Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

COMPARACIÓN ANALÍTICO-DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE MATRIMONIO FORZADO Y DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE CELEBRAR MATRIMONIOS FORZADOS

ANALYTICAL-DOGMATIC COMPARISON OF THE CRIMES OF FORCED MARRIAGE AND TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS FOR THE PURPOSE OF CELEBRATING FORCED MARRIAGES

Marcos Chaves Carou

Suboficial del Ejército del Aire y del Espacio de España
Doctorando en el Programa Estado de Derecho y Gobernanza Global
Universidad de Salamanca

RESUMEN:

El matrimonio forzado aparece en nuestro Código Penal como delito autónomo en el artículo 172 bis y como finalidad del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis. En el análisis dogmático comparado de ambos preceptos, llevado a cabo mediante el estudio de la norma, doctrina relevante en la materia y jurisprudencia, se detectan algunos puntos problemáticos como las dificultades interpretativas respecto a posibles concursos de normas y de delitos o la incoherencia sistemática del marco penológico del primero de los delitos. Asimismo, se obtienen interesantes conclusiones político criminales: unas focalizadas en dotar de mayor coherencia al ordenamiento penal y otras en coadyuvar a lograr una mayor justicia material.

ABSTRACT:

Forced marriage appears in our Penal Code as an autonomous crime in article 172 bis and as a purpose of the crime of human trafficking beings in article 177 bis. In the comparative dogmatic analysis of both precepts, carried out through the study of the law, relevant doctrine on the subject and jurisprudence, some problematic points have been detected, such as the interpretative difficulties regarding possible concurrent laws and offences or the systematic incoherence of the punitive framework of the first one of the crimes. Likewise, interesting criminal political conclusions are obtained: some of these are focused on providing greater coherence to the criminal system and others on helping to achieve greater material justice.

PALABRAS CLAVE:

Matrimonios forzados, Matrimonio infantil, Coacciones, Trata de seres humanos, Violencia de género.

KEYWORDS:

Forced marriages, Child marriage, Coercions, Human trafficking, Gender violence.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 172 BIS DEL CÓDIGO PENAL. 2.1. Tipo objetivo. 2.2. Tipo subjetivo. 2.3. Autoría y participación. 2.4. Reglas concursales. 2.5. Penas. 3. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL. 3.1. Tipo objetivo. 3.2. Tipo subjetivo. 3.3. Autoría y participación. 3.4. Reglas concursales. 3.5. Penas. 4. CONCLUSIONES. 5.BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación internacional por el fenómeno del matrimonio forzado no es algo reciente. La Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, estableció entre sus propósitos realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por razón de sexo, entre otros motivos (art. 1.3). Tres años más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamada en París el 10 de diciembre, consagró como derecho humano el derecho a contraer matrimonio solo mediante libre y pleno consentimiento de los esponsales (art. 16).

Desde entonces, la preocupación de la comunidad internacional por el fenómeno del matrimonio forzado se ve reflejada en numerosos instrumentos internacionales, regionales y nacionales, a los cuáles no se hace referencia aquí por exceder su pretensión.

El presente trabajo nace con el propósito de sentar las bases dogmáticas del fenómeno, como delito autónomo de coacciones del artículo 172 bis CP y como finalidad del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, para abordarlo en estudio ulterior desde una perspectiva multicultural.

Por este motivo, no obstante, merece traer a colación la Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1954, Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano, instó a los Estados parte a garantizar la libertad completa de la mujer para elegir marido. Esta Resolución declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos antes citadas.

A pesar de haber trascurrido sesenta y ocho años desde aquélla, el problema dista mucho de haberse solucionado. Muestra de ello fue el brutal asesinato de dos hermanas pakistaníes residentes en España, que pretendían disolver los matrimonios que les fueron impuestos, durante una estancia en su país de origen[1].

La globalización ha traído consigo un mundo de diversidad y variación[2]. De ahí la importancia y actualidad de este tipo de estudios.

2. EL DELITO DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 172 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo en éste mediante el número noventa de su artículo único el tipo penal del matrimonio forzado (art. 172 bis CP), ubicado en la rúbrica "de las coacciones"[3], Capítulo III del Título VI, relativo a los delitos contra la libertad.

2.1. TIPO OBJETIVO

Una de las funciones del Derecho penal es proteger bienes jurídicos: un tipo penal no puede existir si carece de un bien jurídico que tutelar. En este caso, el bien jurídico protegido es la libertad personal (art. 17 CE)[4], estre-

---

1 EL DIARIO, 2022. Asesinan en Pakistán a dos hermanas residentes en España por pedir el divorcio tras dos matrimonios concertados. En: *elDiario* (en línea). Disponible en: https://www.eldiario.es/internacional/asesinan-pakistan-hermanas-residentes-espana-pedir-divorcio-matrimonios-concertados_1_9016875.html (consulta: 20 de octubre 2022); ALI NOTHIA, Amjad, 2022. Horror y miedo en el pueblo de Pakistán en el que asesinaron a dos hermanas "por honor". En: *El Confidencial* (en línea). Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-05-28/horror-y-miedo-en-el-pueblo-de-pakistan-en-el-que-asesinaron-a-dos-hermanas_3432320/ (consulta: 20 de octubre de 2022).

2 SANZ MULAS, Nieves, 2014. Diversidad cultural y política criminal: Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 16. P. 2.

3 Aunque esta decisión no estuvo exenta de debate doctrinal. Este se dio entre dos posturas principales, aquella que optaba por incluir este nuevo delito en el Título XII del Libro II del CP, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, incluyendo un delito autónomo o específico y, por otro lado, aquella que defendía incluirlo en el Título VI del Libro II del CP, relativo a los delitos contra la libertad, posición mayoritariamente adoptada en los Estados europeos y también en España, en TRAPERO BARREALES, María Anunciación, 2016. Matrimonios ilegales y Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 131-132.

4 SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial. 6ª ed. Madrid: Dykinson S.L. P. 117; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado. *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*. No. 33, pp. 299-316. P. 301.

chamente relacionada con el desarrollo de la personalidad, inherente a la dignidad humana[5] (art. 10.1 CE), que se manifiesta en la libre determinación para contraer matrimonio en condiciones de libertad e igualdad[6].

El objeto material del delito de matrimonio forzado es la persona que sufre el menoscabo de su libertad. En el supuesto de que ambos contrayentes fueran coaccionados, cada uno de ellos integraría el objeto material de un delito diferenciado, es decir, habría que apreciar dos delitos[7].

