en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio³³, la trata de seres humanos en el artículo 177 bis del Código Penal (en adelante CP). Es en el PRCP, donde incorporando en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2011/36/UE, modifica el artículo 177 bis del Código Penal, incorporando el nuevo tratamiento que le otorga la directiva y, además, tipificando el matrimonio forzado como conducta autónoma, en el

³⁰ España. Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, de 10 de diciembre de 1962. *BOE* de 29 de mayo de 1962, nº 128.

³¹ Unión Europea. Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011. *DOUE* de 15 de abril de 2011, nº

³² *vide v. gr.* Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en internet; Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo.

³³ España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* de 23 de junio del 2010, nº 152.

172 bis, cumpliendo así con la protección suscrita internacionalmente, tanto en Tratados Internacionales, como impuesta des de la Unión Europea.

2.3 Financiación de proyectos para el estudio de los matrimonios forzados en el marco de la Unión Europea

La Unión Europea no da la espalda a la problemática de la violencia ejercida sobre los niños, adolescentes y mujeres y ya des del año 2000 viene desarrollando el programa Daphne, para prevenir y combatir la problemática de la violencia ejercida sobre estos colectivos.

Este programa de acción comunitario viene instaurado por la Decisión nº 209/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres³⁴, y tiene como objetivo coordinar a los Estados Miembros con Organizaciones No Gubernamentales para reforzar las redes de información sobre la problemática a nivel europeo y para realizar proyectos pilotos para trasladar a los Estados buenas prácticas respecto esta temática.

Este programa es acogido y valorado muy positivamente por la Unión Europea y se decide ampliar mediante la Decisión 803/2004/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo³⁵, el programa Daphne II, como continuación del programa Daphne I.

Actualmente, y tras la finalización y éxito del programa Daphne II, la Unión Europea instaura mediante la Decisión 779/2007/CE de 20 de junio de 2007, por la que

³⁴ Unión Europea. Decisión nº 209/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres. *DOUE* L34 del 9 de febrero del 2000.

³⁵ Unión Europea. Decisión 803/2004/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo. *DOUE* L34 del 30 de abril de 2004.

se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia³⁶, el programa Daphne III para a financiación de nuevos proyectos en las temáticas tratadas en los anteriores programas³⁷.

Es en el seno de este último programa donde encontramos aquí en Cataluña el informe sobre matrimonios forzados y mutilación genital femenina de la Universidad Autónoma de Barcelona, *Progetto IRIS – Interventi contro la violenza di genere verso le donne: ricerca e sperimentazione di sportelli specializzati*³⁸, cuyo contenido y conclusiones han sido expuestas con anterioridad.

³⁶ Unión Europea. Decisión 779/2007/CE de 20 de junio de 2007, por la que se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo. *DOUE* L 173/19, de 3 de julio de 2007.

³⁷ Recurso en línea. Disponible en www.ec.europa.eu/justice/grants/programmes/daphne/indez_en.htm [ref. 13/03/2014].

³⁸ HEIM, Daniela, NICOLÀS, Gema, FERNÁNDEZ BESSA, Cristina y BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. *Progetto IRIS – Interventi contro la violenza di genere verso le donne: ricerca e sperimentazione di sportelli specializzati*. (cit.)

3. MARCO LEGAL DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA

En este apartado del trabajo se hará un estudio sobre el marco normativo referente al matrimonio en España, tanto del marco regulador de la institución jurídica referente al ámbito civil, como de las normas que prohíben el matrimonio forzado y las prácticas que en el mismo se reproducen. En lo referente a la prohibición se hará referencia a una ley autonómica que por primera vez reconoce el fenómeno como un problema y que, por tanto, regula su tratamiento a través del reconocimiento que del mismo hace como una forma de violencia machista.

3.1 Regulación del matrimonio en el Estado español

El matrimonio, como institución jurídico privada tiene su regulación en la normativa civil nacional. En este sentido el artículo 149.1.8º de la Constitución atribuye como competencia exclusiva del Estado la legislación civil en “*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*”.

3.1.1 El Código Civil

Teniendo en consideración el derecho al matrimonio que se reconoce en el artículo 32 de la Constitución, el Código Civil contiene la regulación de la figura del matrimonio. En concreto el mismo regula tanto la forma de celebración, como la figura del matrimonio en sí considerada, estableciendo los requisitos para su formación, las personas que pueden contraerlo y en qué circunstancias, y las causas que impiden su correcta formación y, por tanto, propician su nulidad.

3.1.1.1 El derecho a casarse

El artículo 32.1 de la Constitución (en adelante CE) reconoce el derecho a casarse, dentro de la sección segunda, del capítulo segundo, del título primero. Por tanto, el legislador constituyente no otorga al derecho a casarse el rango de derecho fundamental, sino que encomienda al legislador su desarrollo, que deberá hacerse siempre respetando el contenido esencial del mismo (artículo 53.1 de la CE). Pero en

todo caso, la regulación que del mismo se haga deberá regular aquello que impone el artículo 32.2 de nuestra norma fundamental.

El Tribunal Constitucional español ha definido los rasgos esenciales del derecho a casarse del siguiente modo en su Auto núm. 204/2003 de 16 de junio: *“doctrinalmente cabe extraer del art. 32.1 CE el derecho a no casarse, no sólo como derecho de libertad negativa, en cuanto exige a los poderes públicos su no proscripción y que no sea directamente impedido, sino también como libertad positiva, es decir, que los poderes públicos estarían obligados a promover las condiciones necesarias para su efectivo ejercicio³⁹”*. Además, en el mismo Auto, el alto tribunal afirma *“En suma, el contenido de la libertad de contraer (o no contraer) matrimonio se limita a asegurar la capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta”*.

Así pues, la Constitución reconocer el derecho a contraer matrimonio e incluye un mandato hacia el legislador para que regule las condiciones del mismo, respetando su contenido esencial, que incluye una libertad positiva, a casarse y una libertad negativa, a que el sujeto que pretende contraer matrimonio, no se vea impedido a hacerlo.

El legislador recoge el mandato constitucional y en cumplimiento de la competencia exclusiva del Estado en legislación civil, que en todo caso incluye las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (149.1.8º CE), regula la institución del matrimonio en el Código Civil (en adelante CC).

3.1.1.2 El consentimiento matrimonial

El matrimonio se configura a través de un *“acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por tanto, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico⁴⁰”*. Un negocio jurídico viene definido por la doctrina como un *“acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos⁴¹”*

³⁹ Auto del Tribunal Constitucional (sala segunda) núm. 204/2003 de 16 junio. [Aranzadi Bibliotecas RTC 2003\204 AUTO].

⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de familia*. 11ª ed. Fuenlabrada: Edisofer, DL 2007. pág. 32

⁴¹ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil. II Obligaciones*. 14ª ed. Madrid: Edisofer, DL 2011. pág. 366

Todos los negocios jurídicos precisan de unos requisitos establecidos por la ley para que sean eficaces. Éstos vienen regulados por el artículo 1261 CC, el cual afirma que:

“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.”*

Así pues, como todo negocio jurídico el matrimonio deberá contener estos tres elementos. Pero el matrimonio es un negocio jurídico *sui generis*. Así, se afirma que *“la especial naturaleza del matrimonio, en el que su contenido esencial queda sustraído al principio de la autonomía e la voluntad, hace que los tres requisitos citados queden reducidos a uno: el consentimiento matrimonial⁴²”*.

Se habla pues de un consentimiento diferente al que se debe prestar en los otros negocios jurídicos. Así se deriva del artículo 45 CC que establece que *“no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”*. El mismo debe de cumplir unos requisitos para que sea válido y así lo expresa la doctrina⁴³:

- el consentimiento debe ser real, es decir debe existir. Deber ser prestado conscientemente por los futuros cónyuges.
- el consentimiento debe ser libre, no se puede obligar a nadie a prestarlo. En este sentido el art. 73.5 CC recoge que es nulo el matrimonio *“contraído por coacción o miedo grave”*.
- el consentimiento debe ser matrimonial, es decir, deber recaer sobre la voluntad de contraer matrimonio, no sobre la voluntad de adquirir determinados derechos que se derivan de la vida conyugal o del estado civil.

⁴² DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia*. 1ª ed. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013. pág. 41

⁴³ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia*. págs. 42-49 (cit.)

3.1.1.3 La edad núbil

El artículo 46 CC establece una serie de impedimentos para contraer matrimonio, pero es el apartado primero del citado artículo, el que interesa destacar por ser interesante para el objeto de estudio de este trabajo. El 46.1 CC establece que no pueden contraer matrimonio *“los menores de edad no emancipados”*. Son dos las conclusiones que se pueden extraer de la lectura de este artículo: la primera, que el menor de edad no tiene capacidad para prestar el consentimiento matrimonial, la segunda, que sí que tendrá capacidad matrimonial el menor de edad emancipado. Además, una lectura sistemática de los artículos que regulan el matrimonio en el Código Civil nos lleva a tener que modificar la primera conclusión: el Juez de Primera Instancia puede dispensar el impedimento de edad a partir de los 14 años, a instancia de parte y siempre que concurra justa causa, con la obligación de escuchar al menor y a sus padres y curadores (artículo 48.2 CC). El legislador toma en consideración la presunta capacidad natural de los contrayentes y manda al juez comprobar dicha capacidad. Así pues, la edad núbil en España es de 14 años, siempre que exista dispensa judicial

3.1.1.4 La nulidad del matrimonio

El Código Civil también se encarga de regular la nulidad del matrimonio, para el caso en que el mismo se contraiga sin cumplir con los preceptos legales que regulan los requisitos para que el matrimonio sea eficaz y pueda desplegar todos sus efectos. Las causas de nulidad del matrimonio se regulan en el artículo 73 CC y extienden su ámbito de aplicación a cualquier forma de matrimonio, ya sea el matrimonio contraído según la forma civil, como el contraído con la forma eclesiástica. El artículo 73 CC pues, realiza una enumeración de causas que provocan la nulidad del negocio jurídico del matrimonio. Ahora bien, aunque a simple vista estas causas parezcan distintas, el fundamento de las mismas redonda en una sola causa. Según DE PABLO *“los defectos (en el acto matrimonial) en último término siempre atinentes al consentimiento de los contrayentes (a los requisitos para su emisión, a su entidad misma o a su forma)- que*

*determinan que no llegue a nacer el vínculo matrimonial, se condensan en las causas de nulidad*⁴⁴. Estas causas vienen resumidas por el autor de la siguiente forma:

1º No concurrencia de los requisitos de capacidad que vienen exigidos por el artículo 46 CC o la presencia de alguno de los impedimentos del artículo 47 CC (artículo 73.2º CC).

2º La ausencia de capacidad natural en alguno de los contrayentes o la existencia de un vicio que haga que el consentimiento no sea libre o que el que deba prestarlo no sea totalmente consciente del consentimiento que presta (artículos 73. 1º, 4º y 5º CC).

3º Aunque haya consentimiento, que este no sea matrimonial, es decir, que no se consienta sobre el matrimonio que regula nuestro ordenamiento jurídico (artículo 73.1º CC).

4º El incumplimiento de los requisitos de forma que impone la ley (artículo 73.3º CC).

El objeto de este trabajo es el análisis del régimen penal de los matrimonios forzados, es decir, de los matrimonios sin consentimiento. Es por eso que las causas más relevantes para el estudio del cual es objeto este trabajo vendrían a ser el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (artículo 73.1º CC) y el contraído por coacción o miedo grave (artículo 73.5º CC).

El legislador establece una acción para solicitar la nulidad del matrimonio en el artículo 74 CC. Esta acción corresponde a ambos cónyuges, al Ministerio Fiscal o a cualquier persona que tenga interés legítimo en ella. Ahora bien, en el caso de que el matrimonio fuera nulo por la falta de edad de alguno de los cónyuges, la acción sólo podrá ser ejercitada por los padres, tutores o guardadores o el Ministerio Fiscal. Una vez el menor cumpla la mayoría de edad, sólo la podrá ejercitar dicho cónyuge (artículo 75 CC)

En los casos de coacción y miedo grave o error, solamente puede ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (artículo 76 CC).

⁴⁴ DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, OSDUÑA MORENO, Javier (et. al.) *Código Civil Comentado. Volumen I*. 1ª ed. Pamplona: Civitas, 2011. pág. 448

Así pues, en casos de matrimonios sin consentimiento matrimonial, la acción que correspondería ejercitar sería la general regulada en el artículo 74 CC. Esta acción no caduca y se puede ejercitar durante toda la vida del matrimonio. Ahora bien, en los casos de nulidad del matrimonio por falta de edad, o el matrimonio contraído con coacción, miedo grave o error, aunque nuestro Código Civil hable de nulidad, realmente lo que regula es un caso de anulabilidad si se siguiese la teoría general de los negocios jurídicos. Ahora bien *“la categoría de anulabilidad es propia de los contratos, sin que pueda trasladarse a todo tipo de negocios jurídicos, como el testamento o el matrimonio. La nulidad del matrimonio es una categoría amplia, que admite diversas modalidades, algunas de las cuales se asemejan en algún extremo a la anulabilidad, pero sin que pueda hablarse de la <<anulabilidad del matrimonio>> como una modalidad de ineficacia del mismo⁴⁵”*.

Las razones que llevan a hablar de esta presunta anulabilidad del matrimonio son que en casos de matrimonios prestados por una persona sin la edad legal queda convalidado si los cónyuges viven después de cumplida la mayoría de edad durante un año (artículo 75 CC), y en casos de error, coacción o miedo grave la acción caduca y el matrimonio se convalida si los cónyuges conviven durante un año después de desvanecido el error o cesado la fuerza o la causa del miedo (artículo 76.2 CC). En ambos casos se retira la acción pública que es propia de la acción de nulidad del matrimonio y esto se hace de forma razonable ya que existe la posibilidad de convalidación del matrimonio.

