

Matrimonios ilegales en el Código penal

SANTIAGO MIR PUIG

Profesor Agregado interino de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

I. ESENCIA Y BIEN JURIDICO COMUNES

1. A) El elemento aglutinante de los delitos del Capítulo II del Título XI del Código penal es la *celebración de un matrimonio prohibido por la ley*. En este sentido, como se ha dicho (1) para la bigamia, podría afirmarse que la ley penal sanciona los preceptos civiles o canónicos constitutivos de la prohibición de contraer matrimonio (arts. 51, 83,5, Código civil —C. c.— y can. 1.069 *Codex iuris canonici* —CJC—, para la bigamia, y arts. 45, 83, 84 y 85 C. c. y Cap. IV, Tít. VII, Libro III, CJC, para los demás casos). A condición de que ello no se entendiese en el sentido absoluto de renuncia de la ley penal a la configuración del presupuesto (*Vid. infra*, II, 1). Esto no quiere decir que *todos* los matrimonios prohibidos por la ley constituyan delito, pero sí que todos ellos pueden dar lugar a un delito: el artículo 478 no requiere que el impedimento sea dirimente ni dispensable.

B) No *contradice* este planteamiento el hecho de que el Código haya incluido el Capítulo sobre matrimonios ilegales en el Título destinado a los “delitos contra el estado civil de las personas”. El modo específico de afectar al estado civil los matrimonios ilegales es sólo su *celebración misma*, en cuanto ésta es la fuente del estado civil matrimonial. Esencia común a los delitos del Capítulo II del Título XI es, según esto, la *utilización prohibida de la fuente jurídica del estado civil matrimonial*.

Esto no supone que el *concreto* matrimonio celebrado sea apto para originar el legítimo estado civil matrimonial. Así, el segundo

(1) Para la bigamia, R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5.^a ed., Karlsruhe, 1965, pág. 410; A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 17 ed., München, 1974, pág. 1010 (§ 171, núm. 1); HEIMANN-TROISIEN, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9.^a ed., Berlín, 1970, § 171, núm. 1; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 4.^a ed., de P. NUVOLONE y G. D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1935, pág. 462; S. RICCIO, *La bigami*, Napoli, 1934, págs. 97 y sig., niega sólo el entendimiento *absoluto* del carácter sancionador de la ley penal, como excluyente de su capacidad de configuración de los concretos tipos legales.

o ulterior matrimonio del artículo 471, además de ser inválido, no produce tampoco los *efectos civiles* propios del matrimonio putativo que atribuye el artículo 69 del Código civil (2). La única vinculación de los matrimonios ilegales y el estado civil consiste en que todo matrimonio reconocido *de hecho* por el Derecho —“existente”—, aunque encierre vicios de nulidad, constituye la *f fuente aparentemente legal* del estado civil matrimonial.

2. Del planteamiento anterior se deduce que el estado civil es sólo bien jurídico *mediato* de los artículos 471 y siguientes del Código penal. Pero, además, no sólo los matrimonios ilegales definidos en dichos preceptos poseen la indicada relación con el estado civil, sino que la misma es común a todo matrimonio (3). La razón de que aquéllos se penen es que contravienen la *prohibición absoluta* —no dispensable— de su celebración. El estado civil no es, pues, tampoco la única componente inspiradora de la regulación jurídica.

Lo dicho muestra que la sistemática legal no es acertada. Por las razones expresadas, la vinculación de los matrimonios ilegales con el efectivo estado civil es excesivamente débil y lejana. Y, en cambio, la actual técnica desconoce la íntima relación existente entre el más importante de los matrimonios ilegales —la bigamia— y otros delitos contra el *matrimonio*, como el adulterio y el amancebamiento —incluidos entre los delitos contra la *honestidad*— y el abandono de familia —incluido entre los delitos contra la *libertad y seguridad* (!)—. Por encima del contacto superficial e indirecto de cada uno de estos delitos con los bienes jurídicos designados en las rúbricas de los títulos a que pertenecen (4), aparece como nota común a los mismos la lesión, en distintos sentidos, de la institución del matrimonio. Más acertadas resultan, por ello, las sistemáticas de los Códigos penales italiano y alemán, que reúnen estos delitos en apartado destinado a la protección de la familia y, dentro de él, entre los que afectan al matrimonio (5).

(2) Ni siquiera respecto de los posibles hijos (*arg. ex*, art. 51 del C. c.). Confróntese J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 60.

(3) Es demasiado amplia, por ello la formulación de F. PUIG PEÑA, *Derecho penal, Parte Especial*, IV, 6.^a ed., Madrid, 1969, pág. 169.

(4) Decir que el adulterio atenta contra el bien jurídico de la honestidad no aclara el sentido último de este delito, que ha de verse, ante todo, en la vulneración del derecho de *fidelidad* del cónyuge ofendido —de ahí que sea delito privado—. Este derecho nace del matrimonio. Luego el adulterio ataca al matrimonio, aunque *materialmente* sea, también, “deshonesto”. Este planteamiento concuerda con la interpretación de la rúbrica del Título IX del Libro II del Código penal, “Delitos contra la honestidad”, propuesta por E. GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, página 507, según la cual, la *honestidad* no es cualidad requerida a la víctima, sino cualidad que falta a la acción típica. No hace falta destacar la desacertada situación sistemática del abandono de familia.

(5) Vid. Título XI del Libro II, *Codice Penale* italiano, 1930 (“Delitti contro la famiglia”) y, dentro de él, el cap. I (“Delitti contro il matrimonio”); y el cap. 12 de la Segunda Parte del StGB alemán, 1871 (“Straftaten

Que el Código español no haya seguido esta orientación no impide, sin embargo, que pueda efectuarse para nuestro derecho un planteamiento parecido (6). Sin desconocer la relación existente entre matrimonio y estado civil —el estado civil es el bien jurídico *mediato*—, cabe señalar que, como el adulterio y el abandono de familia, los matrimonios ilegales atacan de forma *inmediata* el bien jurídico del matrimonio. Se distinguen de aquellos delitos en que ello tienen lugar a través de su *celebración prohibida*. En conclusión, los artículos 471 y siguientes protegen un *sector* del régimen legal del matrimonio en cuanto acto jurídico (*in fieri*) (7): El estado civil se protege *sólo* por medio de la punición de la celebración de matrimonios prohibidos por ese régimen legal, como fuente de adquisición de aquél.

II. LA BIGAMIA

1. ESENCIA Y DENOMINACIÓN

La esencia del tipo contenido en el artículo 471 es la celebración de un matrimonio por quien se halla vinculado por otro anterior no disuelto. La pena señalada es *prisión menor*. Habida cuenta de que, por una parte, el canon 1.096, 1, para el matrimonio canónico y el artículo 83, 5 del Código civil para el civil, consideran el ligamen preexistente como impedimento indispensable para determinar la nulidad de un nuevo matrimonio y de que, por otra parte, la pena coincide con la impuesta en el artículo 472, podría pensarse que el artículo 471 es inútil. Pero, según BERNÁRDEZ CANTÓN, el impedi-

gegen der Personenstand, die Ehe und die Familie"). Coherentemente se manifiestan en este sentido las doctrinas italiana y alemana: vid. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Speciale*, 3.^a ed., vol. III, Lucca, 1875, § 1940, mucho antes de la vigente legalidad; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*, Torino, 1913, pág. 495; S. RICCIO, *La bigamia*, cit., págs. 107 y sig.; M. A. COLACCI, *Il delitto di bigamia*, Napoli, 1958, págs. 29 y sigs.; G. D. PISAPIA, *op. cit.*, pág. 459; FRISOLI, *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942, páginas 18 y sigs., y 25 y sigs.; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, IV, Torino, 1958, pág. 117; MAURACH, *op. cit.*, págs. 407 y sig.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlin, 1969, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *obra citada*, pág. 995; E. NIETHAMMER, *Lehrbuch des besonderen Teils*, Tübingen, 1950, pág. 94.

(6) Así, en la actualidad, A. FERRER SAMA, *Noción y características del delito de bigamia*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1948, págs. 23 y 25 y sigs.; F. PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 160.

(7) En sentido parecido, JASO, en J. ANTÓN ONECA y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II, Madrid, 1949, pág. 288. Pero la fórmula "ataques a la fundamentación legal del matrimonio" que utiliza, es excesivamente amplia para la actual regulación: yo me refiero sólo a los casos de *prohibición* legal, no a todo defecto del matrimonio, como da a entender aquella fórmula. La idea de prohibición se desprende de la esencia de los impedimentos matrimoniales. No se trata, según lo dicho, de entender protegido por los arts. 471 y sigs. el "orden familiar". Tiene razón QUINTANO cuando señala que la bigamia puede no afectar a ese orden: *La bigamia en lo penal*, en "Información jurídica", núm. 101, 1951, pág. 1009.

mento de ligamen requiere la *validez* del matrimonio (8) y, como se verá, el tipo del artículo 471 no la exige. Esto no significa que sea lícito según el Derecho canónico el nuevo matrimonio contraído tras matrimonio nulo declarado tal (canon 1.096, 2, CJC). Más relevante es, por ello, la posibilidad de contraer matrimonio canónico pese a la presencia de un matrimonio anterior no sólo sin que concurra impedimento de vínculo, sino incluso sin que esté *prohibido* por el Derecho canónico ni por el civil (Vid. *infra*, II, 1 Aa', b' y c').

Es usual para este delito la denominación de "bigamia" (9). Tienen razón JASO y RODRÍGUEZ DEVESA al señalar que esta denominación no se ajusta bien al concepto legal, que alcanza a la poligamia (10). No obstante, hecha esta salvedad, emplearemos por razones de utilidad dicho término.

2. EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICAMENTE PROTEGIDO

Es común a todos los delitos del Capítulo II del Título XI del Código penal afectar a la regulación legal del matrimonio a través de su celebración prohibida, en cuanto ésta supone el uso ilegal de la fuente del estado civil matrimonial. Importa examinar qué bien jurídico *específico* vulnera, dentro de ese marco, el delito de bigamia. Este planteamiento del problema permitirá excluir previamente alguna solución propuesta por la doctrina (A).

A) Ello es indudable respecto de la consideración histórica del delito de bigamia como *delictum carnis*, generalmente como especie de adulterio. Tal concepción inspiró el derecho romano (11), el germánico (12) y el medieval, llegando hasta fechas no muy lejanas (13). Hace tiempo, sin embargo, que se halla completamente abandonada (14). Nadie pone en duda que, como es regla en el derecho comparado actual, en nuestro Código penal no hace falta la consumación material del matrimonio para la presencia de la bigamia. Como en todos los matrimonios ilegales, la conducta punible se agota en

(8) A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1966, págs. 116 y sigs.

(9) En España, FERRER SAMA, *op. cit.*, y QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, los trabajos más importantes sobre el tema. Además, y pese a su crítica, JASO, *obra citada*, pág. 294; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 4.^a ed., Madrid, 1973, pág. 235; también E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, 12 ed., Barcelona, 1967, pág. 672.

(10) Vid. JASO, *op. cit.*, pág. 294; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 235.

(11) Vid. C. FERRINI, *Sposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en la *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dirigida por E. PESINA, T. I, Milano, 1905, págs. 190 y sig.; RICCIO, *op. cit.*, págs. 11 y siguientes; QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1007; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 24; MANZINI, *op. cit.*, pág. 676.

(12) Vid. P. DEL GIUDICE, *Dirito penale germanico rispetto alla Italia*, en la *Enciclopedia*, cit., T. I, pág. 588; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 24.

(13) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1008; COLACCI, *op. cit.*, pág. 26, en relación a los Prácticos. El Código penal bávaro incluía todavía la bigamia junto al adulterio: cfr. RICCIO, *op. cit.*, pág. 32.

(14) Ya CARRARA, *op. cit.*, §§ 1.936, 1.940.

el acto de su *celebración*. Ello indica que objeto inmediato de la prohibición legal de la bigamia no es la evitación del adulterio (15). De lo contrario, debería condicionarse la punibilidad a la efectiva consumación del matrimonio. Confirman esta conclusión: 1) La diferencia de naturaleza de ambos delitos en la regulación jurídico-positiva, *privada* en el adulterio —es precisa querrela del cónyuge-ofendido para su persecución (art. 450), el consentimiento del mismo impide la pena (art. 450) y el perdón la extingue (art. 457)— y *pública* en la bigamia —perseguido de oficio, es irrelevante el consentimiento del cónyuge anterior o actual; 2) La no necesidad de la bigamia para la punición del adulterio, al que el Código penal señala penas iguales o parecidas (arts. 449 a 452).

B) Más discutibles son otras soluciones doctrinales que centran su atención en el *estado civil*, desde distintas perspectivas. En cuanto respetuosas con la sistemática del Código, se aproximan mucho más a la identificación del bien jurídico específicamente protegido por el artículo 471 del Código penal. Pero la referencia al estado-civil no es inequívoca. Lo demuestra el hecho de que en torno a esta idea se hayan formulado construcciones divergentes. Por otra parte, ya se ha señalado más arriba la superficial vinculación existente entre el estado civil y los delitos de matrimonios ilegales. Esta es la razón por la que ninguna de las respuestas propuestas por la doctrina apelando en *primer término* al estado civil, explica de modo satisfactorio la regulación del artículo 471 del Código penal.

a) No cabe entender que es la *fe pública relativa al estado civil* el objeto de protección de la bigamia, como parece derivarse de las afirmaciones de QUINTANO de que este delito “presupone una *falsedad* de la condición de soltería o viudez” constituye “una *suplantación* de estado civil” y el “falseamiento del estado civil” (16). En primer lugar, la idea de falsedad no es esencial a la bigamia. Aparte de las posibles falsedades *concomitantes*, el solo hecho de contraer matrimonio bigamo no constituye *falseamiento de la verdad*. Tampoco constituye falsedad la apariencia *jurídica* —la social es irrelevante (*Cfr. supra*, I, 1B)— subsiguiente de estado matrimonial. No debe confundirse estado civil *falso* y estado civil *ilegal*. No es lo mismo afirmar un estado *que no se posee* que afirmar la posesión de un estado *ilegal* o, como dice RODRÍGUEZ DEVESA, “al que no se tiene derecho”. Y más abajo se verá que, en tanto no se declare su nulidad, el matrimonio del bigamo, así como el estado civil que deriva de él se halla reconocido por el Derecho.

En segundo lugar, aun supuesto que la bigamia tuviese como fundamento de la *fe pública*, debería probarse que en el Código penal encierra mayor *gravedad* que las falsedades genéricas; *además* de

(15) Por ello rechaza COLACCI, *op. cit.*, pág. 27, la posición de algún autor que considera objeto jurídico específico de la bigamia la fidelidad conyugal entendida en referencia al ejercicio de la *función sexual*.

(16) QUINTANO, *op. cit.*, págs. 1007, 1007 y 1010, respect.; S. 30 marzo 1906 (Arj/1.147).

Los elementos de éstas, la bigamia supondría la lesión, a través de las mismas, del estado civil matrimonial. La observación de las penalidades asignadas a las falsedades, por una parte, y a la bigamia, otra, demuestra que no es eso lo que sucede. Por el contrario, el artículo 303 señala la pena de *presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas* a la falsedad en documento público cometida por particular, y el artículo 306 castiga con *presidio menor* la falsedad en documento privado con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo. Frente a esto, el artículo 471 del Código penal señala a la bigamia la pena de *prisión menor*, no mayor que aquéllas. No convence, pues, la consideración de la bigamia como forma de falsedad, salvo que se admita que en ella no se castiga *nada más* que la falsedad. Pero entonces el artículo 471 sería inútil. Y, sobre todo, ello se opondría a la propia sistemática del Código penal, cuyo respeto pretende ser la principal ventaja de la solución criticada; la bigamia no se halla incluida en el título destinado a las falsedades, sino en el de contra el estado civil de las personas.

b) No puede aceptarse, tampoco, la ingeniosa posición de quienes consideran bien jurídico protegido del delito de bigamia el *status* de cónyuge, sea el del anterior matrimonio (17), sea el del nuevo matrimonio (18), sea el de ambos (19). Ciertamente que estas formulaciones no contradicen la rúbrica general del título a que pertenece el artículo 471 del Código penal. El *estado civil* del Código penal podría entenderse representado en la bigamia por el *status* de cónyuge, esto es, por el *contenido* de aquel estado. Pero la comparación de regulaciones de bigamia, por una parte, y adulterio, amancebamiento y abandono de familia, inequívocamente lesivos del contenido del estado de cónyuge, por otra, impide la admisión de tales soluciones.