Se trata de un delito común, el sujeto activo puede ser cualquier persona. Asimismo, aunque el sujeto pasivo también puede ser cualquiera, debe diferenciarse entre mayores y menores de edad ya que existe un tipo agravado para aquellos casos en los que la víctima sea menor.

Aunque el artículo 172 bis CP se refiera al delito de matrimonio forzado, en realidad, recoge dos delitos relacionados entre sí[8]: obligar a una persona a contraer matrimonio mediante intimidación grave o violencia (art. 172 bis.1 CP); o forzarla a abandonar España o impedirle regresar a ésta, empleando violencia, intimidación grave o engaño, con la finalidad de compelerle a contraer matrimonio (art. 172 bis.2 CP).

La conducta del primero permite clasificarlo como un delito de resultado que se consuma con la realización del matrimonio forzado en cuanto resultado lesivo del bien jurídico tutelado. Se admite la tentativa cuando el sujeto activo inicia la ejecución del delito directamente, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, no se produce por causas ajenas a su voluntad (art. 16.1 CP) o, dicho de otro modo, cuando el sujeto activo emplea la intimidación grave o la violencia para obligar a otro a casarse, pero no lo consigue. La conducta típica exige la concurrencia de los medios comisivos, la violencia o la intimidación grave, sin los cuáles no se realiza el delito[9].

El segundo se trata de un delito complejo[10] en el que se adelanta la barrera punitiva hasta mutilarlo en un acto, al no exigirse la realización del resultado para considerar consumado el delito. Basta con emplear la violencia, la intimidación grave o el engaño, que se incluye como medio comisivo en este segundo apartado, para forzar a otro a abandonar España o impedirle regresar a esta con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio, sin que este llegue a tener lugar, lo que adiciona un elemento específico en el tipo subjetivo de este delito. Por otro lado, la obligación de abandonar España o el impedimento de regresar a territorio nacional son las dos modalidades de realización del tipo objetivo.

Por lo tanto, ni la unión matrimonial tiene por qué celebrarse en España[11] ni aquella tiene que acomodarse a la legislación española o tener validez legal en nuestro país[12]. Así, los matrimonios celebrados por el rito gitano, por ejemplo, realizarían el tipo penal del artículo 172 bis CP si se llevan a cabo realizando alguna de las conductas descritas, aunque no tengan reconocimiento legal en España[13]. Y es que no debería ser de otra forma

---

5 TORRES ROSELL, Nuria, 2022. La intersección entre la trata de seres humanos y el matrimonio forzado: aproximación al fenómeno y respuesta jurídico penal. *Revista General de Derecho Penal*. No. 37. P. 39.

6 Artículo 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

7 TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximiación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación. *Estudios penales y criminológicos*. No. 35, pp. 831-917. P. 896.

8 MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial. 23a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 168.

9 Si no existe oposición de la víctima a contraer matrimonio, la conducta no será típica, en SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial…, op. cit.,p. 118; En la medida en que sean asumidos con mayor o menor entusiasmo por los que contraen el matrimonio, sin que se haya empleado contra ellos ningún tipo de intimidación o violencia, todo lo más que cabría alegar que este tipo de constreñimiento debido al «metus reverencialis» o a la propia presión familiar sea causa de divorcio o nulidad del matrimonio así contraído, en MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial…, op. cit., p. 168.

10 Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto. Así, la violencia o la intimidación son medios comisivos que de por sí son constitutivos de delitos de coacciones o amenazas, en MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General. 10a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 244.

11 SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial…, op. cit.,p. 118.

12 TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximiación…, op. cit., p. 891; GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código penal). En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, GÓRRIZ ROYO, Elena y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Comentarios a la reforma del Código penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 561-574.

13 V. gr., la STSJ de Murcia, 13/2020, de 3 de septiembre, resuelve un caso de matrimonio infantil entre un varón mayor de edad y una menor de quince años recién cumplidos celebrado siguiendo el rito gitano, siendo el enlace consentido por la madre de la niña.

pues la tutela de un bien jurídico tan importante, como lo es la libertad personal, no puede hacerse depender de qué estipula la norma civil. En otras palabras, la lesión de dicho interés jurídico-penal se produce con independencia de si el ordenamiento jurídico reconoce aquel rito matrimonial. La víctima se verá privada de su derecho a contraer matrimonio libremente con independencia del reconocimiento legal de la unión impuesta. El mismo argumento sirve, mutatis mutandis, para alcanzar la misma conclusión respecto de la pareja de hecho[14].

Respecto a la exigencia de los medios comisivos para entender realizado el delito, en este trabajo se comparte la crítica doctrinal de que el tipo objetivo exija los medios comisivos menos empleados y, sin embargo, no incluya otros como la presión familiar o de la comunidad y el apego a la tradición o a la cultura que, por otra parte, son los más empleados[15]. La razón estriba en la relación inversamente proporcional entre la menor edad y la resistencia frente a sus familiares que puede oponer la víctima: cuanto menor es la edad, mayor es la facilidad para los familiares de la víctima para quebrar su voluntad sin recurrir a los medios comisivos típicos. Al exigir que la conducta se realice empleando la violencia, la intimidación grave o el engaño (en los supuestos del art. 172 bis.2 CP) no realizan este tipo penal aquellos supuestos de matrimonios precoces en los que no resulta necesario emplear los medios comisivos típicos por la corta edad de la víctima y la escasa o nula resistencia que opone a la voluntad de sus familiares, quedando por ello impunes[16]. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que la intimidación no sea grave. Motivo por el cual dicha calificación ha sido objeto de crítica doctrinal[17].

Finalizando con el análisis del tipo objetivo, y en cuanto al matrimonio infantil[18] se refiere, este artículo incluye un subtipo agravado que impone la pena en su mitad superior cuando la víctima fuere menor de edad[19].

2.2. TIPO SUBJETIVO

El matrimonio forzado es un delito doloso, esto es, se exige que el sujeto activo realice el tipo objetivo consciente y voluntariamente[20].

El dolo se integra de dos elementos, el intelectual y el volitivo[21]. El primero consiste en el conocimiento actual del sujeto activo, su consciencia, de que realiza los elementos objetivos del tipo[22]. Esto significa que, en el primer delito del artículo 172 bis.1 CP, el dolo comprende la previsión de la producción del resultado típico y del curso causal entre la conducta y el resultado[23]. También en los tipos agravados y atenuados. Mientras, en el segundo delito del artículo 172 bis.2 CP, al mutilarlo de un acto, el dolo no comprende el resultado de matrimonio forzado, sino el de lesionar la libertad ambulatoria[24] de la persona con un fin determinado, la imposición

---

[14] LAFONT NICUESA, Luis, 2019. Algunas cuestiones sustantivas y probatorias sobre el delito de trata con fines de matrimonios forzados y la protección de sus víctimas. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Matrimonios forzados: Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 273-296.