En casos de matrimonios donde el consentimiento se presta bajo coacción o miedo grave, la doctrina establece que *“el contrayente tiene voluntad, pero es una voluntad arrancada de manera forzada: se trata de una voluntad que no es libre y, que por tanto permite anular el negocio jurídico matrimonial. El concepto de <<coacción o miedo grave>> incluye las amenazas – por tanto, tanto la violencia como la intimidación – que pueden provenir de la otra parte o de un tercero, y afectar a la persona o patrimonio del contrayente, como de su familia, e incluso a terceros. Lo esencial es la creación de un estado de <<miedo grave>> en el contrayente, que le fuerza a prestar el consentimiento matrimonial”*, además, *“Si atendemos a que lo*

⁴⁵ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Cataluña. Derecho de Familia*. pág. 85 (cit.)

esencial es la falta de libertad, debemos concluir que siempre que falte esta libertad, por la razón que sea, el matrimonio podrá anularse por coacción o miedo grave⁴⁶”.

3.1.1.5 Posible disfunción con la normativa internacional

En lo referente a la edad núbil, sería conveniente hacer una reflexión sobre algunos Tratados Internacionales que ha ratificado el Estado español para ver si la normativa civil es consecuente con estos objetivos o parámetros que establece la normativa internacional. Son varios los Tratados Internacionales ratificados por España que hablan sobre el derecho a contraer matrimonio de forma libre⁴⁷.

En este sentido se puede ver el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966, el artículo 10.1 *in fine* del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. De la misma forma actúa la Convención de Nueva York, relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, de 10 de diciembre de 1962,

El Estado español aunque cumple con el tenor literal del citado artículo, no es consecuente con la función de dichos tratados. Si tenemos en cuenta el objetivo de todos estos Tratados Internacionales, que el cónyuge pueda prestar su consentimiento libremente, tenemos que entender que la edad núbil que regulan los Estados deba ser consecuente con este objetivo y, por tanto, respetar la capacidad natural de los contrayentes para que el consentimiento pueda ser prestado de forma verdadera entendiendo su contenido y queriendo contraer matrimonio.

Si observamos las recomendaciones de la División para el Adelanto de la Mujer, de las Naciones Unidas, en su *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*⁴⁸ y el “*Suplemento del manual de legislación sobre la violencia contra la*

⁴⁶ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Cataluña. Derecho de Familia*. pág. 93 (cit.)

⁴⁷ v. *supra* apartado 2.3

⁴⁸ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*. Nueva York, 2010. [ref. 8 de enero del 2013] Disponible en [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf)

mujer⁴⁹”, recomendaciones que se dirigen a los Estados para que armonicen sus legislaciones y regulen de forma unitaria determinados asuntos para evitar la reproducción de prácticas perjudiciales contra la mujer, en lo referente a la edad núbil se predica *“que se promulguen leyes en las que se estipule claramente que la edad mínima para contraer matrimonio son los 18 años y que se considerará matrimonio de niños todo matrimonio en el los contrayentes no hayan alcanzado esa edad. Al inscribir el matrimonio en el registro se debe pedir a ambas partes que indiquen su fecha de nacimiento, para comprobar que han cumplido la edad legal. Para que pueda celebrarse la boda debería ser obligatorio presentar un documento que certifique la edad de los contrayentes”*.

Ya se ha hablado anteriormente⁵⁰ de que la edad núbil en España se sitúa en los 14 años, aunque la regla general sea la mayoría de edad. Se puede defender esta edad núbil con la tesis de que un juez debe comprobar la capacidad del futuro contrayente, oyéndole tanto a él, como a sus progenitores o guardadores. De todas formas, según las recomendaciones hechas por la Organización de las Naciones Unidas, interpretando la normativa internacional, los matrimonios dónde uno de los cónyuges sea menor de edad deberían ser considerados matrimonios de niños y, por tanto, deberían estar prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta situación puede propiciar la aparición o mantenimiento de matrimonios forzados, más concretamente, matrimonios de niñas, que cuenten con el apoyo de los progenitores. Sería conveniente una modificación de la edad núbil, situando la misma, en todos los casos en la edad de 18 años, sin que pueda existir dispensa judicial.

Además, el PRCP, en la nueva redacción dada al artículo 183, eleva la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años y, por tanto, será delictivo cualquier acto de carácter sexual con menores de 16 años, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima por edad y grado de desarrollo o madurez, según el nuevo 184 quáter del futuro Código Penal. Así pues, sería incongruente permitir el matrimonio a una persona de entre 14 y 16 años, prohibiéndole en determinados supuestos de matrimonio, realizar los actos que la vida marital conlleva, ya que según el artículo 68 CC *“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse*

⁴⁹ ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. (cit.)

⁵⁰ v. *supra* apartado 3.1.1.3

mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

3.2 Marco jurídico para la prohibición de los matrimonios forzados

Ya se ha dicho que son pocas las leyes españolas que abordan de forma directa el fenómeno de los matrimonios forzados. Ahora bien, las prácticas que constituyen este fenómeno, están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que para su consecución el autor tiene que realizar prácticas que están tipificadas como delito en nuestro Código Penal. Además, los efectos que se dan una vez constituido el matrimonio, constituyen también en varias ocasiones prácticas prohibidas en nuestra legislación penal. En este apartado se hará un análisis de sentencias donde se tratan casos de matrimonios forzados o casos en que se reproducen los efectos que el mismo supone, así se podrá analizar el tratamiento jurisprudencial a efectos penales que hasta ahora se ha venido dando a los matrimonios forzados.

Destacar el reconocimiento del matrimonio forzoso como práctica perjudicial que atenta contra los derechos de las mujeres que se hace en una ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que será analizada en este apartado y de la cual surge un procedimiento para la detección y prevención de los matrimonios forzados.

3.2.1 Aplicación de la normativa vigente por parte de los tribunales

En el actual Código Penal no se halla tipificada la conducta del matrimonio forzado. No obstante, esta conducta y los actos que la misma conlleva, pueden ser subsumidos en diferentes tipos penales. Así pues, estas pueden ser subsumidas en delitos como el de coacciones, amenazas, violencia habitual en el ámbito familiar, lesiones, detenciones ilegales, delitos contra la libertad e indemnidad sexual... En efecto, son pocas las sentencias que enjuician casos con conductas subsumibles en el nuevo tipo penal regulado en el 172 bis PRCP, ahora bien las mismas nos sirven para ilustrar el tratamiento jurisprudencial que hasta ahora se ha venido dando a este tipo de

conductas. En este sentido podemos realizar el análisis de dos sentencias donde la víctima es obligada a contraer matrimonio, para ver si las conductas que se enjuician y en que delitos son subsumibles dichas conductas, y otra donde se pueden ver los efectos que puede sufrir la víctima una vez contraído el matrimonio y ya en la convivencia con el autor.

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 60/2005 de 17 de enero**⁵¹

Sería conveniente, para realizar un análisis exhaustivo del contenido de dicha sentencia, tener en cuenta también las sentencias que resuelven el caso por el Tribunal Jurado en primera instancia, caso que se sustancia en la Audiencia Provincial de Córdoba, y la que dicta Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en fase de apelación.

En este caso, se plantea la posible comisión de un delito de amenazas y, por tanto, es competente para el conocimiento de dicha causa el Tribunal Jurado, en virtud de los artículos 1.1.d) y 1.2.b) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal Jurado⁵² (en adelante LOTJ). Este juicio se celebra sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial (artículo 1.3 LOTJ). El caso queda resuelto mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 6/2002 de 18 de julio⁵³, que contiene los siguientes hechos probados por el Tribunal Jurado:

“1º Boubker B., cuyas circunstancias personales ya constan, encontrándose ocasionalmente en España, y, puesto de acuerdo con una tercera persona, con el objeto de obtener la nacionalidad española, o, el permiso oficial de residencia, allá a finales del año 1999, o principios del 2000, aprovechándose del conocimiento previo que tenía de la simplicidad mental y de la crisis psíquica por la que estaba pasando Isabel D. M., la propuso contraer matrimonio con él.

2º Al negarse ésta a ello, Boubker B. le dijo que si no accedía, atentaría no sólo contra su integridad física, sino también contra su vida y contra la de su hijo.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 60/2005 de 17 de enero [Aranzadi Bibliotecas RJ\2005\992]

⁵² España. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal Jurado. *BOE* de 23 de mayo de 1995, nº 122.

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) núm. 6/2002 de 18 julio [Aranzadi Bibliotecas ARP 2002\660]

3° Atemorizada ésta a causa de ello, accedió a la proposición, y acompañó a Boubker M. y a su hermana Fátima al Registro Civil de Córdoba para iniciar la tramitación del Expediente Matrimonial, fijándose la fecha para la boda.

4° En un momento posterior en el tiempo, Isabel D. M. intentó suspender la celebración del matrimonio, pero, al tener conocimiento de ello Boubker B., personalmente, de palabra, no por teléfono ni por otro medio, volvió a intimidarla en los mismos términos en que antes lo hiciera.

5° Ante ello, Isabel D. M. terminó cediendo, y, con pleno conocimiento de la única finalidad que con dicha boda se pretendía, acudió al Registro Civil el día 24 de marzo del 2000, celebrándose el matrimonio entre ella y el acusado, sin que se pusiera en conocimiento del Juez Encargado, la existencia de impedimento alguno.

6° Tras la boda, ella se marchó con su hijo a su casa, y él lo hizo a la de su hermana Fátima, sin que desde entonces hayan hecho vida marital.

7° El mismo día en que el matrimonio se celebró, y después de éste, Aicha S. H., amiga, tanto de Isabel D. M. como de Fátima B., se encontró en la calle a esta última, la cual le contó todos los pormenores de la boda, incluyendo lo relativo a las intimidaciones y otros extremos, hechos que, posteriormente, le fueron confirmados por la propia Isabel D. M., a la cual convenció aquélla para que formulara denuncia.

8° El Jurado, en su veredicto, declaró a Bobker B. culpable de tales hechos, oponiéndose a que, en su caso, se le apliquen los beneficios de la remisión condicional de la pena, así como la petición de indulto.”

Según estos hechos probados y declarada la culpabilidad del acusado, la Audiencia Provincial considera que estos hechos deben ser considerados como un delito de amenazas condicionales regulado en el artículo 169.1° CP.

Pero lo interesante de esta sentencia no es solamente la condena por el delito de amenazas, sino la declaración sobre responsabilidad civil que hace el tribunal. El mismo en virtud de los artículos reguladores de la responsabilidad civil derivada de delito o falta (artículos 109 a 122 CP), declara nulo el matrimonio contraído sin consentimiento, y lo hace con el siguiente pronunciamiento en el fundamento jurídico séptimo “Ejercitada la acción civil conjuntamente con la penal, tanto por el Ministerio Fiscal,

como por la Acusación Particular (arts. 108 a 113 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dado el contenido del art. 73.1º y 5º en relación con los 74, 76, 1261.1º, 1265, 1267 párrafo segundo y 1300, todos ellos del Código Civil , que prevén la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento, o, estando éste viciado a causa de intimidación causante de miedo grave, circunstancia ésta que ha sido tratada unas veces en concepto de anulabilidad, otras en el de inexistencia, como ya ha sucedido en algunas ocasiones en los Estados Unidos de América y en Alemania, también al paso de supuestos de emigración clandestina, y que nuestro Tribunal Supremo ya contemplara, entre otras en sentencia de 26 de noviembre de 1985 por citar una entre muchas, se hace preciso acceder a esta petición en esta vía de conexión de ambas acciones, con remisión de testimonio al Registro Civil.”

Esta sentencia pero es recurrida en apelación delante del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que dicta la Sentencia núm. 28/2002 de 22 noviembre⁵⁴. El recurso de apelación se fundamenta en un único motivo, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que es desestimado por el Tribunal, considerando que se ha realizado la actividad probatoria mínima requerida por la jurisprudencia constitucional para que no se produzca una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la sentencia no se agota en la resolución del único motivo del recurso, ya que surgen dos cuestiones que han de ser examinadas de oficio por el tribunal, por atañer las mismas a cuestiones de orden público. Estas son, la aplicación de la medida cautelar a la prohibición de acercarse a la víctima, comunicarse con ella o acudir al lugar de su residencia, impuesta sin mediar petición de las partes acusadoras y, la declaración de nulidad efectuada del matrimonio celebrado, que en este caso si que fue solicitada tanto por el Ministerio Fiscal, como por la acusación particular.

El tribunal resuelve negativamente la primera de las cuestiones ya que considera que estas medidas no se podían adoptar, ya que las mismas aunque guardan una estrecha similitud con las medidas cautelares, no pueden considerarse medidas de esta naturaleza, sino que son penas accesorias y, por tanto, en respeto del principio constitucional de la “*la previa acusación y correlativa información sobre ella para evitar indefensión*”, no podían ser declaradas de oficio por el tribunal.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) núm. 28/2002 de 22 noviembre [Aranzadi Bibliotecas ARP 2002\830]

Según el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, es la segunda de las cuestiones, esta es, la declaración de nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento, la que entraña mayor dificultad de resolver y, por tanto, implica mayor razonamiento y motivación por parte del tribunal. El tribunal acaba resolviendo a favor de la declaración de nulidad del matrimonio sin consentimiento y lo hace justificando su decisión trayendo a colación numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que si bien no se refieren a declaraciones de nulidad de matrimonios realizados por la jurisdicción penal, hacen alusión a contratos o negocios jurídicos viciados de nulidad.