En efecto. Cuando el legislador ha querido destacar como bien jurídico protegido de un delito contra el matrimonio *derechos* propios del *status* conyugal del ofendido, ha concedido a éste la facultad de *decidir* la persecución penal del autor, requiriendo su denuncia previa (abandono de familia, art. 487 del C. p.), o incluso configurándolo como delito totalmente *privado* (adulterio y amancebamiento, arts. 449 a 452 del C. p.). En cambio, el artículo 471 excluye toda posibilidad decisoria tanto del cónyuge anterior como del actual. El consentimiento de cualquiera de ambos, lejos de excluir o disminuir la punibilidad del autor principal, puede constituir participación calificable de autoría, según el artículo 14 del Código penal. Tal conclusión sería intolerable si el bien jurídico protegido por el artículo 471 fuese el *status* de cónyuge *perteneciente* al cónyuge anterior o actual. Aunque se admitiese el carácter *indisponible* del *status* de cónyuge, se chocaría con la objeción insalvable de

(17) PISAPIA, *op. cit.*, págs. 461 y sigs.

(18) FRISOLI, *op. cit.*, págs. 18 y sigs.

(19) CARRARA, *op. cit.*, § 1.945, aunque respecto del cónyuge actual, condicionado a que actúe dolosamente. En los §§ 1.941, 1.942 y 1.943 insiste en la lesión de los derechos del primer cónyuge.

que incluso en los bienes más claramente "indispensables", la *vida* y la *integridad física*, la lesión por parte del titular es impune, según una importante dirección doctrinal, el consentimiento del mismo excluye la responsabilidad penal caso de ser otro el autor (*arg. ex*, artículos 409, 418, 419 y 425 del C. p.) (20). Pero es que, además, no parece fácil justificar el carácter de indisponibilidad que se atribuye al *status* conyugal entendido como *derecho*. Si se quiere explicar tal indisponibilidad ha de darse entrada a una idea distinta a la de derecho: el interés del Estado —público— en proteger el sistema monogámico de matrimonio.

C) a) La puesta en relación de la conclusión acabada de enunciar y la esencia común en todos los delitos de matrimonios ilegales conduce a considerar como bien jurídico específicamente protegido por el artículo 471 del Código penal el carácter *monogámico* del matrimonio. Esencia de los delitos previstos en el Capítulo II del Título XI del Código penal es la celebración *prohibida* de matrimonio. Se protege así de forma *genérica* al matrimonio como acto (*in fieri*), fuente del estado civil matrimonial. La averiguación del bien jurídico específico de la bigamia supone la respuesta a la pregunta del *por qué* —en el sentido de *qué protege*— de la prohibición de la bigamia. La crítica efectuada en las letras A) y B) anteriores ha llevado, además, a la necesidad de *excluir* ciertas respuestas a esta cuestión, a la conclusión *positiva* de que la prohibición de contraer nuevo matrimonio existiendo otro anterior no disueltó sólo cabe explicarse lógicamente a partir de la premisa del interés estatal *público* en el mantenimiento exclusivo de la monogamia. Bien jurídico específicamente protegido por el artículo 471 del Código penal es, pues, el *carácter monogámico* del matrimonio como interés público.

Esta es, probablemente, la opinión dominante en Italia y Alemania, cuyos Códigos consideran la bigamia delito contra el matrimonio (21). No existe ningún obstáculo para mantener esta solución

(20) Vid. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER, I, 2.^a ed., Madrid, 1946, págs. 409 y siguiente; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Buenos Aires, 1952, págs. 572 y sigs.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, vol. I, 2.^a ed. a cargo de E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, págs. 759 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, págs. 119 y sigs.; E. GIMBERNAT ORDEIG, en la cit. ed. del *Tratado de QUINTANO*, t. I, 1, páginas 794 y sigs. En contra: F. SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, 1959, págs. 104 y sigs.; M. COBO, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones*, en "ADPCP", 1964, páginas 249 y sigs.

(21) MANZINI, *op. cit.*, pág. 674 y 680, en coincidencia la la *Relazione del Presidente della Commissione ministeriale per il Progetto del Codice Penale y la Relazione ministeriale sul Progetto del Codice penale* (relat. al Código Rocco); RICCIO, *op. cit.*, págs. 103 y sigs., en especial 107; COLACCI, *obra citada*, págs. 16 y sigs., y 29 y sigs.; E. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, I, 6.^a ed., Milano, 1972, pág. 335; SANTORO, *obra citada*, pág. 131; MAURACH, *op. cit.*, págs. 408 y 410; WELZEL, *op. cit.*, página 424; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 ed., Berlin, 1961, página 411 (§ 171/1); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1010 (§ 171/1).

en el Derecho penal español, pues no contradice la rúbrica del Título XI, que alude al estado civil. Todo delito de matrimonio ilegal ataca al matrimonio como acto, vulnerando la prohibición de su celebración, y no deja por ello de tener relación con el estado civil matrimonial: Toda celebración prohibida de matrimonio supone el uso prohibido de la fuente del estado civil matrimonial. Por la misma razón, si el artículo 471 protege el matrimonio como acto, por medio de la protección del principio monogámico, ha de tutelar al mismo tiempo la fuente del estado civil matrimonial y, con ello, *mediatamente*, el estado civil mismo. Adviértase, sin embargo, que, igual como el matrimonio es protegido en cuanto institución *jurídico-pública* —se protege su régimen legal—, el estado civil se tutela no como *derecho* —o conjunto de derechos— de los cónyuges, sino como institución jurídico-pública.

Ahora bien, si desde la perspectiva del derecho el matrimonio del bigamo es *nulo* de pleno derecho y no disfruta ni siquiera de los efectos civiles del matrimonio putativo (art. 51 C. c.), ¿cómo puede atacar al principio jurídico monogámico? Esto es: si a través de aquel tratamiento civil el Derecho proclama la *no concurrencia jurídica* de los dos vínculos, ¿por qué ha de verse afectado el principio *jurídico* de la monogamia? Al pertenecer al mundo de lo jurídico, el principio monogámico no puede, en efecto, entenderse *lesionado* más que por el reconocimiento simultáneo *por parte del Derecho* de más de un matrimonio. Pero la negación de efectos civiles al matrimonio del bigamo no excluye la posibilidad de doble reconocimiento. Por el contrario, todo matrimonio bigamo supone, por el sólo hecho de su celebración conforme a las formalidades jurídicas, un matrimonio jurídicamente reconocido hasta tanto no se descubra el vínculo anterior. Por mucho que, descubierto, éste, se declare la nulidad del bigamo desde su celebración misma, *ex ante* (art. 51 del C. p.). Ello significa que todo matrimonio bigamo *efectivamente* celebrado *lesiona*, por una parte, el principio jurídico de la monogamia en cuanto es reconocido durante más o menos tiempo por el Derecho junto al matrimonio anterior y encierra, por otra parte, el *peligro* de que, caso de no ser descubierto, su reconocimiento temporal se convierta en definitivo.

D) Desde la perspectiva *político-criminal* nada hay que objetar a que el Estado quiera proteger el principio monogámico que inspira las bases de la regulación jurídica del matrimonio que estima preferible. Pueden, sin embargo, criticarse los *medios* utilizados para esa protección, si no resultan totalmente *necesarios* para la misma. El examen de la cuestión del concurso de la bigamia con falsedades, adulterio y abandono de familia mostrará que si no se acepta en la práctica, ni es admisible, la aplicación cumulativa de todos estos delitos, ello demuestra no sólo que a la conciencia jurídica repele la gravedad de la pena resultante, sino también que la punición especial de la bigamia, al menos en su gravedad actual (prisión menor), *no es precisa* de hecho para la protección de la monogamia.

Para quien esté dispuesto a reconocer la necesidad de trazar una frontera precisa entre Moral y Derecho, y hacer abstracción, por tanto, de las connotaciones religiosas y morales que acompañan a la bigamia a la hora de su valoración político-criminal, estas consideraciones han de bastar para pedir la *despenalización* de la bigamia o, como mínimo, una notable atenuación de su rigor actual (22). Importa mucho subrayar que esa decisión, de economía político-criminal, no supone la negación del valor representado por la monogamia. Se basa en la convicción de que se halla suficientemente, primero y sobre todo por el ordenamiento *civil* —la acción de nulidad es pública (art. 102 del C. c.)—, pero también por los preceptos del Código penal que castigan las falsedades, el abandono de familia y, según el criterio discutible del Código penal español, el adulterio y el amancebamiento.

3. ANÁLISIS DEL TIPO LEGAL DE INJUSTO DEL ARTÍCULO 471 DEL CÓDIGO PENAL

El análisis que sigue responde formalmente a una doble consideración sistemática. Por una parte, entendemos que los *tipos legales* del Código penal contenidos, si son consumados y del autor material —ontológico— en los Libros II y III, encierran el *tipo total de injusto* (*Unrechtsgesamttatbestand*). Es decir, describen expresamente los elementos *positivos* del injusto y presuponen tácitamente la ausencia de los elementos negativos del injusto (causas de justificación). Corresponden a la acción típica y antijurídica. Por otra parte el *dolo* y la *imprudencia* forman parte esencial, a nuestro juicio, del tipo legal y, por ello, del injusto. Antijuricidad y culpabilidad se distinguen, según esto, como relativas al *hecho* desvalorado y su atribuibilidad al *autor*, respectivamente (23). En este esquema, que pretende ante todo responder al sistema del Código penal, la problemática de Parte Especial se centra, lógicamente, en el tipo legal de injusto.

El estudio del tipo legal de injusto se llevará a cabo distinguiendo, en primer lugar, tipo legal *positivo* y tipo legal *negativo* de injusto. Esto no significa que se desconozca el diferente significado de ambas partes, que se refieren a la *lesión* definitiva del bien jurídico protegido y a la *permisión* de dicha lesión —que subsiste—, respectivamente (24). Dentro del tipo legal positivo se distinguirá la parte *objetiva* de la parte *subjetiva*.

(22) En Alemania la 4.^a Ley de Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973, ha atenuado la pena de la bigamia, reduciendo la anterior penalidad de uno a cinco años a una pena de hasta tres años (§ 171).

(23) Vid. mi trabajo *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, en "ADPCP", 1973, págs. 324 y sigs.

(24) Así, sobre todo, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, Tübingen, 1970, págs. 224 y sigs. También, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlin, 1972, pág. 185.

A) *El tipo legal positivo de injusto*a) *La parte objetiva del tipo legal de injusto.*

El tipo legal del artículo 471 contiene tres elementos *normativos jurídicos* (25), en cuanto constituyen conceptos definidos por normas jurídicas: un matrimonio anterior, su no disolución legítima y segundo o ulterior matrimonio, en cuanto acto jurídico. La conducta en que consiste la celebración del matrimonio actual pertenece a la *base fáctica* del elemento normativo representado por el segundo o ulterior matrimonio.

a') *El matrimonio anterior*

Primer presupuesto del delito de bigamia es la concurrencia de un matrimonio anterior. Al examinarse el elemento normativo de la no disolución de dicho matrimonio al tiempo de la celebración del nuevo, se verá que no es precisa la *validez* del matrimonio anterior. Pero ello no significa que no sean precisos ciertos requisitos mínimos para que pueda afirmarse la presencia de un matrimonio anterior. No obsta a ello que la letra del artículo 471 del Código penal no lo exprese: ante un texto paralelo la doctrina alemana coincide en exigir no la *validez* material, pero sí la *validez formal* del matrimonio (*eine formell gültige Ehe*) (26). Un sector de la doctrina española exige que dicho matrimonio pueda calificarse de "existente" (27).

RODRÍGUEZ DEVESA se aparta de esta orientación. Considera consecuencia necesaria de su posición en relación a la esencia de la bigamia —apariencia de estado civil— la suficiencia de una *apariencia* de matrimonio, aun cuando pueda considerarse "inexistente". Aunque al mismo tiempo afirma que "lo decisivo es la subsistencia de efectos civiles del primer matrimonio en lo que hay que atenerse en todo a la legislación española (28).

La solución no puede fundarse en nuestro derecho en la exigen-

(25) Sobre esta clase de elementos normativos, vid. E. MEZGER, *Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en TRAEGER-Festschrift, Berlin, 1926, página 225; K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente*, en MEZGER-Festschrift, Berlin, 1954, pág. 147; JESCHECK, *op. cit.*, pág. 203; KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, páginas 31 y sigs.

(26) Cfr. MAURACH, *op. cit.*, pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1010 (§ 171/2); JAGUSCH, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., II, Berlin, 1958, pág. 72; HEIMANN-TROSIEN, *LK*, 9.ª ed., cit., § 171/2, aunque limitando a los casos de invalidez formal a la no concurrencia de funcionario estatal, identidad de sexo de los contrayentes y no emisión del consentimiento matrimonial; LACKER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 8.ª ed., München, 1974, pág. 441 (§ 171/2); DREHER, *Strafgesetzbuch*, 34 ed., Berlin, 1974, pág. 737 (§171/2); KOHLRAUSCH-LANGE, *op. cit.*, pág. 412.

(27) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1010; CUELLO, *op. cit.*, pág. 675; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 28; JASO, *op. cit.*, pág. 296; M. E. DE CARMONA, *La bigamia*, Barcelona, s. f., pág. 202.

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 236.

cia expresa de la ley de *efectos civiles* en el matrimonio anterior, como requiere el artículo 556 del *Codice Penale* italiano de 1930. Por otra parte, acudir a la necesidad de apariencia *social* de estado civil no es posible si se rechaza que ello constituya la esencia del delito de bigamia. El camino correcto ha de partir del *concepto* mismo de matrimonio utilizado por el artículo 471 del Código penal. Si es éste un elemento *normativo jurídico*, su sentido ha de buscarse en el ordenamiento jurídico a que pertenece (29). “Matrimonio” será, para el artículo 471 del Código penal, sólo aquello que para el *Derecho español* puede calificarse de matrimonio. Puesto que las *normas de conflicto* españolas del Derecho internacional privado pertenecen al Derecho español, deben excluirse también, según esto, los matrimonios celebrados con arreglo a la legislación extranjera no admitida por la norma de conflicto española.

Más difícil es precisar qué elementos debe reunir un matrimonio celebrado *según el Derecho español* para que pueda considerarse “matrimonio”, según el artículo 471 del Código penal. Que no es precisa la totalidad de los elementos que condicionan su *validez*, se deduce de este mismo precepto, que se contenta con su efectiva disolución. El concepto de “matrimonio” relevante para el artículo 471 Código penal debe obtenerse a partir del Derecho civil —no puede ser un concepto “penal” de matrimonio, que no lo hay—, pero en base al significado que el mismo posee en el fundamento de este precepto. La bigamia lesiona el principio monogámico en cuanto, hasta que no se declara la nulidad del nuevo matrimonio, tiene lugar el *reconocimiento jurídico efectivo* —por el Derecho civil— de más de un matrimonio. Por la misma razón, en tanto no se declara la eventual nulidad del matrimonio anterior, la celebración de nuevo matrimonio supone hasta que no se disuelva éste el *reconocimiento jurídico efectivo* simultáneo de dos vínculos matrimoniales (30). Por consiguiente, en cuanto al matrimonio precedente, basta la presencia de los elementos que determinaron su *reconocimiento jurídico*, con independencia de su validez: Basta el concepto civil de “matrimonio contraído” a que se refiere el artículo 69 del Código civil, que lo independiza de la validez del matrimonio. La suficiencia de este concepto se halla íntimamente vinculada al sentido del artículo 69 del Código civil, que concede eficacia civil (jurídica) al matrimonio *nulo* hasta la declaración de nulidad en ciertas condiciones. Pues bien, el “matrimonio contraído” del artículo 69 del Código civil requiere sólo “una apariencia de verdadera celebración de verdaderas nupcias” (31). QUINTANO y CUELLO vienen a coincidir con este

(29) Es éste un ejemplo de lo que LARENZ llama “lenguaje especial del legislador”: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.^a ed., Berlin, 1969, páginas 302 y sigs.

(30) Escribe CARMONA: “El matrimonio goza del favor del Derecho y, por tanto, tiene a su favor la presunción de validez, produciendo por ello sus naturales efectos mientras no sea declarada su nulidad...”; *op. cit.*, página 202.