[15] V. gr. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2019. Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 561-574; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 20. Pp. 44-45; TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximiación…, op. cit., p. 838; LAFONT NICUESA, Luis, 2019. Algunas cuestiones sustantivas…, op. cit., pp. 273-296 ; SALAT PAISAL, Marc, 2020. Derecho penal y matrimonios forzados. ¿Es adecuada la actual política criminal? *Política Criminal*. Vo. 15, No. 29, pp. 386-405. P. 390; DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados. En: DEL ÁLAMO GÓMEZ, Nuria, PICADO VALVERDE, Eva María, y PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria. Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 815-826. P. 818; GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 561-574.

[16] Así puede apreciarse en la SAP de Zaragoza 367/2017, de 21 de diciembre, en la que se absuelve al acusado de los delitos contra la integridad moral, de los delitos de lesiones, del delito de coacciones y del delito de coacción para contraer matrimonio. El Tribunal a quo absolvió en primera instancia al considerar que no se acreditó suficientemente que la hija del acusado fuera intimidada de forma grave o violentada por su padre para que consintiera el matrimonio celebrado en Argelia.

[17] V. gr. DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante…, op. cit., pp. 818.

[18] Como matrimonio forzado en el que al menos uno de los dos contrayentes es menor de edad.

[19] No obstante, adviértase que, en España, los menores de edad emancipados podrán contraer matrimonio (art. 46.1 CC) y estos podrán emanciparse a partir de los dieciséis años (art. 243 CC).

[20] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General…, op. cit., p. 251; GIL GIL, Alicia et al., 2015. Curso de Derecho Penal. Parte general. 2a ed. Madrid: Dykinson S.L. P. 226.

[21] V. gr. HASSEMER, Winfried, 1990. Los elementos característicos del dolo (trad. DÍAZ PITA, María del Mar). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Vo. 43, No. 3, pp. 909-932.

[22] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General…, op. cit., p. 252.

[23] GIL GIL, Alicia et al., 2015. Curso de Derecho Penal. Parte general…, op. cit., p. 230.

[24] ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 36-37.

de la unión matrimonial en el extranjero.

Por ello, cuando se alega que el sujeto activo desconoce la menor edad de la víctima del matrimonio forzado, estaría basándose su defensa en la concurrencia de un error de tipo que, de aceptarse, impediría apreciar la circunstancia agravante del artículo 172 bis.3 CP (art. 14.2 CP). Resultando indiferente que dicho error fuere invencible o vencible. En el primer caso, el sujeto activo no realiza el tipo cualificado y por tanto no puede ser castigado por este, mientras que, en el segundo, procedería sancionar, en su caso, como imprudencia (art. 14.1 CP) y, dado que no existe el tipo agravado imprudente de matrimonio forzado, ni del básico, la conducta resultaría impune. Este resultado de impunidad se obtendría en el supuesto de apreciarse un error de tipo vencible en el delito básico del matrimonio forzado. Mientras que, en el supuesto inicialmente planteado, descartar el tipo agravado no significa descartar el tipo básico, por cuanto se seguirían realizando todos los elementos del tipo objetivo de este.

El segundo elemento del dolo, el volitivo, consiste en querer realizar los elementos objetivos del tipo.

Como se apuntaba previamente, el artículo 172 bis.2 CP incluye un elemento adicional en el tipo subjetivo: realizar los elementos del tipo objetivo con la finalidad de obligar al sujeto pasivo a contraer matrimonio. Si no concurre este elemento subjetivo adicional dejaríamos de referirnos al delito de matrimonio forzado y procedería hacerlo al de amenazas, al de coacciones o, incluso, dejaría de realizarse tipo penal alguno. Piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de la patria potestad del padre que recurre al engaño para convencer a su hija, quien preferiría quedarse en España con sus amigas, de visitar a sus abuelos que residen en el país de origen paterno, o que ejercitando su deber de corrección le obliga a acatar la decisión de disfrutar unas vacaciones familiares en el extranjero. En ambos supuestos sin la finalidad de obligarla a contraer matrimonio

En definitiva, para actuar dolosamente se exige que el sujeto activo conozca que su conducta es adecuada para compeler a una persona a contraer matrimonio, integrando en su voluntad las acciones necesarias para ello.

2.3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Respecto a las formas de intervención en el delito la principal dificultad radica en determinar cuándo existe coautoría o cuándo se trata de una forma de participación en los supuestos de codelincuencia. Tanto que ha sido objeto de discusión doctrinal[25].

Aquí se considera que la postura defendida por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en su teoría de la determinación objetiva y positiva o negativa del hecho[26], es la que mejor permite aplicar una perspectiva de género, como una de las ventajas de optar por un concepto restrictivo de autor[27].

Por ejemplo: Basima es una niña de catorce años que reside habitualmente en España junto a su madre y padre. Este último le concierta un matrimonio con un pariente, que acaba celebrándose en territorio español contra la voluntad de Basima. Su madre era consciente de las intenciones del padre, quien llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para que tuviera lugar, sin hacer nada por impedirlo. El padre acudió al líder espiritual de su comunidad para que oficiara y reconociera ante la misma el matrimonio celebrado.

La posición adoptada[28] permite diferenciar, en función de la determinación positiva o negativa del hecho de cada interviniente, entre autores y partícipes. El padre, al ostentar la determinación positiva, esto es, decidir sobre el si y el cómo del acontecer típico, sería considerado autor inmediato. La madre podría considerarse partícipe si ostentare la determinación negativa: cooperadora necesaria si su contribución al acontecer causal fuera esencial o cómplice si no lo fuera.

¿Qué ocurre si la madre tan solo se limitó a no llevar la contraria al padre? Adviértase que gran parte de los au-

---

[25] Ibíd., pp. 37-39.

[26] Según la teoría propuesta por estos autores, autor es quien determina objetiva y positivamente el hecho, es decir, decide el si y el cómo del acontecer típico, mientras que si solo decide sobre su posible no producción, esto es, solo lo determina negativamente, será partícipe, en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, 1989. «La determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. PP. 889-913; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 2008. Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*. No. 10, pp. 13-61.

[27] La idea del dominio funcional del hecho no nos parece adecuada para caracterizar la coautoría, porque amplía el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo, perdiéndose con ello en parte las ventajas que hacían aconsejable optar por un concepto restrictivo de autor, en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 1999. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. *Anuario de la Facultad de Derecho*. No. 8, pp. 53-88. P. 74.

