

Matrimonios forzados, de conveniencia e ilegales ante el Derecho penal

~Prof. Dra. María A. Trapero Barreales~

Catedrática acred. de Derecho Penal. Univ. de León, España. Patrona FICP

Índice*.- I.- Introducción. II.- El matrimonio forzado. III.- El matrimonio prematuro o precoz. IV.- El matrimonio de conveniencia.- V. Bigamia y matrimonios inválidos

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el DP del siglo XXI se ocupa, desde distintos enfoques, del matrimonio inválido, esto es, el matrimonio que, según la normativa civil, es nulo desde su celebración. La cuestión que aquí nos va a ocupar es si tal intervención está justificada. Para resolver esta pregunta es preciso dejar constancia de la premisa de la que se parte: el DP tiene como función básica la protección de bienes jurídicos a través de la prevención. De tal premisa se deduce que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sigue siendo un principio limitador y orientador de la potestad punitiva del Estado¹. Solo si la conducta lesiona o pone en peligro el bien jurídico merecedor de protección penal está legitimada la intervención de esta rama del Derecho para su prevención. Las otras funciones del DP², si no está en entredicho la anteriormente formulada, por sí solas no justificarán la tipificación penal de la conducta.

Antes de entrar en el análisis de la cuestión que nos va a ocupar es necesario establecer el significado de matrimonio y, a continuación, de matrimonio inválido, o nulo, objeto de atención por el DP.

* Este comentario se enmarca en el Proyecto de investigación DER2013-47511-R (MINECO) y DER2016-76715-R (MINECO); en ambos proyectos el investigador principal es el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo. También se enmarca en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León, cuyo director es el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo. Abreviaturas: AAP: Auto Audiencia Provincial; ADPC: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año); art./s.: artículo/s; ATSJ: Auto Tribunal Superior de Justicia; CC: Código Civil; CE: Constitución Española; coord./s: coordinador/es; CP: Código Penal; DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado; dir./s: director/es; DP: Derecho Penal; EEE: Espacio Económico Europeo; FGE: Fiscalía General del Estado; H-González García: Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González García, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012; LL: La Ley (citada por año y tomo); LLP: La Ley Penal (citada por número y año); LO: Ley Orgánica; LOPJ: Ley Orgánica Poder Judicial; n: nota; núm.: número; PE: Parte especial; RAE: Real Academia Española; RD: Real Decreto; RDPP: Revista de Derecho y Proceso Penal (citada por número y año); RGDCEE: Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado (citada por número y año); s., ss.: siguiente/s; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; STS: Sentencia Tribunal Supremo; UE: Unión Europea.

¹ Para más detalles, véase, ampliamente, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 1/44-45, 53, 2/13.

² Sobre esta cuestión, véase LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 1/46-52.

La institución del matrimonio aparece en la CE: en el art. 32, precepto que establece el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. No ofrece, sin embargo, este Texto Fundamental una definición de matrimonio, con toda lógica, por otro lado.

Tampoco en el CC encontramos una definición de esta institución familiar; el concepto solo podrá formularse a la vista de la regulación contenida en este texto legal sobre los requisitos para contraer matrimonio, las formas de celebración, los derechos y deberes de los cónyuges.

Sí contamos con una definición de matrimonio en el Diccionario de la RAE, preferible a la ofrecida en ocasiones por la doctrina civilista, todavía anclada en una concepción tradicional de esta institución familiar³. Se ofrecen dos definiciones, dando entrada al matrimonio entre personas del mismo sexo: es la unión de dos personas, concertada mediante ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida o intereses.

Esta definición tiene una parte clarificadora, pero otra es totalmente indeterminada: desde la primera perspectiva, se prescinde de las notas que han definido históricamente esta institución: la perdurabilidad, la unión entre personas de diferente sexo, y tampoco se menciona la monogamia. Pero, pese a todo, sigue siendo un concepto indeterminado desde el momento en que su definición se hace depender de la referencia tan abierta, y ambigua, al establecimiento de una comunidad de vida o intereses.

En realidad, en la actualidad serán los requisitos formales exigidos para su celebración los que van a servir para su definición: la unión de dos personas es matrimonio porque aquella se concierta a través de determinadas formalidades legales, con la intervención de la autoridad competente que declara su celebración tras la emisión del consentimiento por parte de los contrayentes. El consentimiento matrimonial que ha de ser emitido ante la autoridad competente, pese a tratarse del

³ Por ejemplo, MARÍN LÓPEZ, en: Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia, 4ª, Bercal, Madrid, 2013, 39 s., lo define como la unión *estable* entre hombre y mujer, concertada de acuerdo con determinadas formalidades previstas en la ley, para compartir vida y existencia (la *affectio maritalis* o voluntad de convivencia plena o convivencia marital es el elemento definidor). Más tradicional aún es la definición que aparece en LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA, Elementos de Derecho Civil. IV Familia, 4ª, Dykinson, Madrid, 2010, 39, formulada como comunidad formalmente establecida de convivencia en la que la *actividad sexual* marca la diferencia respecto de otras agrupaciones familiares o cuasifamiliares.

elemento básico para su constitución, no tiene un contenido sustantivo, por lo que la comprobación de su concurrencia solo puede realizarse desde la perspectiva de los requisitos para declarar la validez del consentimiento, formal o externamente referido a la celebración del matrimonio⁴. Esta aclaración tiene enorme relevancia en el análisis de uno de los matrimonios inválidos o nulos, el matrimonio de conveniencia (también denominado matrimonio blanco), nulidad que descansa en la falta de consentimiento matrimonial.

Establecido el concepto de matrimonio, es momento de mencionar las modalidades de matrimonio inválido que son objeto de atención, de una u otra manera, por el DP⁵:

El matrimonio forzado, el matrimonio prematuro, el matrimonio de conveniencia, la bigamia y el matrimonio inválido (utilizando aquí la terminología del CP)⁶.

⁴ Véase, más ampliamente, DE PABLO CONTRERAS, Matrimonio civil y sistema matrimonial, en: Yzquierdo Tolsada/Cuena Casas (dirs.), Tratado de Derecho de Familia I. Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, 514 ss., quien explica de qué manera ha podido afectar la reforma sobre la separación y divorcio de 2005, introduciendo el divorcio unilateral y acausal, en la configuración del consentimiento matrimonial. Para este autor, desde este momento se puede poner en entredicho que el consentimiento matrimonial tenga que ir referido a los deberes conyugales.

⁵ Ha de aclararse que no todo supuesto de matrimonio nulo conforme a la legislación civil va a ser objeto de atención por el DP: partiendo de la declaración de nulidad según el CC en ocasiones será preciso añadir determinados requisitos o elementos para configurar el matrimonio nulo o inválido que es objeto de atención por el DP. En el art. 73 CC se define el matrimonio nulo (o inválido): es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración: 1) el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio de conveniencia o blanco). 2) El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los arts. 46 y 47 CC (esto es, no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados -la emancipación es a los 16 años-, los que están ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, los condenados por haber participado en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal), salvo en caso de dispensa conforme al art. 48 CC -la dispensa judicial puede plantearse en el parentesco por consanguinidad y en los condenados por la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad- (en esta causa de nulidad se van a subsumir el matrimonio prematuro, la bigamia, el matrimonio inválido); 3) el que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos (en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio inválido); 4) el celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento (en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio inválido); 5) el contraído por coacción o miedo grave (dependiendo de quien provoque la coacción o el miedo, en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio forzado o el matrimonio inválido).

⁶ Como se ha indicado en el texto, este comentario se va a centrar en la justificación o no del recurso al DP para la prevención de determinadas modalidades de matrimonios inválidos. No se va a entrar en la interpretación de los elementos típicos de las distintas figuras delictivas a las que se puede recurrir para su prevención. Para este estudio véase TRAPERO BARREALES, Matrimonios ilegales y Derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*.

II. EL MATRIMONIO FORZADO

En la sociedad occidental (actual) el matrimonio se cimenta sobre dos pilares fundamentales: la libertad de los contrayentes y la igualdad en derechos y obligaciones.

Básicamente, como consecuencia de la inmigración, en los países occidentales se asientan personas con otras religiones, tradiciones y culturas, reapareciendo el matrimonio pactado o concertado y, sobre todo, en lo que aquí interesa, el matrimonio forzado.

En el primer caso las familias de los contrayentes tienen un papel relevante, al ser ellos los que pactan la celebración de la unión matrimonial. Los contrayentes prestarán un consentimiento más o menos influenciados, presionados por sus familias, pero finalmente no se van a oponer a la unión, por tanto, van a emitir el consentimiento matrimonial de manera válida y eficaz.

No sucede lo mismo con el matrimonio forzado. En este caso uno o los dos contrayentes sí se oponen a la celebración de la unión; el grupo familiar más directo⁷ recurrirá a la coacción, a la amenaza para doblegar su voluntad. Aquí aparece el primer aspecto que enfrenta esta clase de matrimonio con el Derecho positivo: se está ante el ataque a la libertad de uno o los dos contrayentes. Se ve afectado, por tanto, un bien jurídico, la libertad, que sí es y debe ser objeto de protección por el DP.

En el matrimonio forzado hay un segundo aspecto que puede justificar la atención de esta rama del Derecho: se trata de una práctica que constituye una manifestación de la violencia contra la mujer.