(31) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 58.

resultado, al requerir para el artículo 471 que el matrimonio tenga “las apariencias externas de legitimidad” (32).

A continuación se concretará, en referencia a supuestos problemáticos, este planteamiento. Para ello habrá que invadir la esfera del Derecho matrimonial, que es el que suministra el concepto de “matrimonio contraído”. Pero ello no puede dejarse de hacer, si no se quiere abandonar al terreno de nadie la problemática práctica que presenta la interpretación del “matrimonio anterior” del artículo 471 del Código penal. La dogmática advierte cada vez con mayor claridad que no le basta con la formulación de pautas generales, abstractas, sino que está obligada a *concretizarlas* en la medida de lo posible, si es que quiere servir con eficacia a la práctica (33).

Los matrimonios celebrados con arreglo a la ley española deben sujetarse a la forma *canónica* (arts. 42 y 75 del C. c.), ordinaria (canon 1.094 CJC) o extraordinaria (cáns. 1.098, 1.043 y 1.044 CJC), si al menos uno de los contrayentes es católico. Pero no creemos que, como piensa CONDE PUMPIDO (34), el matrimonio civil de quien está sujeto a la forma canónica no sólo sea nulo, sino también inexistente: también el matrimonio civil logrado contraer por el sometido a la forma canónica se reconoce de hecho por el Derecho español. Aunque se halla prescrita bajo la presencia concomitante del Juez municipal o su representante y su inscripción en el Registro civil, la falta de estos requisitos no impide ni siquiera la existencia de matrimonio válido, pues carecen de carácter *constitutivo*, siendo sólo *condición de reconocimiento de eficacia civil* (*arg. ex.* arts. 76 y 77 del C. c.) (35), y esto sólo en el tráfico, pero no ante los Tribunales, para los que vale toda clase de pruebas (art. 53, 2.º del Código civil) (36). Es importante en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 1962 (ArJ/1.045). En sentido parecido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1956 (ArJ/116) y 5 de marzo de 1939 (ArJ/812). En cambio, es equívoca la formulación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1960 (ArJ/1.147).

Según nuestra concepción de la *ratio* de la bigamia, en la que lo importante es la concurrencia *efectiva* del simultáneo reconocimiento jurídico de un doble vínculo, la celebración ajustada a un *mínimo* de formalidades que garantice la apariencia de legalidad

(32) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1010; CUELLO, *op. cit.*, pág. 675.

(33) Vid. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed., 1968, págs. 147 y siguientes, donde expone la evolución histórica, que arranca, sobre todo, de BAUMGARTEN, de la doctrina favorable a la concreción de las fórmulas generales. Más recientemente todavía, C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972, págs. 78 y siguientes.

(34) C. CONDE PUMPIDO, *Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales*, “ADPCP”, 1959, pág. 84.

(35) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 42, y S. civiles del T. S. de 21 diciembre 1963 y 31 marzo 1964.

(36) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 49 y sig.

y, por ello, origine el reconocimiento jurídico del matrimonio, basta a los efectos del artículo 471 del Código penal, aunque concurren defectos de forma (v.gr.: incapacidad o ilegitimación de algunos de los testigos no advertida en el momento de la celebración), en tanto no sea declarada la nulidad. Nos separamos así del planteamiento de la doctrina dominante alemana, que, ante un texto paralelo al español (§ 171 StGB), requiere la validez formal del matrimonio, aunque no su validez material (37). Esta solución sería injustificable: ¿por qué razón habría de considerarse idóneo para el artículo 471 del Código penal el matrimonio celebrado con un defecto formal no advertido en cuanto a los testigos, o incluso en cuanto al Juez o Ministro, admitiéndose, en cambio, como idóneo un matrimonio con un vicio esencial de consentimiento? Lo cierto es que el artículo 101 del Código civil considera a todos estos supuestos como causas de nulidad y el artículo 471 del Código penal no requiere la validez del matrimonio, sin distinguir en cuanto a su origen. En estas condiciones, es decisivo el fundamento de la punición de la bigamia, para el cual los dos casos comparados son equivalentes.

En cuanto a la validez *material*, sea canónico o civil el matrimonio, es indudable que no la exige el artículo 471 del Código penal, que se contenta con la no anulación o disolución efectivas del matrimonio. No importa que ocurra un defecto absolutamente esencial. No sería suficiente, por ejemplo, la falta de contenido *material* de consentimiento no advertida por el Ministro o el Juez, mientras que sí lo sería la falta de manifestación *externa* del consentimiento. En el primer caso habría apariencia de legalidad que determinaría el reconocimiento efectivo del matrimonio. En el segundo, faltaría incluso esa apariencia. Aplicando estos principios, debe afirmarse la idoneidad del matrimonio *simulado* —incluso totalmente simulado— o con *reserva mental* para los efectos del artículo 417 del Código penal, contra lo que opina FERRER SAMA (38). El supuesto de simulación es, por lo demás, particularmente seguro, si se tiene en cuenta que, según la doctrina dominante, la simulación —como la reserva mental y el dolo— no afectan ni siquiera a la validez del matrimonio civil (*arg. ex*, art. 101 del C. c.) (39).

Tampoco es preciso que el matrimonio anterior tuviese *efectos civiles* como exige el artículo 556 del *Codice Penale* italiano y en España, JASO, RODRÍGUEZ DEVESA y FERRER SAMA (40), si “efectos civiles” se entiende en sentido estricto (art. 69 y 51 del C. c.), como *algo más* que el reconocimiento jurídico de existencia del matrimonio *implícito* a su sola celebración con apariencia de legalidad. Basta esta celebración para la existencia jurídica efectiva del matrimonio

(37) Vid. nota 26.

(38) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 28.

(39) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 39.

(40) JASO, *op. cit.*, pág. 295; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 236; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 26. En cambio, en el sentido del texto, QUINTANO, *obra citada*, pág. 1010.

requerido por el artículo 471 del Código penal. No hace falta que, además, este matrimonio produzca *efectos civiles* (41). Ciertamente también el matrimonio nulo posee por lo general efectos civiles (art. 69 del C. c.). Pero ello no sucede siempre: así, en general, si el matrimonio ha sido contraído de mala fe y no hay hijos (artículo 69), y, en particular, en el matrimonio del bigamo (art. 51 del Código civil). Y, sin embargo, no puede negarse que también estos son “matrimonios contraídos” según el propio artículo 69 del Código civil, si ha tenido lugar una efectiva celebración con apariencia de legalidad y su consiguiente reconocimiento jurídico (42). Para el artículo 471 del Código penal esto es suficiente.

También el matrimonio del bigamo puede constituir, pues, el matrimonio anterior requerido por el artículo 471 del Código penal. No obsta a esta conclusión el carácter delictivo y, por ello, abiertamente *contra legem* de dicho matrimonio. No cabría, en base a ello, apelar al artículo 4.º del Código civil, pretender la nulidad de pleno derecho del mismo sin necesidad de declaración de nulidad y afirmar la licitud penal de un nuevo matrimonio aun sin esta declaración —supuesto que el precedente del primero bigamo se haya disuelto entre éste y la segunda bigamia—. El artículo 471 del Código penal *no distingue* entre los distintos supuestos de nulidad. Sólo pueden excluirse los matrimonios que ni siquiera son celebrados con apariencia de legalidad. Ahora bien, el del bigamo puede reunir esta apariencia en la celebración. En ese caso no es más que un matrimonio nulo, cualquiera que sea la clase de esa nulidad. Así lo entiende el artículo 10, 1.º, en relación con el 102 del Código penal. Esta conclusión es la única que explica que el artículo 471 del Código penal califique de “matrimonio”, sin distinguir respecto del matrimonio anterior al matrimonio actual, siempre bigamo: la ley exige para el delito del 471 del Código penal la contracción de “segundo o ulterior matrimonio”, y mal podría realizarse este requisito si el del bigamo no fuese “matrimonio”.

No merece, en cambio, la clasificación de “matrimonio anterior” según el artículo 471 del Código penal, el matrimonio celebrado bajo *condición suspensiva* —la resolutoria sería irrelevante—, si ésta se cumple. Esto alcanza a los matrimonios civiles celebrados *in articulo mortis*, condicionados a la prueba posterior de la libertad anterior de los contrayentes (arts. 93, 94 y 95 del C. c.) (43).

b') *La no disolución legítima del matrimonio anterior.*

El artículo 471 del Código penal requiere que el matrimonio anterior no se hallase “legítimamente *disuelto*” al tiempo de la celebración del actual. Habida cuenta del carácter de elemento nor-

(41) En este sentido, distinguiendo entre “existencia jurídica del acto” y “efectos civiles”, la S. 16 noviembre 1905 (JCr/161).

(42) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 60.

(43) LACRUZ-SANCHO afirma la inexistencia de los matrimonios de los artículos 93, 94 y 95 cuando la condición no se cumple: *op. cit.*, pág. 60.

mativo de este requisito jurídico, una interpretación *literal* debería entenderlo referido a los conceptos *jurídicos positivos de disolución* del matrimonio. Pero causas de *disolución admitidas* por el Derecho español son sólo la muerte de uno de los cónyuges (art. 52 del Código civil y can. 1.118 CJC) y otras excepcionales. Esto es, las causas de disolución no incluyen las de nulidad. ¿Significa esto que la "legítima disolución" del artículo 471 del Código penal no alcanza a las causas de nulidad? (44). Si así fuese, cabría extraer la consecuencia de que el matrimonio anterior debe ser *válido*, caso de entenderse ello aconsejado por la esencia del delito de bigamia (45), ya que la letra del artículo 471 del Código penal no se refería al nuevo matrimonio tras matrimonio anterior que no se hallase *anulado* —aunque fuese anulable—, sino sólo que no se hallase *disuelto*. Podría pensarse que la ley sobreentiende que el matrimonio anterior no disuelto ha de ser válido. Sin embargo, todo ello presupone, por una parte, que la esencia de la bigamia exige la validez del matrimonio anterior y, por otra parte, que el artículo 471 del Código penal permite suponer el requisito tácito de dicha validez. Nuestro planteamiento niega lo primero: si basta el matrimonio *nulo* del bigamo para lesionar el principio monogámico, en cuanto supone el reconocimiento jurídico *efectivo* hasta su descubrimiento, no hay razón para excluir el matrimonio anterior nulo, pero no anulado, que no sólo se ha reconocido jurídicamente, sino que además posee normalmente efectos civiles hasta su anulación (art. 69 del C. c.) (46). Por otra parte, no sería fácil justificar por qué en la letra del artículo 471 del Código penal el matrimonio bigamo (el "segundo o ulterior matrimonio") no necesita la validez para ser tal y, en cambio, el matrimonio anterior no disuelto ha de ser válido.

Ahora bien, si se niega, como nosotros, que la bigamia exija la validez del matrimonio anterior y que la letra del artículo 471 conduzca a la necesidad tácita de su validez, la interpretación estricta de la "disolución" en ese precepto poseería una consecuencia intolerable: el artículo 471 del Código penal se referiría a todo matrimonio anterior no *disuelto*, aunque se haya *anulado*. Según esto, el artículo 471 del Código penal impediría bajo pena contraer nuevo matrimonio a quién se le declaró nulo otro anterior. Tal conclusión contradecía la regulación del impedimento de vínculo, que deja de concurrir cuando el matrimonio anterior es declarado nulo: así, inequívocamente, el canon 1.069, 2, *a contrario*. Y no puede pensarse que el artículo 471 del Código penal castigue un matrimonio *permitido* por la ley canónica o civil cuando no concurre la duplicidad de vínculos, siquiera efectiva, esencial a la bigamia. Por ello,

(44) En sentido afirmativo la S. 30 marzo 1960 (Arj/1.147).

(45) Así, CARRARA, *op. cit.*, § 1.937. La jurisprudencia francesa mantiene la misma posición: QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1011; CARMONA, *op. cit.*, página 202.

(46) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 27, en sentido parecido, en base al artículo 101 del C. c. en relación con el 102 del C. c.

pese a que el artículo 471 del Código penal no se refiere a disolución y nulidad como el párrafo 171 del StGB alemán, sino sólo a disolución, este término debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo también la declaración de nulidad (47). Con ello no se sobrepasa el “sentido literal posible” del término “disolución”, único límite máximo de la interpretación (48). Tampoco se perjudica al reo. Es éste un ejemplo de elemento normativo jurídico que, por el sentido del contexto en que se encuentra, no puede conectarse *sin más* con el significado estrictamente definido por el derecho (49).

La letra del artículo 471 del Código penal es inequívoca en cuanto al *tiempo* en que ha de producirse la disolución. Tiene que preceder a la nueva celebración de matrimonio, pues el delito consiste en *contraer* segundo o ulterior matrimonio *sin hallarse* legítimamente disuelto el anterior (50). Ello permite considerar la disolución como algo más que condición objetiva de punibilidad de carácter negativo. En nuestro planteamiento, el fundamento de la punición de la bigamia descansa en la *efectiva* concurrencia simultánea de dos vínculos, por lo que, hasta tanto no se declara la nulidad o se disuelve el matrimonio anterior, la celebración de un nuevo matrimonio lesiona el principio monogámico. La disolución requerida por el artículo 471 del Código penal excluye, pues, el tipo *positivo de injusto* —no es sólo causa de justificación— del nuevo matrimonio: sin ella faltaría la *lesión* al bien jurídico de la monogamia. Esta conclusión no sería posible si la disolución posterior al nuevo matrimonio excluyese la punibilidad (51).

Consecuencia *procesal* de que la ley exija sólo la no disolución anterior del matrimonio precedente, y no su validez, es, para FERRER SAMA (52), la no aplicabilidad del artículo 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en caso de proceso por bigamia. Al determinar este precepto que “las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil se diferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal”, no cabe apelar a él para decidir la *validez* del matrimonio anterior, no necesaria ni, por tanto, *prejudicial*. Entendemos, sin embargo, que sí cabe acudir a dicho precepto para decidir la presencia del concepto de “matrimonio anterior” requerido por el artículo 471 del Código penal, lo que, particularmente en materia de Derecho inter-

(47) FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 26 y sigs.; CUELLO, *op. cit.*, pág. 673; JASO, *op. cit.*, pág. 295; S. del T. S. 5 enero 1898 (JCr/4), 16 febrero 1954 (ArJ/481), 3 diciembre 1957 (ArJ/3.482). En lo sucesivo emplearemos a menudo el término “disolución” en sentido amplio.

(48) LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona, 1966, pág. 256.

(49) LARENZ, *op. cit.*, págs. 255 y sig.

(50) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 26.

(51) Es lo que sucede en el art. 556, 3 del *Codice penale* italiano: PISAPIA, *op. cit.*, págs. 47 y sigs.

(52) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 27.

nacional privado, puede no ser de obvia solución. Lo mismo ha de suceder en relación a la *legitimidad* de la disolución (53).

El artículo 471 del Código penal exige, en efecto, que la disolución sea legítima. Por legítima debe entenderse la disolución ajustada al Derecho español. A efectos de Derecho Internacional privado, esto no significa que deba excluirse toda disolución producida con arreglo al Derecho extranjero: dentro del Derecho español se incluye también la *norma de conflicto*. Tratándose de materia relativa no a la forma de celebración, sino al contenido de la relación matrimonial, en cuanto al Derecho *material* deberá acudir, en principio, al artículo 9.º del Código civil, que remite a la *ley personal* y, en su caso, del marido. Pero ello tropezará con la excepción de orden público (art. 12, 1, del C. c.) cuando la disolución que corresponde según la ley personal, sea el divorcio vincular. Tanto si los cónyuges son españoles como si son extranjeros, no es admisible, por tanto, por el Derecho español el divorcio vincular (54). La declaración de esta clase de divorcios no sería, pues, “disolución legítima” para el artículo 471 del Código penal, y la nueva celebración del matrimonio constituiría el tipo legal de bigamia. Una solución distinta ofreció la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1915 (JCr/131) (55).