[28] La teoría de la determinación, como dominio, objetiva positiva o negativa del hecho para diferenciar en los supuestos de codelincuencia entre autores y partícipes.

tores y las víctimas de este delito son extranjeros[29] que, en su sociedad de origen, pueden tener una cosmovisión distinta a la occidental, la cual importan a la sociedad de acogida al asentarse en esta[30]. El choque entre el ordenamiento jurídico construido sobre la base de los valores occidentales y las prácticas, tradiciones o pautas de comportamiento de grupos sociales minoritarios[31] puede dar lugar a conflictos culturales penalmente relevantes o, en otras palabras, a delitos de motivación cultural[32].

En este contexto, la condición de la mujer cónyuge bien puede derivar a la de sierva[33] o, sin llegar a serlo, tener su voluntad anulada. Por lo tanto, por mucho que ella se empeñe, con su actuar no podría decidir positivamente que el hecho se produzca al estar en manos del padre la realización del tipo[34], pero su inactividad facilita que este lo lleve a cabo.

Habiéndose distinguido al padre y a la madre del ejemplo como autor y partícipe, respectivamente, respecto de esta última cabe plantearse si es posible la participación omisiva. En otras palabras, si es posible que el no actuar de la madre para impedir el matrimonio forzado de la hija pueda realizar algún tipo penal omisivo. A este planteamiento cabe responder afirmativamente: la madre sería partícipe por omisión en el delito de matrimonio forzado realizado por el padre, al encontrarse aquella en una posición de garante[35]. Sin perjuicio de que, en sede de culpabilidad, pueda apreciarse alguna eximente total o parcial como la de miedo insuperable (art. 20.6º CP).

He aquí la posibilidad de aplicar una perspectiva de género en este tipo de supuestos como una de las ventajas de optar por un concepto restrictivo de autor.

Solución nada desdeñable para aquellos casos en los que la madre, a pesar de cooperar en la ejecución del hecho, no llega a decidir sobre el si y el cómo, pues, de cooperadora necesaria, considerada autora a efectos de pena (arts. 28.b y 61 CP), pasaría a ser cómplice, castigada con la pena inferior en grado a la fijada para el autor (arts. 29 y 63 CP), pudiendo ser total o parcialmente exculpada si actuó motivada por el miedo insuperable (art. 20.6º CP, o art. 21.1ª CP en relación con el 20.6º CP) de sufrir un mal por contradecir la voluntad de quien la tiene sometida.

De un modo similar, el líder espiritual también podría considerarse cooperador necesario, cómplice o incluso inductor[36]. Y nada impediría apreciar la coautoría en aquellos supuestos en los que los intervinientes ostentaren la determinación positiva del hecho.

---

29 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad…, op. cit., pp. 302.

30 ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 7; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad…, op. cit., pp. 305; CUADRADO RUIZ, María Ángeles, 2017. El delito de matrimonio forzado. En: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 495-513. P. 508.

31 CISNEROS ÁVILA, Fátima. 2018. Derecho penal y diversidad cultural. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 218-220.

32 The cultural offence is defined as the act by a member of a minority group or culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behavior and approved or even endorsed and promoted in the given situation, en VAN BROECK, Jeroen, 2001. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vo. 9, No. 1. P. 5.

33 Los vínculos existentes entre determinadas formas de matrimonio forzado e infantil y la esclavitud: la restricción de la libertad ambulatoria a la que se somete al cónyuge forzado, su reducción a la condición de siervo doméstico y sexual en favor del cónyuge o de sus familiares, el control e incluso la desposesión de sus pertenencias, constituyen manifestaciones de un matrimonio y de una esclavización del individuo por la vía matrimonial, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2019. Matrimonios forzados. Análisis..., op. cit., pp. 42-44.

34 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 1999. Determinación objetiva y positiva…, op. cit., p. 72.

35 Según la STS 305/2017, de 27 de abril, FJ 11: el Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores (art. 154.1) y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos invitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros, cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión, al estar el omitente en posición de garante. También la STS 21/2007, de 19 de enero, FJ 9: la teoría de la posición de garante con base en el art. 11 CP hace equivalente la omisión a la acción «cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedentes», y cuando exista una obligación legal de actuar, como también concurría en caso de Luz , dada la posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiares incumbe a los padres.

36 ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 26.

2.4. REGLAS CONCURSALES

Puede existir un concurso de leyes entre el delito de matrimonios forzados y el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP, analizado infra) dada la similitud entre las conductas típicas de los artículos 177 bis.1.e) y 172 bis.2 CP. El traslado al extranjero de la víctima en contra de su voluntad por quien ostenta el control sobre ella y con la finalidad de compelerle a contraer matrimonio, sin que este llegue a tener lugar, parece realizar ambos delitos[37].

Para optar por uno u otro precepto habrá que analizar las específicas circunstancias del caso concreto que permitan apreciar la cosificación de la víctima esencial en la trata de personas, como puede ser la existencia de una dote que, en realidad, es la contraprestación pactada a cambio de la víctima[38].De ser así, se resolverá a favor de este delito en virtud del principio de especialidad.

También cabe la posibilidad de apreciar un concurso de delitos cuando a la cosificación de la víctima le siga la imposición de la unión matrimonial en aplicación del artículo 179 bis.9 CP. El delito de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados no requiere que este llegue a tener lugar para considerarlo consumado. Su efectiva celebración cabe entenderla como la comisión del delito de la explotación correspondiente, en este caso, el del artículo 172 bis.1 CP. Parte de la doctrina, como ESQUINAS VALVERDE, opina que lo apropiado sería considerar un concurso medial de delitos, empero la doctrina mayoritaria opta por el concurso real[39]. Estos serían los modos de interpretar la regla concursal del apartado 9 del artículo 177 bis CP[40].

Respecto al posible concurso de leyes entre el delito de coacciones y el de matrimonio forzado, en virtud del principio de especialidad se resuelve a favor de este último. No obstante, cobran especial significado aquellos supuestos en los que el segundo de los delitos se realice en grado de tentativa pues, las conductas previas a la unión matrimonial que se pretende imponer perfectamente pueden realizar el delito de coacciones o el de amenazas, artículos 172.1 y 169 CP, respectivamente[41]. Consecuentemente, la pena a imponer por la tentativa de matrimonio forzado sería inferior a la prevista para las coacciones o amenazas consumadas. Circunstancia que aconseja resolver el concurso a favor de estos últimos en aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4ª CP).