Si centramos la atención en textos internacionales recientes, en el contexto europeo hemos de citar el Convenio del Consejo de Europa firmado en Estambul en 2011 para la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia

⁷ La doctrina ha destacado el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, uno o los dos contrayentes son forzados a contraer matrimonio por sus parientes más próximos. V., en este sentido, por todos, IGAREDA GONZÁLEZ, Debates sobre la autonomía y el consentimiento en los matrimonios forzados, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 47 (2013), 204; ABAD ARENAS, Libertad matrimonial y matrimonios forzosos, *LL* 2014-1, 1313. Destaca el aspecto cultural (no necesariamente consecuencia o efecto de la inmigración) y familiar PÉREZ MACHÍO, *La protección de la mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en: Puente Aba (dir.)/Zapico Barbeito/Rodríguez Moro (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, 299 s., quien reconoce que la mayor parte de situaciones de matrimonios no consentidos proceden de presiones psicológicas ejercidas por la familia a modo de amenazas, coacciones, violencia como medio legítimamente asumido en un determinado ámbito cultural y familiar. A esto se suma el miedo a perder unas tradiciones culturales y religiosas que pueden desvanecerse frente a la sociedad mayoritaria.

doméstica. Este Convenio, ratificado por España, en vigor desde el 1 de agosto de 2014, propone la tipificación penal de los siguientes delitos, manifestaciones todos ellos de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica: la violencia psicológica, la violencia física, la violencia sexual, incluyendo la violación en el matrimonio, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el aborto y la esterilización forzada, el acoso y, finalmente, el acoso sexual. En concreto, en relación con el matrimonio forzado, se dispone que se adopten las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito el hecho de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio cuando se cometa intencionadamente. Igualmente, se dispone que se adopten las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito el hecho de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio cuando se cometa intencionadamente. Además, se prevén disposiciones que faciliten la aplicación extraterritorial del Convenio con el objetivo de luchar contra estas prácticas de violencia (art. 44: a través del principio de territorialidad, nacionalidad o residencia en el territorio, del autor o de la víctima)⁸, al tiempo que se dispone que las sanciones aplicables, además de ser respetuosas con el principio de proporcionalidad, y que sean efectivas y disuasorias de este tipo de conductas, han de ser sanciones que permitan la extradición (por tanto, han de ser castigados con penas de prisión de determinada

⁸ El art. 23.4 LOPJ, reformado por la LO 1/2014, de 13 de marzo, ha sido modificado de manera sustancial. En esta reforma se ha introducido en el principio de justicia universal el delito de matrimonio forzado. Concretamente, en la asignación de competencia a los Tribunales españoles para conocer del delito de matrimonio forzado se pueden aplicar dos apartados del art. 23.4 LOPJ, pues esta conducta se puede subsumir en el delito de matrimonio forzado o en el delito de trata de personas: a través de la letra l) se aplicará el principio de justicia universal para la persecución de los 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. Para la aplicación del principio es necesario que se cumplan uno de los siguientes requisitos: a) que el procedimiento se dirija contra un español; b) que el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España, o c), que el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviere 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. También se puede atribuir competencia a los tribunales españoles a través de la letra m) referida a la trata de seres humanos, si se cumple uno de los siguientes requisitos: a) el procedimiento se dirige contra un español; b) el procedimiento se dirige contra un ciudadano extranjero que reside habitualmente en España; c) el procedimiento se dirige 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 d) el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera la 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.

duración, en el caso español). Y también se prevé un catálogo de circunstancias agravantes aplicables a esta lista de delitos⁹.

Antes de seguir con esta explicación conviene realizar dos puntualizaciones: primera, no todo matrimonio forzado se ha de identificar con el factor inmigración y, consecuentemente, con una cultura o tradición diferente¹⁰. Segunda, el matrimonio forzado tampoco se ha de identificar con la violencia contra la mujer. Las estadísticas sí destacan que ambos factores están presentes en el mayor número de casos detectados en los países occidentales.

En efecto, los casos detectados en España, fundamentalmente en una Comunidad Autónoma (Cataluña) responden al prototipo que se ha mencionado: las víctimas son mujeres y niñas procedentes (ellas o sus padres) de países donde se practican los matrimonios forzados, estando presente también, en consecuencia, el factor cultural o la tradición¹¹.

Como se ha comentado con anterioridad, la peculiaridad del matrimonio forzado es que falta la libertad de uno o de los dos contrayentes en su celebración. Es más, para

⁹ Las agravantes son las siguientes (art. 46 del Convenio): que el delito haya sido cometido contra el cónyuge o pareja de hecho, actual o antigua, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o por una persona que abuse de su autoridad; que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada; que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias; que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor; que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente; que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad; que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma; que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima; que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza.

¹⁰ En seguimiento de la IV Conferencia Mundial sobre la mujer, en el año 2008, el Secretario General presenta un Informe sobre el matrimonio forzado de niñas, en la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (E/CN.6/2008/4). En este informe se describen algunos motivos que pueden provocar el matrimonio forzado de niñas: porque se pretende proteger y defender una cultura; se pretende proteger a las niñas de insinuaciones sexuales indeseadas; puede tratarse de una estrategia de ampliación de la familia o un arreglo económico (estrechamente relacionado con las prácticas en las que la familia de la mujer recibe una dote por la celebración del matrimonio); son una forma de trata de personas. Otras motivaciones pueden estar relacionadas con el deseo de reforzar los vínculos familiares o como forma de ayuda para la obtención de permisos de residencia o de la nacionalidad. O los matrimonios forzados dirigidos a restablecer el honor familiar, supuesto en el que se engloba el matrimonio celebrado entre la mujer que ha sido víctima de la violación y su violador. Sobre algunas de las motivaciones que llevan al matrimonio forzado v. BRIONES MARTÍNEZ, Los matrimonios forzados en Europa: especial referencia a Francia, Dinamarca, el Reino Unido, Alemania y Noruega, RGDC EE 20 (2009), 6, haciendo especial hincapié en las razones de tipo económico; ABAD ARENAS, LL 2014-1, 1. Precisamente, el primer caso de matrimonio forzado que ha sido resuelto judicialmente no tiene nada que ver con la tradición o cultura diferente a la accidental: es el caso de la SAP Córdoba 6/2002, de 18 de julio, en el que un hombre obliga a una mujer a casarse con él porque quiere obtener el permiso de residencia en España.

¹¹ La información sobre las denuncias de matrimonios forzados en España, en concreto en Cataluña, aparece en <http://www.lavanguardia.com/opinion/editorial/20110426/54145750533/matrimonios>, y en <http://www.alianzcivilizaciones.blogspot.com.es/2011/08/cuatro-casos-de-matrimonios-forzados> (fecha de la consulta el 12 de enero de 2017).

que pueda llevarse a cabo la unión es preciso doblegar la oposición del contrayente, recurriendo para ello a la coacción, la amenaza, la violencia física, la privación de libertad. Esto es, antes de que se llegue a celebrar el matrimonio el contrayente que se opone está siendo víctima de delitos tales como coacciones, amenazas, lesiones, detenciones ilegales, principalmente. Y, dada la relación existente entre matrimonio forzado y violencia contra la mujer y violencia doméstica, también ha de tenerse en cuenta la respuesta penal frente a delitos de violencia doméstica y violencia de género, bien los delitos específicamente previstos en el CP, bien a través de la aplicación de las agravantes de discriminación por razón de género y parentesco a los “delitos comunes”.

En definitiva, el DP sí tiene respuesta para prevenir el matrimonio forzado. No nos encontramos ante una laguna de punibilidad que ha de ser subsanada, dada la importancia del bien jurídico afectado por este tipo de conductas, la libertad, concretada en su ejercicio para contraer matrimonio, o el libre desarrollo de la personalidad¹², desde esta segunda perspectiva se facilitará la aplicación del delito de coacciones consistente en impedir el ejercicio de un derecho fundamental (art. 172.1 segundo párrafo CP).

En esta enumeración de delitos se han de añadir otras figuras delictivas, cada una de ellas atiende a formas concretas de matrimonio forzado: el delito de trata de personas (desde la reforma de 2015, el art. 177 bis CP tipifica expresamente como finalidad de la trata de personas la celebración de matrimonios forzados)¹³, el delito de lesa humanidad¹⁴ y el delito de terrorismo (desde la reforma de 2015, el art. 577 CP plantea

¹² Véase, ampliamente, entre otros, ABAD ARENAS, LL 2014-1, 1073; IGAREDA GONZÁLEZ, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 47 (2013), 213 s., 218, poniendo el acento también en el bien jurídico dignidad personal.

¹³ Antes de la reforma de 2015 la doctrina ya había defendido la aplicación del delito de trata de personas para la prevención de la celebración de matrimonios forzados, entendiendo que los fines de explotación laboral o explotación sexual permitían abarcar este tipo de actuaciones. Véase, para más detalles, entre otros, PÉREZ CEPEDA, Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, Comares, Granada, 2004, 40; PÉREZ ALONSO, Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico internacional y jurídico-penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 71, 82; VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, 71 s.; IGAREDA GONZÁLEZ, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 4 (2013), 213.

¹⁴ Esta ha sido la calificación que se ha hecho en el Tribunal Especial para Sierra Leona para juzgar las conductas de captación de mujeres y niñas para ser entregadas a los combatientes. La primera calificación del matrimonio forzado como un acto inhumano, independiente de la esclavitud sexual, que ha de ser englobado en el crimen de lesa humanidad, se ha realizado en el caso Alex Tamba Brima/Ibrahim Bazy Kamara/Santigie Borbor Kanu (causa AFRC, Sentencia de 22 de febrero de 2008), donde se define el matrimonio forzado como la situación en la que el perpetrador, por sus palabras o conducta o las de un tercero de cuyas acciones es responsable, obliga a una persona por la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coerción a actuar como cónyuge. Se reconoce que este comportamiento genera graves sufrimientos o daños físicos, mentales o psicológicos para la víctima. En el caso Foday Saybana

como modalidad típica la captación de mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales).

Como se acaba de avanzar, el DP tiene mecanismos para la prevención del matrimonio forzado, lo que pone en cuestión la necesidad de que se incluya en el texto punitivo un delito de matrimonio forzado, circunstancia que se ha producido en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con la inclusión del art. 172 bis CP, ubicado en el Libro II en el Título VI, dedicado a los delitos contra la libertad, en el Capítulo III, relativo a los delitos de coacciones.

En el Preámbulo LO 1/2015 (en el punto XXVIII) se ofrecen dos argumentos para justificar esta tipificación autónoma:

En primer lugar, se recurre al argumento del cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos por España sobre la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos. Ilustrativamente se citan la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por España, y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo 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.