La *competencia* procesal para declarar la disolución corresponde exclusivamente a los Tribunales españoles en cuanto a los matrimonios españoles celebrados en el extranjero (56). En relación al matrimonio *canónico*, reconoce el Derecho español la competencia exclusiva de los Tribunales de la Iglesia. El artículo 80 del Código civil declara: “El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio

(53) Es acertado, por ello, que la S. del T. S. 3 diciembre 1957 (ArJ/3.482) diga sólo que “en la *generalidad* de los casos, y entre ellos se comprende el actual —estaba en juego la anulación del matrimonio anterior—, basta la existencia en el registro civil de dos asientos vigentes relativos a dos matrimonios del mismo contrayente, y para que la jurisdicción criminal pueda pronunciarse, sin necesidad de otros elementos que pudieran ser exigidos en vía distinta de la punitiva”. El subrayado es mío.

(54) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español Común y Foral*, 10 edición, I, 1, Madrid, 1962, pág. 494; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 345. En contra CUELLO, *op. cit.*, pág. 674.

(55) El procesado, protestante y súbdito alemán, había contraído anterior matrimonio canónico con española, que fué disuelto por los Tribunales alemanes; a continuación se casa con una alemana. Aunque el T. S. denegó la ejecución de la sentencia de disolución, la S. absuelve: “Aun discutida la eficacia y efectos de la sentencia de disolución del primer matrimonio, pronunciada por los Tribunales alemanes, no puede hacerse depender el nacimiento de una responsabilidad criminal y la generación de un delito de su cumplimiento y aceptación por parte del querellado, amparándose en procedimientos, leyes y resoluciones de su propio país, pues sólo en el caso de que un español adoptara las leyes extranjeras para eludir la aplicación de las suyas naturales, habría potestad en España para exigirle responsabilidad criminal”. En el sentido de la sentencia, QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1012, y CUELLO, *op. cit.*, pág. 674.

(56) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 344.

rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio Paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82." Completan este precepto los artículos 81 y 82 del Código civil. No hace falta señalar que en estos casos los Tribunales eclesiásticos aplicarán el Derecho canónico. La coordinación del mismo con el Derecho civil suscita la difícil cuestión de la clasificación penal del nuevo matrimonio contraído tras la disolución canónica del anterior no reconocido como tal por el Derecho civil. Tal sucede en los privilegios Paulino (can. 1.120 CJC) y Petrino, en cuanto suponen la disolución canónica de un matrimonio civil. RODRÍGUEZ DEVESA distingue según haya precedido declaración hecha por los Tribunales eclesiásticos o no. En el primer caso, en base al artículo 243 del Concordato, considera legítima la anterior disolución a efectos penales. En el segundo, el nuevo matrimonio constituirá delito de bigamia (57). El problema es de difícil solución. Por una parte, no parece lógico exigir una declaración de los Tribunales eclesiásticos para la legitimación de la disolución, pues no es declaración alguna de esta clase lo que determina la disolución, sino *únicamente* el matrimonio posterior. Por otra parte, sin embargo, el artículo 471 del Código penal se contenta con la celebración de nuevo matrimonio *sin hallarse* legítimamente disuelto el anterior al tiempo de dicha celebración y, en cuanto al privilegio Paulino, no puede decirse que el matrimonio anterior *se halle* disuelto *ya* al celebrarse el segundo, sino que se disuelve sólo con la celebración de éste.

La solución de los casos de privilegio Petrino, en cuanto supone la disolución *previa* del matrimonio anterior, ha de excluir la presencia del delito de bigamia, sin declaración jurisdiccional eclesiástica alguna. Ningún precepto obliga a tal declaración. El artículo 82 del Código civil se refiere sólo al caso de que, de hecho, tengan lugar sentencias y resoluciones firmes de la jurisdicción eclesiástica, pero no exige que éstas tengan lugar (58). Y el artículo 51 del Código civil excluye sólo los *efectos civiles* del matrimonio canónico posterior al civil, efectos civiles no necesarios para la existencia de matrimonio (Cfr. *supra*, II, 3 A a a'). Por el contrario, el espíritu de los artículos 80 a 82 y, sobre todo, la lógica del sistema de remisión en bloque al Derecho canónico para la regulación del matrimonio canónico impuesto por el artículo 75 del Código civil (59), conducen a la licitud del matrimonio canónico permitido por el privilegio Petrino. Todo matrimonio canónico ajustado al Derecho canónico ha de ser lícito, según el artículo 75 del Código civil. Y la unidad del ordenamiento jurídico no permite entender *punible* lo que es civil-

(57) RODRÍGUEZ-DEVESA, *op. cit.*, págs. 236 y sig.

(58) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 53.

(59) Este precepto dice: "El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica".

mente *lícito*. Tal principio se halla sancionado de modo general en el artículo 8, 11.^a del Código penal. En el artículo 471 del Código penal la licitud civil no sólo justifica la conducta, sino que excluye la *tipicidad positiva* a través del requisito de la legitimidad de la disolución anterior.

Más difícil es la solución del problema que plantea la celebración de nuevo matrimonio canónico permitido por el privilegio Paulino. La literalidad del artículo 471 del Código penal incluye este supuesto en el tipo legal, al exigir la *anterioridad* de la disolución legítima. No cabe duda, sin embargo, de que el nuevo matrimonio es *lícito* según el Derecho canónico y, por ello, también para el Derecho civil (*arg. ex, art. 75 del C. c.*). La previsión expresa del privilegio Paulino por parte de los artículos 80 y 82 del Código civil confirma esta interpretación. Ahora bien, si lo lícito civil no puede suponer sanción penal, resultaría inadmisibles entender responsable penalmente al que se acoge al privilegio Paulino. El artículo 8, 11. del Código penal impide tal resultado, pues obra en el ejercicio legítimo de un derecho quien celebra matrimonio lícito, con o sin declaración de la jurisdicción eclesiástica. Pese a que el supuesto examinado realiza el tipo *positivo* descrito en el artículo 471 del Código penal, se halla, pues, *justificado* según el artículo 8, 11 del Código penal y no origina el tipo de injusto de aquel precepto por faltar su parte *negativa*. Esta conclusión resulta insatisfactoria, aunque suponga la admisión del tipo positivo —tipo en sentido estricto—. Si al tipo positivo corresponde describir las conductas que *lesionan* el bien jurídico protegido y las causas de justificación se limitan a *permitir* (*Erlaubnissatz*) tal lesión en ciertos supuestos, puede decirse que el matrimonio contraído con arreglo al privilegio Paulino *lesiona el principio monogámico* pese a su *licitud*. En efecto: que el matrimonio en cuestión sea *permitido* por el Derecho canónico y, por ello, por el Derecho civil, no significa que para el Derecho civil deje de existir válidamente el matrimonio anterior, pues el Derecho canónico no podría afectar a un matrimonio *civil*; luego el nuevo matrimonio canónico —reconocido civilmente— coexiste con el matrimonio civil anterior, lesionando inevitablemente el carácter monogámico del matrimonio civil.

Consideración especial merece también la *declaración de fallecimiento*. El Derecho canónico permite el nuevo matrimonio si, efectuadas las diligencias previstas en la Instrucción del Santo Oficio de 1868, consta la certeza moral de la muerte de uno de los cónyuges (60). Frente a esto, el artículo 93, 3 del Código civil dispone que “la declaración de fallecimiento no basta por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”. QUINTANO deduce de esto último que la declaración no es “legítima disolución” (61) y que, por tanto, el nuevo matrimonio constituye el delito de bigamia del artículo 471 del Código penal. Es cierto que la *sola*

(60) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, págs. 427 y sigs.

(61) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1011; JASO, *op. cit.*, pág. 296.

declaración de fallecimiento no basta para la disolución del matrimonio. Ahora bien, en relación al matrimonio canónico, ello no excluye la virtualidad de la declaración de fallecimiento que origina la certeza moral que permite el matrimonio. No refiriéndose el artículo 195, 3 del Código civil expresamente al matrimonio canónico, ha de entenderse referida sólo al matrimonio civil, pues el canónico se regula exclusivamente, salvo disposición en contra, por el Derecho canónico (art. 75 del C. c.). Por otra parte, tampoco en el matrimonio civil resulta indiscutible la no posibilidad *legítima* de nuevo matrimonio. Como observan LACRUZ-SANCHO, la disposición del artículo 195, 3 del Código civil no excluye totalmente la licitud del nuevo matrimonio: *a sensu contrario*, si “la sola declaración de fallecimiento *no basta por sí sola*” para ulterior matrimonio, se admite que *acompañada* de otros elementos permita nuevo matrimonio. Tal elemento podría ser la concurrencia de pruebas que *objetivamente*, esto es, no sólo frente al cónyuge, sino para un observador imparcial situado mentalmente en el momento de contracción del nuevo matrimonio, llevasen a la certeza *moral* de la muerte. Tanto en el matrimonio canónico como en el civil, caso de demostrarse posteriormente al nuevo matrimonio la falsedad de tal creencia, no podría negarse la lesión objetiva del principio monogámico y la realización de la parte *objetiva* del tipo legal *positivo* descrito por el artículo 471 del Código penal. Pero la conducta se hallaría *justificada* por la *debida diligencia* con que se llevó a cabo, constitutiva de caso fortuito (art. 8.º, 8 del C. p.), y faltaría la *parte negativa* del tipo legal de bigamia. Quien actúa dentro del cuidado objetivamente exigible en el tráfico no puede incurrir en responsabilidad penal (62). En cambio, si el error fuese imprudente, la solución —impunidad o aplicación del art. 565 del C. p.— dependería de la admisión o no del tipo imprudente de bigamia. Nosotros respondemos negativamente a esta cuestión (Cfr. *infra*, II, 4).

c') *El segundo o ulterior matrimonio.*

El artículo 471 del Código penal no exige requisitos distintos al matrimonio anterior y al actual. De éste, como de aquél, requiere sólo que sea “matrimonio”. Vale, pues, para el matrimonio bigamo el mismo planteamiento efectuado para el matrimonio anterior. Baste aquí recordar que en el centro mismo se halla la necesidad y suficiencia de la celebración con apariencia de legalidad, según el Derecho español, incluyendo en éste la norma de conflicto de Derecho internacional privado. Que al nuevo matrimonio no le reconozca la ley “efectos civiles” (art. 51 del C. c.) no constituye, como se vio (cfr. *supra*, II, 3 A a a’) elemento diferencial alguno respecto del matrimonio anterior, que tampoco precisa estos efectos (63). Por

(62) CUELLO, *op. cit.*, pág. 673, y QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1011, proponen también la impunidad en los casos de buena fe, pero sin justificar esta solución.

(63) No compartimos, por ello, la formulación de FERRER SAMA: “Lo que constituye la característica esencial de este delito es la celebración de

otra parte, no tiene tampoco relevancia diferencial que respecto del matrimonio bigamo no quepa fundar su no necesidad de *validez* la en la ley exija sólo su no disolución legítima. No cabría pedir la exclusión del delito de bigamia para los nuevos matrimonios nulos: la lesión del principio monogámico no requiere la *validez* de los matrimonios en juego, sino sólo su reconocimiento jurídico *efectivo*, que en el nulo tiene lugar *hasta* su anulación; esto es evidente en el nuevo matrimonio, que *en todo caso* es nulo y no por ello deja de originar el delito de bigamia. Que el segundo o ulterior matrimonio, pese a ser siempre nulo, "es matrimonio" existente, se deduce sin más del mismo artículo 471 del Código penal no sólo porque éste quedaría de lo contrario sin ninguna posibilidad de aplicación, sino también porque califica expresamente de "matrimonio" al segundo o ulterior. No hace falta, pues, acudir a la artificiosa argumentación de OPPE, quien, tras señalar que en Derecho español el matrimonio bigamo carece, según el artículo 51 del Código civil, de todo efecto civil y por ello podría parecer *inexistente*, alega los artículos 75 y 83 del Código civil y la necesidad de la declaración de un Tribunal civil o eclesiástico para que proceda su anulación, como prueba de que en tanto no se produzca esta declaración el matrimonio bigamo es existente (64). Pero el planteamiento de OPPE viene a confirmar nuestro punto de partida: la relevancia jurídica de todo "matrimonio contraído" en cuanto no se declare su anulación.

Ni siquiera la provocación *intencional* de la nulidad del nuevo matrimonio modifica esta conclusión. Es viciada la argumentación de CARRARA de que "si la simulación recae en el segundo matrimonio no ocurre siquiera tentativa de bigamia, porque el culpable no tuvo nunca la intención de contraer un segundo matrimonio válido" (65): se trata de que el artículo 471 del Código penal no exige "la intención de contraer un matrimonio válido", sino sólo la de "contraer segundo o ulterior matrimonio" (válido o no).

El nuevo matrimonio coincide también con el anterior en requerir una *base fáctica* constituida, entre otros hechos, por la conducta de los contrayentes. Pero el artículo 471 del Código penal concede carácter *típico* sólo a la base fáctica del segundo o ulterior matrimonio. La acción típica es en el artículo 471 del Código penal el contraer matrimonio por parte de quien ha contraído otro anterior no disuelto. En cuanto base fáctica se materializa en la *manifestación del consentimiento matrimonial* por parte del ya casado con arreglo a una apariencia de legalidad y produciendo como *resulta-*

un matrimonio que, si no subsistiese el vínculo anteriormente contraído, sería válido, c, al menos, podría producir efectos jurídicos" (pág. 30); tampoco la de JASO: "Un segundo o ulterior matrimonio que produciría efectos civiles caso de no existir el matrimonio anterior" (op. cit., pág. 296).

(64) Cfr. W. OPPE, *Deutsch-spanische Doppelhehe in Mexico*, en "Monatschrift für deutsches Recht", año 25, 1971, págs. 23 y sig.

(65) CARRARA, *op. cit.*, § 1.938.

do (66) el efectivo *matrimonio*, siquiera nulo (67). La precisión de estos extremos tiene importancia para la distinción de delito consumado y tentativa o frustración (cfr. *infra*, II, 5) y para la delimitación de autoría y participación (cfr. *infra*, II, 6).

Consideración especial merece también en este apartado ciertos problemas suscitados en relación al nuevo matrimonio. El más importante es el planteado por la celebración de matrimonio canónico tras matrimonio civil anterior. El Derecho canónico no considera matrimonio, ni siquiera aparente (68), el civil contraído por personas bautizadas, esto es, obligadas al matrimonio canónico. Por ello, no concurre en el nuevo matrimonio, según el Derecho canónico, el impedimento de vínculo, pudiéndose celebrar lícitamente (69). El problema consiste en que, si bien el matrimonio canónico debe celebrarse con arreglo al Derecho canónico, éste no puede afectar al matrimonio civil anterior. Por esta razón entiende RODRÍGUEZ DEVESA que el derecho estatal no reconoce el nuevo estado matrimonial que, al ser aparentado por medio del nuevo matrimonio, constituye el delito de bigamia (70). Sin embargo, no es indudable que el matrimonio canónico sea ilícito para el Derecho civil. Al contrario, la remisión *en bloque* al Derecho canónico que efectúa el artículo 75 del Código civil ha de conducir, si ningún precepto civil lo contradice, a la admisión del segundo matrimonio canónico. Como se vio en relación al problema del privilegio Paulino, el artículo 51 del Código civil no contradice esta conclusión, sino que priva de "efectos civiles" al matrimonio canónico, y ya se dijo más arriba que tales efectos no son necesarios para la *existencia* del matrimonio a los ojos del Derecho estatal (cfr. *supra*, II, 3 A aa). Por otra parte, el Derecho canónico no puede modificar el hecho del matrimonio civil anterior (71).

(66) En contra, FERRER SAMA considera la bigamia "delito de mera conducta", *op. cit.*, pág. 31.

(67) QUINTANO exige "la formalidad concluida del segundo vínculo", *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, II, pág. 380; MAURACH propone la fórmula siguiente: "La acción consiste en la "construcción" del nuevo matrimonio, es decir, en la ejecución de todos los actos que deben llevar a cabo los contrayentes y las personas que participan en la documentación para la producción (*Zustandekommen*) formal del matrimonio": obra citada, pág. 411. La doctrina alemana es unánime en requerir la producción formal del nuevo matrimonio (*Abschluss*): WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; KOHLRAUSCH-LANGE, *op. cit.*, pág. 412; DREHER, *op. cit.*, pág. 738 (§ 171/2); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1011 (§ 171/6); HEIMANN-TROSIEN, LK, 9.^a ed., cit., § 171/12. Todos esos autores señalan, además, que, aunque la bigamia crea un estado (*Zustandsverbrechen*), no es un "delito permanente" (*Dauerverbrechen*). Ello es importante para la *prescripción*, cuyo plazo empieza a correr a partir de la celebración, *no del cese* del nuevo matrimonio. Así, CUELLO, *op. cit.*, pág. 677. En contra, S. 15 junio 1953 (ArJ/1.514); a favor, S. 16 noviembre 1959 (ArJ/3.357) y 10 junio 1970 (ArJ/2.774).