La resolución del posible concurso de leyes entre el delito de amenazas y el de matrimonio forzado también entraña cierta complejidad, ya que el marco penológico de este último es inferior al del delito de amenazas con causar un mal constitutivo de delito si no cumple la condición impuesta (art. 169 CP). La amenaza consistente en causarle lesiones físicas o privarle de toda libertad deambulatoria si no accede al matrimonio, es una intimidación grave. Si se celebra el matrimonio, se habría realizado ambos tipos objetivos. El del artículo 172 bis.1 CP prevé un marco punitivo de pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o la alternativa de multa de doce a veinticuatro meses, mientras que el del artículo 169.1º CP solo la pena de prisión de uno a cinco años, sin previsión de pena alternativa alguna. De lege ferenda debería dotarse de mayor coherencia a ambos artículos. De lege lata debe aplicarse el precepto que conlleve una pena mayor[42] también en virtud del principio de alternatividad (art. 8.4ª CP).

En otro orden de cosas, el matrimonio forzado suele marcar el comienzo de una relación de violencia física y psíquica contra la mujer al estatuir una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien la padece por el capricho del dominador[43]. Dominio y sujeción absolutos en los que la fuerza amenazante del conviviente violento genera un estado de angustia y terror que anula totalmente la libertad y la dignidad de la mujer[44]. Por lo tanto, en el contexto de este estudio debe plantearse la regla concursal aplicable a tales supuestos.

---

37 GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 561-574.

38 Como puede apreciarse en la SAP de Zamora 14/2021, de 27 de mayo.

39 ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 29.

40 MOYA GUILLEM, Clara, 2016. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando et al. Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías. Memorias IV Congreso Internacional de jóvenes investigadores de ciencias penales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 285-299. P. 297.

41 TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximiación…, op. cit., pp. 893-900.

42 MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial…, op. cit., p. 168; DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante…, op. cit., p. 818.

43 GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia "cuasi-doméstica" habitual. *Revista General de Derecho Penal*. No. 19. P. 34.

44 FERRAJOLI, Luigi, 2019. Manifiesto por la igualdad (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto). Madrid: Trotta. Pp. 29-30.

Se considera acertada la posibilidad de apreciar un concurso real del delito de matrimonio forzado con todos aquellos delitos cometidos desde su celebración: lesiones, contra la libertad, contra la integridad, contra la libertad o indemnidad sexuales, etc. No obstante, aunque la regla general impide apreciar el delito continuado en las lesiones de bienes jurídicos eminentemente personales (art. 74.3 CP), cabría hacerlo respecto a los delitos contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales[45]. Cuestiones ambas a considerar en la determinación de la pena.

Por último, en los supuestos del artículo 172 bis.2 CP en los que el matrimonio forzado acabe ejecutándose, existirá un concurso ideal-impropio, un concurso medial con el delito del apartado primero del mismo artículo, que deberá tenerse en cuenta en la determinación de la pena.

2.5. PENAS

La sanción penal establecida para el autor doloso del delito es la privativa de libertad con un marco penológico de seis meses a tres años y seis meses o, alternativamente, la sanción de multa de doce a veinticuatro meses, esta última objeto de crítica doctrinal[46]. Así pues, en aplicación de los artículos 13 y 33 CP, este delito se clasifica como menos grave.

En el subtipo agravado tiene lugar un aumento del límite inferior del marco penológico, que pasa de la pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o, alternativa de multa de doce a veinticuatro meses, a la pena de prisión de dos a tres años y seis meses o la de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Cabe destacar la reciente incorporación al artículo 172 bis CP de un cuarto apartado[47], según el cual, se faculta a incluir en la sentencia condenatoria los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil, la declaración de nulidad o disolución del matrimonio impuesto y la filiación y la fijación de alimentos. Inclusión acertada por cuanto evita a la víctima un proceso ulterior a tales efectos.

3. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE MATRIMONIO FORZADO DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Son dos las reformas legales que cobran especial significado desde el prisma del fenómeno del matrimonio forzado y el delito de trata de seres humanos, tipificado en el artículo 177 bis y ubicado en el Título VII bis, relativo a trata de seres humanos.

En primer lugar, la LO 1/2015, de 30 de marzo, mediante el número noventa y cuatro de su artículo único introdujo en su apartado primero las siguientes modificaciones:

- Como medio comisivo, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima[48].
- Como finalidad del delito, la celebración de matrimonios forzados.

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, a través del apartado diecisiete de su disposición final sexta introdujo, también en el numeral uno, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividad que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, cuando la víctima fuere menor.

3.1. TIPO OBJETIVO

La concreción del bien jurídico protegido en este delito no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina[49]. No

---

[45] V. gr., la condena impuesta en la STS 344/2019, de 4 de julio, por un delito continuado de violación.

[46] Pena alternativa que ha sido objeto de críticas doctrinales por no estar prevista en el tipo de amenazas ni en el de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonio forzado y, sin embargo, aparecer para un delito tipificado de forma autónoma por su especial gravedad, lo que supone una incongruencia aún sin corregir. V. gr., GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado…, op. cit., pp. 561-574; DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante…, op. cit., p. 820.

[47] Introducido por la disposición final cuarta de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

[48] Adviértase las cuantías dinerarias que suelen pactarse en los supuestos de matrimonio forzado como "dotes". Pero no solo cabría hablar de supuestos derivados de la confrontación cultural, también se llegan a crear verdaderos catálogos de mujeres, en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2002. Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. Pp. 109-134. P. 126.

[49] Se distinguen cuatro posiciones principales. Una primera que aboga por considerar que el bien jurídico tutelado es la dignidad humana; la segunda que defiende que el interés tutelado es la integridad moral; como tercera postura doctrinal está la que

obstante, se comparte en este trabajo la postura doctrinal por la que se considera la trata de seres humanos un delito pluriofensivo pues son varios los intereses jurídico-penales lesionados al cosificar a la persona, al reducirla a la merca condición de mercancía destinada a satisfacer las demandas de esclavitud existentes en nuestras sociedades[50]. Así pues, los bienes jurídicos tutelados son la propia dignidad humana y la libertad del sujeto pasivo. El primero en cuanto la víctima, que se ve reducida a la condición de mero objeto susceptible de posesión, queda despojada de su dignidad humana y, el segundo, por la imposibilidad de autorrealización personal del sujeto pasivo, quien pierde su libertad ambulatoria e incluso el derecho a decidir si contraer o no matrimonio y, de hacerlo, con quién.

El objeto material del delito de trata de seres humanos es la propia persona que padece el menoscabo en su libertad y su dignidad humana.

Es un delito común. No obstante, existen cuatro cualificaciones del tipo básico, una general y tres especiales por requerir la concurrencia en el sujeto activo de determinadas circunstancias.

