

## **RECENSIONES**



**A. CALVO ESPIGA y M<sup>a</sup> A. PEÑÍN GONZÁLEZ,**  
**Constitucionalismo y protección penal del matrimonio. La**  
**secularización del matrimonio en la evolución histórica del**  
**ordenamiento penal español**

Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor 2010, 349 págs.

**Miguel A. Asensio Sánchez**

La obra que comentamos es un estudio sobre uno de los aspectos más relevantes de la dimensión jurídica del matrimonio. Su denso y riguroso contenido lo acredita la riqueza del aparato crítico a pie de página, el análisis de fuentes legislativas y jurisprudenciales y la abundante, casi exhaustiva, y selecta bibliografía con que se enriquece y sobre la que ha sido elaborada esta monografía.

Se abre el libro (págs. 13-27) con una ajustada, precisa y, a la vez, erudita introducción que describe perfectamente la línea metodológica que se seguirá en el tratamiento de la compleja cuestión que se han propuesto los autores. Una vez situado el problema y los interrogantes que el mismo suscita, el estudio se articula en cuatro capítulos. En el primero (págs. 29-138), se aborda el entorno constitucional, a partir de una perspectiva histórica y jurídico-evolutiva, de la legislación matrimonial desde que, en el primer Código Penal, aparecen de forma sistemática normas protectoras del matrimonio. En el siguiente (págs. 139-239) se presenta y analiza el proceso mediante el que, por medio de la coerción de la norma penal, se ha dado cobertura y garantía a la institución matrimonial tal y como la delimitara en cada momento la legislación civil. Entorno y principios constitucionales, tipo jurídico y cobertura penal sólo son efectivos en cuanto aplicables y contrastados social y personalmente, tanto en la dinámica implícita en el desarrollo normal del

ordenamiento como en las situaciones de crisis y conflicto. La jurisprudencia es, sobre todo, la dimensión del ordenamiento que contrasta y avala la medida y razón de esta efectividad, la que determina la validez del sistema a través de la falsación de sus normas. A ella dedican los autores el tercer capítulo (págs. 241-305) de este estudio, en el que desde el fondo constitucional, que determina cada opción legislativa por un tipo u otro de matrimonio y avala hasta su protección penal, se ofrece no sólo el análisis, a través de la historia, del colofón protector del matrimonio, sino el estudio de la íntima esencia jurídica de esta protección por medio de la delimitación, definición e implicaciones del tipo delictivo en que se articula, desde el ámbito penal, la mentada protección.

El cuarto y último capítulo (págs. 307-323), de carácter netamente conclusivo, pone de relieve, por una parte, la dinámica secularizadora que ha seguido la norma penal protectora del matrimonio en el ordenamiento español; y, por otra, la progresiva tendencia de la ley a proteger el ejercicio personal de un derecho más que las propiedades, características o la propia existencia de la institución matrimonial en cuanto tal.

Difícilmente puede encajarse, dentro del entorno que configura el género académico-literario de la recensión, un comentario que abarque todos y cada uno de los elementos tan positivos que pueden ser destacados en esta obra. Lo primero que llama poderosamente la atención es la unidad de estilo redaccional que se observa en toda ella, tratándose, además, de una redacción ágil, fluida y de cómoda lectura que, sin embargo, conserva y transmite una gran hondura y profundidad jurídicas en el tratamiento de todos los problemas que en ella se plantean. El esfuerzo de coordinación en la estructura literaria del libro para evitar rupturas en la lógica y desarrollo unitario de la exposición dice mucho de la calidad del trabajo con que se ha elaborado esta monografía. Simplemente ojeando el índice de este libro se recibe la impresión de que el análisis que en el se ofrece es una especie de encaje de bolillos jurídico, tanto por la finura de su método como por la precisión y acierto en la elección y utilización del material jurídico sobre el que se trabaja. Por otra parte, sería prolijo hacer referencia a todas y cada una de las aportaciones innovadoras, desde el punto de vista de la protección penal del matrimonio, que

aporta esta monografía. Nos limitaremos en este comentario a señalar algunas de ellas.

Cabe destacar en primer lugar, y por lo que se refiere a la Introducción, la ajustada presentación histórica que se realiza de la respuesta que el derecho ha dado a la institución matrimonial, desde que en las primeras compilaciones de leyes se planteó la importancia que para la sociedad tenía el matrimonio. Desde esta realidad, los autores contextualizan de forma clara y precisa la problemática que se va a desarrollar y tratar a lo largo de su exposición. La mayor novedad, entre otras, que ofrece el capítulo primero, en el que se expone un detallado estudio de la experiencia constitucional española desde la de 1812, radica en el principio hermenéutico que se utiliza en el análisis de la vertiginosa sucesión constitucional acaecida en España. La cronología se utiliza como cauce de un esmerado estudio sistemático de la dimensión constitucional que, en los diversos textos, afecta al sistema penal y a la realidad del matrimonio en el ordenamiento. De especial interés resultan, a este respecto, las páginas 131-138 en las que, consecuencia del método sistemático y relacional-comparativo utilizado en el estudio de las Constituciones, se ofrecen las líneas dogmático-institucionales de evolución de la legalidad penal, según los distintos textos constitucionales, así como los principios penales que, directa o indirectamente, fueron progresivamente constitucionalizados a través del proceso histórico de elaboración y vigencia de las diferentes Constituciones. Ya en este primer capítulo resulta de gran interés la constatación de la dinamicidad y progresividad de la formulación y aceptación por el ordenamiento de una conformación del sistema penal en el que cada vez se tiene más en cuenta la protección de la persona y sus derechos sobre los de instituciones o corporaciones. Principios que, en la obra, se sistematizan en torno a cuatro grupos: 1) en razón de las fuentes constitutivas o formalizadoras del Derecho Penal; 2) en razón de la determinación o tipificación de los caracteres del delito; 3) en cuanto a la tasación de las consecuencias del delito; y 4) en razón de la determinación de la jurisdicción y tipificación del proceso.