(68) BERNÁNDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 55.

(69) BERNÁNDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 117.

(70) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

(71) Esto permite admitir la posición de LACRUZ-SANCHO, según la cual la situación de ineficacia civil del matrimonio canónico cesa cuando desapa-

Penalmente, este planteamiento ha de conducir a la misma solución propuesta más arriba para el matrimonio acogido al privilegio Paulino. La letra del artículo 471 del Código penal comprende el supuesto examinado que, por tanto, realiza el tipo *positivo* de injusto; pero la licitud civil del nuevo matrimonio impide su anti-juricidad penal —siempre un plus—, por lo que su celebración ha de considerarse *justificada* en base al artículo 8.º, 8 del Código penal —ejercicio legítimo de un derecho.

Esta formulación dogmática se aparta de la acogida por la Jurisprudencia, que traslada el plano al plano *subjetivo* del conocimiento de la anti-juricidad. En las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1944 (ArJ/1.261) (72), 22 de marzo de 1945 (ArJ/401), de 6 de junio de 1945 (ArJ/779), de 24 de febrero de 1962 (ArJ/832) se considera inexistente el dolo (como *dolus malus*) por error invencible de prohibición. Pero esto supone que, cuando el error es vencible o no se produce en absoluto, debería, según el Tribunal Supremo, castigarse por imprudencia (73) o por el tipo doloso (74). Y es inadmisibles que una conducta *lícita civilmente*, porque lo es canónicamente, (art. 75 del C. c.) pueda originar responsabilidad *penal*.

Problema interesante es también el suscitado por el nuevo matrimonio celebrado *sub condicione*, bajo condición suspensiva —la resolutoria se tendría por no puesta o afectaría sólo a la validez, por simulación— (75). Sea convencional o legal (arts. 93, 94 y 95 del C. c.), el no cumplimiento de la condición obliga a considerar *inexistente* el matrimonio, que sólo hubiese llegado a ser tal caso de cumplirse la condición (76). No puede decirse entonces que se haya *contraído* nuevo matrimonio y no se realiza el tipo legal del artículo 471 del Código penal. Subsiste, sin embargo, la cuestión de si ello origina el tipo de tentativa o frustración, que se examinará más adelante (cfr. *infra*, II, 5).

FERRER SAMA entiende que “no constituiría delito de bigamia el matrimonio contraído con nombre supuesto, aunque sí otras figuras del delito” (77). Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1942 (ArJ/679) ha considerado irrelevante tal

rece el obstáculo del matrimonio civil, “en cuyo momento el canónico comienza a surtir efectos como si se hubiera celebrado entonces, *pero no más*: op. cit., pág. 62. Esta solución es, sin duda, satisfactoria: vid. páginas 63 y 64, nota 4.

(72) “... tal dolo específico falta, y con ello desaparece toda responsabilidad criminal, cuando, como aparece de hecho probado, los procesados manifiestan la existencia de un matrimonio civil anterior del contrayente al cura párroco que había de autorizar el sacramento, y éste no sólo expresó su creencia de que podían casarse los procesados, sino que posteriormente procedió a la celebración del matrimonio.”

(73) Así parece sugerirlo de modo indirecto la S. 19 abril 1913 (JCr/195).

(74) Así, S. 3 diciembre 1957 (ArJ/3.482).

(75) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 276.

(76) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 44 y 60.

(77) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 31.

suposición de nombre. Lo cierto es que el artículo 471 del Código penal no exige la celebración del nuevo matrimonio con el nombre verdadero. Alcanza, por tanto, a *todo* aquel que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, sea con nombre verdadero, sea bajo nombre supuesto. Ello no obsta a que esta circunstancia plantee la cuestión de la posibilidad o no del concurso con falsedad (cfr. *infra*, II, 6).

No hace falta señalar que, aunque no lo exige expresamente, el tipo legal del artículo 471 del Código penal requiere que el primer y segundo matrimonios no se hayan contraído por las mismas personas (78). La falta de lesión del bien jurídico protegido —el carácter monogámico—, obliga a entender excluida incluso la parte *positiva* del tipo legal —el tipo *stricto sensu*—, y no sólo la antijuricidad. Es este un ejemplo de la insuficiencia de la interpretación *literal* de la ley.

Ya se ha visto al examinar el elemento de la disolución del matrimonio anterior, que éste debe ser *antecedente* respecto del actual. Lo mismo se confirma por la expresión “segundo o ulterior” matrimonio. Ello permite plantear el problema, más bien teórico, que PISAPIA sugiere (79), de la *simultaneidad* de ambos matrimonios, celebrados ambos o uno de ellos mediante representante. Debe reconocerse que si la simultaneidad fuese *exacta* —cosa muy difícil—, el supuesto no sería *típico*, según el artículo 471 del Código penal, y debería, por ello, quedar impune. Esto constituye una *laguna legal* que debería corregirse por el legislador. El intérprete no puede hacerlo, porque ello constituiría clara aplicación *analógica*, en perjuicio del reo, de la ley penal, vedada por la necesidad de “interpretación rigurosa de la ley” que impone el artículo 2.º del Código penal (80).

Por último, la expresión “segundo o ulterior matrimonio” puede motivar la duda del tratamiento jurídico penal de la celebración de *más de un* matrimonio posterior al anterior disuelto. La conjunción disyuntiva “o” podría llevar a entender que la *unidad* del delito de bigamia no se desborda por la pluralidad de nuevos matrimonios. Tal conclusión no se aviene bien, sin embargo, con la propia literalidad de la expresión analizada, que no dice “segundo o ulteriores” —en plural—, sino “segundo o ulterior” —en singu-

(78) Por ejemplo: El extranjero que se casa con española en su país según su derecho y en España canónicamente. Ver los ejemplos, algunos reales, que recoge MANZINI, *op. cit.*, pág. 688, nota 18. Si el matrimonio anterior se anuló podría constituir el primer matrimonio a efectos de bigamia, aunque ésta cabría si los antiguos cónyuges vuelven a casarse tras haber contraído uno de ellos matrimonio con tercero. Pero entonces el matrimonio anterior relevante no sería el contraído por primera vez entre los bigamos, sino el celebrado con el tercero.

(79) PISAPIA, *op. cit.*, pág. 424, nota 3.

(80) J. CÓRDOBA RODA, en J. CÓRDOBA RODA-G. RODRÍGUEZ MOURILLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 57.

lar—. “Ulterior” alude al “tercero” o “cuarto”, etc., por sí solos —en singular—, pero no a una pluralidad de matrimonios al mismo tiempo.

b) *La parte subjetiva del tipo legal de injusto.*

a') En el esquema propuesto (cfr. *supra*, II, 3) el *dolo* o la *imprudencia* integran el tipo legal de injusto. El tipo legal del artículo 471 del Código penal es, como es regla en los delitos contenidos en el Libro II, distinto a los previstos en el artículo 565 del Código penal, de carácter doloso. El dolo ha de abarcar, como en todo tipo doloso, la totalidad de elementos objetivos del tipo legal. Para ello es necesario no sólo *conocer*, sino también *querer*. Pero *querer la acción típica* —contraer segundo o ulterior matrimonio— significa en el artículo 417 del Código penal quererla como precedida de ciertos elementos anteriores y externos a la misma. Es decir, el dolo de la acción típica del artículo 471 del Código penal implica el *conocimiento* de los elementos de este tipo legal externos a la acción, a saber: a) el matrimonio anterior, y b) su no disolución legítima (81). Tratándose de elementos *normativos*, como sucede en el artículo 471 del Código penal, han de *conocerse* no sólo los *hechos* en que se basan, sino también los elementos normativos mismos en *cuanto tales* (82). Basta, sin embargo, una comprensión de los mismos aproximada, “en la esfera del profano” —según la fórmula de MEZGERG generalmente admitida— (83). Por otra parte, la doctrina considera suficiente el dolo *eventual* (84).

El Tribunal Supremo suele subrayar la necesidad de *conocer* la no disolución ni anulación del matrimonio anterior, por ser este extremo el que presenta mayor número de problemas en la práctica. La Sentencia de 16 de febrero de 1954 (ArJ/481) declara: “...el dolo específico de este delito, que no es otro sino el que, sabiendo el culpable que el anterior matrimonio no está disuelto ni declarado nulo...”. En el mismo sentido, la Sentencia de 5 de julio de 1944 (ArJ/882): “... dicha figura delictiva —bigamia— se comete de modo consciente y voluntario por quien, unido en matrimonio con

(81) MANZINI, distingue también entre “intenzione” de contraer un nuevo matrimonio y “consapevolezza” del anterior matrimonio: *op. cit.*, página 691. Siguen la misma fórmula PISAPIA, *op. cit.*, pág. 468 y sig.; CUELLO, *obra citada*, pág. 675.

(82) JESCHECK, *op. cit.*, pág. 219. En contra, HEIMANN-TROISIEN, LK, 9.^a ed., cit., § 171/11, considera el error sobre la subsistencia del matrimonio, como valoración jurídica, *error de prohibición*. Pero esto es retroceder a la distinción de error de hecho y error de derecho, hoy superada por la ciencia.

(83) J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 99; JESCHECK, *op. cit.*, pág. 219.

(84) MAURACH, *op. cit.*, pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 242; KOHL-RÄSCH-LANGE, *op. cit.*, pág. 412; DREHER, *op. cit.*, pág. 738 (§ 171/3); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1011 (§ 171/5); JAGUSCH, LK, 8.^a ed., página 73; LACKNER-MAASSEN, *op. cit.*, pág. 441 (§ 171/5); JASO, *op. cit.*, página 296; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

una mujer..., se case con otra sabiendo que no se ha disuelto ni declarado nulo el anterior...”.

En algunos casos, el Tribunal Supremo parece contentarse con el *dolo eventual*, *deducido* de no haber practicado el autor las *diligencias más elementales* para cerciorarse de la disolución o anulación del anterior vínculo. Tal concepto de dolo raya peligrosamente con la imprudencia, de la que parece una forma calificada. Así, la Sentencia de 19 de abril de 1913 (JCr/ 195): “... dejando de practicar las más elementales diligencias para averiguar si su segunda esposa vivía cuando tan fácil le era por residir en la misma provincia, todo lo cual revela la intención dolosa...”; la Sentencia de 31 de octubre de 1925 (JCr/ 265): “... sin haber practicado las más elementales diligencias para averiguar si su primera esposa vivía y fijándose de imprudente manera en las declaraciones de los testigos que presentaba el Letrado...”; análogas las Sentencias de 16 de enero de 1906 (JCr/27) y 23 de abril de 1926 (JCr/174). Por último, el Tribunal Supremo entiende que el dolo se halla *presumido* por la ley en base al artículo 1.º, 2 del Código penal, lo que explica que la no concurrencia de argumentos que excluyan *positivamente* el dolo, baste al Tribunal Supremo para afirmarlo. Así, la Sentencia de 2 de enero de 1957 (ArJ/35): “... la voluntad dolosa... aparece probada no solamente en virtud de la presunción que establece el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, según el cual las acciones y omisiones penadas por la ley se presumen siempre voluntarias, es decir, conscientes, mientras no conste lo contrario, sino también aparece acreditada dicha voluntad dolosa y muy principalmente porque la naturaleza de ambos sucesos no permitía que ninguno de los cónyuges en uno y otro caso ignorase su trascendencia en todos los órdenes”; la Sentencia de 23 de octubre de 1957 (ArJ/2.919): “Es infundada la alegación que consigna el recurso, de no concurrir dolo... al sostener que el reo estimaba nulo el primer matrimonio que realizó, dada la época roja en la que contrajo y por su anormalidad, cuando la presunción general de voluntariedad de las acciones punibles, establecida por el artículo 1.º del Código penal no ha sido destruida...” Véase también la Sentencia de 22 de marzo de 1945 (ArJ/401).

b) El *error* esencial en cualquiera de los elementos típicos, sea en la acción típica, sea en sus presupuestos normativos, excluye el dolo y plantea la cuestión de la estimabilidad subsidiaria del tipo imprudente. Las sentencias citadas más arriba vienen a admitir que el creer legítimamente disuelto el matrimonio anterior ha de determinar la exclusión de responsabilidad penal.

c) El Tribunal Supremo, coherentemente con su concepción dogmática de dolo como *dolo malo*, entiende también excluido el dolo en los supuestos de error de prohibición por desconocimiento de la antijuricidad del segundo matrimonio. Es lo que sucede en los casos de matrimonio canónico autorizado por la Iglesia tras matrimonio civil no disuelto: el Tribunal Supremo no exige la creencia

en la disolución legítima, sino que considera suficiente la creencia en la licitud del nuevo matrimonio o, a lo sumo, la convicción de la *nulidad* —no disolución— del matrimonio civil. Tal error no afecta a la *voluntad natural* del hecho típico, sino al conocimiento de la antijuricidad.

Han estimado el error de prohibición como excluyente de toda responsabilidad penal las Sentencias de 29 de noviembre de 1944 (ArJ/1.261), 22 de marzo de 1945 (ArJ/401, 6 de junio de 1945 (ArJ/779) y 24 de febrero de 1962 (ArJ/832). Las dos últimas tienen especial importancia, por cuanto proporcionan un *criterio general*, aplicable no sólo a la bigamia, de delimitación de error de prohibición eximente y no eximente. La Sentencia de 6 de junio de 1945 declara que el delito de bigamia “nunca puede cometerse, al igual que cualquier otra infracción penada por la ley, sin la voluntariedad exigida en el artículo 1.º del Código sancionador, como elemento subjetivo equivalente a la intención dolosa de la persona responsable que, para serlo, *ha de tener conciencia de la ilicitud* de sus acciones y omisiones y que ya no lo es si obra al impulso de legítimos propósitos y en la *creencia racionalmente fundada*, bien sea cierta o errónea, *de ejercitar el propio derecho sin lesión de ningún otro que en el orden penal se halle protegido*”. De los fragmentos que he subrayado cabe deducir: primero, el Tribunal Supremo requiere la *actualidad* —no sólo *potencialidad*— del conocimiento del injusto. Ello es coherente con la *teoría del dolo* que sustenta. Segundo, el contenido del error de prohibición es la conciencia de *no lesionar ningún bien jurídico* que se halle protegido penalmente. Tercero, el criterio de distinción de error eximente y error no eximente es que se halle o no racionalmente fundado el mismo, que debe interpretarse con un sentido de *relatividad*, en referencia a la racionalidad del hombre *medio* colocado en la situación *concreta del agente*. La Sentencia de 24 de febrero de 1962 se expresa en cuanto a la distinción de error eximente y no eximente en el mismo sentido, si bien refiriéndose sólo a la “creencia fundada”. Aunque denegatoria del error eximente, la Sentencia de 22 de abril de 1969 (ArJ/2.317) apeló al mismo criterio de la Sentencia 6 de junio de 1945.

Tan importante como el principio de distinción señalado es el contenido *concreto* que el Tribunal Supremo da al mismo: en todas las sentencias citadas se consideran casos en que el imputado había sido autorizado por un ministro de la Iglesia, pese a haberle manifestado abiertamente la concurrencia del anterior matrimonio o, incluso, a haber consultado a distintas personas que le dieron opinión positiva. No cabe duda de que influye en el Tribunal Supremo la conciencia de que no cabe castigar un matrimonio *lícito* con arreglo al Derecho canónico. Hemos dicho más arriba que esta licitud supone también la licitud civil, por virtud de la remisión en bloque al Derecho canónico del artículo 75 del Código civil. Por ello, la

solución correcta no es la exención de responsabilidad por *error*, que pudiera faltar, sino por ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8.º, 11 del C. p.).

B) *El tipo legal negativo de injusto*

Las únicas causas de justificación que poseen interés *específico* para el tipo legal del delito de bigamia son el *ejercicio legítimo de un derecho* (art. 8.º, 11 del C. p.) y el *caso fortuito* (art. 8.º, 8 del Código penal). Al estudiar los elementos normativos de no disolución de matrimonio anterior y matrimonio actual, se dijo que el artículo 8.º, 11, ha de operar en los casos de privilegio Paulino y matrimonio canónico permitido por la Iglesia tras matrimonio civil no disuelto, y que la certeza moral de la muerte permite la aplicación del artículo 8.º, 8 del Código penal. Nos remitimos a lo dicho.