Ninguno de los dos textos internacionales citados a modo de justificación sirven para la tipificación autónoma del delito de matrimonio forzado: en el segundo caso, porque la reforma legislativa, caso de ser obligada y necesaria, ha de operarse en el delito de trata de personas, como así ha sucedido (ya se ha indicado anteriormente que la LO 1/2015 también ha modificado el delito de trata de personas, incluyendo entre los fines del delito la celebración de matrimonios forzados). En el primer caso, porque las obligaciones derivadas de este Convenio, particularmente del art. 16¹⁵ (destacado expresamente en el Preámbulo LO 1/2015) ya han sido cumplidas desde hace tiempo, en primer lugar, en el art. 32 CE, y, en segundo lugar, en el CC desde la reforma

Sankoh/Sam Bockarie/Issa Hassan Sesay/Morris Callón/Augustine Gbao (causa RUF, Sentencia de 26 de octubre de 2009) se aplicó esta doctrina, condenando a tres altos dirigentes del Frente Unido Revolucionario por participar en empresa delictiva conjunta por la que se obligaba a mujeres y niñas a casarse con soldados rebeldes.

¹⁵ El art. 16 del Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer exige la adopción de medidas para la eliminación de la discriminación de la mujer en asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, en particular, se exige el aseguramiento en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres a) el mismo derecho para contraer matrimonio; b) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

operada en este texto legislativo en el año 1981 para adaptar la regulación civil sobre el matrimonio y, en general, el Derecho de familia a los nuevos principios y derechos plasmados en el texto fundamental.

Resulta llamativo que en la alegación de este argumento sobre el cumplimiento de compromisos internacionales se haya omitido el texto que hubiera servido de “pretexto” para la tipificación del delito: el ya mencionado Convenio europeo para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (una omisión más inexplicable aún si se tiene en cuenta que ha sido citado en el punto XXII del Preámbulo LO 1/2015 para justificar la reforma de los delitos de violencia de género y violencia doméstica).

El segundo argumento justificador de la tipificación autónoma del delito de matrimonio forzado es el de Derecho comparado. Se trata de una figura delictiva que está tipificada en países de nuestro entorno, citando entre otros Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania, Noruega¹⁶.

Como se ha indicado anteriormente, el delito de matrimonio forzado aparece descrito en el art. 172 bis CP:

“1. 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.

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 no regresar al mismo”.

Si se recurre al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como principio limitador y orientador de la potestad punitiva del Estado, se puede concluir que la tipificación del delito que nos ocupa no resulta necesaria. Como ya se ha comentado con anterioridad, no nos encontramos ante una laguna de punibilidad que necesita ser colmada. La protección de los bienes jurídicos que pueden verse afectados por esta conducta ya están protegidos por el DP, a través de los delitos contra la integridad física, libertad y dignidad principalmente.

¹⁶ Sobre la tipificación penal del delito de matrimonio forzado en estos países europeos (y en otros no citados en el Preámbulo LO 1/2015), TRAPERO BARREALES, Matrimonios ilegales y DP, 2016, 141 ss.

Pero no solo falta el argumento justificador para la introducción del delito en nuestro texto punitivo¹⁷. Su aparición va a tener efectos difícilmente resolubles. Porque, al margen de los aspectos controvertidos sobre su exégesis, si se procede a la aplicación de esta figura delictiva, ello va a suponer en muchas ocasiones un trato privilegiado para el sujeto, ya que la pena con la que se conmina el delito solo es ligeramente superior a la prevista para el genérico delito de coacciones (precisamente se parte de la pena del delito de coacciones del art. 172.1 CP y se incrementa ligeramente –solo la pena de prisión, no así la pena de multa–), pero no lo es si se compara con los delitos de amenazas, detenciones ilegales. Por otra parte, la introducción de esta figura delictiva, al mismo tiempo que se ha modificado el delito de trata de personas, va a generar un complicado problema concursal que, para evitar absurdos privilegios punitivos, va a tener que ser resuelto a través del principio de alternatividad a favor del delito de trata de personas.

Con la modalidad delictiva descrita en el segundo apartado se pretende dar respuesta a las situaciones habituales en la práctica, cuando la víctima es “sacada” del país de residencia o del que es nacional para ser trasladada al país de origen de su familia donde se va a celebrar el matrimonio forzado, o cuando, para celebrar el matrimonio forzado, se impide el regreso al país de residencia o del que es nacional la víctima. Se ha recurrido para ello a la construcción de un delito mutilado de dos actos, equiparándose penológicamente el uso de la violencia, la intimidación grave, medios comisivos ya delictivos por sí mismos (coacciones y amenazas) con el engaño. En esta modalidad delictiva sí se estaría colmando una laguna de punibilidad, para el caso de que se recurra al engaño como medio comisivo para conseguir que la víctima salga del país o no regrese al país. Pero es preciso preguntarse si está justificado en este caso la tipificación de lo que no pasa de ser un mero acto preparatorio del ataque a la libertad

¹⁷ La doctrina absolutamente mayoritaria se ha pronunciado críticamente sobre la inclusión del delito de matrimonio forzado en el CP, desde argumentos sobre su falta de legitimación hasta argumentos basados en razones de técnica jurídica. Véase, ampliamente, entre otros, MAQUEDA ABREU, El delito de matrimonio forzado. Art. 172 bis, en: Álvarez García (dir.)/Dopico Gómez-Aller (coord.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 559 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, El delito de matrimonio forzado, en: Quintero Olivares (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 368, 378; GUINARTE CABADA, El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP), en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 562-563; IGAREDA GONZÁLEZ, Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el Derecho penal simbólico? Indret 1/2015, 1 ss.; PALMA HERRERA, La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en: Morillas Cueva (dir.), Estudio sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson, Madrid, 2015, 398; TRAPERO BARREALES, Matrimonios ilegales y DP, 2016, 190 ss.

de la víctima, sobre todo si lo comparamos con otra de las prácticas que se califican como violencia contra la mujer y violencia doméstica, la mutilación genital; los casos detectados de mutilación genital no se practican en territorio español, sino que se cometen aprovechando los traslados de las menores a los países de origen de sus padres, pero en este delito no se ha tipificado el acto preparatorio consistente en lograr mediante engaño que la víctima se traslade a otro país para ser sometida a la mutilación.

La finalidad real de la reforma, y nuevamente no sirve de argumento justificador, ha sido la creación de un delito cultural, similar al delito de mutilación genital, introducido este en el CP en la reforma de 2003. Las explicaciones ofrecidas por CARPIO BRIZ¹⁸, a favor de la tipificación expresa del delito de matrimonio forzado, son la muestra inequívoca de que este ha sido el objetivo no declarado:

“Sí resulta oportuna la tipificación específica del matrimonio forzado. Pues con ello, al igual que sucedió con la expresa tipificación de la ablación del clítoris, se refuerza el mensaje preventivo dirigido a determinados sujetos pertenecientes a comunidades asentadas en territorio español que no atienden al necesario respeto a nuestro sistema de valores constitucionales. El matrimonio forzado atenta directamente contra el valor superior de la libertad, así como el de la igualdad, fundamentos del sistema político español”.

De ninguna de las maneras se justifica la creación de un delito cultural, usando el DP como herramienta pedagógica. De manera ilustrativa, la siguiente argumentación de MAQUEDA ABREU¹⁹ resulta de lo más esclarecedora para negar la justificación de la reforma penal:

“Pese a la neutralidad con que aparece redactado el nuevo precepto, a nadie se oculta la complejidad de las conductas que pretende criminalizar, en particular, la de los padres que, siguiendo las pautas marcadas por su código cultural, conciertan los matrimonios de sus hijas al margen o en contra de su voluntad. *Se crea así un nuevo delito cultural, con parecidas características a las del delito de mutilaciones genitales* [art. 149,2)] que en su día ideó la reforma del Código penal 11/2003, de 29 de septiembre, *en un intento de visibilizar —y estigmatizar— prácticas ancestrales de grupos culturales minoritarios*, ahora también de origen normalmente extranjero (aunque a menudo se incluye a miembros de la etnia gitana pertenecientes a la comunidad nacional), que profesan tradiciones mayoritariamente relacionadas con el hinduismo o el Islam. Al tiempo en que el

¹⁸ CARPIO BRIZ, en: Corcoy Bidasolo (dir.)/Vera Sánchez (coord.), Manual de Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 138. Este autor critica otros aspectos del delito: la no regulación del delito de matrimonio forzado sobrevenido (caso resuelto por la STS 602/2015, 13 de octubre) o la escasa pena con la que se castiga el delito, más si se compara con el delito de coacciones, y más aún si se tiene en cuenta que puede acabar siendo castigado con una pena de multa.

¹⁹ MAQUEDA ABREU, en: Álvarez García (dir.)/Dopico Gómez-Aller (coord.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, 2013, 560-564 (cursiva destacada por mí).

debate teórico de los expertos se centra en la necesidad de crear mecanismos de defensa cultural para atemperar el efecto discriminatorio del aparato penal en su aplicación a colectivos que están al margen de sus motivaciones normativas, *el legislador* da un nuevo paso adelante por la vía de *una criminalización específica* —dirigida explícitamente a ellos— *que se sabe ineficaz pero que le permite alcanzar los consabidos efectos simbólicos y pedagógicos que, en realidad, se esperan de ella*, bajo el falso pretexto de cumplir con las directrices establecidas por la Comunidad Internacional.