Esta clase de responsabilidad civil consiste, según QUINTERO OLIVARES en *“la restauración existente con anterioridad a la infracción penal”*⁵⁵. Según el artículo 110 CP, dicha responsabilidad puede comprender, tanto la restitución, como la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales. El concepto de restitución implica, ex artículo 111 CP, la restitución de un bien.

Ahora bien, el concepto de restitución en la jurisprudencia del Supremo sobre la responsabilidad civil derivada de delito o falta se ha venido utilizando, en sentencias que utiliza la Audiencia Provincial para justificar su decisión, solamente en algunos delitos ya que *“las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas, en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente”*⁵⁶ y, en este sentido, los Tribunales Penales tienen la obligación de *“con el fin de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, de declarar la nulidad de todos aquellos negocios o contratos de disposición respecto de los cuales hayan hecho previo pronunciamiento de falsedad, lo mismo que de las inscripciones que en los correspondientes Registros hubiesen producido, y ello a menos que los mencionados documentos afectasen a otorgantes de buen fe cuyos derechos quedasen menoscabados por la mencionada declaración”*⁵⁷ y por ello, los mismos *“con*

⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 3ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2009. pág. 693

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 4 noviembre 1981. [Aranzadi Bibliotecas RJ 1981\4289]

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 25 mayo 1983. [Aranzadi Bibliotecas RJ 1983\2777]

el fin indicado, de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, pueden y deben declarar la nulidad de los mentados negocios en cuanto no existan obstáculos jurídicos que lo impidan⁵⁸”. Esta declaración de nulidad “no es más que la «restitutio in pristinum», esto es, la reintegración de la situación jurídica previa a la comisión del delito⁵⁹” para “restituir la relación jurídica al estado anterior al empleo del vicio del consentimiento por uno de los contratantes⁶⁰”.

Este argumento es el que se utiliza el tribunal sentenciador para justificar la declaración de nulidad del matrimonio y así acabar concluyendo que *“Aunque no se estime que el matrimonio sea un verdadero contrato, lo que sí parece claro es que, si en aquellas sentencias penales se decretó la nulidad del contrato por los vicios del consentimiento, a igual conclusión deberá llegarse cuando la nulidad del matrimonio se decreta también por un vicio del consentimiento, al haber sido contraído mediante la intimidación que supusieron las amenazas dirigidas para su celebración, máxime si se tiene en cuenta que, siendo hilo conductor de toda esa Jurisprudencia que con la reparación del daño, obligada en razón de la responsabilidad civil nacida del delito, lo que se pretende es el restablecimiento del orden jurídico civil alterado con el delito, con la celebración de ese matrimonio mediante las amenazas inferidas se estaba evidentemente alterando el orden jurídico civil de los contrayentes del matrimonio, cuyo restablecimiento no puede lograrse sino mediante la declaración de su nulidad, volviendo así al orden jurídico existente con anterioridad a su celebración”*.

Esta sentencia es recurrida en casación, llegando al final del recorrido jurisdiccional a través de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 60/2005 de 17 enero. El recurso de casación de basa en dos motivos, que son, por un lado la vulneración del principio de la presunción de inocencia y, de otro lado por entender que se consignan en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 4 noviembre 1981. [Aranzadi Bibliotecas RJ 1981\4289].

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1324/1993 de 4 junio. [Aranzadi Bibliotecas RJ 1993\4816]

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 52/2001 de 22 enero. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2001\400]

El primer de los motivos es desestimado en base a que las pruebas practicadas, tanto la declaración de la víctima como las testificales, aunque puedan presentar contradicciones, deben ser valoradas por el órgano jurisdiccional que las ha presenciado y su credibilidad debe ser dirimida por el mismo en base al principio de inmediación. Además, las mismas no rompen con el derecho a la presunción de inocencia, ya que presentan suficiente cargo.

El segundo de los motivos también es desestimado por el Supremo que entiende que no hay quebrantamiento de forma ya que cuando en los hechos probados se utiliza la palabra “intimidación”, su contenido no es otro que la expresión de las palabras que ya han sido relatadas en hechos probados anteriores.

Por último, el Tribunal se vuelve a plantear de oficio, por ser la jurisdicción un tema referente al orden público, la competencia de la Audiencia Provincial para declarar la nulidad civil del matrimonio realizado sin consentimiento. En este caso, el órgano casacional sostiene la imposibilidad de los tribunales penales para declarar la nulidad del negocio jurídico matrimonial por su falta de jurisdicción, basándose en los siguientes tres razonamientos:

- La declaración de nulidad del matrimonio no es una medida de carácter patrimonial en si, aunque la misma pueda tener efectos patrimoniales. La misma es una cuestión referente al estado civil de las personas físicas, reflexionando por tanto que *“el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene consistencia suficiente para atribuir a los Tribunales Penales la declaración de cuestiones que afectan al estado civil de las personas”*.
- El artículo 5 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶¹ (en adelante LECrim), establece que *“las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se diferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo Criminal”*, exceptuando la regla general establecida en el artículo 3 LECrim, por

⁶¹ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE de 17 de septiembre de 1883, nº 260.

la cual los Tribunales penales ven extendida su jurisdicción para resolver cuestiones civiles prejudiciales a la cuestión principal, la penal, para así resolver el caso. En este sentido, el Tribunal entiende que si la jurisdicción penal no incluye la resolución de cuestiones prejudiciales referentes a la validez de los matrimonios y al estado civil de las personas, tampoco tendrá jurisdicción para extender estos asuntos a la responsabilidad civil dimanante de un delito o una falta.

- La última reflexión del tribunal es que la declaración de nulidad del matrimonio comporta otros efectos, que en ningún caso pueden ser resueltas por el juez penal, teniendo que acudir siempre para su resolución a la jurisdicción civil.

Así pues, tenemos dos maneras de entender la responsabilidad civil derivada de un delito distintas: la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que según mi parecer hacer una interpretación de la ley con el objetivo de otorgar mayor protección a la víctima y evitarle un proceso de doble victimización, ya que la misma deberá interponer en caso de falta de jurisdicción del órgano penal, la acción de declaración de nulidad del matrimonio ante un tribunal civil y revivir los hechos para demostrar los vicios del consentimiento, y también, una interpretación favorable a la economía procesal, en frente de una interpretación más legalista y menos flexible, realizada por el Tribunal Supremo, que deja de un lado, a mi parecer, el objetivo principal de la responsabilidad civil regulada en el Código Penal, esta es el *restitutio in integrum* o *restitutio in pristinum*, como así lo ha declarado el mismo tribunal en varias ocasiones.

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1399/2009 de 8 de enero**⁶²

Esta sentencia reconoce como probados unos hechos que pueden ser constitutivos de varios delitos. Entre ellos se encuentra la consumación de un matrimonio sin consentimiento, que lleva aparejadas otras conductas delictivas. Más concretamente, la víctima, natural de Mauritania y menor de edad, no vivía con sus padres, sino que los mismos la habían cedido en acogida a otra familia. Los padres, pasado un tiempo, decidieron trasladarse a su país de origen. Allí es cuando la víctima

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1399/2009 de 8 de enero. [Aranzadi Bibliotecas RJ\2010\3496]

contrajo matrimonio con uno de los procesados. La víctima fue devuelta a España para recibir asistencia médica y volvió a residir con su familia de acogida, recibiendo de forma esporádica visitas de su madre biológica, en las cuales, a través de empujones, pellizcos y amenazas de muerte, la obligaba a llamar a su marido. Un año después se anunció la llegada del marido de la víctima y los padres de ésta la obligaron a retornar a su domicilio. Fue ya en la convivencia con él, cuando la madre de ésta le obligo a mantener relaciones sexuales con su marido. La víctima también advirtió a su marido de su negación a mantener relaciones sexuales con él, negación a la cual hizo caso omiso. Todos los hechos se producen con consentimiento del padre de la menor.

El Tribunal Supremo considera a los autores responsables de varios delitos, que son los siguientes:

- al padre: responsable de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar (173.2 y 173.3 CP) y de un delito de amenazas condicionales (171.2 CP)
- a la madre: responsable de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar (173.2 y 173.3 CP), de un delito de lesiones, en consideración de la convivencia con la víctima (153.1 y 153.2 CP), cooperadora necesaria de un delito de agresión sexual, con la agravación específica de la actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2ª CP), autora de un delito de coacciones (172.1 CP) y de un delito de amenazas condicionales (171.2 CP).
- el marido: autor responsable de un delito de agresión sexual, con la agravación específica de la actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2ª CP).

Como vemos son múltiples las conductas constitutivas de delitos que implica el fenómeno de los matrimonios forzados, así como la influencia de los familiares en la puesta en práctica de este fenómeno. También se observa como el multiculturalismo y la importación de prácticas culturales diferentes a las nuestras se traslada a nuestro país.

- **Auto del Tribunal Supremo, núm. 948/2009, de 2 abril**⁶³

En este auto se inadmite a trámite un recurso de casación planteado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 865/2008, de 31 de julio⁶⁴. En

⁶³ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 948/2009 de 2 de abril. [Aranzadi Bibliotecas JUR\2009\244645].

esta sentencia se describe un caso en el cual la víctima de 11 años de edad y de nacionalidad boliviana, es enviada por sus padres a España para que viva con el acusado. A través de un poder notarial le ceden el ejercicio de la guardia, custodia y cuidado de la víctima y el acusado se compromete a realizar una prestación económica a los padres de la menor. El objeto de este viaje es que la víctima cuide al futuro hijo del acusado. Una vez en España, la víctima es engañada a través de presentes para que mantenga relaciones sexuales con el acusado. El acusado se lleva a vivir a la víctima a otra localidad. Allí sigue manteniendo relaciones sexuales con la víctima y la misma es sometida a una situación de aislamiento social, ya que no tiene relaciones con otras personas, solamente con sus compañeros de piso, ya que habitaban en un piso compartido. También es privada de ir al colegio, obligada a atender al acusado, cocinando y limpiando la casa para él, negándole así su derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. Los agentes encontraron a la menor encerrada en su habitación tras recibir una denuncia de una de sus compañeras de piso. El autor fue condenado por un delito continuado de abusos sexuales.

En esta sentencia se aprecia el sometimiento a la llamada servidumbre doméstica en que se somete a la víctima de un matrimonio forzado. Aquí, aunque el matrimonio no se contraiga, sí que se da la convivencia que del mismo se deriva. Como vemos, los niños sufren además la consecuencia de la falta de escolarización, que afecta frontalmente contra su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

3.2.2 Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista

El Parlamento de Cataluña promulgó en 2008 la ley del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Esta ley parte de la premisa que los derechos de las mujeres son derechos humanos y eso se deriva de la normativa internacional, europea y nacional que ha desarrollado un conjunto de derechos así como una serie de medidas penales y administrativas para conseguir la erradicación de la violencia contra las mujeres.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª) núm. 856/2008 de 31 de julio. [Aranzadi Bibliotecas JUR\2009\163939].

En el artículo 5.4.e) de la Ley 5/2008 se prevé dentro del ámbito de la violencia en el ámbito social o comunitario, el matrimonio forzado como una manifestación de la violencia machista. La ley en su artículo 3.a) define la violencia machista como “*la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado*”.

La ley tiene como objetivos la sensibilización social, la detección de la violencia machista y la erradicación de la misma a través de políticas administrativas que van desde temas educativos al reconocimiento de derechos hacia las víctimas de esta violencia machista: derecho a la protección efectiva, a la atención y la asistencia sanitarias, a la reparación del daño causado, a asistencia jurídica de forma gratuita y a una serie de prestaciones económicas, como la renta mínima de inserción, indemnizaciones por los daños causados, ayudas escolares y pensiones para cubrir el impago de pensiones compensatorias y en concepto de alimentos.

En conclusión, la ley reconoce ya el matrimonio forzado como una práctica manifestación de violencia machista en el ámbito social y comunitario (artículo 5.4.e) de la Ley 5/2008), reconociendo una serie de garantías y derechos a las víctimas de los matrimonios forzados⁶⁵.

Es esta ley la que da lugar a la elaboración de un protocolo de intervención elaborado por el Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña: *El procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados*.

⁶⁵ HEIM, Daniela, NICOLÀS, Gema, FERNÁNDEZ BESSA, Cristina y BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. Informe de investigación Cataluña. pág. 24 (cit.)

3.2.2.1 Procedimiento de Prevención y Atención Policial de los Matrimonios Forzados

Este procedimiento tiene como objetivo ilustrar a los miembros de los *mossos d'esquadra* de un procedimiento para la detección de posibles casos de matrimonios forzados y el tratamiento que se debe otorgar a las víctimas de los mismos, tomando en consideración los principios enunciados en la ley del Parlamento catalán 5/2008.

Este procedimiento justifica su existencia en el reconocimiento que “*los matrimonios forzados son una práctica que continúa vigente en los países y comunidades de origen de algunas personas inmigradas que desarrollan su proyecto de vida en Cataluña*” y reiterando que “*la vulneración tan grave de un derecho fundamental y sus consecuencias obligan a promover un trabajo de sensibilización y formación a las comunidades afectadas y de investigación de estrategias que posibiliten detectar casos de riesgo y abordarlos*”.

El protocolo, tras definir y localizar el fenómeno de los matrimonios forzados y después de realizar un análisis sobre las causas y los efectos que los mismos producen, divide la actuación de los cuerpos de seguridad en cuatro fases:

1) Fase de información, formación y prevención.