En el capítulo siguiente, los autores abordan ya de forma directa el estudio de la protección penal que el ordenamiento español ha ofrecido a la institución matrimonial desde el Código Penal de 1822 hasta la codificación realizada en 1995. De nuevo, cabe insistir en la

precisión de un método de análisis en el que, bajo el respunte de la historia, se realiza un preciso y exhaustivo estudio sistemático, dentro del contexto del ordenamiento penal en su conjunto, de la parcela de la legislación penal que se refiere a la institución matrimonial. Entre otros aciertos, cabe destacar en este capítulo la Introducción al mismo (págs. 139-155) en la que se explican y desarrollan los elementos y recursos que precisamente se van a utilizar para realizar un análisis sistemático, transversal y multidisciplinar de la evolución que la disciplina penal en torno al matrimonio ha sufrido, a lo largo de las distintas codificaciones o proyectos de codificación, en el ordenamiento español. Constituye en este estudio una absoluta novedad en el tratamiento que el Derecho Penal ha reservado a la institución matrimonial la presentación y análisis de las fuentes jurídicas del ordenamiento penal español. En concreto, se analiza *El Codex repetitae praelectionis*, *El Fuero Juzgo*, *El Fuero Real*, *Las Partidas* y *La Novísima Compilación*, desentrañando en ellas todos aquellos pasajes que hacen referencia a la protección jurídica de las variadas situaciones personales y sociales que afectan al matrimonio. En este contexto de análisis de fuentes, cabe señalar que, al menos por lo que a nuestra información se refiere, es la primera vez que, en la literatura doctrinal penal, se realiza un estudio del importante influjo que las fuentes jurídicas canónicas han tenido en el ordenamiento español y, más en concreto, en lo que afecta a la cobertura penal del matrimonio. Se estudian las fuentes históricas canónicas sistematizadas en tres grupos: 1) las anteriores al Decreto de Graciano, desde el siglo III hasta el XI; 2) el Decreto de Graciano; y 3) las Decretales de Gregorio IX. Más allá de la riqueza de la bibliografía utilizada por los autores, destaca el manejo y uso de forma directa, inmediata y primaria de las fuentes jurídicas. No es fácil encontrar en la doctrina jurídica contemporánea referencias tan de primera mano a fuentes jurídicas fundamentales y absolutamente necesarias para el correcto conocimiento de nuestras instituciones jurídicas básicas. Llama la atención a este comentarista las horas de trabajo que han debido dedicar los autores para la lectura y contraste de las fuentes jurídicas utilizadas, así como para conseguir la rigurosa síntesis que de las mismas se nos ofrece. Circunstancia abrumadoramente reflejada en la selecta riqueza del aparato crítico que ilumina y avala todo juicio y afirmación que aparecen en el texto.

El capítulo tercero está todo él dedicado al análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a los delitos de posible comisión en relación con el matrimonio. Si hasta ahora hemos puesto de relieve algunas de las aportaciones novedosas realizadas a la dogmática jurídica en los capítulos anteriores, hemos de notar que todo este capítulo constituye una novedad tanto por lo que se refiere a su contenido material como al tratamiento que del mismo se realiza. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada contiene sentencias desde el 14 de marzo de 1861 hasta el momento en que se elabora esta monografía. El bloque de sentencias del Alto Tribunal se estructura en torno a las cuestiones relacionadas con el matrimonio que abordó el Supremo desde los años sesenta del siglo XIX.

En un primer apartado se analiza la Jurisprudencia generada a raíz de la oposición manifestada y ejercida contra o al margen de la Ley de Matrimonio Civil de 1870: la primera sentencia estudiada es de 5 de enero de 1874 al tiempo que, entre las analizadas, se dedica una especial atención, por su relevancia jurídico-doctrinal, a la de 8 de febrero de 1896. A continuación se estudia la Jurisprudencia relacionada con la exigencia del consejo paterno, puesto que, a pesar de una larga tradición canónica ya consolidada en la obra de Pedro Lombardo que privaba al consejo paterno de cualquier influencia en la validez del matrimonio, los ordenamientos civiles habían conservado, sin duda alguna influenciados por el derecho histórico francés, la exigencia de este requisito incluso bajo pena de nulidad. En un nuevo apartado se presenta la doctrina jurisprudencial emanada en torno a la situación creada por las viudas que contraían matrimonio sin observar los plazos legalmente previstos entre la defunción del marido y el nuevo matrimonio, siendo la primera sentencia estudiada de 6 de julio de 1876.