Es una reforma extremadamente ideológica. A falta de la búsqueda de efectos preventivo generales eficaces en la criminalización de las conductas que se describen en el nuevo art. 172 bis, *la única conclusión posible es que los fines de la reforma son estrictamente pedagógicos y se orientan a transmitir a la sociedad un mensaje universalista de intolerancia “ética” y de rechazo social frente a las prácticas “bárbaras” de grupos culturalmente atrasados bajo el pretexto de tutelar a sus miembros más vulnerables.* La supuesta preocupación por los derechos humanos de esas minorías de género en el seno de sus comunidades —la protección de las “minorías de las minorías”— no consigue ocultar el propósito legislativo preferente de ofrecer respuestas disuasorias —las del derecho penal siempre lo son, dada su naturaleza de instrumento privilegiado de control— frente a los conflictos normativos que son característicos de nuestras sociedades multiculturales. El sentimiento de superioridad cultural se ve fortalecido por la cohesión de la mayoría en torno a los valores propios de su civilidad reafirmada. La pena cumple con el fin integrador que se espera de ella. Los efectos negativos de esta criminalización simbólica son preocupantes en orden a la consecución de soluciones justas que amparen los inciertos derechos de los grupos culturales que están en situación de desventaja social, como confirma la tercera de las conclusiones posibles:

3. *Es una reforma contraproducente.* Esa repentina huida hacia una solución estrictamente punitiva del problema social de los matrimonios forzados elude las posibles contradicciones que representa para la vigencia de los criterios de justicia propios de un derecho penal respetuoso con la diversidad cultural. *Las diferentes —y discutidas— soluciones que se expresan bajo la llamada “defensa cultural”, no se valoran en esta reforma.* Como tampoco los efectos perversos que previsiblemente se seguirán de ella en orden a una creciente clandestinización de esas prácticas culturales minoritarias y al ocultamiento de sus víctimas, demasiado aisladas a menudo y carentes de recursos económicos y lingüísticos y de redes sociales de apoyo alternativas a las familiares y a las de su comunidad más próxima que —concebidas como “focos de riesgos”— verán fuertemente incrementados los mecanismos policiales de control y mermada —cuando no suprimida— su intimidad y su libertad de movimientos y de circulación por el efecto de la sospecha o, en su caso, de una condena que puede conllevar su expulsión del territorio nacional (art. 89,1 CP), la pérdida del permiso de residencia o de los derechos de patria potestad y tutela de sus hijos menores (art. 56, 3 CP)... La indefensión de unas y otras sufrirá un importante incremento por obra de la reforma. También la de las víctimas, a merced de instancias institucionalizadas que incrementarán su aislamiento social (como los centros de atención a la infancia y la adolescencia de las respectivas comunidades autónomas) o abandonadas a su suerte sin el apoyo de servicios sociales y estrategias de ayuda que ofrezcan soluciones realistas a su situación de

desvalimiento (un trabajo estable, casas de acogida u otros recursos asistenciales). Una vez más se hace patente en esta sede la despreocupación del estado español por las directrices internacionales que establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de género como éste de los matrimonios forzados (Considerando 17 de la Directiva 2012/29/UE) en el sentido de asegurarles prestaciones de apoyo sin necesidad de acudir a la denuncia penal (Considerando nº 40) y soluciones de ayuda y asistencia activa a partir de iniciativas múltiples (campañas de información y concienciación, programas de atención, formación y educación, búsqueda de colaboración con sus comunidades más próximas y sus referentes más significativos...) y acceso efectivo a los distintos servicios sociales y jurídicos entre los que se incluye la mediación, las conferencias de grupo familiar y otros de justicia reparadora (Considerandos nº 46 y 62).

Esta reforma tiene, en fin, el signo común de las estrategias penales que buscan remover la conciencia social de la inactividad estatal y crear un efecto tranquilizador sobre la inquietud pública con medidas eficientistas —de efecto pretendidamente “mágico”— que eluden afrontar el núcleo de los problemas sociales complejos al tiempo que persiguen liberar al estado de sus deberes sociales y asistenciales con quienes los sufren”.

Resulta oportuno destacar el efecto más destacado de la introducción del delito cultural en el CP: con él se pretende bloquear la construcción del delito culturalmente motivado, esto es, la posibilidad de dar respuesta desde la teoría jurídica del delito a la particular situación que se presenta cuando el sujeto que comete el delito ha sido educado y socializado en un contexto cultural diferente al occidental, lo que significa que desde su propio contexto cultural el hecho no tiene aquella calificación. Ilustrativo de ello es el caso resuelto en la STS 602/2015, de 13 de octubre, sobre un supuesto de matrimonio forzado sobrevenido, en el que se han cometido delitos de detenciones ilegales y maltrato por parte de un padre y varios hermanos para impedir a una mujer pakistaní que se divorciara de su marido. En este caso el TS ha descartado la posibilidad de que los sujetos actuaran en un error de prohibición con el argumento de que tal error no es permisible en infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, lo que sucede en este caso porque se está afectando a la libertad, uno de los valores o principios metaconstitucionales, consagrado en el art. 1 CE. Siguiendo con el argumento del TS, las convicciones culturales de otros pueblos no se pueden tutelar por nuestro sistema jurídico cuando para su vigencia resulte indispensable un sacrificio de otros valores axiológicamente superiores.

III. EL MATRIMONIO PREMATURO O PRECOZ

Se utiliza esta denominación para aludir al matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes es menor de edad. O, de manera más ajustada, el contrayente no ha alcanzado la edad requerida según el Derecho positivo para celebrar válidamente el matrimonio. En el caso del Derecho español, el art. 46 CC dispone que no puede contraer matrimonio el menor de edad no emancipado (la emancipación requiere que el menor haya cumplido 16 años).

El matrimonio precoz o prematuro puede implicar una grave violación de los derechos del menor, en particular afectando a bienes jurídicos como la salud, la libertad, la igualdad, la dignidad, su desarrollo y bienestar físico y psicológico se ve afectado, pues a partir de la celebración del matrimonio la vida del menor cambia radicalmente, haciéndose cargo de una familia para la que no está preparado, si se trata de una niña pasa a depender de su marido y abandona su formación educativa. Desde estas consideraciones se ha reclamado la tipificación penal del delito de matrimonio precoz o prematuro²⁰.

Tal tipificación penal no se ha producido, al menos de momento. La prevención del matrimonio precoz es misión de la normativa civil y administrativa. Desde la primera perspectiva, estableciendo los requisitos para la validez del matrimonio, entre ellos el relativo a la edad mínima para contraerlo, decretándose la nulidad del que no se ajusta a tal regulación, ofreciendo protección para el contrayente que actúa de buena fe (esto significa que el matrimonio nulo sí produce efectos, a pesar de su nulidad). Desde la segunda perspectiva, porque en el expediente matrimonial abierto previamente a la celebración del matrimonio se ha de constatar si concurren los requisitos exigidos legalmente para la celebración del matrimonio válido. Solo si la normativa civil y administrativa resultara insuficiente, e ineficaz, en la prevención del matrimonio prematuro podría cuestionarse la pertinencia de la intervención penal en su prevención.

²⁰ Sobre los efectos negativos del matrimonio en el menor, véase Informe de la IV Conferencia mundial sobre la mujer de 1995 y Resolución 1468 (2005), del Consejo de Europa, sobre matrimonios forzados y de niños. Al informe se remite BRIONES MARTÍNEZ, RGDC EE 20 (2009), 6. Atendiendo a tales consecuencias negativas para los derechos del menor reclaman la tipificación penal del matrimonio prematuro, entre otros, ABAD ARENAS, LL 2014-2, 1316; LÓPEZ SÁNCHEZ, Los abusos sexuales a menores y otras formas de maltrato sexual, Síntesis, Madrid, 2014, 149; LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 3ª, 2015, 164; TORRES ROSELL, El matrimonio infantil como atentado a la dignidad e indemnidad de los menores, en: Villacampa Estiarte (coord.), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 428, si bien esta autora es partidaria de que se reconduzca el matrimonio prematuro al delito de trata de personas.

El DP sí tiene respuesta frente al matrimonio prematuro o precoz, desde diferentes perspectivas. En primer lugar, se puede recurrir al delito de matrimonio inválido, art. 218 CP, si el contrayente actúa con intención de perjudicar al otro contrayente menor de edad, desde el momento en que el término perjuicio se puede interpretar en sentido amplio, por tanto, puede plantearse desde la perspectiva de los propios efectos perjudiciales que provocará el matrimonio en el contrayente menor de edad. Pero el principal obstáculo para la aplicación de esta figura delictiva es que el perjuicio se ha planteado como un especial elemento subjetivo del injusto, con la estructura de un delito de resultado cortado, y su concurrencia requiere la presencia del propósito o intención en el contrayente de perjudicar al otro. Cuando se celebra un matrimonio precoz a lo sumo el contrayente mayor de edad podrá ser consciente de los posibles efectos negativos para el otro cónyuge menor, pero en ningún caso contrae matrimonio con intención o propósito de perjudicarlo.

En segundo lugar, se puede recurrir al delito de matrimonio forzado prematuro o precoz. Esta es la figura delictiva tipificada en el art. 172 bis.3 CP:

“Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

Estamos en presencia de un tipo cualificado del delito de matrimonio forzado, cualificación basada en la minoría de edad de la víctima (curiosamente en este delito no se ha querido establecer una protección penal más intensa en el caso de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección). Es decir, es necesario que se recurra a la intimidación grave o a la violencia para obligar al menor a contraer matrimonio, en la primera de las modalidades típicas, o es necesario recurrir a la intimidación grave, violencia, engaño, para lograr que la víctima abandone el país para posteriormente obligarla a contraer matrimonio, o para lograr que la víctima no regrese al país porque va a ser obligada a contraer matrimonio, en la segunda de las modalidades típicas. Dadas las características personales de la víctima, su minoría de edad, en la interpretación de estos medios comisivos se tendrá en cuenta esta circunstancia²¹. Ahora bien, en los casos más preocupantes, en edades muy tempranas, porque el matrimonio es concertado por los parientes próximos del menor, no será necesario el recurso a la intimidación o a la violencia, pues el menor a esa edad no entenderá qué significa la celebración del matrimonio, y no pondrá obstáculo a su celebración porque la propuesta

²¹ Véase, más ampliamente, GUINARTE CABADA, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2015, 574.

procede de sus parientes más próximos. En estos supuestos se estará en el campo específico del matrimonio prematuro, supuesto que queda fuera de la órbita penal, por tanto.

En tercer lugar, para la prevención penal del matrimonio prematuro o precoz puede recurrirse al delito de trata de personas, art. 177 bis CP. En este caso además de que se amplía la enumeración de medios comisivos, pues se incluye la intimidación (y aquí no se especifica que la intimidación haya de ser grave), la violencia, el engaño, pero también el abuso de la situación de superioridad o de necesidad o de la vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control sobre la víctima. En este delito de trata de personas se ofrece una definición auténtica de situación de necesidad o vulnerabilidad: cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso (art. 177 bis.1 segundo párrafo CP). Por otro lado, en el delito de trata de personas se ofrece un tratamiento específico para cuando la víctima sea menor de edad: en este caso se considerará trata de personas cualquiera de las acciones que se han tipificado penalmente con finalidad de explotación del menor aunque se lleven a cabo sin el recurso a ninguno de estos medios comisivos.