En esta fase se pretende abordar el problema en una fase previa, intentando informar y prevenir a la población de este fenómeno, pero poniendo más énfasis en los colectivos que más riesgo tienen de sufrir esta práctica perjudicial.

2) Fase de detección.

El protocolo pretende que la primera fase funcione como corredor para la facilitación de la detección de situaciones donde haya una posible situación de matrimonio forzado. En este sentido, si la población de riesgo está sensibilizada sobre este fenómeno, será más fácil que haya denuncias, tanto de terceros como de las propias víctimas. El protocolo también hace un resumen de las posibles situaciones que se pueden dar en la práctica.

3) Fase de atención.

El protocolo destaca esta fase como la fase clave del procedimiento. Distingue entre casos de atención de riesgo urgente o de riesgo no urgente.

En los casos de riesgo urgente los miembros policiales deberán informar al juzgado de guardia o a la fiscalía para que valoren la posibilidad de acordar medidas cautelares.

En los casos de riesgo no urgente, sería necesario poner en conocimiento del caso a los operadores para neutralizar el riesgo. De todas formas, el protocolo destaca como conveniente preparar un informe explicativo para el juzgado o la fiscalía, por si fuera necesario y la situación pasará a ser de riesgo no urgente a riesgo urgente.

El protocolo incluye una serie de buenas prácticas dirigidas a los operadores para que las apliquen con las víctimas o las víctimas potenciales.

4) Fase de recuperación.

Esta fase implica el seguimiento del caso hasta que se considere superado, teniendo contacto con la víctima. Este seguimiento debe ser utilizado para prevenir o detectar situaciones parecidas para poderlas evitar. Este seguimiento consiste en un primer momento en acompañar a la víctima en sus decisiones, primero de una forma más cercana y, después, dejando que con el paso del tiempo la víctima vaya tomando sus propias decisiones de forma gradual. Para conseguir la plena recuperación de la víctima es necesaria una coordinación de la persona de referencia, encargada de asesorar y aconsejar a la víctima, con los otros servicios implicados de la Red de Atención y Recuperación Integral para las Mujeres en Situación de Violencia Machista. Esta red se instaura a través del capítulo IV, título III, de la citada Ley 5/2008, por el cual el Gobierno catalán debe desarrollar modelos de intervención integral en todo el territorio. Esta red será de carácter gratuito y se encargará de la atención, asistencia, protección, recuperación de las mujeres que sufren o han sufrido alguna de las modalidades de violencia machista que la ley incluye. Esta red incluye una serie de servicios que ayudarán a paliar la situación que ha sufrido la víctima:

- a) Servicio de Atención Telefónica Especializada.
- b) Servicios de información y atención a las mujeres.

- c) Servicios de atención y acogimiento de urgencias.
- d) Servicios de acogida y recuperación.
- e) Servicios de acogida sustitutoria del hogar.
- f) Servicios de intervención especializada.
- g) Servicios técnicos de punto de encuentro.
- h) Servicios de atención a la víctima del delito.
- i) Servicios de atención policial.
- j) Otros servicios que considere necesarios el Gobierno.

4. LA PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

En este apartado se pretende realizar un análisis exhaustivo del tipo penal que se pretende introducir en el artículo 172 bis PRCP, estudiando el tipo de forma general, es decir, el bien jurídico protegido, la conducta que se pretende penar, si existen modalidades de conducta o agravantes específicas, su aplicación en relación con figuras de la parte general del derecho penal, tales como la autoría y la participación, el *iter criminis* delictivo, su concurso con otras figuras del Código Penal, etc.

El nuevo delito del matrimonio forzado se tipifica en el artículo 172 bis del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Este se incluye pues en el Capítulo III, de las coacciones, del Título IV, delitos contra la libertad, del Libro II, de los delitos y sus penas, del actual Código Penal. Así pues, si se analiza el delito en relación con su ubicación sistemática en el Código Penal, es decir, teniendo en cuenta la ubicación que el legislador ha otorgado al mismo, se pueden hacer dos observaciones principales:

- El legislador ubica el delito de matrimonios forzados dentro de los delitos contra la libertad. El legislador, con la propuesta de tipificación que realiza en el PRCP intenta tutelar un bien jurídico determinado, en este caso una forma determinada de libertad.
- Además, ubica el delito dentro de la regulación de las coacciones, admitiendo que el mismo prohíbe una conducta similar a la que se prohíbe en el 172 CP.

Si tenemos en cuenta dicha ubicación sistemática, para analizar jurídicamente la propuesta del 172 bis PRCP, podemos tener en cuenta el análisis doctrinal y jurisprudencial que hasta ahora se ha venido dando a los delitos contra la libertad y, más concretamente, al delito de coacciones regulado en el actual 172 CP.

4.1 El bien jurídico protegido

En el tipo general del delito de coacciones, el bien jurídico protegido, ha sido ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo ha determinado que *“el delito de coacciones protege los ataques a la libertad de actuación personal que no estén expresamente previstos en otros tipos del Código⁶⁶”*. En este sentido, el Tribunal Supremo delimita el bien jurídico protegido en las coacciones a través de la comparación negativa con los otros delitos contra la libertad. Así pues, si tenemos en cuenta la jurisprudencia referida a las detenciones ilegales, de la cual se extrae que *“el bien jurídico protegido en los delitos de detención ilegal es una de las libertades básicas de la persona como es la libertad de deambulación de la que se ve privado el sujeto pasivo ante la actuación del sujeto activo encerrándole o deteniéndole⁶⁷”*, y la referida a las amenazas, donde se afirma que *“El bien jurídico tutelado por la norma es la libertad de la persona y el derecho de ésta al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida, que se ve violentado por el anuncio del mal con el que se atemoriza al sujeto pasivo, a su familia o a las personas con las que esté íntimamente vinculado aquél⁶⁸”* observamos que jurisprudencialmente existe una indefinición de aquel bien jurídico protegido en el 172 CP.

En este sentido sería conveniente referirnos a las definiciones que ha realizado la doctrina del bien jurídico objeto de protección en el delito de coacciones. Así QUINTERO OLIVARES ha destacado como bien jurídico la libertad, pero particularmente en la fase de la formación de la voluntad. Más concretamente, *“las coacciones atentan contra la exteriorización física de lo que una persona quiere hacer o no hacer”* y *“hay que excluir que el objeto de ataque en las coacciones pueda*

⁶⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 628/2008, de 15 de octubre. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2008\7734]

⁶⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 61/2009 de 20 enero. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2009\1382]

⁶⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1267/2006 de 20 diciembre. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2007\390]

adelantarse a la fase de formación de la voluntad, pues en ese caso se invadiría el espacio propio de las amenazas⁶⁹”.

Para entender lo que quiere decir al autor tenemos que delimitar las distintas fases que afectan a la formación de la voluntad según la doctrina española *“es común en el seno de nuestra doctrina contemplar como fases o estadios en el proceso de formación de la voluntad, en primer lugar la propia capacidad de voluntad; en segundo lugar, la capacidad de decisión, esto es, la capacidad (o libertad) de decidirse, ante varias alternativas, por una de ellas; por último la capacidad de decisión previamente adoptada [...] se acepta, de forma generalizada, la libertad de obrar como bien jurídico protegido en el delito de coacciones, esto es, se considera que éste pretende proteger la libertad de ejecución, la última fase del proceso antes señalado⁷⁰”.*

En sentido distinto, MUÑOZ CONDE afirma que *“Desde el punto de vista psicológico la libertad es un atributo de la voluntad que se desarrolla a dos niveles: la libertad en la formación del acto voluntario y la libertad en la manifestación del acto voluntario ya formado. Tanto uno como otro nivel pueden verse afectados por las conductas tipificadas en este Título, que actúan bien impidiendo la libre formación de la voluntad (coacciones, amenazas), bien despreciando la ya manifestada (detenciones)⁷¹”.*

Así pues, la doctrina no es pacífica en delimitar el bien jurídico protegido en el tipo básico del delito de coacciones. Ahora bien, el Tribunal Supremo hace una reflexión sobre estas fases descritas en su sentencia núm. 1107/2009 de 12 noviembre⁷², diferenciando entre la fase de la voluntad que se ve afectada en las coacciones y las amenazas. En este caso se está enjuiciando la cualificación dada por la Audiencia Provincial a los hechos acaecidos: el acusado, se hace pasar en internet por un joven de 19 años, para así contactar con menores de edad e intercambiar fotos de contenido

⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Morales Prats, Fermín (coordinador). Tamarit Sumalla, Josep María (et al.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. pág. 224

⁷⁰ MORÁN MORA, Carolina, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Morales Prats, Fermín (coordinador). Tamarit Sumalla, Josep María (et al.). *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial (Artículos 138 a 318)*. 5ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008. pág. 265

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 16ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2007. págs. 150-151

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1107/2009 de 12 de noviembre. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2009\7884]

erótico. En este caso, una de las víctimas, menor de 13 años, envía fotos con este contenido al acusado. Llegado un momento la víctima se niega a seguir mandándole fotos, pero el acusado le advierte que si no le manda más fotos, colgará las que ya tiene en internet. La víctima, a pesar de las advertencias del acusado, decide cortar con la relación. El imputado, conocedor de las claves de acceso a una red social de una amiga de la víctima, cuelga las fotos que la misma le había mandado. En este caso la Audiencia Provincial condena al acusado por un delito de difusión de pornografía infantil y por un delito de coacciones a 4 años de prisión. El recurso se plantea por infracción de la ley, debido a que el recurrente sostiene la aplicación indebida del 172.1 CP, ya que se le condena por un delito de coacciones cuando la conducta que se describe, según su opinión, debería de ser cualificada como una falta de amenazas del 620 CP. Así pues, lo que se debe plantear el tribunal es si los hechos se deben encuadrar en la figura de las coacciones o en la de las amenazas.

En el caso el Tribunal Supremo advierte que *“en la coacción, existe una mayor inmediatez entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito se consuma cuando se ejerce la coacción. El torcimiento de la voluntad es el objetivo del autor sin otras matizaciones. [...] (la víctima) cumplió según los términos convenidos, hasta el momento en que ésta se niega a seguir comportándose como hasta el momento, es decir, se niega a enviar fotos de ella desnuda. Ante esta negativa, el autor no ejerce ninguna fuerza física ni psíquica, sino que pone en marcha una conducta típica del delito de amenazas [...] Es cierto que la amenaza pende sobre la libre formación de la voluntad, pero no de una forma conminativa, sino otorgando al amenazado la ponderación entre el contenido de la amenaza y la posibilidad de actuar o no conforme a los designios del amenazante. [...] La menor pudo perfectamente negarse sopesando las consecuencias o bien, como era de esperar, ceder ante el amenazante para evitar un mal concreto y específico y no genérico como en la coacción.*

Así pues, se observa que mientras que las coacciones atentan contra la libertad de obrar en la fase de formación de la voluntad, las amenazas afectan a la capacidad de decidirse. Por tanto, esta diferenciación en la fase volitiva que se ve afectada por el delito nos serviría para delimitar el bien jurídico protegido, llegando a la conclusión pues que las coacciones atentan contra la libertad de obrar en la fase de formación de la voluntad.

Ahora bien, manteniendo el problema en la búsqueda del bien jurídico en los delitos de coacciones y amenazas, el tribunal casador llega a la conclusión, a pesar de sus reflexiones, de que *“siempre se ha considerado que las amenazas y las coacciones son delitos homologables por lo que no se vulnera el principio acusatorio el cambio de calificación jurídica”*.

Expuestas las anteriores reflexiones sobre el bien jurídico protegido en las coacciones, es conveniente aplicar algunas de ellas para determinar el bien que es objeto de protección en el nuevo 172 bis PRCP. A mi parecer, el bien jurídico protegido en el delito de matrimonio forzado es la **libre formación del consentimiento matrimonial**. El sujeto activo del delito debe utilizar la violencia o la intimidación grave, para, de una forma conminativa, no dejar que la víctima forme libremente su consentimiento matrimonial. Si el sujeto activo deja la opción a la víctima de sopesar si prestar el consentimiento o no prestarlo, asumiendo las consecuencias de su decisión, la conducta típica correspondería al delito de amenazas, no al delito del matrimonio forzado, ya que en este caso se vería afectada la capacidad de decisión de la víctima, pero no a la libre formación de su consentimiento. Por tanto, en este último caso la conducta no cumpliría con los requisitos de tipicidad que exige el 172 bis PRCP.

4.2 El tipo básico del 172 bis del Proyecto de Reforma del Código Penal

4.2.1 Conducta típica y medios comisivos

La redacción del citado artículo que se da en el 172.1 bis PRCP es la siguiente:

“El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.”

La conducta prohibida pues, consistirá en compeler a otra persona a contraer matrimonio, usando como medios comisivos la violencia o la intimidación grave. A esta conducta se impone o una pena de prisión de 6 meses a 3 años y 6 meses, o una pena de multa de 12 a 24 meses. Además, el artículo contiene un parámetro de graduación de la

pena dirigido hacia el juez, en el cual se establece que el juez deberá modular la pena según “*la gravedad de la coacción o de los medios empleados*”, fórmula ya utilizada anteriormente en el Código Penal en la regulación del tipo básico de coacciones.

El 172.1 bis del PRCP establece dos medios comisivos: la violencia y la intimidación. Además se exige que esta última sea grave. Esto difiere de la regulación de las coacciones, en la cual el legislador sólo incluye como medio comisivo la violencia.