Queríamos señalar, además, que el delito del artículo 471 del Código penal confirma el punto de partida sistemático que sirve de base a este trabajo, a saber, que el tipo legal es tipo *total* de injusto y supone, por ello, tácitamente la ausencia de causas de justificación. Adviértase que en los casos señalados de justificación de la bigamia con arreglo al artículo 8.º, 11 del Código penal no cabría decir que el segundo matrimonio es *ilegal*. Por el contrario, dicho matrimonio es *licito*, pese a realizar el tipo legal positivo. Ahora bien, la rúbrica del Capítulo en que se encuentra el artículo 471 del Código penal se refiere a los "matrimonios ilegales". Luego, el matrimonio *justificado* por el artículo 8.º, 11 del Código penal no realiza el tipo legal del artículo 471 por no ser un *matrimonio ilegal*, o lo que es lo mismo, porque falta la parte *negativa* del tipo.

No hace falta señalar, por lo demás, que el adverbio "legítimamente" del artículo 471 del Código penal no se refiere al tipo legal negativo (no es un "elemento especial de antijuricidad"), sino al positivo. La legitimidad no se predica, en efecto, del hecho descrito por el tipo, sino de la disolución del matrimonio anterior.

4. *Posibilidad o no del tipo imprudente de bigamia.*

En los derechos en que los tipos imprudentes se incriminan de forma especial, cuando se estima necesario castigarlos, en sistema de *numerus clausus*, la punibilidad de la bigamia culposa depende de su previsión expresa por el legislador. Lo normal es entonces que ello no tenga lugar. Este es el caso de los Códigos penales de la República Federal Alemana y de Italia. Es evidente en estos países que sólo la bigamia dolosa es punible (81). El problema es más difícil de resolver en el sistema español de incriminación *abierto* de la imprudencia, en las fórmulas generales de los artículos 565; 586, 3.º, y 600 del Código penal.

(85) Ver nota anterior. En Italia, PISAPIA, *op. cit.*, pág. 468; RICCIO, *obra citada*, pág. 238; COLACCI, *op. cit.*, pág. 154; MANZINI, *op. cit.*, página 691.

La doctrina española se halla dividida en este punto. CUELLO CALÓN y RODRÍGUEZ DEVESA niegan la punibilidad del tipo imprudente de bigamia (86). Por el contrario, FERRER SAMA, CONDE PUMPIDO y, menos claramente, JASO y PUIG PEÑA la admiten (87). GIMBERNAT no se decide por una u otra solución, pero pone abiertamente en duda la posibilidad de la imprudencia (88). El Tribunal Supremo no ha negado nunca la posibilidad del tipo imprudente de bigamia. Por el contrario, en alguna sentencia, como la de 19 de abril de 1913 (JCr/195), se sugiere claramente la posibilidad de la imprudencia: "Si la imprudencia temeraria se caracteriza por la carencia absoluta de toda malicia y de falta de intención en la ejecución de un hecho punible, no puede en modo alguno aplicarse a los realizados por el recurrente, pues aparece claramente que al contraer ulterior tercer matrimonio sin estar disuelto el segundo, ocultó este último...". Sin embargo, no deja de ser significativo que, aparte de la Sentencia de 1 de abril de 1882, citada por QUINTANO, PUIG PEÑA, CONDE PUMPIDO y CUELLO CALÓN (89), sólo en la muy reciente de 4 de julio de 1974 ha estimado el Tribunal Supremo la bigamia por imprudencia, y ello no por haberse preferido la impunidad en casos de imprudencia, sino más bien por una ampliación de lo doloso. Ya se ha dicho más arriba que el Tribunal Supremo entiende concurrente el dolo en este delito en casos *excesivamente próximos* a la imprudencia y que apela para ello con frecuencia a la presunción de voluntariedad del artículo 1.º, 2 del Código penal. Piénsese, por ejemplo, en la Sentencia de 31 de octubre de 1925 (JCr/265).

La solución de la cuestión planteada no ha de depender de consideraciones político-criminales del intérprete. Estas corresponden al legislador, que, según la interpretación dominante, cuando quiere cerrar el paso a la incriminación imprudente, introduce en la descripción típica referencias subjetivos incompatibles con la imprudencia (90). El artículo 565, 1, permite sólo excluir de la imprudencia a los tipos que contienen elementos subjetivos que *suponen el dolo*: puede interpretarse que exige que el hecho objetivo constituyera ya "delito" (doloso) "si mediare malicia", y los tipos portadores de elementos subjetivos que suponen el dolo no realizarían —no

(86) CUELLO, *op. cit.*, pág. 676, pero su argumentación no es admisible; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

(87) FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 36 y sig.; QUINTANO, *op. cit.*, páginas 1015 y sig.; CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 96; JASO, *op. cit.*, pág. 296, a *sensu contrario* de su afirmación de que "la comisión culposa no es posible respecto al que contrae matrimonio con el cónyuge"; PUIG PEÑA, se limita a referirse a la admisión de la imprudencia por la S. 1 abril 1882.

(88) E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad*, en "Anuario de Ciencia Jurídica", I, 1972, pág. 278.

(89) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1016; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 171; CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 96; CUELLO, *op. cit.*, pág. 676.

(90) J. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, Barcelona, 1962, págs. 216 y sigs.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, pág. 224.

constituirían *todavía* “delito”—añadiendo sólo al hecho objetivo la malicia. En otras palabras: el artículo 565 supone un hecho no doloso que, de añadirsele el dolo —la malicia—, constituiría “delito”: y un hecho no doloso no puede, con la sola adición del dolo, dar lugar a un tipo de portador de elementos subjetivos que suponen el dolo, porque antes de la adición del dolo *no podían* concurrir en él esos elementos y la sola adición mental de aquél no implica la de éstos. No es posible, en cambio, deducir del artículo 565 la no incriminación culposa de los tipos en que se expresa sólo el dolo, ya que en ellos el hecho objetivo constituye delito con sólo mediar malicia. La incriminación de la bigamia culposa depende, en primer lugar, de la ausencia de elementos subjetivos adicionales al dolo en el tipo del artículo 471 del Código penal, si es que se demuestra la posibilidad de producción real del tipo de bigamia imprudente.

Es indudable que es imaginable la realización imprudente de la bigamia. Piénsese en quien cree infundadamente que su matrimonio anterior está disuelto legítimamente. Por otra parte, en el tipo legal del artículo 471 del Código penal no se exigen elementos subjetivos adicionales al dolo. No puede considerarse como tal la necesidad de *conocimiento* del matrimonio anterior y de su no disolución, porque este conocimiento es requerido por el mismo dolo: la bigamia dolosa lo requiere necesariamente. De esto cabría deducir que si falta dicho conocimiento falta sólo el dolo y, caso de mediar imprudencia, es aplicable el artículo 565 —no el 586, 3., ni el 600, referidos a mal a las personas o daño a las cosas, respectivamente—, porque se ejecuta un hecho que *con sólo mediar el dolo* —“si mediar malicia”— constituiría el “delito” de bigamia. Pero esta cuestión no sería acertada. El artículo 479 del Código penal no contradice ciertamente el razonamiento formulado (91). Este precepto no requiere necesariamente la concurrencia de dolo, sino sólo que, *caso de darse*, el contrayente doloso ha de dotar a la mujer que contraiga matrimonio de buena fe. El artículo 478 del Código penal sí se opone, en cambio, a la posibilidad de estimación de la bigamia imprudente. Según la interpretación que corresponde a la expresión “conocido o denunciado en el expediente”, el artículo 478 del Código penal no castiga la participación dolosa, sino una *imprudencia cualificada*. La cualificación descansa, por una parte, en el carácter de *funcionario público* del Juez y, por otra, en los datos de la *notoriedad* objetiva o *denuncia* en el expediente del impedimento. Ambos extremos caracterizan a la imprudencia como *especialmente grave*. Ahora bien, si se admitiese la incriminación culposa para el bigamo, debería admitirse la inadmisibles consecuencia de que la imprudencia *no cualificada* —menos grave— de éste se castigaría *más gravemente* que la del artículo 478 del Código penal: la pena de la bigamia imprudente podría ser arresto mayor (*arg. ex*, art. 565, último párrafo), mientras que la conducta impru-

(91) En contra, RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

dente del Juez se castiga sólo en el artículo 478 con las penas de suspensión y multa, pese a que el Juez sería, si no fuese por este precepto, autor (asimilado: art. 14, 3, del C. p.) (92) de la bigamia imprudente. Ello supondría que el artículo 478 concede significado *atenuatorio* a una imprudencia *más grave*, lo cual es intolerable. La punición especial de la participación del Juez no puede tener, pues, otro sentido que el de castigar un comportamiento *de otro modo impune*. Es decir, el artículo 478 del Código penal castiga especialmente al Juez porque presupone que, de no hacerlo, su conducta imprudente sería impune, *por serlo toda forma de bigamia imprudente*. Según este razonamiento, puede considerarse atípica la bigamia imprudente.

Por su propia naturaleza, el planteamiento anterior alcanza también a la imprudencia de derecho. No se trata, en efecto, de que la estructura típica de la bigamia haga *imposible* la imprudencia de hecho, subsistiendo como posible la de derecho (como sucede en los tipos portadores de elementos subjetivos que implican el dolo), sino que la ley no quiere castigar la imprudencia, sin distinguir. Sería injusto, porque no hay ninguna razón para ello, exceptuar de la impunidad a la imprudencia *iuris*.

5. *Los tipos legales de imperfecta ejecución y de los actos preparatorios punibles.*

A) *a)* En Italia se entendió durante un tiempo que la bigamia era incompatible con su ejecución imperfecta (93). Pero ello no es compartido ya por la doctrina italiana actual dominante (94), que admite la tentativa no sólo en base a que el Derecho italiano requiera “efectos civiles” por la inscripción en el Registro estatal (95). En Alemania, hasta la reforma de 23 de noviembre de 1973 (4. *Strafrechtsreformgesetz*), ante un texto paralelo al nuestro, se admitía generalmente la tentativa (96). La doctrina española admite

(92) Recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, cit., página 881, admite con el apoyo de una dirección jurisprudencial la cooperación necesaria en delitos imprudentes.

(93) MANZINI, *op. cit.*, pág. 689, la única expresión que prevé —no inscripción en el Registro— no valdría para nuestro Derecho. Igual RICCIO, *obra citada*, págs. 220 y sig.

(94) PISAPIA, *op. cit.*, pág. 453; COLACCI, *op. cit.*, págs. 145 y siguiente; S. RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, III, 2.^a ed., Padova, 1967, pág. 168; ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 342.

(95) Vid., por ejemplo, SANTORO, *op. cit.*, págs. 144 y sigs., que precisamente no admite la tentativa sólo para el caso de faltar la inscripción en el matrimonio canónico y, en cambio, la admite para el civil. Funda lo primero en que la inscripción no pertenece a la acción típica, sino que es sólo condición objetivo de punibilidad. Ya hemos visto que la polémica sobre este punto no puede plantearse entre nosotros.

(96) MAURACH, BT, cit., pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 16 ed., pág. 1006; LACKNER-MAASEN, *op. cit.*, 7.^a ed., página 431; DREHER, *op. cit.*, 33 ed., pág. 714; JAGUSCH, LK, 8.^a ed., pág. 73; HEIMANN-TROSIEN, LK, 9.^a ed., cit., § 171/10; KOHLRAUSCH-LANGE, *obra citada*, pág. 412.

también la ejecución imperfecta de la bigamia, si bien FERRER SAMA niega la posibilidad de frustración (97). Aunque la acción típica del artículo 471 del Código penal requiere la efectiva contracción de matrimonio, no cabe duda de que es posible el tipo de tentativa o frustración cuando aquélla no se produce. Todo tipo *imperfecto* supone necesariamente la no realización acabada del tipo legal de referencia.

b) Más difícil resulta precisar la distinción de tentativa y actos preparatorios, y la tentativa y frustración. FERRER SAMA entiende que ya desde la iniciación del expediente matrimonial es posible la tentativa, en cuanto que supone la realización de actos inequívocamente dirigidos a la consumación del delito (98). En cambio, RODRÍGUEZ DEVESA y JASO, siguiendo esencialmente a la doctrina alemana (99), señalan como línea de distinción de actos preparatorios y ejecutorios el comienzo de la ceremonia. La decisión de la cuestión es difícil, como lo es la totalidad de la problemática general de la distinción de ambos momentos. En nuestro Derecho, el artículo 3.º del Código penal exige, para la tentativa, “dar comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”. Que no basta la referencia a la acción típica descrita en la parte especial, se desprende *a sensu contrario* de la adición legal de la expresión “directamente por hechos exteriores”, que muestra que la “ejecución del delito” no se reduce a la sola acción descrita por el tipo legal consumado. Si así fuera, no sería necesario que el artículo 3.º del Código penal exigiese el carácter *directo* y la *exterioridad* de los actos de ejecución. La teoría *objetivo-formal* es, pues, insuficiente para nuestro derecho. Deberá buscarse una solución que amplíe el momento de la ejecución a la *esfera previa (Vorfeld)* inmediatamente anterior a la consumación.

Para explicar en qué consiste esta *esfera previa*, se han formulado distintas teorías. La opinión dominante en la doctrina alemana actual acoge soluciones encuadrables como teorías *objetivo-materiales* (100). Un grupo de autores acude a la idea de *peligro inmediato*, en atención al plan del autor, como criterio de distinción de

(97) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1013; FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 31 y siguientes; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 238; CUELLO, *op. cit.*, páginas 676 y siguiente.

(98) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 31. En Alemania, de modo análogo, fijaban el comienzo de la ejecución en la *Bestellung des Angebots*; DREHER, *obra citada*, 33 ed., pág. 714, y HEIMANN-TROISIEN, LK, 9.ª ed., cit., § 171/10.

(99) Así, MAURACH, *BT cit.*, pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 16 ed., pág. 1006; JAGUSCH, LK, 8.ª ed., citada, página 73.

(100) JESCHECK, *op. cit.*, pág. 391. Las teorías subjetivas *puras* se hallan hoy ampliamente abandonadas: loc. cit., págs. 390 y sig. Pero, como se ve en el texto, existe en la actualidad acuerdo en la necesidad de *combinar* los puntos de vista subjetivos y objetivos, de modo que la designación de JESCHECK de “teoría objetivo-materiales” sólo con esta advertencia puede ser admitida.

preparación y ejecución (101). Otro sector considera preferible, por más segura y estricta, la *inmediatez temporal*, respecto de la consumación, teniendo en cuenta el plan del autor (102). La teoría del peligro no resuelve de forma inequívoca la cuestión aquí planteada. Presupuesto de dicha teoría es la *evidencia* de la inmediatez del peligro, y en la bigamia no es evidente ni que aquélla empiece con el expediente matrimonial, ni que comience sólo con la ceremonia nupcial. La teoría de la inmediatez temporal conduce, en cambio, a negar el inicio de la ejecución de la bigamia en el expediente matrimonial, que queda excesivamente alejado del *contraer* matrimonio, para que pueda hablarse de conexión temporal de inmediatez. Esta solución es confirmada por la observación de que el expediente no es más que la *preparación*, siquiera inequívoca, del contraer matrimonio. Esta es, por otra parte, la única solución compatible con el principio *pro reo*, habida cuenta de la imposibilidad de decidir con seguridad, según ninguna otra teoría, el comienzo de la ejecución (103).

Según esto, el principio de ejecución gira en la bigamia en torno al comienzo de la ceremonia (104). Sólo esta constituye el campo *inmediatamente* previo a la consumación típica. Sólo ella se halla unida naturalmente a la consumación hasta el punto de que ninguna otra etapa la separe de ésta.

c) Al analizarse la acción típica del artículo 471 del Código penal se dijo que consistía en el efectivo *contraer* matrimonio apa-

(101) Sobre todo, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 17 ed., págs. 318 y siguientes (§ 43/12). Mucho menos claramente, LACKNER-MAASSEN, *obra citada*, 8.ª ed., págs. 140 y sig. (§ 43/1 b), que en esta edición se aproxima mucho a la fórmula de la inmediatez temporal. En realidad, la nueva fórmula de tentativa del futuro, § 22 StGB, ha favorecido a esta otra posición. Sin embargo, ROXIN señala todavía la necesidad de completar la fórmula de la *inmediatez con la de la puesta en peligro, así como con la posibilidad de anular el autor los actos emprendidos, en relación a la tentativa acabada* (versión subjetiva de nuestra frustración) y a los delitos de omisión impropios: *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en "Juristische Schulung", 1973, págs. 329 y siguiente. También ahora, P. BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1973, pág. 195. En España sigue la teoría de la puesta en peligro: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 117.