Pero tampoco el delito de trata de personas da respuesta a todos los supuestos de matrimonios prematuros. En primer lugar, porque es preciso que el matrimonio prematuro se subsuma en alguna de las conductas típicas dirigidas a la explotación de las personas que definen el delito de trata de personas. En segundo lugar, para el caso de que se esté en presencia de una de estas conductas con fines de explotación características de la trata, y, en particular, porque en la reforma de 2015 se ha incluido como finalidad de la trata de personas la celebración de matrimonios forzados, facilitando por tanto la aplicación de este delito (el eventual concurso de leyes entre el delito de trata de personas y el delito de matrimonio forzado prematuro se tendrá que resolver a favor del primero, por aplicación del principio de alternatividad), sin embargo, tal aplicación está condicionada a que se esté ante la celebración de un matrimonio forzado. Si para la interpretación de esta finalidad se está a la definición de matrimonio forzado del art. 172 bis CP, en tal caso nuevamente se tendrá respuesta penal frente al matrimonio forzado prematuro, pero no para el matrimonio prematuro o precoz en sentido estricto en el que no es preciso el recurso a la coacción ni a la intimidación porque el menor no se opone a la celebración del matrimonio.

Quizás a través del análisis del delito de trata de personas se puede evidenciar una laguna de punibilidad que debe ser subsanada. Porque en la trata de personas se está ante conductas que implican la mercantilización de personas, si la regulación actual no permite dar respuesta penal a la trata con fines de celebración de matrimonios prematuros, tal laguna deberá ser colmada con el cambio en la regulación del art. 177 bis CP, concretamente, incluyendo como finalidad la celebración de matrimonios forzados o prematuros.

Para los otros supuestos de matrimonios prematuros la intervención penal está condicionada a una previa valoración sobre la insuficiencia de la respuesta civil y administrativa, en la prevención de tales uniones y en la protección de los derechos de los menores de edad.

IV. EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

Como se ha comentado en la introducción, estamos ante la celebración del matrimonio faltando el consentimiento matrimonial. Tomando como referencia la definición de matrimonio, los contrayentes no prestan un consentimiento dirigido a establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

En este comentario se va a partir de un presupuesto que, no obstante, es objeto de consideración por la doctrina: el matrimonio de conveniencia es nulo, por falta un elemento básico para su constitución, el consentimiento matrimonial. Se ha advertido de la cuestionabilidad de esta afirmación, sobre todo derivado de la reforma del CC en el año 2005 en materia separación y divorcio. En efecto, tal como ha puesto de relieve la doctrina civilista, esta reforma ha podido afectar, sin pretenderlo de manera expresa, a la propia concepción del consentimiento matrimonial. Este comporta la adhesión de ambos contrayentes al modelo de matrimonio que regula el ordenamiento jurídico, modelo que aquellos no pueden cambiar, pero esta regulación normativa ha ido eliminando las notas que permitían su identificación, resultando en la actualidad difícil precisar en qué consiste precisamente el consentimiento matrimonial fuera o más allá de su emisión en la forma requerida por la ley. Se llega a afirmar que, tras la reforma en materia de divorcio, aceptando su carácter unilateral y acausal, ya no existe razón para mantener

que el consentimiento matrimonial haya de referirse a los deberes conyugales y, en consecuencia, su exclusión no puede ser motivo de nulidad del matrimonio²².

Si esto es así, el matrimonio de conveniencia o blanco no podría ser calificado como matrimonio nulo por falta de consentimiento matrimonial; si tal consentimiento no tiene un contenido sustantivo, solo exige que se emita en la forma establecida en la ley, eso sí, individualizando e identificando claramente a la persona con la que se consiente en contraer matrimonio, y siempre y cuando no concurren vicios que afecten a la libertad de emisión de tal declaración de voluntad, este consentimiento debería ser calificado como matrimonial, declarando válido el así contraído²³.

A pesar de lo señalado, como se ha descrito al inicio de este epígrafe, el matrimonio de conveniencia o complacencia sigue considerándose un matrimonio nulo por falta de consentimiento matrimonial. Y es objeto de preocupación y atención en un supuesto muy particular, cuando en el matrimonio concurre un factor de extranjería²⁴, porque el matrimonio puede ser un mecanismo para facilitar la situación administrativa

²² V., para más detalles, DE PABLO CONTRERAS, en: Yzquierdo Tolsada/Cuena Casas (dirs.), Tratado Derecho de Familia I, 2011, 514 ss. También ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Matrimonio de conveniencia: argumentos vergonzantes y paradojas inocuas, *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 16 (2007), 32, precisamente en relación con el matrimonio de conveniencia, porque el problema de este tipo de uniones está relacionado directamente con el consentimiento matrimonial, se pregunta si hay un concepto unívoco de consentimiento matrimonial, y, sobre todo, cuál es el contenido de este consentimiento.

²³ Así lo reconoce DE PABLO CONTRERAS, en: Yzquierdo Tolsada/Cuena Casas (dirs.), Tratado Derecho de Familia I, 2011, 522 s. También GUTIÉRREZ SANTIAGO/GARCÍA AMADO, La “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código Civil), *Revista Digital Facultad de Derecho* 6 (2013), 169 s. y n. 27, aceptando la tesis de De Pablo Contreras sobre la falta de contenido sustantivo del consentimiento matrimonial, llegan a afirmar que lo que en la actualidad define la institución matrimonial es únicamente, o al menos principalmente, la forma: el acto formal de celebración del matrimonio con arreglo a los ritos y formalidades que señala el CC. Si esto es así, el matrimonio de conveniencia o blanco sí se celebraría cumpliendo con tales ritos y formalidades, luego tendría que ser calificado como auténtico matrimonio. Por su parte, FÁBREGA RUIZ, Los matrimonios de conveniencia como forma de inmigración fraudulenta. Mecanismos de control, H-González García 2012, 1187, 1198 s., define el consentimiento matrimonial como el prestado en el ámbito del negocio matrimonial, sin connotaciones causales. Más adelante señala que, cuando en el art. 45 CC se alude al consentimiento matrimonial, se está haciendo referencia al consentimiento viciado por error, coacción, miedo, falta de capacidad para prestarlo, no se pretende hacer referencia a intención alguna. De este planteamiento se deduce que el matrimonio de conveniencia, de calificarse como matrimonio nulo, la nulidad no se deriva de la falta de consentimiento matrimonial, sino de la falta de la causa para el matrimonio (partiendo de la hipótesis de que la legislación civil exige tal causa, lo que no sucede).

²⁴ Véase, más ampliamente, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, en: *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 16 (2007), 32, 34 s., 41 s., 49 s., reconociendo que el matrimonio de conveniencia es una tutela de las normas sobre extranjería o sobre nacionalidad. También advierte que la protección de la institución matrimonial solo se activa en matrimonios de conveniencia con factor extranjería, no sucede lo mismo cuando el matrimonio se celebra entre españoles, o entre residentes legales o entre nacionales comunitarios.

del contrayente extranjero, bien porque facilita la adquisición de la nacionalidad, bien porque sirve para obtener más fácilmente los permisos de residencia en el país²⁵.

Solo cuando la inmigración ilegal se ha convertido en un fenómeno habitual, generando problemas para su control, los matrimonios de conveniencia han despertado el interés de las autoridades, controlando los intentos de acceso al Registro Civil de este tipo de matrimonio simulado²⁶.

La prevención de este tipo de matrimonios es misión del Derecho Administrativo (art. 53.2 letra b LO 4/2000). Pero también se puede recurrir al DP, eso sí, no porque haya un delito autónomo denominado delito de matrimonio de conveniencia (como sí sucede en otros países de nuestro entorno, concretamente en Francia). La intervención penal en la prevención de este tipo de uniones ha de ser cuestionada, en este caso además porque el propio tipo penal que sirve para su prevención también puede carecer de legitimación, si se hace una valoración desde el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Al margen de otras figuras delictivas que pueden ser aplicables en la celebración del matrimonio de conveniencia²⁷ el delito que interesa mencionar aquí es el delito de

²⁵ El matrimonio tiene estos efectos en materia de nacionalidad y extranjería: a) permite adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, en la medida en que el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (art. 22.2 CC): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero [art. 22.2 d) CC], siempre que sea una residencia “legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición” (art. 22.3 CC); b) permite lograr y mantener una autorización de residencia en España, incluida la residencia con carácter permanente, del extranjero que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español o de un ciudadano miembro de un Estado de la UE o de un Estado parte del Acuerdo sobre el EEE, tal como establecen los arts. 2, 8, 9 y 9 bis RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE; c) permite lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados, tal como disponen los arts. 17 ss. LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y los arts. 52 ss. (y para casos de residencia de larga duración-UE, art. 156) RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009.

²⁶ Con este objetivo, en la Circular FGE 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, se establecen los criterios que han de adoptarse en caso de intervención del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados. Con anterioridad, en la Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995 se establecían determinadas normas para la tramitación del expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero. Y más recientemente, se adoptado la Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia, en la que se hace un análisis detallado de este tipo de uniones.

²⁷ No resulta infrecuente que haya organizaciones criminales dedicadas a la organización de matrimonios de conveniencia. Tal como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ, La celebración del matrimonio y sus efectos personales en el derecho internacional privado, en: Yzquierdo Tolsada/Cuena Casas (dirs.), Tratado Derecho de Familia I, 2011, 1053, existen organizaciones criminales implicadas en la celebración masiva de esta clase de matrimonios. El precio de estas uniones ronda en torno a los diez mil euros: la red criminal que organiza el falso matrimonio se queda con unos siete mil euros, y el contrayente con tres

ayuda a la inmigración ilegal, eufemísticamente denominado delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).