No obstante, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del concepto de violencia, a pesar de la prohibición de la expansión del delito (4.1 CP), donde el tribunal interpreta la violencia, a mi parecer de una forma extensiva, incluyendo en ella diferentes manifestaciones. Y esto se deriva de las palabras del propio Tribunal Supremo, en su jurisprudencia general sobre el delito, donde expresa como elemento preciso para la existencia de la coacción lo siguiente “*que tal actividad se plasme en una conducta de violencia, cuya clase ha ido ampliándose en el tiempo para incluir no sólo una <<vis physica>> sino también la intimidación o <<vis compulsiva>> o incluso la fuerza en las cosas o <<vis in rebus>>*”⁷³.

Así pues, la jurisprudencia ha dado al concepto de violencia como medio comisivo en las coacciones una interpretación extensiva incluyendo en ella tres tipos de violencia que ahora voy a proceder a explicar:

- violencia de carácter físico o vis física: entendida como violencia *strictu sensu*, es decir, fuerza física empleada contra la persona.
- violencia intimidatoria o vis compulsiva: en este caso no hay una violencia, entendida como violencia física, sino que el sujeto activo utiliza actitudes que constriñen la capacidad volitiva de la víctima.
- violencia en las cosas o *vis in rebus*: violencia que constriñe la capacidad volitiva de la víctima a través de una violencia ejercida, no directamente hacia la víctima, sino hacia bienes o derechos del sujeto pasivo⁷⁴. Según MORÁN MORA “*lo primero que ha de advertirse es que se trata de una*

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1380/2001 de 11 de julio. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2001\6494]

⁷⁴ MORÁN MORA, Carolina, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial (Artículos 138 a 318)*. pág. 272 (cit.)

interpretación analógica <<in malam partem>>, promovida por la jurisprudencia que en este caso se ha transformado en fuente del derecho, alternado y ampliando el contenido de la ley⁷⁵”

Esta ampliación del concepto de violencia, viene realizada por la jurisprudencia, según MIRA BENAVENT a través de una interpretación “finalista o espiritualista”, según lo cual lo importante es que exista una restricción a la libertad de obrar⁷⁶. Esta violencia, además tiene que ser “funcional al propósito de limitar la libertad de la víctima⁷⁷” e “idónea y adecuada para torcer la voluntad del perjudicado⁷⁸”.

Después de todo lo expuesto nos podemos plantear si el legislador a la hora de incluir como medio comisivo la intimidación grave en el delito de matrimonio forzado, a diferencia de lo que hace en el delito de coacciones, donde la vis compulsiva ha sido incluida por la jurisprudencia a través de una interpretación amplia del concepto de violencia, intente excluir la intimidación del delito de coacciones, ya que si lo incluye expresamente en el 172 bis PRCP y no aprovecha para incluirlo en el 172 CP, se puede suponer que lo excluye tácitamente. Ahora bien, también nos podemos plantear la hipótesis que pudiendo modificar en la reforma el tipo penal básico del delito de coacciones, el legislador acepta la interpretación jurisprudencial que hasta ahora se ha venido dando al concepto de violencia en las coacciones. A mi parecer, la segunda de las tesis es la adecuada.

En la redacción dada por el legislador en el proyecto del nuevo tipo penal, el 172.1 bis, el legislador exige la gravedad de la intimidación. En el Anteproyecto de la ley de modificación del Código Penal, el tipo delictivo estaba redactado de la siguiente manera:

“1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o

⁷⁵ MORÁN MORA, Carolina, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial (Artículos 138 a 318)*. pág. 272 (cit.)

⁷⁶ MORÁN MORA, Carolina, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial (Artículos 138 a 318)*. pág. 270 (cit.)

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 65/2009 de 5 de febrero. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2009\899]

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 843/2005 de 29 de junio. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2005\5362]

con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español.”

En el informe realizado por el Conejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal⁷⁹, sobre la redacción de este artículo, se hace una objeción sobre el requerimiento de que la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima sea grave. En el informe, se entiende que basta con que exista tal violencia o intimidación siempre y cuando sea de intensidad suficiente para condicionar la voluntad del sujeto pasivo que la sufre y menoscabar su libertad de decisión. Así, en el mismo sentido, pero entendiendo que la gravedad sólo se refiere a la intimidación, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁸⁰, afirma que *“el artículo exige que la intimidación empleada sea grave, quedando, en consecuencia, fuera aquélla que no revista tal carácter, lo que puede provocar unas parcelas de impunidad, además de dificultades interpretativas del calificativo <<grave>>. Parece que sería más aconsejable suprimir esta nota de gravedad respecto de la intimidación; como así sucede en otros delitos como el de agresión sexual (art. 178 CP) o el de robo con violencia o intimidación (art. 242 CP), existiendo una consolidada jurisprudencia en torno al concepto de intimidación, que exige que se trata de una intimidación seria, inmediata y suficientemente grave (STTS 1359/99, de 2 de octubre, o 1689/20003, de 18 de diciembre). Por lo que el empleo en este nuevo tipo del adjetivo <<grave>> respecto de la intimidación” nada aporta respecto al concepto aquilatado por la doctrina jurisprudencial, salvo que quiera indicarse que en los matrimonios forzosos la*

⁷⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 8 de enero de 2013. Madrid. [ref. de 29 de diciembre de 2013] Disponible en www.fiscal.es

⁸⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. [ref. de 29 de diciembre de 2013]. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPI/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal

intimidación empleada ha de ser especialmente grave, acercándose a irresistible, que no es exigido como configuradora de la intimidación típica en los delitos antes citados de agresión sexual o robo con intimidación y estrecharía el marco de aplicación de este nuevo delito”.

Después de los citados informes y ya en el proyecto de ley orgánica de reforma, el legislador cambia la redacción y solo exige la gravedad de la intimidación y no de la violencia. Así, a mi parecer y como se expresa en el informe del Consejo General del Poder Judicial el legislador intenta revestir a la intimidación típica del nuevo delito de la gravedad irresistible de la intimidación, es decir, aquella intimidación que suponga una especial gravedad por no poder ser vencida de ninguna manera por la víctima que la sufre.

Ambos informes, también critican la alusión al sistema de regulación de la pena, que establece que la misma se impondrá “*según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*”. La alusión al término la gravedad de la coacción es criticada por ambos informes ya que se hace referencia a otro tipo penal, que aunque esté relacionado no es el mismo del que se habla. Así, citamos el Informe del Consejo General del Poder Judicial se observa que “*no se presenta como idónea la referencia a la <<coacción>>, delito básico del que este del matrimonio forzado viene a configurarse como un tipo especial en atención a la finalidad perseguida, pues la coacción no comprende solo la violencia ejercitada o el acto de coacción, sino también la actividad que se impone mediante esta violencia, y que en este nuevo tipo especial es siempre la misma: la celebración del matrimonio forzoso. En consecuencia, parece más adecuada que la graduación de la pena se establezca en atención a la gravedad de la violencia o intimidación y de los medios empleados para la imposición violenta.*”

El legislador desoyó los consejos y advertencias de ambos informes y no cambia la redacción dada en el Anteproyecto, manteniendo así, la graduación de la pena, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

4.2.2 Tipo subjetivo

La jurisprudencia, exige en las coacciones un determinado tipo subjetivo doloso. En este sentido así lo ha establecido el Tribunal Supremo afirmando que *“el tipo subjetivo debe abarcar no sólo el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo, dirigida a restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios [...] Si el delito de coacciones consiste en impedir a otro hacer lo que quiere o impedir lo que la ley no prohíbe, la conducta debe ser presidida por el dolo que, en este delito, consiste, como hemos dicho en la intención, en el deseo, de restringir la libertad ajena⁸¹”* o en otra en la que se valoran los requisitos del tipo penal de las coacciones, se establece como uno de ellos la *“existencia de un elemento subjetivo que incluye no sólo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza sino también un ánimo tendencia de restringir la libertad de obrar ajena⁸²”*.

Este tipo subjetivo es perfectamente extrapolable al delito de matrimonio forzado, requiriendo el tipo penal un ánimo tendencial del sujeto activo encaminado a través de la intimidación grave o de la violencia a torcer la voluntad de la víctima referida al acto de contraer matrimonio. Así, serán atípicas aquellas conductas en que el sujeto activo actúe sin la voluntad de torcer la voluntad de la víctima en el consentimiento matrimonial o aquellos actos violentos o intimidatorios inconscientes que no pretendan doblegar el consentimiento matrimonial de la víctima.

4.2.3 Iter criminis

El *iter criminis* es el *“proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación⁸³”*. Antes de la consumación de un delito, aquella persona que lo pretende perpetrar y toma la decisión de hacerlo, tiene que realizar determinados actos encaminados a la ejecución del delito. La jurisprudencia, a través del artículo 15.1 CP, que establece que *“son punibles el delito consumado y la tentativa”*, realiza una

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 628/2008 de 15 de octubre. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2008\7734]

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1380/2001 de 11 de julio. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2001\6494]

⁸³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 577 (cit.)

interpretación de la conducta del sujeto destinada a discernir aquella conducta considerada como acto preparatorio, no punible a no ser que haya una incriminación específica destinada a castigar los actos preparatorios punibles que nuestro Código Penal regula (estos son la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, que solo serán punibles cuando haya una atribución expresa para hacerlo), de los actos ejecutivos, es decir, aquellos actos físicos ya encaminados a la producción de la conducta típica y, por tanto, punibles en grado de tentativa, a través del artículo 16.1 CP, aunque el delito no se llegue a producir efectivamente.

Ahora bien, es importante destacar que hay tipos de delitos donde la tentativa no es punible, ya que los actos ejecutivos son considerados ya de por sí típicos y, consecuentemente punibles. Son los delitos de peligro abstracto que *“se conciben como tipos sin resultado. Se emplean para describir determinadas modalidades de comportamientos que no exigen lesión ni puesta en peligro concreta de bienes jurídico-penales. Así, se ha entendido que en estos tipos existe una presunción de resultado y que requieren únicamente la realización del comportamiento típico para <<afectar>> los bienes que se dicen tutelar⁸⁴”*. Estos delitos, normalmente, pretenden tutelar bienes colectivos. Los delitos de peligro, se contraponen con los delitos de resultado, en los cuales se exige la efectiva lesión de un bien jurídico determinado y, en los que sí que se puede hacer esta diferencia entre actos preparatorios no punibles y actos ejecutivos, que serán punibles en grado de tentativa si no se llega a consumir la conducta típica.

¿Qué sucede en el futuro tipo delictivo de los matrimonios forzados? ¿Estamos delante de un delito de peligro o más bien se exige la lesión al bien jurídico protegido? y ¿En caso de que estemos delante de un delito de resultado, en qué momento se consuma la conducta delictiva, es decir, es necesario que se contraiga efectivamente el matrimonio o la conducta queda consumada con la afectación a la voluntad de la víctima sin que sea necesario que el matrimonio se formalice?

La doctrina ha destacado, como se ha afirmado anteriormente, que los delitos de peligro abstracto surgen para proteger determinados bienes colectivos, bienes que merecen una anticipación a la intervención del derecho penal, en mor de evitar ciertas conductas que entrañan un peligro para la sociedad. En este sentido *“el Derecho penal,*

⁸⁴ VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. 1ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007. pág. 38

dentro de este contexto [...] se enfrenta a la necesidad de intervenir en situaciones colectivas que se han de respetar⁸⁵” y “cobra importancia la preocupación por bienes de carácter colectivo y por cuál ha de ser la técnica adecuada para brindarles protección penal –si ello es factible, adecuado y necesario-. En este sentido, se ha recurrido a la técnica del peligro abstracto⁸⁶”. Según estas afirmaciones y teniendo en cuenta aquello expresado en atención al bien jurídico protegido en el futuro delito de matrimonios forzados, es difícil concebir al mismo como un delito de peligro, ya que la intervención del derecho penal en la protección de la formación del consentimiento matrimonial no es prioritaria y tampoco es un bien colectivo. En conclusión, estaríamos delante de un tipo que exige un resultado material, este es, la efectiva lesión a la libre formación del consentimiento matrimonial.

Dicho esto, es importante destacar cuando se consuma el delito. Se entiende por consumación “la realización de todos los elementos comprendidos en la figura del delito⁸⁷”. Así pues, para saber cuando se consuma el delito, tenemos que atender a aquello que nos describe la conducta típica, esto es, compeler a otra persona, mediante intimidación grave o violencia, a contraer matrimonio. El verbo compeler que utiliza el tipo penal no acaba de esclarecer si realmente es necesario que se contraiga el matrimonio, o si basta con que se utilice la intimidación grave o la violencia, sin que sea necesario que la víctima consienta forzosamente el matrimonio, para que la conducta sea típica.

En el primero de los casos, si es necesario que se contraiga el matrimonio, será punible la tentativa del delito, a través de la realización de actos ejecutivos previos, que no actos preparatorios, ya que así lo diferencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirmando que los mismos se diferencian entre ellos en base a tres criterios fundamentales. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 186/2002, de 12 de febrero⁸⁸, se establecen los siguientes criterios:

“1º) La creación de un peligro para el bien jurídico, lo cual implica que ha comenzado la realización del contenido del injusto típico, como criterio prioritario.

⁸⁵ VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. pág. 27 (cit.)

⁸⁶ VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. pág. 27 (cit.)

⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 604 (cit.)