(102) WELZEL, *op. cit.*, pág. 190, de quien arranca esta construcción; JESCHECK, *op. cit.*, pág. 392; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, págs. 498 y sig., concretando la posición así: hay tentativa cuando el autor emprende un acto al que no separa ningún otro, según su plan, de la realización típica (acto inmediatamente precedente al tipo). Viene a acoger esta fórmula RUDOLPHI, *Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*, en "Juristische Schulung", 1973, página 23.

(103) Subraya acertadamente la importancia general del criterio *pro reo* en la distinción de actos preparatorios y ejecutivos, SCHMIDHÄUSER, *obra citada*, pág. 490.

(104) Sin embargo, la doctrina alemana dominante fija como momento decisivo el de la llegada (*Erscheinen*): ver nota 99, y CUELLO, *op. cit.*, página 677, aunque admite la tentativa una vez iniciada la ceremonia, no precisa cuando empieza la posibilidad de tentativa.

rentemente legal, entendido como *resultado*. Si, pese a haber realizado el contrayente ya casado *todos* los actos necesarios por su parte para contraer matrimonio aparentemente legal, este resultado no se produce, deberá estimarse la frustración (105). Ello podrá suceder, por ejemplo, cuando, habiendo manifestado el consentimiento matrimonial el ya casado, no se llega a extender el acta de casamiento prevista en el artículo 100 del Código civil por percatarse el Juez en este momento del impedimento de vínculo; o si, correspondiendo al otro cónyuge formular su consentimiento a continuación, no lo hace. No habrá existido entonces matrimonio alguno reconocido, ni siquiera de hecho, por el Derecho. Lo mismo vale en los casos de matrimonio condicional en que la condición no se cumple. Más interés tienen, tal vez, los supuestos de falta de producción de matrimonio aparentemente legal por celebrarse con arreglo a Derecho extranjero distinto al admitido por la norma de conflicto española. La calificación de estos casos depende del plan del autor. Si éste creía y quería contraer matrimonio reconocido por el Derecho español, incurría en tentativa *indónea* por "imposibilidad de producción del delito" (art. 52, 2 del C. p.). De lo contrario, el matrimonio será atípico por faltar el elemento esencial del dolo.

B) La punibilidad general de los actos preparatorios punibles definidos por el artículo 4.º del Código penal se halla limitada en la bigamia por su carácter de delito *especial propio*, que impide que la ejecución del tipo del artículo 471 del Código penal puede llevarse a cabo por sujeto distinto al ya casado en matrimonio no disuelto (cfr. *infra*, II, 6). No será posible, por ello, apreciar la *conspiración* ni la *proposición*.

La *conspiración* exige, como forma de ejecución imperfecta de coautoría (106), la voluntad de *autor* de los conspiradores: así se deriva de que no es suficiente el concierto para la ejecución del delito, sino que hace falta, además, que se resuelva "ejecutarlo" (art. 4.º, I del C. p.) (107). Ahora bien, el ser *uno* solo el autor posible de la ejecución del delito del artículo 471 del Código penal, no cabe pensar en concierto de varios para ejecutarlo. El acuerdo de quienes piensan contraer el matrimonio bigamo no constituye, pues, *conspiración*. Es indiferente que ambos se hallasen vinculados por anteriores matrimonios no disueltos, porque ello no podría dar lugar, caso de celebrarse el nuevo matrimonio, más que a la concurrencia de *dos* delitos de bigamia, pero nunca a que ambos fuesen coejecutores del mismo. Sería acertada, *también hoy*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1879 (JCr/238), que consideró impune el acuerdo de dos personas para contraer matrimonio bigamo.

El concepto de *proposición* del artículo 4.º, 2 del Código penal

(105). En contra, FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 32 y sig.

(106) MAURACH, *Tratado*, cit., II, págs. 332, y la nota de CÓRDOBA, II, página 362; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, I, pág. 150.

(107) RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, I, pág. 152.

es también incompatible con la naturaleza de delito especial propia de la bigamia. Para la existencia de proposición hace falta que el que ha resuelto "cometer un delito" invite a otra u otras personas a "ejecutarlo". Son necesarias, por lo menos, dos personas idóneas para la realización del tipo legal de referencia: el que se ha propuesto *cometerlo* y el que debe *ejecutarlo*. Y eso no es posible en el artículo 471.

Sí cabe, en cambio, la *provocación* del artículo 4.º 3 del Código penal, en cuanto no exige la ley que el provocador pueda realizar el tipo provocado.

6. Los tipos legales de participación.

A) En principio, los tipos legales de la Parte Especial del Código penal describen sólo las conductas del *autor* ontológico en sentido estricto. Pero en los *delitos especiales* la ley limita a quienes reúnen ciertas cualificaciones la posibilidad de ser autores. Si los demás no pueden, subsidiariamente, ser autores de ningún otro tipo legal más genérico, se habla de *delito especial propio* (108). Este es el caso del tipo del artículo 471 del Código penal, que sólo puede ser realizado por el *casado* en matrimonio anterior no disuelto. Ello plantea, en términos particulares, la cuestión de la participación.

El autor, en sentido propio, del delito del artículo 471 del Código penal ha de actuar *dolosamente*, porque ese tipo legal es doloso. Ello sucede en la gran mayoría de los tipos del Libro II del Código penal, fuera de los previstos en el artículo 565 del Código penal. Ahora bien, al ser el delito de bigamia un delito especial propio, queda excluida la posibilidad de participación de terceros en el nuevo matrimonio de quien, pese a haber contraído anterior matrimonio no disuelto, no actúa dolosamente (v. gr., por creerlo disuelto). Se exceptúa de esto el Juez a que se refiere el artículo 478 del Código penal, porque su punibilidad se halla prevista de forma *especial* por la ley. En los demás supuestos, la solución negativa se deriva de la *accesoriedad* de la participación. En efecto, los artículos 14, 16 y 17 del Código penal exigen como presupuesto mínimo de participación la concurrencia de un "hecho" principal, que ha de interpretarse como *hecho antijurídico*. Quien, como nosotros, entienda que el tipo legal de injusto de la bigamia requiere el dolo, debe considerar ausente dicho presupuesto cuando el dolo falta.

La solución negativa alcanza al otro cónyuge del actual matrimonio, contra lo que sucedería si su conducta se hallase prevista expresamente en el artículo 471 del Código penal (109). No importa

(108) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, páginas 229 y sigs., y 252 y sigs.

(109) Así sucede en el § 171 StGB alemán (vid., p. ej., MAURACH, *obra citada*, pág. 411) y en el art. 556 del *Codice Penale* italiano (vid. por ejemplo, PISAPIA, *op. cit.*, pág. 422). Es equivocado en Derecho español decir que ambos contrayentes —también el no casado— son sujetos activos de la

que este otro cónyuge actúe dolosamente, aunque sea el causante intencional del error del ya casado: al ser delito *especial propio*, el delito del artículo 471 del Código penal no permite por parte del no casado la *autoría mediata*, cuya posibilidad no puede desbordar el principio de legalidad (110), que limita el tipo al ya casado y excluye que pueda ser realizado, ni siquiera en autoría mediata, por quien no posee esa calificación (111).

Cuando el ya casado actúa dolosamente, caben, en cambio, todas las formas generales de participación. La del otro cónyuge del actual matrimonio no podrá, sin embargo, incluirse en el número 1 del artículo 14 del Código penal, aunque se entienda el *tomar parte en la ejecución* como más amplio que ejecutar el tipo: pues, si bien el casado —o casado con matrimonio disuelto— toma parte en la *celebración* del matrimonio, no lo puede hacer en la *ejecución* de la que su condición personal le obliga a quedar fuera (112). Si no ejerce *inducción* sobre el casado (art. 14 del C. p.) deberá acudirse a la *cooperación* necesaria del artículo 14, 3 del Código penal (113).

Subjetivamente, los tipos de participación en la bigamia dolosa han de ser dolosos. Ello se desprende, más directamente todavía que para el autor en sentido estricto, de la punición especial de la participación del Juez en el artículo 478 del Código penal: si, como se verá, este precepto castiga una forma *cualificada* —más grave— de imprudencia, por ser *funcionario público* el Juez y ser *notorio constar* el impedimento en el expediente o haberse *denunciado* en él, no tendría sentido que señalase una pena *inferior* a la que correspondería a los demás partícipes imprudentes, como sucedería caso de admitirse la bigamia imprudente. Lógico es, pues, deducir la impunidad de las conductas imprudentes distintas a la del Juez (*Vid. supra*, II, 4).

B) a) Consideración particular merece la especial forma de participación penada en el artículo 478 del Código penal. En cuanto al tipo legal *objetivo* de este precepto, el párrafo 1.º se refiere a la autorización de “matrimonio prohibido por la ley o para el cual haya algún impedimento no dispensable”. El vínculo anterior constituye impedimento no dispensable (art. 83, 5 del C. c.). Sólo puede realizar el tipo del artículo 478 del Código penal el Juez y no el eclesiástico, que no por ello ha de quedar impune, como más abajo se verá. El tipo legal subjetivo depende de la interpretación que se

bigamia, como hace CUELLO, *op. cit.*, págs. 672 y 677. En el art. 471 del Código penal el problema que cabría plantear es más bien si, siendo necesaria la participación del no casado y no estando penada por la ley a pesar de ello, puede considerarse *participación necesaria* (*notwendige Teilnahme*), impune en cuanto no fuese más allá de la colaboración necesaria al tipo. Sobre este tratamiento de la participación necesaria, ver JESCHECK, *obra citada*, pág. 529; MAURACH, *Tratado*, cit., II, pág. 352 y sig.

(110) E. GIMBERNAT, *Sistema*, cit., pág. 279.

(111) *Vid.*, por todos, JESCHECK, *op. cit.*, pág. 504.

(112) E. GIMBERNAT, *Sistema*, cit., pág. 279, nota 40.

(113) Acude al 14, 3 del C. p. FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 29.

dé a la expresión “conocido o denunciado en el expediente”, introducida por la ley de 24 de abril de 1958.

Para CONDE PUMPIDO esta expresión “es una forma particular de reforzar el elemento intelectual del dolo”, y parece inclinado a entender que “con ella lo que se ha pretendido es excluir la posibilidad de que la infracción pueda cometerse por culpa, poniendo así fin a las dudas que al respecto pudiera plantear la antigua construcción de este delito” (114). Sin embargo, como el mismo autor reconoce, la expresión legal no conduce inequívocamente a tal interpretación. La ley permite el entendimiento *objetivo*, respecto del Juez, de la notoriedad, bastando que el impedimento sea conocido, estos, sea *notorio*, aunque el Juez no lo conozca, o haya sido *denunciado* en el expediente, sin exigirse que llegue a conocimiento efectivo del Juez y éste lo valore o no como tal impedimento (115). Es preferible esta interpretación, porque tiene la ventaja de que evita el considerable e intolerable privilegio del Juez (art. 478 del Código penal: suspensión y multa) respecto de los demás partícipes de la bigamia (art. 471 del C. p.: prisión menor). Si el artículo 478 del Código penal sancionase una conducta *dolosa*, que merecería normalmente la calificación de autoría, según el artículo 14, 3 del Código penal, lo lógico sería que la ley señalase a la misma *mayor* pena, porque la gravedad propia de toda autoría en la bigamia se añadiría el *abuso de la función pública* por parte del Juez. Que la ley participa de este planteamiento lo demuestra el artículo 469, que, en el mismo Título XI, castiga al funcionario público que con abuso de su cargo cooperare a la ejecución de algunos de los delitos contra el estado civil del artículo 468 del Código penal con las penas de éste y , además, con la de inhabilitación especial. El artículo 468 del Código penal señala una penalidad muy parecida a la del artículo 471: presidio menor y multa, frente a prisión menor.

Más satisfactoria es, pues, una interpretación que entienda, como la propuesta, que el artículo 478 del Código penal excluye al Juez de las reglas generales de la participación solo en los casos de imprudencia sumidos en el tipo legal del artículo 478 del Código penal, es decir, cuando el Juez autorizante de la bigamia desconoce el impedimento siendo éste conocido o denunciado en el expediente. Si el Juez actúa dolosamente, no será el artículo 478 del Código penal el realizado, sino el de auxilio necesario (artículo 14, 3 del C. p.) en la bigamia (116). Ya se ha visto más arriba que esta interpretación conduce a la impunidad de la bigamia imprudente y de la par-

(114) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 94; igual RODRÍGUEZ DEVESA, *obra citada*, pág. 239.

(115) CUELLO, *op. cit.*, pág. 678, entiende que es indiferente dolo o manifiesta negligencia, con lo que viene a reconocer la no necesidad del dolo.

(116) Según CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 85, ésta es la solución de QUINTANO. Pero en su Curso, II, pág. 381, éste rechaza la naturaleza culposa del art. 471 del C. p.

ticipación imprudente en la bigamia distinta a la del artículo 478 del Código penal.

La exclusión del *eclesiástico* del tenor del artículo 478 del Código penal por la ley 24 de abril de 1958 plantea la cuestión de la calificación de su conducta. Según RODRÍGUEZ DEVESA, la interpretación *histórica* del precepto, basada en la finalidad *restrictiva* de la citada ley, conduce a excluir al eclesiástico del ámbito de los partícipes responsables criminalmente (117). Lo cierto es, sin embargo, que al haber desaparecido la *especialidad* de tratamiento de la participación del eclesiástico, no es posible en base a precepto alguno excluirlo de las reglas generales de participación (118). Ello es una conclusión insatisfactoria, por suponer el trato desigual de personas que desempeñan la misma función. Pero mucho más inadmisiblemente sería la total impunidad del eclesiástico que autoriza dolosamente la bigamia. Por otra parte, según la interpretación propuesta del artículo 478 del Código penal como tipo de participación imprudente cualificado, la exclusión del mismo del eclesiástico no contradice la finalidad de benignidad de la reforma de 1958, pues la participación imprudente del eclesiástico deja de ser típica, igual que la de los demás partícipes. Ello no obsta a que el *trato de favor* del eclesiástico respecto al Juez sea injustificable.

b) El carácter de tipo legal *especialmente* penado del artículo 478 del Código penal, pese a que en los casos examinados constituye materialmente una forma de participación, permite la tentativa, la provocación y la participación. Puesto que más abajo se examinan los casos en que el artículo 478 del Código penal constituye *también materialmente* tipo principal, dejamos para entonces el examen de estas cuestiones, al que nos remitimos (Vid. *infra*, IV).

7. Concurso con otros tipos legales.

El tipo legal del artículo 471 del Código penal y los tipos legales accesorios a él referidos, suelen ir acompañados de la realización de otros tipos legales. Los más frecuentes son adulterio o amancebamiento, falsedades, abandono de familia, estupro y estafa. En ninguno de estos casos cabe acudir al principio de *especialidad*, porque ninguno de los delitos mencionados es necesario *en abstracto* para cometer la bigamia, ni viceversa. Pero, respecto de adulterio y amancebamiento, falsedades y abandono de familia, cabrá plantear la cuestión de si concurre *consunción*, ya que *generalmente* acompañan a la bigamia. La consunción se diferencia, precisamente, de la especialidad, en que no presupone una relación *lógica*, sino de *acompañamiento típico* (normal), entre los delitos en juego (119).

Ahora bien, admitir o no la consunción dependerá de si se con-

(117) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 238.

(118) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 94.