La cualificación general sanciona el mayor desvalor de la conducta al haber puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito, o tratarse de personas especialmente vulnerables por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad, situación personal, o menores de edad (art. 177 bis.4 CP).

En cuanto a las cualificaciones especiales, estas se prevén para:

- Cuando el sujeto activo fuere autoridad, agente de esta o funcionario público (art. 177 bis.5 CP).
- Cuando el sujeto activo perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas dedicada a la realización de tales actividades (art. 177 bis.6 CP).
- Cuando el sujeto activo fuere jefe, administrador o encargado de las organización o asociación anteriores (art. 177 bis.6 CP).

Además, también prevé la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos anteriores (art. 177 bis.7 CP).

Sobre el sujeto pasivo, hay que matizar que este puede serlo cualquier persona, con independencia de su edad u origen, tanto nacional como extranjera. Eso sí, se sancionarán tantos delitos como víctimas hubiere[51].

En lo referente a las conductas delictivas cabe concluir que se trata de un delito mixto alternativo, en cuanto basta con la sola realización de alguna de las tipificadas para cometerlo sin que deba interpretarse que la ejecución de más de una conlleve apreciar un concurso de delitos, pues nos llevaría a la aplicación de penas draconianas[52]. Estas conductas son captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a una persona, incluido el intercambio o transferencia de control sobre la misma.

Además, para que la conducta sea delictiva, deben darse otros requisitos.

Primero, la finalidad a la que se dirige la conducta. En este trabajo, por el objeto de estudio, únicamente se abordarán dos de las seis previstas.

- La celebración de matrimonios forzados (art. 177 bis.1.e) CP).
- La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la mendicidad (art. 177 bis.1.a) CP). Como se ha advertido previamente, la mayoría de los matrimonios forzados acaban derivando en matrimonios serviles en los que la víctima deviene esclava, sierva, doméstica y sexual. Asimismo, nada impide que esta finalidad fuese subyacente a la pretensión del matrimonio forzado[53].

Segundo, como regla general, debe realizarse empleando alguno de los medios comisivos típicos, a saber, la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad de la víctima o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. Excepcionalmente, estos medios comisivos no se exigen para considerar la conducta como

---

defiende que el bien jurídico protegido es la libertad, y; finalmente, la que considera que se trata un delito pluriofensivo, en MOYA GUILLEM, Clara, 2016. El bien jurídico protegido…, op. cit., pp. 287-293.

50 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2002. Algunas consideraciones político-criminales…, op. cit., p. 122.

51 MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial…, op. cit., p. 195.

52 Ibíd., pp. 195-196.

53 Es decir, cometer el delito de trata de seres humanos con finalidad de matrimonio forzado por tener la intención subyacente de convertir a su cónyuge en esclava.

trata de seres humanos cuando la víctima fuere menor de edad (art. 177 bis.2 CP)[54]. Cada uno de estos medios da lugar a su correspondiente modalidad de trata:

- La violencia a la trata forzada.
- El engaño a la trata fraudulenta.
- El abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima a la trata abusiva. Tal situación acontece cuando a la víctima no le queda más alternativa que someterse al abuso, lo que ocurre con suma facilidad con los menores y en situaciones de extrema pobreza.
- El pago o beneficio por la transferencia del control sobre la víctima por parte de quien lo poseyera a la trata mediante contraprestación. También en estos supuestos la extrema pobreza es un factor determinante[55].

Por otra parte, la concurrencia de alguno de estos medios hace irrelevante el consentimiento de la víctima (art. 177 bis.3 CP), pues será nulo.

En tercer lugar, se exige que tenga lugar en el marco geográfico determinado en el tipo: en España, desde España hacia el extranjero, o con destino a España, es decir, en tránsito desde el extranjero hacia este país. Lo que deja fuera a aquellos supuestos acontecidos entre extranjeros con carácter previo al traslado y asentamiento en este país.

El legislador anticipó la tutela penal a la fase de los actos preparatorios que, por norma general son impunes (arts. 17 y 18 CP), castigándose así la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.8 CP), si bien la pena es inferior a la prevista para el tipo básico, siendo este uno de los delitos que expresamente tipifican actos preparatorios en la parte especial del Código Penal[56].

No debe confundirse actos preparatorios con conductas de preparación, tipificadas de forma autónoma como un delito instrumental. Integran estas últimas las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o transferir el control sobre las víctimas, empleando los medios comisivos típicos, dirigidas a realizar algunas de las finalidades enumeradas en el tipo. Basta con realizar cualquiera de las conductas enunciadas con alguna de las finalidades del artículo 177 bis.1 CP para consumar el tipo básico de este delito. Motivos por los que cabe clasificar a la trata de seres humanos como delito mutilado de dos actos, al estructurarse como una tentativa inacabada[57].

Se admite la tentativa, sin embargo, esta estructura dificulta enormemente diferenciar entre delito consumado, delito intentado, e incluso actos preparatorios. Tomando como ejemplo la conducta de entregar a una menor con la finalidad de obligarla a contraer matrimonio con quien adquiere su posesión previo pago, consumaría el delito del art. 177 bis CP cuando dicha entrega hubiese sido efectiva, sin necesidad de que el matrimonio forzado llegue a realizarse. Tener a la víctima dispuesta para ser entregada tras la recepción del pago, pero aún con posibilidad de escapar o de desistir del acuerdo, lo realizaría en grado de tentativa. Y alcanzar el acuerdo por el que se fija la cuantía dineraria, el momento de la transferencia del control sobre la víctima y otros extremos del pacto, se encuadraría en los actos preparatorios

Como se apuntaba para el delito del artículo 172 bis.2 CP, la finalidad exigida constituye un elemento adicional del tipo subjetivo.

Para concluir con el análisis del tipo objetivo se aborda, desde una postura crítica, la solución alcanzada en al-

---

[54] Previsión legal que se debería incluir también en el tipo de matrimonio forzado del art. 172 bis CP en el que, como se expuso, parte de la doctrina critica que el legislador no haya tenido en cuenta la escasa capacidad de resistencia u oposición que las víctimas menores de 16 años, edad a la que se adquiere la capacidad núbil en España, puedan tener frente a sus familiares, sin que estos tengan que recurrir a la violencia, intimidación grave o engaño (para el supuesto del art. 172 bis.2 CP) para doblegar la voluntad de la víctima.