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1791/1999 de 20 diciembre. [Aranzadi Bibliotecas RJ 1999\9237]

2º) *La toma en consideración de ciertos actos que sin ser todavía la acción descrita en el tipo se ligan a ella de forma inmediata, sin estadios intermedios, tanto desde un punto de vista espacio-temporal como finalístico, encaminándose a la realización del tipo. Y*

3º) *La consideración del plan del autor, en un papel secundario, al no valorarse por sí mismo en su dimensión subjetiva, sino como medio para determinar la inmediatez de ciertos actos pre-típicos en relación con la acción típica estrictamente considerada.*

En conclusión: han de considerarse actualmente actos ejecutivos de acuerdo con esta doctrina, aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella”

Así, por ejemplo, en el supuesto que estamos barajando, será punible en grado de tentativa la utilización de la intimidación grave o la violencia, para intentar compeler a la víctima a contraer matrimonio con una persona, ya que ya se pondría en peligro el bien jurídico protegido y además la acción iría directamente encaminada a la realización del tipo penal.

En la segunda de las hipótesis, aquella según la cual para que el delito quede consumado la víctima no debe contraer matrimonio efectivamente, no sería punible la tentativa, ya que los actos de intimidación grave o violencia, ya serían en sí constitutivos en fase de tipicidad de un delito de matrimonio forzado.

A mi parecer, la primera de las hipótesis es la correcta, porque si la víctima no llega a contraer matrimonio, el bien jurídico protegido, este es la libre formación del consentimiento matrimonial, no se vulnera en sí, porque el momento de formalizar el consentimiento se produce en la fase de celebración del mismo y si el mismo no se llega a celebrar el consentimiento matrimonial no se llega a otorgar y el bien jurídico no se queda afectado del todo. Es evidente que el consentimiento se intenta torcer en base a las actuaciones que realiza el sujeto activo del delito, pero la finalidad última del mismo no se llega a conseguir y, por tanto, se da el supuesto que describe el artículo 16 CP, regulador de la tentativa, esto es *“cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que*

deberían producir el resultado, y sin embargo éste no produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

4.2.4 Autoría y participación

Para hacer una reflexión sobre a quien se puede considerar como autor en el delito de matrimonio forzado, primero tenemos que analizar el concepto que el legislador español da a la figura del autor, ya que *“toda elaboración teórica sobre autoría y participación debe partir necesariamente de la orientación que suministra el propio legislador en el Código Penal⁸⁹”*, y esta orientación se establece en nuestro Código Penal en varios artículos.

El artículo 27 CP, más concretamente, establece las dos formas de responsabilidad criminal, éstas son la autoría y la complicidad. El legislador utiliza estas dos formas de responsabilidad, pero utiliza conceptos jurídico-normativos, ya que *“el derecho positivo tratara como autores a diferentes personas cuya intervención en el hecho no es igual⁹⁰”*. Esto se materializa en el artículo 28 CP, que establece lo siguiente:

“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”*

En el primer inciso del citado artículo el legislador establece las tres formas de autoría principal: la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata. El segundo párrafo del artículo 28 CP *“alude a dos figuras equiparadas a la del autor a efectos de penalidad: la cooperación necesaria y la inducción [...] que pueden interpretarse como*

⁸⁹ RUÍZ ANTÓN, L.F. *El agente provocador en el Derecho Penal*.1ª ed. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. 1982. págs. 104-105

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 609 (cit.)

*formas de participación, asimiladas al autor en cuanto a la pena*⁹¹”. Así pues, el cooperador necesario y el inductor, no son autores principales del delito, sino que son partícipes de la ejecución del delito, ahora bien, a través de una ficción el legislador los considera como autores a efectos de la responsabilidad criminal. Para poder analizar quien puede ser autor, debemos tener en cuenta el análisis que la jurisprudencia y la doctrina han dado de estas figuras penales:

Así pues, QUINTERO OLIVARES⁹² define al **autor inmediato** como “*aquel que realiza por sí mismo el delito, de modo que es su propia conducta <<física>> la que cumple el correspondiente tipo legal*”. La **coejecución** viene definida en que “*más de una persona pueda intervenir a la vez en la ejecución inmediata del hecho*” esto es “*realización conjunta, que no es sino la presencia de varios autores inmediatos del mismo hecho*”. El Tribunal Supremo para la observancia de la coautoría requiere el “*dominio funcional del hecho*”, esto es “*cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho*⁹³” y “*la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común*⁹⁴”. El mismo autor citado anteriormente citado define la **autoría inmediata** como “*quien realiza el*

⁹¹ GÓRRIZ ROYO, Elena M^a. *El concepto de autor en el Derecho Penal*. 1^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. págs. 192-193

⁹² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 620 (cit.)

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 474/2005 de 17 marzo. [Aranzadi Bibliotecas RJ 2005\4308]

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1179/1998 de 14 diciembre. [Aranzadi Bibliotecas RJ 1998\10345]

*correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconsciente de la trascendencia penal de lo que hace*⁹⁵”.

Como otras formas de participación asimiladas legalmente a la autoría, el Código Penal recoge la inducción (artículo 28.a CP) y la cooperación necesaria. La **inducción** consiste en “*determinar consciente e intencionadamente a otra persona a cometer un delito, pero sin participar en su ejecución*⁹⁶”, es decir, el inductor convence a otra persona para que realice el acto típico, pero el Código Penal le hace responder de la misma forma que al autor. La otra forma de participación asimilada a la autoría a efectos de la pena, es la **cooperación necesaria**, diferenciada de la simple complicidad que define el artículo 29 CP. El tenor literal del artículo 28.b CP expresa que también son autores los que “*cooperan a su ejecución [del hecho] con un acto sin el cual no se habría efectuado*” a diferencia de los cómplices, los cuales “*no hallándose comprendidos en el artículo anterior [el 28 CP], cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*” (artículo 29 CP). Para diferenciar entre la cooperación necesaria y la simple complicidad en los hechos, el Tribunal Supremo utiliza indistintamente tres teorías. Las mismas son detalladas en múltiples sentencias, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 1472/2000, de 29 de septiembre⁹⁷. En síntesis, estas doctrinas son, en resumen, las siguientes:

- **teoría de la *conditio sine qua non***: se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido.
- **teoría de los bienes escasos**: se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo.
- **teoría del dominio de hecho**: el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso o participación.

Después de resumir las tres teorías, la sentencia explica que “*la complicidad se apreciará cuando, no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria, exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario*”.

⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 620 (cit.)

⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 629 (cit.)

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1472/2000 de 29 de septiembre [Aranzadi Bibliotecas RJ\2000\9147]

Teniendo en cuenta la regulación que el legislador penal español da a las formas de autoría y participación y la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han dado a esta regulación, tenemos que tener en cuenta quien se puede considerar autor en el futuro delito de matrimonios forzados y como se puede participar en la ejecución de la conducta.

Así, en primer término, se debe analizar que el futuro tipo penal no incluye una delimitación de quien puede ser sujeto activo del delito, entendido el mismo, como la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal. Así pues, el presente delito no se enmarca dentro de los delitos especiales propios o impropios.

Autor material del delito será aquella persona que compele a otra a contraer matrimonio mediante violencia o intimidación grave. Ya se ha hablado anteriormente de que en este tipo de conductas, las presiones familiares son esenciales para que la víctima contraiga matrimonio. Es decir, si son los familiares de la víctima los que presionan a la mujer para que contraiga matrimonio, ellos responderán como autores inmediatos del delito.

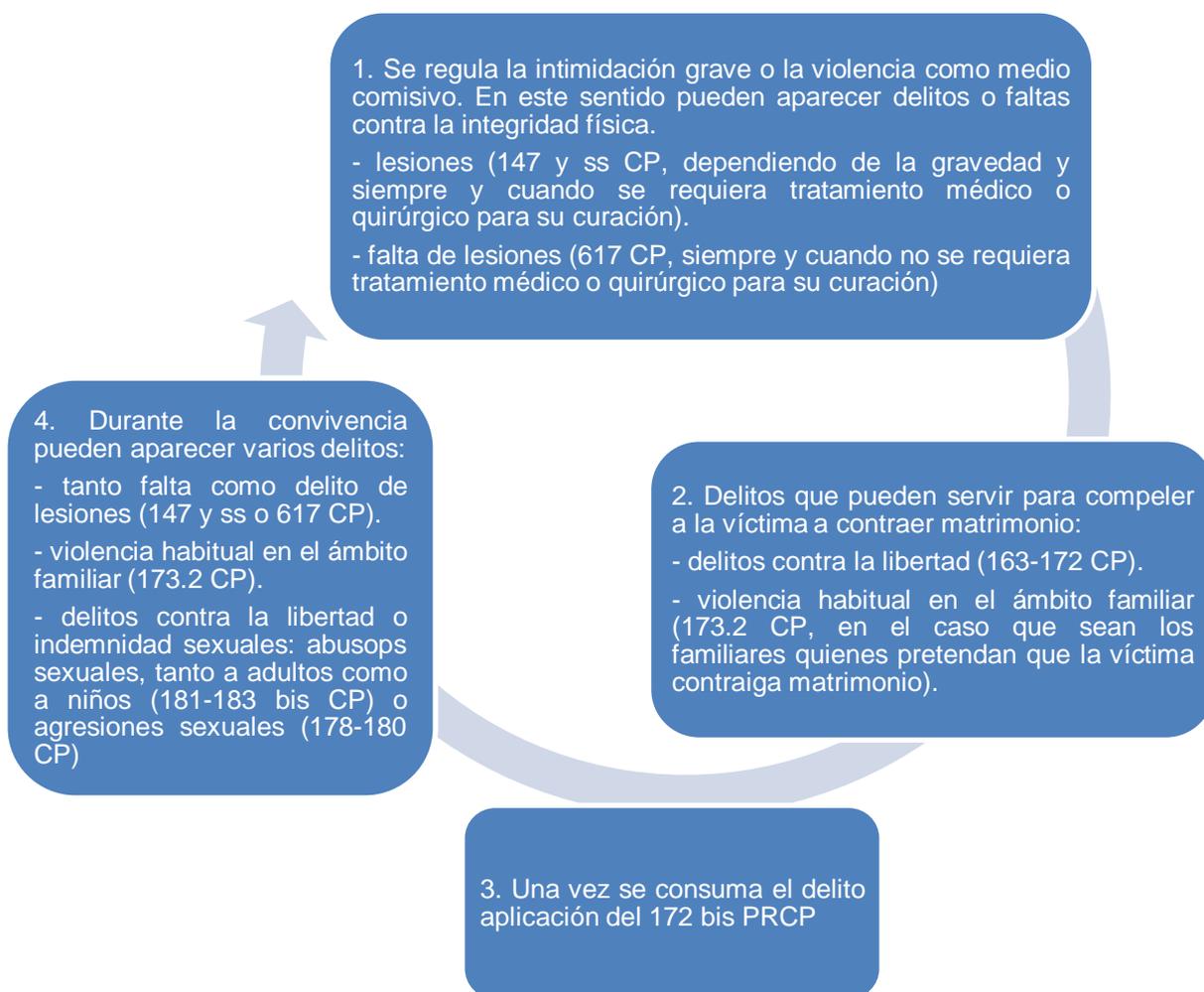
El papel del otro cónyuge también es relevante en la conducta criminal, ya que puede ser él mismo quien compele a la víctima a contraer matrimonio y, por tanto, responderá como autor inmediato del delito, pero también puede ser que sean los familiares quienes compelan a la víctima. En esta modalidad de conducta la intervención del futuro marido también será relevante para la intervención del derecho penal, ya que si conoce la falta de consentimiento de su futuro cónyuge, su consentimiento para que se contraiga el matrimonio será *conditio sine qua non* para que el matrimonio se produzca efectivamente, y por tanto, su participación en el delito será la de cooperador necesario y a efectos de la pena, será considerado como autor. En el mismo sentido responderá quien oficie la ceremonia de matrimonio si conoce la falta de consentimiento de uno de los cónyuges.

En conclusión, en el nuevo delito de matrimonio forzado, son muchas las personas que pueden intervenir y responder a efectos penales como autores del delito, ya sea como autores inmediatos o cooperadores necesarios, siempre distinguiendo en que si su participación en la conducta es accidental, secundaria y no condicionante, se responderá como cómplice y, por tanto, participe, a efectos del artículo 29 CP, y se

impondrá la pena inferior en grado a la fijada por el Código Penal para el autor (artículo 63 CP).

4.2.5 Concursos

A través de las sentencias analizadas en el apartado 3.2.1 del presente trabajo, son varios los delitos que afloran cuando se realiza la conducta que se pretende tipificar en el 172 bis PRCP. Así, estas son conductas que pueden entrar en concurso cuando se enjuicien casos de matrimonios forzados. En este apartado se enumerarán, a través de un cuadro sinóptico, aquellas conductas típicas que podrán entrar en concurso con el futuro delito de matrimonios forzados y después se hará una síntesis de dichas conductas.



Así, en el diagrama anterior se observan aquellos delitos que pueden concurrir con el nuevo delito de matrimonio forzado. Para compeler la voluntad de la víctima, el autor deberá realizar actos violentos e intimidatorios: lesiones, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, etc. Actos que corresponderán a los medios comisivos del delito: la intimidación grave y la violencia y que por tanto, se establecerá un concurso medial entre ellas y el delito del 172 bis PRCP, si la violencia tiene suficiente entidad y deja de revestir el carácter de la intimidación o violencia del 172 bis PRCP. Si son los familiares los que intentan compeler a la víctima, el 172 bis PRCP también concursa con el delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

Una vez ya consumado el delito y durante la convivencia marital, los delitos que pueden aparecer son varios: por un lado se pueden reproducir algunos de los delitos que ya se han explicado en la fase previa a la consumación del delito, como lesiones, amenazas, coacciones, detenciones ilegales y también, la violencia habitual en el ámbito familiar, que esta vez será ejercida por el marido. Pero además, pueden aparecer nuevos delitos, como los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Destacar, que aunque en el anterior organigrama aparecen algunas faltas, con el PRCP el legislador español pretende hacer desaparecer del Código Penal, el libro III referido a las faltas. Es por eso, que en caso de que entrará en vigor el PRCP las faltas en principio desaparecerían y, por tanto, no podrían concursar con el delito de matrimonio forzado que se pretende regular en el artículo 172 bis PRCP.