Hasta la reforma operada por la LO 1/2015, el delito de ayuda a la inmigración ilegal castigaba al sujeto que, directa o indirectamente, promovía, favorecía o facilitaba el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE, y como tipo agravado castigaba al que realizaba tales hechos utilizando determinados medios comisivos, en particular cuando se actuaba con ánimo de lucro. Tal amplia descripción de la conducta típica permitía su aplicación a los casos de celebración de matrimonios de conveniencia, claramente al menos si era para facilitar la entrada en el país, con más dudas si el matrimonio se celebraba con la finalidad de facilitar la permanencia en el país²⁸.

mil. También FÁBREGA RUIZ, en: H-González García 2012, 1183, señala que las mafias que se dedican al tráfico de seres humanos recurren a los matrimonios de conveniencia para retener a las víctimas en el negocio de la prostitución o como una nueva vía para exprimir a la población inmigrante. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Las organizaciones dedicadas a la inmigración ilegal y tráfico de seres humanos, en: Cancio Meliá/Pozuelo Pérez (coords.), Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, 208 s., explica la manera de proceder de las organizaciones criminales en la fase de captación del ciudadano extranjero. Concretamente, su funcionamiento es el de una agencia de viaje, proponiendo varias posibilidades; en la segunda modalidad cita la utilización de matrimonios fraudulentos. La organización, para facilitar la adquisición de la nacionalidad o de la residencia al extranjero en situación irregular, recurre a medios que pueden dar lugar a diferentes infracciones penales. Aparte de los propios delitos de organización o grupo criminal (arts. 570 bis a 570 quater CP), o el de asociación ilícita (art. 515 CP), pueden cometer los delitos de tan diferente significado como los de falsedad documental, estafa, delitos contra la Administración Pública, particularmente el cohecho, o delitos contra la libertad como los delitos de coacciones y amenazas, si para el contrayente en situación regular no resulta suficiente aliciente la retribución económica que va a recibir por la celebración de esta unión, hasta el delito de ayuda a la inmigración ilegal (art. 318 bis CP). Esta enumeración de delitos aparece en la Circular FGE 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. Desde el punto de vista del contrayente que celebra el matrimonio de conveniencia, en los casos resueltos judicialmente se han aplicado desde el delito de bigamia, el delito de usurpación del estado civil hasta el delito de ayuda a la inmigración ilegal.

²⁸ Sobre la interpretación del antiguo art. 318 bis, en particular los conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina, los verbos que describen las conductas típicas, promover, favorecer, facilitar, los adverbios directa o indirectamente, y la forma de describir el elemento transfronterizo, desde en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE (literalmente no se menciona expresamente o para permanecer en España), v., por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (DIR.)/OLAIZOLA NOGALES/TRAPERO BARREALES/BARBER BURUSCO/JERICÓ OJER, Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2007, 214 ss., 225 ss., 230 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, Tráfico ilegal de personas con el propósito de explotación sexual, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Hortal Ibarra (coord.), Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, Edisofer, B de F, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2009, 455 ss., 457 ss., 462 ss., 465 ss. El recurso al antiguo delito de tráfico de personas ha sido planteado, entre otros, por PÉREZ CEPEDA, Globalización, 2004, 40, para el caso de celebración de matrimonios falsos para eludir las leyes de inmigración, siempre y cuando el matrimonio sea voluntario por ambas partes y aunque se celebre por precio (descartándose así la posible aplicación del delito de trata de personas); ZURDO SANTAMARÍA, Los matrimonios de conveniencia y su incidencia en el campo penal y administrativo, en: Ciencia Policial. Revista del Instituto de Estudios de Policía 106 (2011), 17 s., también plantea la aplicación del delito tipificado en el art. 318 bis CP en la prevención de matrimonios de conveniencia. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 5ª, Tirant lo

La actual regulación del delito de ayuda a la inmigración ilegal también puede ser aplicable a los supuestos de celebración de matrimonios de conveniencia²⁹.

En primer lugar, este tipo penal diferencia entre la ayuda a la entrada o al tránsito por territorio español (art. 318 bis.1 CP) y la ayuda a permanecer en territorio español (art. 318 bis.2 CP); abarcará, por tanto, los supuestos en los que el matrimonio de conveniencia se celebra previamente en el extranjero, para facilitar la entrada regular de uno de los contrayentes, como el que se celebra una vez que el extranjero se encuentra en España, para facilitar su permanencia a través del matrimonio.

En el caso de la ayuda a la entrada o tránsito se ha previsto como modalidad agravada la actuación con ánimo de lucro, mientras que la conducta consistente en ayudar a permanecer en territorio español solo es típica si el sujeto actúa con ánimo de lucro. Generalmente la celebración de estos matrimonios se lleva a cabo concurriendo una contraprestación económica a favor del contrayente en situación regular, pues accede a celebrar esta unión a cambio de una cantidad económica. La contraprestación económica está presente siempre cuando son las organizaciones o grupos criminales los encargados de concertar estas uniones. Por tanto, también este requisito típico puede cumplirse en el caso de celebración de un matrimonio de conveniencia.

Blanch, Valencia, 2015, 899, el delito del antiguo art. 318 bis se aplicaba a supuestos de organizaciones dedicadas a preparar matrimonios de conveniencia, y el contrayente tenía que formar parte de la organización. Pero si el extranjero estaba en España y el que intervenía en el matrimonio no era parte integrante de la red, en tal caso este sujeto no cometía el delito del antiguo art. 318 bis, pues su conducta sería calificable como una participación posterior a la consumación. En consecuencia, si no se intervenía en la entrada no había delito. Desde el punto de vista judicial, el antiguo art. 318 bis se ha aplicado a matrimonios de conveniencia concertados por grupos y organizaciones criminales o por personas particulares. En el primer caso, véase, por ejemplo, el AAP Barcelona núm. 1479/2011, 11 de noviembre; ATSJ Cataluña núm. 98/2013, 24 de octubre. En el segundo caso, véase SAP Madrid núm. 548/2004, 21 de diciembre; AAP Santa Cruz de Tenerife de 11 de noviembre de 2008; AAP Tarragona núm. 599/2010, 9 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 46/2010, 8 de febrero; STS núm. 896/2013, 28 de noviembre.

²⁹ Sobre la interpretación de los requisitos típicos exigidos en los delitos de ayuda a la entrada en territorio español, ayuda a transitar por territorio español o ayuda a permanecer en territorio español, véase, entre otros, IGLESIAS SKULJ, Art. 318 bis: el delito contra los ciudadanos extranjeros, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 986 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP económico. PE*, 5ª, 2015, 898 ss.; en: González Cussac (coord.), Derecho penal. Parte especial, 4ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 543 ss.; MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal 3ª, Colex, Madrid, 2015, 534 ss.; PÉREZ ARIAS, Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social y delitos contra los derechos de los trabajadores y de ciudadanos extranjeros, en: Morillas Cueva (dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson, Madrid, 2015, 715 ss.; PÉREZ CEPEDA, en: Gómez Rivero (dir.), Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial, tomo I, 2ª, Tecnos, Madrid, 2015, 248 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. Parte especial, 7ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 925 s.; SANTANA VEGA, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Dykinson, Madrid, 2015, 1130 ss.

Quizás el requisito típico que puede no concurrir es el referido al elemento subjetivo exigido en el actual delito de ayuda a la inmigración ilegal. Tanto en la conducta consistente en ayudar a la entrada o al tránsito por territorio español como en la conducta de ayudar a permanecer en territorio español se exige que el sujeto actúe intencionadamente.

Respecto de este elemento subjetivo cabe formular una interpretación amplia, en el sentido de que tal adverbio está aludiendo simplemente a la exigencia de que el sujeto actúe dolosamente, abarcando tanto los supuestos de ayuda con dolo directo como con dolo eventual.

Pero también es factible plantear una interpretación restrictiva, lo que parece además la opción más acertada, dada la cuestionable legitimidad penal de este delito, si atendemos a su objeto de protección, relacionado con el interés estatal en el control de los flujos migratorios³⁰. Esta interpretación restrictiva consistiría en entender que el

³⁰ En la antigua regulación del delito de ayuda al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina (art. 318 bis anterior a la reforma de la LO 1/2015) ha sido objeto de controversia doctrinal qué bien jurídico se protegía. Esta discusión se remonta a la aparición del delito ubicado en el Título XV bis del Libro II CP, en la reforma aprobada por LO 4/2000, estando muy influida por la defectuosa regulación de un delito que, pese a ser objeto de constantes reformas, no se ha conseguido una correcta redacción técnica, ni siquiera con la más importante, la operada por la LO 5/2010; la discusión no ha cesado a pesar de que en esta última reforma se ha pretendido diferenciar el delito de trata de seres humanos del delito de tráfico e inmigración clandestina, con la creación de una nueva figura delictiva, la del art. 177 bis, y la modificación de la redacción del art. 318 bis. Lo que sí ha provocado este continuo cambio en la regulación del art. 318 bis, particularmente tras la reforma de 2010, es el cada vez más forzado reconocimiento de que el objeto de protección de este delito se aleja de los derechos de los ciudadanos extranjeros en la medida en que se acerca cada vez más a la protección del interés estatal en el control de los flujos migratorios. Porque, en última instancia, la discusión en torno al bien jurídico protegido por el art. 318 bis anterior a la reforma de 2015 gira sobre estos dos grandes bloques, esto es, los que han entendido que se protegía el interés del Estado en el control de los flujos migratorios (en ocasiones desde la consideración de que se trataba de un delito pluriofensivo, siendo este uno de los bienes jurídicos protegidos) y los que proponían un bien jurídico orientado por la rúbrica del Título en el que se ubica este precepto, los derechos de los ciudadanos extranjeros (dentro de este sector doctrinal algunos autores proponen como bien jurídico protegido la dignidad). Sobre las diferentes posturas doctrinales en torno al bien jurídico protegido en el antiguo art. 318 bis, véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (DIR.)/OLAIZOLA NOGALES/TRAPERO BARREALES/BARBER BURUSCO/JERICÓ OJER, *Protección y expulsión de extranjeros*, 2007, 195 ss., 205 ss. En la actual regulación, pese a que la rúbrica del Título no se ha modificado, sí ha sufrido un cambio sustancial la tipificación del delito de ayuda a la inmigración ilegal, al tiempo que se han rebajado sustancialmente los marcos penales de las distintas modalidades, básicas y agravadas, previstas en el actual art. 318 bis. Estos profundos cambios se justifican en el Preámbulo LO 1/2015 con una expresa referencia a la normativa europea en materia de inmigración, concretamente, se alude a la Directiva 2002/90/CE, y por este motivo se definen con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal (de manera diferenciada con la trata de seres humanos) y se alude a la Decisión Marco 2002/946/JAI, para revisar las penas con las que se conminan los diferentes apartados del art. 318 bis. Todo ello debe llevar a la conclusión de que el actual art. 318 bis protege, ya sin ningún género de dudas, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. Reconocen que este es el bien jurídico protegido en el actual art. 318 bis, cuestionando por ello esta tipificación penal, entre otros, IGLESIAS SKULJ, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), *Reforma CP de 2015*, 2ª, 2015, 985; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP económico PE*, 5ª, 2015, 897; MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), *PE*, 3ª, 2015, 534; PÉREZ CEPEDA, en: Gómez Rivero (dir.), *PE I*, 2ª, 2015, 247 s., 253. No

término “intencionadamente” está aludiendo, sí, al tipo subjetivo, pero para requerir que la ayuda se realice con dolo directo³¹.