[55] Se ha constatado que existen familias que han llegado a vender a sus hijas para poder sobrevivir, en ARREDONDAS, Margarita, 2021. La pobreza empuja a las familias afganas más vulnerables a vender a sus hijas. La grave crisis económica que recorre el país ha provocado un incremento en los casos de matrimonios infantiles. En: *Atalayar entre dos orillas* (en línea). Disponible en: https://atalayar.com/content/la-pobreza-empuja-las-familias-afganas-m%C3%A1s-vulnerables-vender-sus-hijas (consulta: 01 de septiembre de 2022).

[56] ALONSO RIMO, Alberto, 2017. ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación. *InDret*. No. 4. P. 7.

[57] GIL GIL, Alicia, 2000. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. *Revista de derecho penal y criminología*. No. 6, pp. 103-132. Pp. 108-109.

gunas sentencias[58] en las que la falta de reconocimiento legal por nuestro ordenamiento jurídico del vínculo matrimonial impuesto, por ejemplo, el celebrado siguiendo el rito gitano, impidió apreciar el delito de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonio forzado. Esta interpretación jurisprudencial convierte el delito del artículo 177 bis.1.e) CP en una norma penal en blanco haciendo depender la protección dispensada por el legislador a no uno, sino varios bienes jurídicos, de la regulación civil que sobre el matrimonio haya en cada momento. Evidentemente, la lesión de tan importantes intereses jurídicos como son la libertad y la propia dignidad humana tiene lugar con independencia de si nuestra legislación otorga o no validez legal a una unión que, de facto, conlleva una convivencia similar a la que tendrían de ser compelidos a contraerlo en una forma reconocida. Se hace depender el acceso a la tutela penal por parte de estas víctimas de lo que son y no de lo que han hecho con ellas. O, dicho con otras palabras, se opta por un asimilacionismo cultural[59], propio de una tradición universalista que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo[60], que niega el reconocimiento como víctima de trata de seres humanos con fines de matrimonio forzado si la unión a imponer no ha sido previamente reconocida por nuestra legislación.

Para evitar este injusto resultado, debería aplicarse el criterio seguido en el delito del artículo 172 bis CP de no exigir que la unión se celebre en España ni que se acomode a nuestra legislación o tenga validez legal en este país.

3.2. TIPO SUBJETIVO

La trata de seres humanos también es un delito doloso. Al igual que ocurre en el delito del artículo 172 bis.2 CP, se exige un elemento adicional en el tipo subjetivo: la concurrencia de alguna de las finalidades a las que se han hecho referencia anteriormente. Por lo tanto, resulta válido, mutatis mutandis, lo desarrollado en el apartado 2.2.

3.3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En este apartado se remite a la exposición realizada en el 2.3, relativo a la autoría y participación en del delito de matrimonio forzado, pues lo desarrollado allí también resulta válido aquí. Adviértase la ya denunciada similitud entre el delito del artículo 172 bis.2 CP y el del 177 bis.1.e) CP. De hecho, sirve hasta el mismo ejemplo empleado allí variando tan solo el lugar de celebración de la unión, en el extranjero en lugar de España, y así, al ser el sujeto pasivo menor de edad y no exigirse la concurrencia de los medios comisivos, bastaría el mero traslado de Basima por su padre con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio, aunque ni siquiera llegue a tener lugar.

3.4. REGLAS CONCURSALES

Según la regla concursal prevista en el apartado 9 del artículo 177 bis CP, las penas previstas para el delito de trata de seres humanos se impondrán en todo caso sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito de inmigración clandestina[61] (art. 318 bis CP) y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Se remite a lo expuesto al respecto en el apartado 2.4 de este trabajo al abordar la relación concursal del delito de matrimonio forzado con el de trata de personas con esta finalidad.

3.5. PENAS

La sanción penal prevista para el tipo básico es la privativa de libertad de cinco a ocho años. En todo caso, si la víctima fuere menor de edad se impondrá además la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión,

---

58 Como la SAP de Huelva 229/2019, de 20 de diciembre, confirmada en el extremo aquí abordado, por la STSJ Andalucía 211/2021, de 28 de julio.

59 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2016. El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito. En: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 417-450. P. 417.

60 POMARES CINTAS, Esther y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2014. Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. En: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, ROCA DE AGAPITO, Luis y GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. Delito y minorías en países multiculturales: estudios jurídicos y criminológicos comparados. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp. 231-252. P. 234.

61 MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial…, op. cit., p. 194.

oficio o actividad que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de prisión impuesta.

Se impondrá la pena superior en grado, esto es prisión de ocho años y un día a doce años, cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP. Si concurriera más de una, se impondrá esta pena en su mitad superior, es decir, prisión de diez a doce años.

La cualificación especial del artículo 177 bis.5 CP consiste en imponer junto a la pena del tipo básico la de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Si además concurriera alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP, se castigará con estas penas en su mitad superior. Así, prisión de seis años y medio a ocho años e inhabilitación absoluta de nueve a doce años.

Si el sujeto activo perteneciera a una asociación u organización dedicada a la trata de seres humanos (art. 177 bis.6 CP), se sancionará con la pena superior en grado del tipo básico, de ocho años y un día a doce años de prisión, junto con la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Además, si concurriere alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP, se impondrán estas penas en su mitad superior, es decir, prisión de diez a doce años e inhabilitación especial por el mismo tiempo. La misma pena si concurriere la circunstancia del artículo 177 bis.5 CP. Ergo, si concurriesen ambas, podría llegar a determinarse un marco penológico de once a doce años de prisión.

Pero, en adición, si se tratase del jefe, administrador o encargado de la asociación u organización en cuestión, se le impondrá la pena en su mitad superior, esto es de diez a doce años de prisión, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado, prisión de doce a dieciocho años. Elevación que pasa de ser potestativa a imperativa cuando concurriere alguna de las circunstancias del artículo 177 bis.4 CP o 177 bis.5 CP.

No es de extrañar que algunos autores las consideren excesivas[62], ya que llegaría a superarse el marco penológico previsto para el delito de homicidio de diez a quince años (art. 138 CP).

Los actos preparatorios serán castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente (art. 177 bis.8 CP).

Para concluir con el análisis del delito de trata de seres humanos cabe mencionar que también prevé la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 177 bis.7 CP), los efectos de la reincidencia internacional debido a su carácter transnacional (art. 177 bis.10 CP) y una excusa absolutoria para la víctima de este delito por aquellos otros cometidos bajo el régimen de explotación (art. 177 bis.11 CP).

4. CONCLUSIONES

Primera. El delito de matrimonio forzado no contempla la situación de víctimas de muy corta edad. Al exigirse el empleo de los medios comisivos típicos quedan fuera del tipo y, por tanto, impunes aquellos supuestos en los que no sea necesario utilizar la violencia, la intimidación grave o el engaño para quebrantar la voluntad de la víctima.