4.3 Modalidad de conducta que implica el abandono del país.

El matrimonio forzado no es la única conducta que el legislador pretende regular en el artículo 172 bis PRCP. Así, en su apartado segundo, se dispone que “2. *La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.*”

En esta modalidad de conducta que contiene la misma pena que el tipo básico, se pretende perseguir aquellas conductas en que el autor fuerza a la víctima a abandonar el territorio español o le impide regresar a él, a través de violencia, intimidación grave o engaño. Así, como medios comisivos el legislador incluye la intimidación grave y la

violencia como en el 172.1 bis PRCP, pero se añade el engaño. La víctima es obligada a abandonar el territorio español o se le impide regresar al mismo con la finalidad de contraer matrimonio sin su consentimiento.

Son varias las objeciones que se plantean a esta modalidad de conducta: en el Informe de la Fiscalía General del Estado, se destaca que esta conducta entraña una mayor gravedad que la descrita en el 172.1 bis PRCP, pero a pesar de eso la pena es la misma. Además se afirma que la *“dicción resulta confusa e imprecisa y plantea problemas de interpretación”*.

El informe del Consejo General del Poder Judicial destaca un problema concursal, referido a la posible solapamiento de tipos con el regulado al artículo 177 bis. El artículo 177 bis, en la nueva redacción dada en el Proyecto de reforma del CP queda redactado de la siguiente manera:

“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.»

Si se observa el 177.1.a) bis PRCP se ve la referencia a la esclavitud, servidumbre o servicios forzados. Ya se ha explicado en apartados anteriores que el

matrimonio forzado supone para la víctima efectos asimilados a la servidumbre doméstica. Por tanto, la conducta que se propone regular en el 172.2 bis, según el Informe del Consejo General del Poder Judicial PRCP ya era típica antes de su regulación. Así, el Informe expresa que *“el número 2 de este artículo 172 bis podría entrar en concurso con la trata de seres humanos del 177 bis, con lo que el tipo del matrimonio forzoso actuaría como tipo atenuado a aplicar preferentemente en virtud del principio de especialidad (art. 8.1 CP), lo que constituiría un desacierto”*. De la misma forma también lo ve el Informe de la Fiscalía General del Estado. Pero el legislador, decide mantener la misma regulación, por tanto, no corrigiendo la problemática concursal expresado en ambos informes y manteniendo un concurso aparente de normas penales que deberá ser resuelto, como ya se observa en el citado informe a través de la aplicación del artículo 8 CP.

4.4 Tipo cualificado: agravante por razón de edad

Los matrimonios forzados se suelen clasificar en dos categorías: entre adultos, aquellos en que ambos contrayentes son mayores de edad, o los matrimonios forzados de niños, aquellos en que ambos contrayentes son menores de edad, o sólo lo es la víctima del matrimonio. Es evidente que en el caso de matrimonios de niños se da un mayor desvalor de acción, ya que ejercer violencia o intimidación para compeler la voluntad es más fácil en aquellos casos en que la víctima es menor de edad. Pero también se da un mayor desvalor de resultado, ya que los efectos que se dan en estos casos son más graves en aquellos matrimonios en que la víctima es menor de edad⁹⁸. Además, añadir que cuando la víctima es menor de edad, muchas veces el matrimonio será considerado sin consentimiento, ya que quien lo debe prestar no tiene la capacidad natural exigida para hacerlo.

El legislador había obviado cualquier referencia al matrimonio de niños en el Anteproyecto de Ley Orgánica. Tanto el informe de la Fiscalía General del Estado como el del Consejo General del Poder Judicial instan al legislador a incorporar un subtipo agravado para cuando la víctima sea menor de edad. Así el primero de ellos afirma que *“se echa de menos que no contenga un tipo agravado para el caso de que la víctima del delito sea un menor de edad ya que esta conducta afecta de forma notable a su*

⁹⁸ v. *supra* apartado 1.3

desarrollo y le priva de derechos básicos”. El segundo recoge que *“sería aconsejable la previsión de una agravación cuando la víctima del delito fuera un menor de edad, dada la especial afectación que supondrá para su desarrollo el matrimonio forzado.”*

Esta vez el legislador no desoye los consejos que estas instituciones le brindan e incorpora en el PRCP un agravante cualificado en razón de la minoría de edad de la víctima. Así en el 172.3 bis PRCP se establece que *“3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.”*. Esto supone que cuando la víctima sea menor de edad la pena será en todo caso de 21 a 26 meses de prisión o multa de 18 a 24 meses.

4.5 Problemas de aplicación del tipo penal. Competencia Internacional de los tribunales españoles

El artículo 23.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁹⁹ (en adelante LOPJ), propugna el principio de territorialidad de la ley penal. Más concretamente establece que *“en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”*. Este principio no es absoluto y en algunos casos se puede hablar de extraterritorialidad de la ley penal, pero siempre tendrá que haber un punto de conexión entre el hecho o la persona y el Estado español. Así, el autor QUINTERO OLIVARES define la extraterritorialidad de la ley penal como *“la posibilidad legal de que las leyes penales españolas puedan, mediante determinados requisitos atinentes al hecho, al autor y a la perseguibilidad procesal, ser aplicadas a conductas realizadas fuera del territorio español¹⁰⁰”*. De esta forma lo recoge la LOPJ, que recoge esta extraterritorialidad a través de tres principios fundamentales:

- el principio personal (artículo 23.2 LOPJ): la jurisdicción penal española conoce de los delitos cometidos fuera del territorio español, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren

⁹⁹ España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 2 de julio de 1985, n° 157.

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. pág. 149 (cit.)

adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho. Ahora bien, la LOPJ exige el cumplimiento de varios requisitos:

- reciprocidad en ambos países de la punibilidad del hecho.
 - necesaria interposición de denuncia o querrela por parte del Ministerio Fiscal o del agraviado delante de los tribunales españoles.
 - no absolución, indulto o condena en el extranjero del delincuente. En el caso de que haya sido condenado y haya cumplido parte de la condena en el extranjero, esta será tomada en cuenta para rebajar proporcionalmente la que impongan los tribunales españoles.
- el principio de interés nacional (artículo 23.3 LOPJ): la ley extiende la jurisdicción española a determinados delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional porque los mismos afectan directamente a los intereses del Estado español. Estos delitos son los siguientes:
- De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
 - Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
 - Rebelión y sedición.
 - Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
 - Falsificación de la moneda española y su expedición.
 - Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
 - Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
 - Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
 - Los relativos al control de cambios.

- el principio de justicia universal (artículo 23.4 LOPJ): se incluye la competencia de los tribunales españoles para perseguir ciertos delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional. Según el citado autor este principio puede explicarse a través de las concepciones que de él realizan las dos teorías filosóficas del derecho más importantes y preponderantes: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. De la primera se extrae que se hace referencia a ciertos delitos que ofenden a sentimientos comunes de toda la humanidad, y que deben ser juzgados en todo caso. La segunda, hace referencia a la declaración en derecho positivo interno de que determinados delitos deben ser enjuiciados por los Tribunales españoles con independencia del lugar de comisión o de la nacionalidad del autor¹⁰¹. Además se responde a razones de perseguibilidad, entendiendo que determinados delitos carecen prácticamente de aplicación práctica si no se hace una declaración expresa de extraterritorialidad de la ley penal. Estos delitos son los siguientes, teniendo en cuenta que se tienen que dar unas condiciones añadidas que se recogen en el citado artículo:

- genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.
- Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal.
- Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.
- Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Morales Prats, Fermín (colaborador). *Parte General del Derecho Penal*. pág. 154 (cit.)

España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

- Terrorismo.
- Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
- Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988.
- Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988.
- Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad.
- Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.
- **Trata de seres humanos.**
- Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales.

- Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública.
- Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Recordemos que el delito de matrimonio forzado pretende ser regulado en España para el cumplimiento de los objetivos comunitarios suscritos por España a través de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas que considera el matrimonio forzado como una práctica estrechamente relacionada con la trata de seres humanos. Como hemos visto y, en base al principio de justicia universal, la trata de seres humanos puede ser enjuiciada por los tribunales españoles siempre que se den los requisitos del 23.4.m LOPJ, que dispone como requisitos alternativos los siguientes: *“1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.”*

La aplicación de este principio de justicia universal, en el delito de la trata de seres humanos, viene aplicado según GONZÁLEZ ZORRILLA por varios motivos. Es de menester destacar dos de ellos que tienen una estrecha vinculación con el delito de matrimonio forzado. Estas son:

- a) *“se produce en el contexto más general de fenómenos inmigratorios hacia los países del <<primer mundo>>, producidos por la confluencia de la necesidad de subsistencia de las poblaciones de los países más deprimidos y de las facilidades ofrecidas por el fenómeno de la globalización, y que los países*

industrializados tratan en vano de evitar sin ninguna posibilidad de éxito a medio o largo plazo” y;

- b) *“se produce una confluencia conflictiva de políticas de integración y de exclusión que se traducen con frecuencia en normas legales hechas al calor de la respuesta inmediata al fenómeno, asistemáticas y escasamente coherentes¹⁰².”*

En relación con lo expresado el mismo autor considera que *“los problemas de jurisdicción que pueden aparecer en el enjuiciamiento de delitos que se producen en el territorio de varios países y con la intervención de muchas personas han puesto en los últimos años de actualidad el problema de la aplicación extraterritorial de la ley penal española¹⁰³”* y estas son exactamente características que se producen en el matrimonio forzado: muchas veces el matrimonio se contrae fuera del territorio nacional español, pero son sus efectos los que se dan en nuestras fronteras, o tal vez el matrimonio se contrae en territorio español, pero los cónyuges retornan a sus países de origen haciendo muy difícil, incluso imposible la perseguibilidad de este tipo de delito, debido al principio de territorialidad de la ley penal. Ya se destaca en el informe realizado a través de la financiación de la Unión Europea otorgada por el proyecto Daphne y elaborado por profesoras de la Universidad Autónoma de Barcelona¹⁰⁴, *Interventi contro la violenza di genere verso le donne: ricerca e sperimentazione di sportelli specializzati*, se destaca, a parte de la recomendación de tipificar la conducta del matrimonio forzado, la necesidad de declarar la aplicación extraterritorial de la ley penal para el delito de matrimonio forzado para que se facilite su perseguibilidad y se de mayor aplicación práctica al futuro delito de matrimonio forzado regulado en el 172 bis PRCP. A mi parecer, si no establece a través de una disposición expresa en la LOPJ una declaración de extraterritorialidad, como así se hace en el delito de trata de seres humanos, el nuevo tipo penal verá desmerecida su aplicación práctica y muchas conductas que se considerarían típicas quedarán indemnes a efectos de los Tribunales penales españoles.

¹⁰² GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos. Normas afectantes a la perseguibilidad. En García Arán, Mercedes (coord.), Quintero Olivares, Gonzalo, Rebolla Vargas, Rafael (et al.). *Trata de personas y explotación sexual*. 1ª ed. Granada: Editorial COMARES, 2006. pág. 258

¹⁰³ GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, en García Arán, Mercedes (coord.). *Trata de persona y explotación sexual*. pág. 272 (cit.)

¹⁰⁴ v. *supra* apartado 2.2.3

5. CONCLUSIONES

Después del análisis del fenómeno de los matrimonios forzados desde un punto de vista sociológico, de la normativa que en cierta medida puede afectar a este fenómeno y del nuevo tipo penal que se pretende introducir en el 172 bis PRCP, son varias las conclusiones que se pueden extraer y que en este apartado se va a proceder a resumir.

Ya se ha visto que el fenómeno estudiado está en creciente expansión dentro del Estado español: son varios los estudios nacionales e internacionales que intentan encontrar solución y analizar el fenómeno. También la legislación, en primer término supranacional y después nacional que intenta en cierta medida abordar el fenómeno. Otros países de nuestro entorno como Reino Unido, Dinamarca, Francia, Noruega o Alemania, ya han tipificado esta conducta y el delito está castigado con penas de hasta 5 años de prisión, han tipificado el matrimonio sin consentimiento como un delito autónomo en sus legislaciones penales y España no puede quedarse atrás en hacerlo, ya que es concluyente que **el fenómeno de los matrimonios forzados debe encontrar una respuesta legal en España**. Así lo ha entendido el legislador, que en miras de dar una respuesta a los problemas que en nuestras fronteras se dan, ha propuesto la tipificación como delito de estas conductas.

Ahora bien, esta regulación, a mi parecer, tiene carencias que deberían ser subsanadas para dotarla de efectividad, tanto en el ámbito civil, como en el ámbito penal.

En primer término **se considera necesaria una modificación de la normativa civil referente a la edad núbil**. En nuestro Estado la edad núbil se sitúa en los 16 años en términos generales, ahora bien, si existe dispensa judicial y siguiendo un procedimiento de control judicial sobre la capacidad natural del menor, se puede contraer matrimonio a los 14 años. En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas, recomienda a los países que permiten el matrimonio a un menor de edad, que adapten sus legislaciones y sitúen la edad núbil a los 18 años. Así se deriva también de varios tratados internacionales que protegen el consentimiento matrimonial. Entendiendo ambos que el consentimiento prestado por un menor de edad está viciado desde un inicio, ya que el menor no dispone de capacidad para prestarlo. Así, tal y

como está la normativa civil se propicia un entorno favorable para la aparición de matrimonios forzados.