Incluso, en la interpretación más restrictiva posible, y que sería la opción elegible para limitar la aplicación de esta modalidad delictiva tan cuestionable, tal elemento subjetivo se podría identificar con el dolo directo de primer grado, exigiendo por tanto que el propósito o intención principal del sujeto ha de ser ayudar a la inmigración ilegal. No sería suficiente con que el sujeto tenga conocimiento de que su intervención tiene este efecto o consecuencia si su propósito principal no es este.

Desde esta interpretación hiperrestrictiva se podría cuestionar la subsunción en este delito de los supuestos de celebración de matrimonios de conveniencia. Porque aun cuando el contrayente en “situación regular” tiene conocimiento cierto de los efectos de la celebración de este matrimonio, sabe por tanto que está realizando la conducta de ayuda a la inmigración ilegal, y pese a que actúa para obtener un beneficio económico por esta ayuda, su propósito principal o primero precisamente es la obtención del beneficio económico, la consecuencia necesaria de su actuación es que facilita la inmigración ilegal, pero este no es su objetivo principal. Aunque este planteamiento nos enfrenta con la difícil delimitación entre los conceptos propósito, motivo y móvil, si se identifica el adverbio intencionadamente con el dolo directo de primer grado cabría cuestionar que en este caso el sujeto esté ayudando a la inmigración ilegal con aquella intención o propósito. Porque cabría entender que su actuación puede estar guiada por diferentes móviles o motivos, pero habría que averiguar si su propósito principal es o no el de ayudar a la entrada o a la permanencia en el territorio nacional de extranjero no comunitario y que no cumple los requisitos exigidos legalmente sobre la entrada, el tránsito o la permanencia o estancia de extranjeros.

De esta manera, además, y para el caso que nos ocupa, se podría encontrar una vía de diferenciación entre el delito de ayuda a la inmigración ilegal y las infracciones administrativas, por un lado, la infracción grave consistente (entre otras conductas) en

es esta, sin embargo, opinión unánime, pues se sigue defendiendo que el objeto de protección ha de estar relacionado con los derechos de los ciudadanos extranjeros, derivando tal postura de la rúbrica del Título XV bis. Véase, de esta opinión, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 924, quien plantea como bien jurídico la protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas.

³¹ Defiende esta interpretación restrictiva, identificando el adverbio intencionadamente con el dolo directo, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DP económico. PE, 5ª, 2015, 901, aunque con ciertas dudas; en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 544, descartando sin dudas la comisión del delito con dolo eventual; PÉREZ CEPEDA, en: Gómez Rivero (dir.), PE I, 2ª, 2015, 250.

contraer matrimonio o simular una relación afectiva análoga cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia [art. 53.2 b) LO 4/2000]. Y, por otro lado, la infracción muy grave consistente en inducir, promover, favorecer, facilitar con ánimo de lucro la inmigración clandestina en tránsito o con destino al territorio español o la permanencia en el territorio español [art. 54.1 b) LO 4/2000]. A través de la interpretación hiperrestrictiva del delito de ayuda a la inmigración ilegal, la prevención de los matrimonios de conveniencia sería objetivo del Derecho Administrativo sancionador.

V. BIGAMIA Y MATRIMONIOS INVÁLIDOS

En el Libro II CP, en el Título XII, dedicado a los delitos contra las relaciones familiares, en el Capítulo I, sobre los matrimonios ilegales, encontramos dos figuras delictivas que se ocupan del matrimonio nulo o inválido: los arts. 217 y 218 CP (el art. 219 CP está previsto para castigar a la autoridad que celebra el matrimonio inválido):

El art. 217 CP tipifica el delito de bigamia:

“El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

En el art. 218 CP se tipifica de manera genérica el delito de matrimonio inválido. Abarca, por tanto, todos los supuestos de matrimonios nulos en la definición del CC (incluida la bigamia, lo que genera el consiguiente problema concursal con el delito de bigamia): el celebrado sin consentimiento matrimonial, el celebrado entre personas que no pueden contraer matrimonio entre sí, el celebrado con menores de edad no emancipados, el celebrado sin la intervención de autoridad o sin testigos, el celebrado por error sobre el contrayente, el celebrado por miedo o coacción. Pero el tipo penal restringe su ámbito aplicativo al exigir que el matrimonio inválido se contraiga con la intención de perjudicar al otro contrayente. Y como alguna de las causas de nulidad pueden ser convalidadas con posterioridad a la celebración, se establece una excusa absolutoria o una causa objetiva de exclusión de la punibilidad³²:

³² No hay unanimidad en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de esta exención de pena prevista en el art. 218.2 CP. Mayoritariamente se ha defendido que se trata de una excusa absolutoria. Véase, en este sentido, entre otros muchos, TERRADILLOS BASOCO, en: Cobo Del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal. Tomo VII, Edersa, Madrid, 2003, 686; en: Terradillos Basoco (coord.), Derecho penal. Parte especial. Volumen I, Iustel, Madrid, 2011, 304; RAMÓN RIBAS, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 9ª, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, 567; BOIX REIG, en: Boix Reig (dir.), Derecho penal. Parte especial. Volumen II, Iustel,

“1. El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado.”

La corriente doctrinal que pone en duda la legitimidad de la tipificación penal de los matrimonios ilegales no es nueva, pues ya con la regulación del anterior CP se ha puesto en cuestión la intervención penal en este ámbito³³.

El cuestionamiento de la tipificación penal tiene razón de ser si la intervención penal va dirigida a la protección de una determinada institución familiar, el matrimonio, como parece deducirse de la regulación penal vigente. Las dudas desaparecen, o se reformulan desde otras perspectivas, fundamentalmente desde la perspectiva del cumplimiento de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio*, si el objeto de la protección penal se establece en los derechos y deberes que surgen de las formas de familia³⁴.

Con carácter general³⁵, cabe poner en entredicho si el DP ha de ser un instrumento idóneo para proteger esta institución familiar desde la consideración de que en la actualidad la familia admite diversas modalidades, aparecen nuevas formas de familia, y el matrimonio no es desde luego el único núcleo alrededor del que se constituye la familia³⁶. El matrimonio ha pasado a ser una forma más de constitución de relaciones

Madrid, 2012, 22. Pero también se ha defendido otra interpretación, desde que nos encontramos ante un supuesto específico de reparación del daño, aquí con eficacia eximente (tesis de FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 206 ss.), pasando por la tesis de que se trata de la demostración ulterior de la ausencia de un elemento típico, la invalidez del matrimonio [postura defendida por CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 316] hasta la postura que defiende que nos encontramos ante una causa objetiva de exclusión o supresión de la punibilidad (tesis defendida, entre otros, por LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 29/17-18).

³³ Véase MIR PUIG, *Matrimonios ilegales en el Código Penal*, ADPCP 1974, 440 s.

³⁴ Así se expresa RAMÓN RIBAS, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), PE, 9ª, 2011, 558, cuando advierte que el DP no debe perseguir la conservación de un determinado modelo familiar (máxime en el momento actual en el que la familia admite diversas modalidades), sino que, dado que la familia genera un entramado de derechos y deberes entre sus miembros, la protección de la institución familiar debe servir para prevenir la lesión de derechos subjetivos definidos en el Derecho civil de familia. Concluye este autor con una frase elocuente para el objetivo de este epígrafe, al afirmar que esta es “la razón que justifica la creación del Título XII y, en especial de su tercer y último Capítulo”.

³⁵ Sobre las objeciones planteadas en el texto, véase, para más detalles, MUÑOZ SÁNCHEZ, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 1058; CARRASCO ANDRINO, en: *Los matrimonios ilegales en el Código penal: su consideración como tipos de participación necesaria*, LLP 66 (2009), 6 s.; en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), *Derecho penal español. Parte especial (I)* 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 872; PRATS CANUT, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), PE, 8ª, 2009, 505; RAMÓN RIBAS, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), PE, 9ª, 2011, 558.

³⁶ Porque, como afirma BOIX REIG, en: Boix Reig (dir.), PE II, 2012, 19, el DP se utiliza para la defensa de una determinada concepción del matrimonio.

familiares, pero no necesariamente más importante y/o más necesitada de protección, hasta el punto de que se justifique el recurso al DP para garantizar su constitución. Porque la opción por la protección penal de la institución matrimonial puede generar como efecto la existencia de familias de primera y segunda categoría: en el primer grupo estaría la familia basada en el matrimonio, con reconocimiento jurídico civil y protección penal, en el segundo grupo estarían las familias “extramatrimoniales”, con una protección jurídica más flexible y menos intensa, al menos quedando fuera de la protección penal.