Dado que los medios comisivos típicos son los menos empleados en los matrimonios infantiles, se estima conveniente introducir en el artículo 172 bis CP la dispensa de su exigencia cuando la víctima fuera menor de dieciséis años o, siendo mayor de esta edad, pero menor de dieciocho, careciera de capacidad núbil, en un sentido similar a la dispensa contenida en el artículo 177 bis.2 CP.

Segunda. Tanto en el delito de matrimonio forzado como en el de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados es posible la participación omisiva cuando concurra la posición de garante.

Tercera. La teoría de la determinación objetiva positiva o negativa del hecho, que aboga por un concepto restrictivo de autor, es la que mejor posibilita aplicar una perspectiva de género en este tipo de supuestos en los que alguno de los intervinientes en el delito puede estar motivado por factores socioculturales.

Cuarta. Entre el delito de matrimonio forzado del segundo apartado del artículo 172 bis.2 CP y el de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados del artículo 177 bis.1.e) CP puede darse un concurso de normas que, en virtud del principio de especialidad del artículo 8.1ª CP, debe resolverse en favor del precepto especial siempre que concurran circunstancias que cosifiquen a la víctima, tales como la existencia de una dote como contraprestación de la unión impuesta.

También cabría apreciar un concurso real de delitos cuando a la cosificación de la persona, por la realización

[62] SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial…, op. cit.,p. 144.

del delito del artículo 177 bis.1.e) CP, le siga la ejecución del matrimonio impuesto, considerándose el delito del artículo 172 bis.1 CP el correspondiente a la explotación de la trata de seres humanos. No obstante, se considera más adecuada la solución propuesta por parte de la doctrina de apreciar un concurso medial.

Quinta. Entre el delito de amenazas del artículo 169 CP y el de matrimonio forzado del artículo 172 bis CP puede darse un concurso de normas que, de lege lata y en virtud del artículo 8.4ª CP, debe resolverse a favor del primero por prever una mayor sanción penal.

Ocurre algo similar entre el delito de coacciones del artículo 172.1 CP y el de matrimonio forzado del artículo 172 bis.1 CP cuando se realiza este último en grado de tentativa.

De lege ferenda debería dotarse de mayor coherencia a estos artículos suprimiendo la pena alternativa de multa del artículo 172 bis CP y elevando su marco penológico o reduciendo el de los artículos 169 y 172 CP.

Sexta. El delito de trata de seres humanos con finalidad de matrimonios forzados del artículo 177 bis.1.e) CP se ha configurado jurisprudencialmente como una norma penal en blanco al exigirse que la unión impuesta o a imponer sea legalmente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Este criterio hace depender la consideración de víctima y la protección de los bienes jurídicos tutelados del contenido que en cada momento se le dé a la norma civil que regule la institución del matrimonio.

Para evitar semejante injusticia debe sustituirse por la interpretación empleada en el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis CP. Según esta, resulta indiferente para apreciar el delito que la unión tenga validez legal en España.

Séptima. La configuración del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP posibilita la imposición de sanciones penales desproporcionadas por acumulación de circunstancias agravantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, Alberto, 2017. ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación. InDret. No. 4.

CISNEROS ÁVILA, Fátima. 2018. Derecho penal y diversidad cultural. Valencia: Tirant lo Blanch.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles, 2017. El delito de matrimonio forzado. En: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 495-513.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis, 2021. Estigmatización del inmigrante y matrimonios forzados. En: DEL ÁLAMO GÓMEZ, Nuria, PICADO VALVERDE, Eva María, y PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria. Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 815-826.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 2008. Autoría y Participación. Revista de Estudios de la Justicia. No. 10, pp. 13-61.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2018. El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 20.

FERRAJOLI, Luigi, 2019. Manifiesto por la igualdad (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto). Madrid: Trotta.

GIL, Alicia, 2000. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. Revista de derecho penal y criminología. No. 6, pp. 103-132.

GIL, Alicia et al., 2015. Curso de Derecho Penal. Parte general. 2a ed. Madrid: Dykinson S.L.

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. La importancia de definir el bien jurídico en el delito de violencia "cuasi-doméstica" habitual. Revista General de Derecho Penal. No. 19.

GUINARTE CABADA, Gumersindo, 2015. El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código penal). En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, GÓRRIZ ROYO, Elena y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Comentarios a la reforma del Código penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 561-574.

HASSEMER, Winfried, 1990. Los elementos característicos del dolo (trad. DÍAZ PITA, María del Mar). Anuario de derecho penal y ciencias penales. Vo. 43, No. 3, pp. 909-932.

LAFONT NICUESA, Luis, 2019. Algunas cuestiones sustantivas y probatorias sobre el delito de trata con

fines de matrimonios forzados y la protección de sus víctimas. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Matrimonios forzados: Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 273-296.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, 1989. «La determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. PP. 889-913.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, 1999. Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. Anuario de la Facultad de Derecho. No. 8, pp. 53-88.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, 2017. Derecho Penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado. Anuario de Derecho eclesiástico del Estado. No. 33, pp. 299-316.

MOYA GUILLEM, Clara, 2016. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando et al. Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías. Memorias IV Congreso Internacional de jóvenes investigadores de ciencias penales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 285-299.

MUÑOZ CONDE, Francisco, 2021. Derecho Penal Parte Especial. 23a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2019. Derecho Penal Parte General. 10a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, 2002. Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. Pp. 109-134.

POMARES CINTAS, Esther y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2014. Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. En: BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, ROCA DE AGAPITO, Luis y GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. Delito y minorías en países multiculturales: estudios jurídicos y criminológicos comparados. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp. 231-252.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, 2016. El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito. En: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 417-450.

SALAT PAISAL, Marc, 2020. Derecho penal y matrimonios forzados. ¿Es adecuada la actual política criminal? Política Criminal. Vo. 15, No. 29, pp. 386-405.

SANZ MULAS, Nieves, 2014. Diversidad cultural y política criminal: Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 16. P. 2.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso et al., 2021. Curso de Derecho Penal. Parte especial. 6ª ed. Madrid: Dykinson S.L.

TORRES ROSELL, Nuria, 2022. La intersección entre la trata de seres humanos y el matrimonio forzado: aproximación al fenómeno y respuesta jurídico penal. Revista General de Derecho Penal. No. 37.

TORRES ROSELL, Nuria, 2015. Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación. Estudios penales y criminológicos. No. 35, pp. 831-917.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación, 2016. Matrimonios ilegales y Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch.

VAN BROECK, Jeroen, 2001. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. Vo. 9, No. 1

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2019. Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica. Valencia: Tirant lo Blanch.