Como es lógico y en estricta consecuencia con el propio material que ofrecen las sentencias del Tribunal Supremo, la parte más importante del análisis jurisprudencial se dedica en esta obra al tratamiento que el Alto Tribunal realiza del delito de bigamia. Siempre desde la estricta perspectiva del contenido ofrecido por las sentencias del Supremo, se estudia la delimitación del tipo penal tal y como se perfila en las sentencias del Supremo: la primera sentencia analizada es del 1 de abril de 1882. A continuación se presenta, tal como viene delimitado por la Jurisprudencia, el contenido del bien

jurídico protegido mediante el delito de bigamia, también denominado matrimonio ilegal. En los apartados siguientes, se realiza un preciso y sintético análisis de la problemática planteada, en relación al delito de bigamia, por los matrimonios civiles celebrados durante la Guerra Civil española en la zona republicana; el tratamiento que la Jurisprudencia realiza de la incidencia del dolo en la bigamia; la cualificación jurídica de la falsedad en la bigamia: si se trata de un nuevo delito o de un simple medio de prueba, como ya se planteara el Auto del TS, de 26 de noviembre de 1890; y, finalmente, el modo como la Jurisprudencia ha resuelto el tema de la prescripción del delito de bigamia. Desde la primera sentencia analizada (1861) se aprecia y demuestra una constante tendencia jurisprudencial a reducir a mínimos el recurso a la sanción penal como recurso de protección y salvaguarda de la institución matrimonial, buscando, también en lo que al delito de bigamia se refiere, más la seguridad jurídica de las personas casadas o en trance de contraer matrimonio que la incolumidad del matrimonio.

El cuarto capítulo es una recopilación perfectamente ajustada a la exposición que antecede y síntesis de las ideas fundamentales que sistemáticamente han sido desarrolladas a lo largo de todo el texto. De nuevo llama en ella la atención la densidad de su redacción y la profundidad y claridad con que se manejan conceptos jurídicos de compleja comprensión.

Sin duda alguna, el libro que presentamos constituye una importante aportación al Derecho Eclesiástico del Estado así como a la dogmática penal contemporánea, en la que, una vez más, hemos de constatar el dominio de la doctrina y jurisprudencia que manifiestan sus autores tanto por lo que se refiere a la dimensión histórica de las mismas como a las más recientes aportaciones sobre el tema. Mérito a resaltar que, además, supone una auténtica novedad y relevante aportación al estudio del matrimonio es la transversalidad conceptual entre diversas materias jurídicas y la interdisciplinariedad presente en toda la exposición. En el desarrollo de las distintas cuestiones tratadas se armonizan, dentro de la complejidad que supone el estudio de cualquier institución jurídica de la extensión y dificultad del matrimonio, contenidos y métodos de distintas disciplinas y especialidades jurídicas, desde el Derecho Constitucional al Penal,



desde la Historia a la Jurisprudencia, desde el Derecho Canónico al Procesal, etc. Nos hallamos, por tanto, ante una de esas obras que por la propia relevancia del asunto tratado, por la precisión, hondura y exhaustividad de sus análisis y por la riqueza y amplitud de las fuentes utilizadas están llamadas a una permanencia, utilidad y validez que sobrepasan los límites de la actualidad de su publicación. Quien, a partir de esta monografía, intente el estudio de esta parcela del ordenamiento jurídico tiene allanado y recorrido un camino seguro y un punto de llegada absolutamente contrastado desde el que avanzar por otros derroteros en la certeza de que con esta obra se halla ante una firme y científicamente contrastada adquisición en el conocimiento de la institución matrimonial.

No resta sino hacer propias las palabras con las que el editor, en contraportada, presenta y valora esta monografía: «Tanto el método utilizado en este estudio como el tratamiento y manejo de fuentes jurídicas, tanto históricas como vigentes, que en él se realiza constituyen una auténtica novedad en el panorama bibliográfico español. Del mismo modo, supone una importante aportación a la reflexión jurídica la constatación del fenómeno secularizador y privatizador que se ha operado en el tratamiento de la institución matrimonial por parte del ordenamiento español: de una norma protectora de la institución se ha pasado a unas leyes protectoras de la persona y del ejercicio de sus derechos. Es de destacar, en esta monografía, como ya se ha apuntado, la modélica utilización de fuentes jurídicas tanto históricas como contemporáneas, así como la amplitud y cuidada selección de la bibliografía consultada y analizada. Constituye, por ello, una obra de referencia obligada tanto para los profesionales del foro como para los estudiosos y operadores jurídicos, ya se dediquen al estudio o práctica del derecho penal o bien al derecho matrimonial y de familia. La presente obra ofrece al lector tal riqueza jurisprudencial, de fuentes jurídicas y bibliografía que la convierte en instrumento indispensable para todo aquel que busque conocer en sus fundamentos e historia la institución matrimonial».