En esta misma línea cabe referirse al efecto que han generado las reformas civiles de la institución que nos ocupa aprobadas en 2005, una referida al matrimonio entre personas del mismo sexo, la otra referida a la regulación de la separación y el divorcio, hasta el punto de que se ha afirmado que el nuevo concepto de matrimonio en el CC se acerca al matrimonio de hecho, quedando solo dos diferencias entre uno y otro: la intervención de los poderes públicos en el nacimiento del matrimonio y en su extinción. De todo ello se deduce que no se comprende el interés del legislador por seguir protegiendo de forma reforzada, con instrumentos penales, una institución a la que él mismo cada vez da menos trascendencia³⁷.

Entre los argumentos críticos también se ha advertido que en los delitos de matrimonios ilegales subyace un contenido moralizante³⁸, argumento que se puede traducir en que nos encontramos ante delitos que carecen de bien jurídico, o, en un sentido más restringido, aun en el caso de que sí exista un objeto de protección, no se trataría de un bien jurídico-penal.

En concreto, en el delito de bigamia, se ha llegado a afirmar que “es una auténtica reliquia del derecho penal”³⁹, una tipificación que bien pudiera responder simplemente a una reminiscencia de la tradición, de épocas pasadas en las que el matrimonio era una

³⁷ Para más detalles, MARTÍNEZ GARCÍA, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios al Código penal, 2ª, Lex Nova, Valladolid, 2011, 850, quien añade que sería oportuno que se protegiera, incluso de forma más intensa, la familia cualquiera que sea su forma.

³⁸ V., en este sentido, LABACA ZABALA, Los matrimonios ilegales en la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, RDPP 13 (2005), 136; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), PE II, 2012, 19, quien, refiriéndose a todos los delitos incluidos en este Capítulo sobre los matrimonios ilegales, afirma que mantener la punición de estas conductas comporta el riesgo de una cierta confusión entre Derecho y Moral. Con carácter previo, MIR PUIG, ADPCP 1974, 441, ha afirmado que si se hace abstracción de las connotaciones morales (y religiosas) que acompañan a la bigamia, y si se reconoce la necesaria delimitación entre Moral y Derecho, con tales consideraciones se ha de demandar la destipificación del delito de bigamia.

³⁹ V., en este sentido, MARCO FRANCIA, El delito de bigamia en el Código penal español. Consideraciones penales y criminológicas, en: noticias.juridicas.com, julio 2011, 5.

institución sacramental⁴⁰, lo que a todas luces resulta un argumento que sirve para afirmar lo injustificable de la tipificación de este delito en el momento actual.

Desde el mismo argumento, este delito también ha sido calificado como un delito formal⁴¹, pues solo requiere para su comisión la infracción de las normas civiles que regulan el matrimonio válido.

Más genéricamente, unido con el argumento anterior, se ha calificado de criticable el recurso al DP para la prevención de la bigamia, pues las sanciones civiles o administrativas deberían bastar. Y se ha añadido que se ha de evitar la intervención del DP en la tutela de una determinada concepción social de la familia que puede no corresponderse con los modos de vida de toda la sociedad⁴².

Con este argumento se está poniendo el acento en el principio de intervención mínima como límite del *ius puniendi*. Porque, a mayor abundamiento, la regulación civil existente de la institución matrimonial garantiza de manera suficiente los derechos del cónyuge que pueda resultar perjudicado por la celebración del matrimonio inválido. Desde esta perspectiva, no ha de perderse de vista que, aunque el matrimonio es nulo, para el contrayente de buena fe ese matrimonio sí produce efectos civiles. Por otro lado, con el control administrativo sobre los requisitos para la celebración del matrimonio

⁴⁰ CARRASCO ANDRINO, LLP 66 (2009), 7, pone de relieve la relación histórica que ha existido entre los delitos de bigamia y de adulterio, así como el entendimiento histórico del primero como un *delictum carnis*, una especie del delito de adulterio, llegando a la conclusión de que, si bien en la actualidad la bigamia ha perdido este carácter, pues para su comisión ya no se exige la consumación material del matrimonio, sí parece que se conservan las connotaciones morales o religiosas asociadas a él. También LABACA ZABALA, RDPP 13 (2005), 120, en la comparación entre los delitos de bigamia y celebración de matrimonios inválidos, con diferentes requisitos en uno y otro delito, deduce que en el delito de bigamia se contiene el peso de la tradición cristiana fuertemente *enraizada* en la escala de valores de la sociedad española.

⁴¹ Califican el delito de bigamia como delito formal, o un delito que consiste sustancial o exclusivamente en el incumplimiento de la normativa civil sobre el matrimonio, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, en: Cobo Del Rosal (dir.), Comentarios CP VII, 2003, 668; en: Terradillos Basoco (coord.), PE I, 2011, 298; MUÑOZ SÁNCHEZ, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona (coords.), Comentarios CP II, 2004, 1057 s., quien califica este delito como mera infracción de policía, que trata de sancionar ciertas prohibiciones legales, aproximándose a una pena por mera desobediencia; CARRASCO ANDRINO, LLP 66 (2009), 7, 11; en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 872; CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 314.

⁴² Véase, de esta opinión, entre otros, MIR PUIG, ADPCP 1974, 440 s.; TERRADILLOS BASOCO, en: Cobo Del Rosal (dir.), Comentarios CP VII, 2003, 668, 671; en: Terradillos Basoco (coord.), PE I, 2011, 298; MUÑOZ SÁNCHEZ, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona (coords.), Comentarios CP II, 2004, 1058 s.; LABACA ZABALA, RDPP 13 (2005), 135 s.; CARRASCO ANDRINO, LLP 66 (2009), 6, 11; en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 872 s.; MARTÍNEZ GARCÍA, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP, 2ª, 2011, 849, 855 s.; RAMÓN RIBAS, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), PE, 9ª, 2011, 558; BOIX REIG, en: Boix Reig (dir.), PE II, 2012, 18; CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 314. MENDOZA BUERGO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico Penal, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, 1020/nm. 10315, también destaca esta crítica a la intervención penal, salvo que se conciba este delito como una conducta falsaria o engañosa que presuponga en todo caso la buena fe y engaño al contrayente sin impedimento.

(comprobando si concurren requisitos sobre capacidad y forma de celebración), se va a impedir que se lleven a término matrimonios inválidos, a no ser que en el expediente matrimonial se aporte documentación falsa, o el funcionario actúe de manera ilegal, en ambos casos se estará ante ilícitos penales específicos que están dirigidos a evitar este tipo de conductas falsarias o ilegales.

No debe desmerecerse como argumento para reclamar la destipificación de los delitos de matrimonios ilegales su escasa relevancia o trascendencia práctica de estos delitos⁴³. De momento, el delito de matrimonio inválido no ha sido aplicado judicialmente, y el delito de bigamia es muy previsible que reduzca su escasa aplicación judicial desde el momento en que se ha reformado la regulación de la separación y el divorcio en el año 2005, pasando a un sistema acausal, simplificando los requisitos y plazos para el ejercicio de la acción civil.

Para concluir este comentario debemos hacer una breve valoración sobre la posible “aparición” de un argumento que justifique la tipificación penal de la bigamia. Los flujos migratorios no solo nos enfrentan a la posible celebración de matrimonios forzados. Apoyados en la propia cultura, tradición o religión, llegan a los países occidentales personas procedentes de países donde la poligamia es legal.

Como argumento para mantener la tipificación penal de la bigamia se podría alegar que la poligamia, porque generalmente la forma en la que constituye es la poliginia, supone una práctica discriminatoria hacia las mujeres. Frente a este planteamiento caben formular las siguientes objeciones. En primer lugar, no toda práctica discriminatoria ha de ser prevenida o erradicada a través del DP. En segundo lugar, en los países musulmanes que se reconoce la poligamia como forma matrimonial la discriminación hacia las mujeres no proviene de la legalidad de la poligamia, es la propia institución matrimonial la que no reconoce igualdad jurídica entre hombre y mujer. No se podría explicar de manera satisfactoria que el matrimonio polígamo se declara nulo por vulnerar el principio de igualdad entre los contrayentes, con la posibilidad de que se pudiera incurrir además en el delito de bigamia, pero tal declaración de nulidad no procediera porque, pese a que también se vulnera el principio de igualdad entre los contrayentes, se está en presencia de un matrimonio monógamo. En tercer lugar, el delito de bigamia no está planteado para prevenir la discriminación

⁴³ Argumento planteado por MUÑOZ SÁNCHEZ, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona (coords.), Comentarios CP II, 2004, 1058; MARTÍNEZ GARCÍA, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP, 2ª, 2011, 849.

hacia la mujer. Finalmente, no se debe pasar por alto que el Convenio del Consejo de Europa para la prevención de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica no ha incluido entre las prácticas discriminatorias y manifestación de dicha violencia la bigamia o poligamia.

Al contrario, la constatación de que en los países occidentales conviven el matrimonio monógamo, lícito para la legislación occidental, y el matrimonio polígamo, legal desde la ley personal de los contrayentes, ilícito para el Derecho occidental, puede ser otro argumento para apoyar la destipificación de la bigamia. Máxime cuando por la vía de las uniones de hecho no existe obstáculo legal para que se puedan formar uniones de tres o más personas, alguna de ellas con vínculos matrimoniales previos, entre los propios componentes de la comunidad de vida o con terceras personas. Prueba de ello es el caso mediático sucedido en Holanda⁴⁴ sobre un contrato de cohabitación entre tres personas firmado ante notario para establecer el régimen contractual entre los tres; en este caso dos de los sujetos que firman el contrato de cohabitación están casados entre sí. O el otro caso mediático sucedido en Brasil⁴⁵ sobre la inscripción de una unión poliafectiva formada por tres personas (dos mujeres y un hombre).

⁴⁴ La noticia se publica en el mes de octubre de 2005 en el periódico El mundo. Puede leerse a través del siguiente enlace: <http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2005/522/1129413605.html> (consultada el 12 de febrero de 2017).

⁴⁵ La noticia aparece en el mes de agosto de 2012 en CNN en español. Se puede comprobar en <http://cnnespanol.cnn.com/2012/08/31/una-pareja-de-tres-si-en-brasil-se-caso-un-trio/#0> (consultada el 12 de febrero de 2017).