También sería bueno que se hiciera una declaración expresa de jurisdicción al órgano penal, para que en caso de aplicación del artículo 172 bis PRCP, pudiera declarar la nulidad del matrimonio a través de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. Ya se ha visto en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 60/2005 de 17 de enero, que el Tribunal entiende que no se permite por la normativa esta declaración de nulidad. Esto puede suponer que el matrimonio, aunque sin consentimiento, quede convalidado y que la víctima deba instar el divorcio para romper el vínculo matrimonial, ya que la acción de nulidad habrá caducado, o que tras pasar todo el procedimiento penal, deba iniciar otro procedimiento civil para instar la nulidad del matrimonio, sometiéndola a un proceso de doble victimización *sui generis*, a través de la repetición del juicio penal en ámbito civil.

En segundo lugar, en lo relativo a la previsión del tipo penal en el PRCP, son también muchos los defectos que presenta el tipo y que el legislador penal mantiene, a pesar de que los informes tanto de la Fiscalía General del Estado, como del Consejo General del Poder Judicial, le instan a modificar para conseguir una mayor pulidez del tipo penal. Primero, lo referido a la intimidación grave como medio comisivo, que el legislador decide mantener, modificando sólo la gravedad de la violencia. **Se entiende desafortunado el uso del calificativo grave referido a la intimidación, ya que existe abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que requiere de la intimidación en sí misma considerada gravedad. El Consejo General del Poder Judicial entiende que esta gravedad implica que la intimidación deba ser irresistible, invencible por el sujeto pasivo del delito.** Otro problema de redacción del tipo penal es la regla referida a la graduación de la pena teniendo en cuenta *“la gravedad de la coacción o de los medios empleados”*. **El uso del término coacción se considera inapropiado por atener ya a un tipo penal existente. Es desafortunado utilizar un delito existente para graduar la pena de otro tipo pena.** El último problema que se recogen referido al 172.2 bis PRCP, es la **posible concurrencia de un concurso aparente de normas penales entre esta nueva conducta y el delito de trata de seres humanos**, ya que ambos preceptos recogen conductas subsumibles en ambos tipos penales.

En tercer lugar, a efectos de perseguibilidad, se puede tener en cuenta la **difícil aplicación del tipo penal, si no se hace una declaración expresa de aplicación extraterritorial de la ley penal**, ya que muchas veces estas conductas se producen fuera del Estado español, o producidas dentro del Estado, la víctima es trasladada a otro Estado, y a vistas de cómo se regula el tipo penal será difícil perseguir a los autores de estas conductas y proteger a la víctima de las mismas.

También sería adecuado destacar en lo referido a la autoría que **en el delito de matrimonio forzado son muchos los sujetos que pueden responder como autores a efectos del artículo 28 CP**: ya sean los familiares, el contrayente que sí que consiente el matrimonio, la persona que oficia la ceremonia, etc. Por lo que al *iter criminis* se refiere, **deberán ser los tribunales los que en la aplicación del tipo penal, determinen cuando se consuma el delito**, es decir, si realmente es necesario que se contraiga matrimonio o con la acción de compeler a la víctima a casarse con alguien ya es suficiente para que se consume el tipo delictivo. Destacar que **son múltiples las conductas típicas que pueden concursar con el nuevo tipo descrito en el 172 bis PRCP**. Por último, **se reputa como adecuada la incursión de un agravante específica para cuando la víctima del delito sea menor de edad**.

La última reflexión final que me gustaría realizar, que aunque no se ha tratado como apartado expreso en el trabajo, me parece conveniente hacer a fin de entender una problemática que se plantea más allá de la regulación típica del delito. En este sentido me gustaría traer a colación varias cuestiones que se plantea HÖFFE, respecto la validez del derecho en relación con la cultura. Así, el autor se plantea si es lícito penalizar a extranjeros por un delito que en su patria no lo es¹⁰⁵, o si en un mundo globalizado existe una moral jurídica igualmente válida para todos¹⁰⁶. En este sentido e intentando dar respuesta a las cuestiones planteadas el autor reflexiona sobre la validez moral imperante y estudia la dimensión de la globalización por la cual existe una tendencia a la *“propensión de una forma de civilización a imponerse con progresiva intensidad en cada vez más regiones del mundo”*¹⁰⁷. En el mismo sentido BERNARDI analiza esta situación ubicándola ya dentro de las fronteras de un Estado determinado, expresando que este multiculturalismo se acaba traduciendo en *“desigualdades producidas por los*

¹⁰⁵ HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. 1ª ed. Barcelona: gedisa editorial, 2002. pág. 21.

¹⁰⁶ HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. pág. 58 (cit.)

¹⁰⁷ HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. pág. 61 (cit.)

actuales y frecuentemente incontrolables flujos migratorios; flujos que en verdad comportan una rápida mezcla de grupos raciales y religiosos a veces fuertemente diferenciados por valores, tradiciones, comportamientos y no necesariamente deseosos de conformarse <<in toto>> con la cultura dominante en el lugar de nueva residencia¹⁰⁸”. Según el autor el derecho penal debe actuar como instrumento de convivencia en la diversidad de estas culturas. Estas opiniones nos hacen reflexionar sobre si el hecho de entrometerse en valores tan fundamentales de otras culturas, como en el caso, los matrimonios, es adecuado, ya que, evidentemente, la regulación del matrimonio en aquellos países donde se produce el matrimonio forzoso, desconoce de la problemática que con el mismo se plantea, ya que el mismo es adecuado a su moral, filosófica y jurídica. En este sentido nos podemos plantear si es adecuado perseguir dichas conductas que atentan frontalmente contra las tradiciones y la diversidad de los países en que se desarrollan. La criminalización de dichas conductas, como forma de resolución del conflicto que se plantea, puede que no sea la más adecuada para abordar el fenómeno, sino que existen formas, como la que se plantea en la Ley 5/2008, del Parlamento Catalán, que aborda el fenómeno desde una perspectiva preventiva, educativa y de tratamiento posterior de la víctima, como así lo establece el procedimiento analizado anteriormente comentado. **Puede que fuera más conveniente establecer, antes de la tipificación como delito autónomo, mecanismos de prevención y educación social. Además de otros mecanismos complementarios de atención a las víctimas.**

Esta reflexión queda reservada para la opinión del lector de este trabajo. Lo que está claro y así lo resuelve BERNARDI es que *“el reconocimiento de sus modos de vida, así como el contenerse sus pretensiones de diversidad, vienen necesariamente a depender de procesos interpretativos y juicios de ponderación a realizarse con el espíritu más abierto y tolerante posible, pero sin olvidarse de los principios fundamentales de nuestra civilización¹⁰⁹”*.

¹⁰⁸ BERNARDI, Alessandro. El Derecho Penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº8 2002-2, pág. 13-37

¹⁰⁹ BERNARDI, Alessandro. El Derecho Penal entre globalización y multiculturalismo. (cit.)

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil. II Obligaciones*. 14ª ed. Madrid: Edisofer, DL 2011. 1007 p. ISBN: 978-84-15276-03-6
- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de familia*. 11ª ed. Fuenlabrada: Edisofer, 2008 343 p. ISBN: 978-84-96261-19-8
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director). Andrés Domínguez, Ana Cristina. Cortés Bechiarelli, Emilio (et al.). *Doctrina de los Tribunales Españoles*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. 549 p. ISBN: 84-8442-936-9
- BERNARDI, Alessandro. El Derecho Penal entre globalización y multiculturalismo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº8 2002-2, p. 13-37
- BERNARDI, Alessandro. “Europa sin fronteras y Derecho Penal”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº10, 2003-2, p. 247-258
- BERNARDI, Alessandro. Las tres caras del “Derecho Penal Comunitario”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº 2, 1999-2, p. 125-155
- BOLAÑOS VÁSQUEZ, Hazel Jasmin. Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito. *Revista de derecho Migratorio y Extranjería*. Nº 34, 2013. [Aranzadi Bibliotecas BIB 2014/537]
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. [ref. de 29 de diciembre de 2013]. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal
- DANNA, Daniela. I confini dell'azione pubblica: matrimoni forzati e combinati. *Athenea Digital*. (Julio 2013) [ref. 06 de marzo de 2014]. Disponible en atheneadigital.net/article/download/Danna/

- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Familia*. 1ª ed. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013. 609 p. ISBN: 978-84-15948-11-7
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, OSDUÑA MORENO, Javier (et. al.) *Código Civil Comentado. Volumen I*. 1ª ed. Pamplona: Civitas, 2011. 2392 p. ISBN vol. 1: 978-84-470-3740-7
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, Jose Luís. *Derecho Internacional Privado*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. 590 p. ISBN 978-84-9053-420-5
- EDITORIAL ARANZADI. Cuadro sinóptico y comparativo del Proyecto de Ley de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*. nº 8 2013. [Aranzadi Bibliotecas BIB 2013/2328]
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 8 de enero de 2013. Madrid. [ref. de 29 de diciembre de 2013] Disponible en www.fiscal.es
- GENERALITAT DE CATALUNYA: DEPARTAMENT D'INTERIOR, RELACIONS INSTITUCIONALS I PARTICIPACIÓ. Procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados. Programa de Seguretat contra la Violència Masclista. 2009. [ref. 22 de diciembre de 2012] Disponible en http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1261477108_PROCEDI_MIENTO_mf_def_espanol.pdf
- GÓRRIZ ROYO, Elena Mª. *El concepto de autor en el Derecho Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. 462 p. ISBN: 978-84-8442-452
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos. Normas afectantes a la perseguibilidad. En García Arán, Mercedes (coord.), Quintero Olivares, Gonzalo, Rebolla Vargas, Rafael (et al.). *Trata de personas y explotación sexual*. 1ª ed. Granada: Editorial COMARES, 2006. 331 p. ISBN: 84-9836-093-5
- HEIM, Daniela, NICOLÀS, Gema, FERNÁNDEZ BESSA, Cristina y BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. Informe de investigación Cataluña. Universitat Autònoma de Barcelona. *Progetto IRIS – Interventi contro la violenza di genere verso le donne:*

ricerca e sperimentazione di sportelli specializzati. [ref. 29 de diciembre de 2013]
Disponible en www.leonde.org/iris1/report/catalunya.pdf

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. 1ª ed. Barcelona: gedisa editorial, 2002. 284 p. ISBN: 84-7432-842-X

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 16ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2007. 1062 p. ISBN: 978-84-8456-942-8

NOYA FERREIRO, Mª Lourdes. Protección de las mujeres víctimas de tráfico ilegal con fines de explotación. *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº23 2010-1 p. 93-99

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado (Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa)*. 1ª ed. Madrid: Colex, 2003. 183 p. ISBN: 84-7879-803-X

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 3ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2009. 793 p. ISBN: 978-84-9903-243-6

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Morales Prats, Fermín (coordinador). Tamarit Sumalla, Josep María (et al.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. 2440 p. ISBN: 978-84-9903-847-6

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Morales Prats, Fermín (coordinador). Tamarit Sumalla, Josep María (et al.). *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial (Artículos 138 a 318)*. 5ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008. p. ISBN Tomo II: 978-84-8355-877-5

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal. Décima lectura constitucional*. 10ª ed. Barcelona: Atelier, 2011. 432 p. ISBN: 978-84-92788-46-0

RUÍZ ANTÓN, L.F. *El agente provocador en el Derecho Penal*. 1ª ed. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1982. 352 p.

SHELLEY CLARK. "Early marriage and HIV risks in sub-Saharan Africa", *Studies in Family Planning*, vol. 35, nº 3 (septiembre de 2004), pp. 149-160

TIEDEMANN, Klaus. Nieto Martín, Adán (coordinador). *Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la UE*. 1º ed. Cuenca: Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. 163 p. ISBN: 84-8427-363-6

VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. 1ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007. 467p. ISBN 978-84-8355-405-0

- **Resoluciones y textos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas**

ONU: Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano. Resolución de la Asamblea General 9/843 de 17 de diciembre de 1954

ONU: Consejo de Derechos Humanos. Gulnara Shahinian. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, de 10 de julio de 2012

ONU: Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Radhika Coomaraswamy. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, de 31 de enero de 2002. [E/CN.4/2002/83]

ONU: Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. India. 5 de mayo de 2007. [CERD/C/IND/CO/19]

ONU: Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nepal. 21 de septiembre de 2005. [CRC/C/15/Add.261]

ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. Nueva York, 2010. [ref. 8 de enero del

2013] Disponible en [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf)

ONU: Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el Adelanto de la Mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. “Prácticas perjudiciales contra la mujer” Nueva York, 2011. [ref. 08 de enero de 2013] Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Supplement-to-Handbook-Spanish.pdf>

ONU: La Niña. Resolución de la Asamblea General 66/140 del 19 de diciembre de 2011

- **Páginas web**

Agencia de la ONU para los Refugiados. Organización de las Naciones Unidas: <<http://acnur.es/a-quien-ayudamos/mujeres/principales-preocupaciones-de-las-mujeres/matrimonio-forzoso>> [fecha de consulta 15/04/2014]

Unión Europea: <www.ec.europa.eu/justice/grants/programmes/daphne/indez_en.htm> [fecha de consulta 13/03/2014]

Unión Europea:

<www.europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/133306_es.htm> [fecha de consulta 13/03/2014] .

Unión Europea:

www.europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/133332_es.htm [fecha de consulta 13/03/2014].

Secretaría General de Inmigración. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Gobierno de España: <<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/index.html>> [fecha de consulta 10/02/2014]



La propuesta de tipificación de los matrimonios forzados en el Proyecto de Reforma del Código Penal by [Méndez Marsal, Óscar](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>