(119) Así, JESCHECK, *op. cit.*, págs. 560 y 562; BOCKELMANN, *op. cit.*, página 240; J. BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 6.^a ed., Bielefeld, 1974, págs. 687 y siguiente; G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, I, Köln..., 1971, pág. 309.

sidera necesaria o no una diferencia "esencial" en la gravedad de las penalidades en juego, pues la bigamia, por una parte (prisión menor), y adulterio (prisión menor), amancebamiento (prisión menor o destierro) y falsedad (vid. *supra*, II, 2, B a)), por otra parte, tienen señaladas penas parecidas. JESCHECK exige dicha diferencia de gravedades (120), y su posición podría fundarse en que no es lógico que un precepto consuma el desvalor de otro que señala la misma penalidad que él: uno de los dos quedaría prácticamente desprovisto de aplicación. Otro sector de la doctrina se contenta, en cambio, con que uno de los delitos acompañe normalmente al otro (121), añadiendo algún autor la salvedad de que el concomitante no tenga mayor pena que el acompañado (122).

Desde el punto de vista lógico-formal parece más fundada la posición de JESCHECK, pero posiblemente repela al sentido jurídico admitir el concurso de delitos. Piénsese que ello supondría a menudo la necesidad de estimar el concurso *real* de bigamia y adulterio o amancebamiento (art. 69 del C. p.). No podrá decirse que ambos delitos constituyan un solo hecho (concurso ideal). Por otra parte, no siempre podrá considerarse la bigamia medio necesario para cometer el adulterio o amancebamiento. Esta conclusión no sería satisfactoria, lo que explica que los Tribunales no la admitan. Si *normalmente* la bigamia lleva consigo los otros delitos mencionados, el legislador ha de haberlo previsto al fijar la penalidad del artículo 471 del Código penal.

No es aquí el momento de decidir el criterio general que rige el principio de consunción, pero sí he de subrayar que admitir el concurso de delitos llevaría a la insatisfactoria consecuencia de que el delito de bigamia supondría *de hecho* una pena de considerable gravedad. Ello sería especialmente intolerable para quien comparte la opinión, que mantengo (vid. *supra*, II, 2 D), de que la bigamia debiera desaparecer del Código penal. Creo, pues, preferible negar el concurso de delitos en los casos señalados. Si esta solución es correcta, confirmará una de las bases de mi crítica a la punibilidad de la bigamia: en la práctica el principio monogámico ya encuentra suficiente protección, incluso penal. En efecto, si en los casos típicos de bigamia no pueden castigarse, además de ésta, el adulterio o amancebamiento y las eventuales falsedades, la pena a aplicar será parecida a la que correspondería si la bigamia fuera atípica, pues el adulterio, el amancebamiento y las falsedades —que entonces se aplicarían— tienen señaladas penas paralelas a las del artículo 471 del Código penal. En estas circunstancias, la despenalización de la bigamia contribuiría a evitar la inconsecuencia lógica que

(120) JESCHECK, *op. cit.*, pág. 563.

(121) E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, Tübingen, 1969, pág. 589; MAURACH, AT, *cit.*, pág. 754; BOCKELMANN, *op. cit.*, pág. 240; BAUMANN, *obra citada*, págs. 687 y sig.; STRATENWERTH, *op. cit.*, pág. 309; WELZEL, *obra citada*, pág. 235.

(122) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español*, PG, 4.^a ed., Madrid, 1974, págs. 159 y sig.

supone el hecho de que pueda corresponder igual pena con o sin bigamia.

Presupuesto de la respuesta que se dé a la cuestión de la relación existente entre bigamia y *estupro* es la concepción que sustentante del engaño requerido por este último delito. En la interpretación jurisprudencial, que limita *cualitativamente* el engaño, admitiéndolo en la práctica sólo en los casos de promesa matrimonial incumplida, no sería lógico considerar el matrimonio del bigamo engaño válido. Pues la razón que cabe descubrir en la posición de la Jurisprudencia es que sólo cuando lo prometido sea el matrimonio, su cumplimiento hubiese evitado la deshonra de la mujer o sus consecuencias más negativas; y la mujer que yace con quien cree su legítimo esposo —porque desconoce estaba casado en matrimonio no disuelto— no queda deshonrada, por lo que el engaño no ha impedido que se ocultase deshonra alguna. De admitirse, pues, la —*discutible*— lógica de la construcción del Tribunal Supremo, no cabrá concurso de bigamia y estupro, por la razón de que no se estimará concurrente el estupro.

Cabe, en cambio, imaginar el concurso de los delitos de bigamia y *estafa*. En el caso de ignorancia del otro cónyuge, el matrimonio bigamo podrá constituir el engaño propio de la estafa, caso de haber conseguido el bigamo por medio del mismo un enriquecimiento patrimonial en perjuicio de la otra parte (123).

8. *La atribuibilidad del tipo de injusto a su autor: culpabilidad.*

Interesa referirse a las causas de inculpabilidad que al mismo tiempo determinan la anulabilidad del matrimonio celebrado. Así sucede con la enajenación, edad inferior a la exigida por la ley para contraer matrimonio y coacción o miedo. Puesto que el artículo 471 del Código penal no requiere la validez del matrimonio del bigamo, ni siquiera abstracción hecha del impedimento de vínculo, tales causas no impiden la *antijuricidad* del matrimonio. Pero su concurrencia exime de responsabilidad por ausencia de *culpabilidad*. Cabe, pues, la participación.

Por otra parte, si se sigue la “teoría de la culpabilidad” en materia de error de prohibición, deberá situarse en la culpabilidad el error sobre el alcance de la prohibición legal de la bigamia. Más arriba se dijo que la Jurisprudencia, que sigue la *teoría del dolo*, excluye la responsabilidad criminal por error de prohibición en los casos de matrimonio canónico permitido por la Iglesia tras matrimonio civil subsiguiente. Se vio que no es ésta la solución que creemos correcta, que debe excluir la antijuricidad objetiva por ejercicio de un derecho. Pero es importante que el Tribunal Supremo reconozca la eficacia eximente del error de prohibición, contra la tendencia tradicional de la Jurisprudencia.

(123) Así CARRARA, *op. cit.*, § 1.942; MANZINI, *op. cit.*, pág. 690; RICCIO, *op. cit.*, págs. 270 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA habla, siguiendo a JASO, de estafa matrimonial: *op. cit.*, pág. 239; JASO, *op. cit.*, pág. 392.

III. LOS MATRIMONIOS CON IMPEDIMENTO DIRIMENTE NO DISPENSABLE

I. ESENCIA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A) El artículo 472 del Código penal señala la pena de prisión menor al “que con algún impedimento dirimente no dispensable contrajere matrimonio”. Dada la generalidad de esta fórmula, que alcanza a distintos supuestos, no cabe, a diferencia de la bigamia, señalar una *esencia específica* de este delito distinta a la de todo matrimonio ilegal punible. Nos remitimos, por ello, a lo dicho al principio de este trabajo (vid. *supra*, I, 1).

B) Lo mismo debe decirse del bien jurídico protegido por el artículo 472 del Código penal. Al no limitarse a un impedimento concreto, no es posible, como en la bigamia, indagar el por qué específico de la prohibición legal de los matrimonios comprendidos en el artículo 472 del Código penal. Como en todo matrimonio ilegal, el bien jurídico inmediatamente protegido por este precepto es el *matrimonio* como *acto jurídico*, a través de la protección del sector de su régimen legal que *prohíbe* en ciertos casos de forma *absoluta* (no dispensable) su celebración. El estado civil constituye sólo el bien jurídico *mediato* (cfr. *supra*, I, 2).

La no concurrencia de un bien jurídico más específico y de mayor *materialidad* que el excesivamente formal del régimen legal del matrimonio, hace especialmente necesaria la *crítica* de la punición de los matrimonios del art. 472 del C. p. Como se ha dicho, si bien este precepto protege el matrimonio lo hace sólo a través de la protección de las prohibiciones legales no dispensables de celebrarlo. Ello da lugar a que la pena parezca de forma inmediata como pura sanción de ciertas prohibiciones legales, aproximándose excesivamente a una *pena por desobediencia*, incompatible con un derecho penal limitado a tutela de los bienes jurídicos externos más importantes. Piénsese que, como señala CONDE PUMPIDO, no decide la punición el solo resultado de *nulidad* producido por el matrimonio —pues la mayor parte de matrimonios anulables no son punibles—, sino también, y en primer lugar, la infracción de una prohibición legal absoluta (124). La penalidad de prisión menor es, para esa infracción, sin duda excesiva y desproporcionada a la escala de gravedades del Código penal. La protección del matrimonio debería considerarse suficientemente garantizada por el Derecho civil (125), que no sólo prevé la nulidad de los matrimonios del artículo 472 del Código penal, sino también la acción pública o semipública, en ciertos casos, para su declaración (art. 102 del C. c.). Caso de concurrir falsedades que dificultaran el descubrimiento del impedimento, éstas serían por sí solas punibles. Que en la actual regulación matrimonial

(124) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.

(125) Vid. JASO, *op. cit.*, pág. 292.

ilegal y falsedad no puedan estimarse cumulativamente, constituye otro argumento que aconseja la supresión del artículo 472 del Código penal (vid. *supra*, II, 7).

2. ANÁLISIS DEL TIPO LEGAL DEL ARTÍCULO 472 DEL CÓDIGO PENAL

A) *La parte objetiva del tipo legal*

Dos elementos constituyen la parte objetiva del tipo legal del artículo 472 del Código penal: la concurrencia de algún *impedimento dirimente no dispensable* y la *contracción de matrimonio*. La contracción de matrimonio es un elemento *normativo jurídico* —definido por el Derecho—. Su base fáctica constituye la *acción típica*. Más compleja es la naturaleza del impedimento dirimente no dispensable. Es algo más que un elemento normativo del tipo, porque de él depende la total valoración del hecho como antijurídico: como se verá, impedimento significa la prohibición de contraer matrimonio, esto es, el núcleo mismo de la prohibición expresada por el artículo 472 del Código penal. Puede ser considerado, por ello, como un “elemento de valoración global del hecho” (*gesamttatbewertende Merkmale*) (126). El impedimento fundamenta la antijuricidad típica (positiva) del artículo 472 en base a la antijuricidad extrapenal, convirtiendo a aquel precepto en una ley penal *en blanco*. Como todo “elemento de valoración global”, posee dos aspectos: como *tipo* de la prohibición de contraer matrimonio (tipo de impedimento: por ejemplo, el hecho de la impotencia) y como la *prohibición misma* (por ejemplo, el significado de “impedimento” de la impotencia). El tipo del impedimento puede integrarse de elementos descriptivos (por ejemplo, la impotencia) y normativos (por ejemplo, el crimen). Sólo el tipo de impedimento, y no su significado de “impedimento” —prohibición—, pertenece al tipo del artículo 472 (127). Distinguir ambos aspectos no es una cuestión puramente constructiva, sino que tiene importancia para el tratamiento del error (véase *infra*, III, 2 B).

a) *Impedimento dirimente no dispensable.*

La especificidad del tipo legal del artículo 472 del Código penal descansa en el concepto de “impedimento dirimente no dispensable”. Es éste un concepto propio del Derecho canónico. A diferencia de la amplitud de la noción de impedimento en el Derecho canónico anterior al CJC, en la actualidad equivale sólo a *prohibición rela-*

(126) Cfr. JESCHECK, *op. cit.*, pág. 187, inspirándose en ROXIN. Pero éste habla de *Rechtspflichtmerkmale*; vid. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.^a ed., Berlin, 1970, pág. 135 (donde, sin embargo, emplea también secundariamente el término “*gesamttatbewertende Merkmale*”).

(127) Se sigue así la construcción de ROXIN, *Offene Tatbestände...*, citada, pág. 125. También JESCHECK, *op. cit.*, pág. 187. Toda ley penal que remita a una norma extrapenal posee algún elemento que participa de esta estructura (el elemento de remisión).

tiva a la *persona* (128). Son impedimentos dirimentes los que determinan la *nulidad del matrimonio* (cn. 1.036, CJC). No dispensables son sólo, en el matrimonio canónico, la *impotencia* antecedente y perpetua, ya absoluta, ya relativa (129), el *ligamen* anterior (130) y el parentesco de consanguinidad en cualquier grado de la línea recta o en el primero de la colateral (131).

CONDE PUMPIDO señala que en la práctica sólo posee relevancia para el artículo 472 del Código penal el impedimento de impotencia, pues el de ligamen da lugar a la bigamia y el de parentesco en los grados indicados ha de ser muy raro. Ello resulta, en su opinión, criticable, ya que la impotencia es uno de los impedimentos "más leves desde el punto de vista de la trascendencia social de la nulidad provocada": "a nadie escandaliza un matrimonio de tal naturaleza. Es más, nos atrevemos a afirmar que lo que realmente herirá la conciencia colectiva será su castigo penal..." (132). No tiene sentido, en efecto, cargar el rigor penal en el impotente, sobre todo, cuando no se distingue entre impotencia conocida o no por el otro cónyuge. En cuanto al impedimento de parentesco no dispensable, debe señalarse, además, que ya llevaría consigo normalmente la comisión del incesto del artículo 435 del Código penal. A las consideraciones críticas generales más arriba formuladas deben añadirse, pues, la de injustificación ético-social de la pena para el matrimonio celebrado con impedimento de impotencia, y la innecesariedad de protección penal frente al contraído con impedimento de parentesco no dispensable.

En el Derecho civil es mucho más precisa la delimitación del concepto de impedimento dirimente no dispensable. El Código civil no conoce la terminología de impedimentos *dirimentes* o *impedientes*. CONDE PUMPIDO, que se ha ocupado ampliamente del problema, considera necesario recurrir a la *analogía* respecto al canónico, permitida, entienda, en cuanto se refiere a la determinación de un elemento jurídico *civil* que ha de integrar el artículo 472 del Código penal. De lo contrario, debería concluirse que los matrimonios civiles no pueden motivar nunca el delito del artículo 472 del Código penal. Propone, por ello, considerar impedimentos dirimentes sólo a los que producen la *nulidad* (133).

Debe tenerse en cuenta que el ligamen no tiene relevancia, tampoco en el matrimonio civil, a los efectos del artículo 472 del Código penal, puesto que motiva el delito de bigamia del artículo 471 del

(128) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, págs. 64 y sig.; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, págs. 76 y sigs.

(129) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 110; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 80.

(130) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 120; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 80.

(131) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 156; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 80.

(132) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, págs. 80 y sig.

(133) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, págs. 81 y sig.

Código penal, que posee preferencia en virtud del principio de especialidad. En cuanto a la menor edad y la falta de pleno ejercicio de la razón, aunque determinarán la exención de responsabilidad penal por inimputabilidad (art. 8.º, 1 y 2 del C. p.), no desplazan la *antijuricidad* de la conducta. Como se verá más abajo, el matrimonio exigido por el tipo del artículo 472 del Código penal no precisa ser válido. Esto es importante a efectos de participación. Respecto del mayor que contrae matrimonio con menor, interesa señalar que su responsabilidad no se extingue pese a la *revalidación* automática del matrimonio previsto por el artículo 83, 1 y 2 del Código civil, para el caso de que sigan haciendo vida en común un día después de haber llegado a la pubertad legal sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer —aunque no sea menor— (134) hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación. Lo mismo vale para los demás partícipes. Este resultado es evidentemente insatisfactorio. Supone una falta de coordinación de las normas civiles y la penal. El legislador penal debiera haber advertido que el supuesto de revalidación examinado produce efectos análogos a la dispensa, pues aunque no permite la celebración, concede validez retroactiva, a partir de ésta, al matrimonio (135).

En todo caso, la remisión del artículo 472 del Código penal a los conceptos de impedimento dirimente no dispensable propios del Derecho canónico y civil, conduce a la intolerable conclusión de que, mientras sólo *dos* impedimentos pueden motivar la punibilidad del matrimonio canónico, muchos más determinan la del matrimonio civil. Ello da lugar a que “matrimonios contraídos con idéntico impedimento dirimente constituirán delito o no, según sea civil o canónica la disciplina que los rige” (136). Ello es una consecuencia más del carácter de la norma del artículo 472 del Código penal, que se limita a proteger ciertas prohibiciones legales vinculadas muy imperfectamente a un bien jurídico desprovisto de mayor materialidad que el excesivamente formal del régimen jurídico del matrimonio.

b) *El matrimonio.*

La acción típica del artículo 472 del Código penal consiste en contraer matrimonio. No hace falta la validez del matrimonio, por la razón de que ningún matrimonio ilegal del artículo 472 del Código penal puede ser válido. Es, por ello, irrelevante que la nulidad provenga *sólo* del impedimento dirimente, o se añadan otros motivos de nulidad distintos (137). El sentido del artículo 472 del Código penal se basa en la celebración de un matrimonio *de hecho*

(134) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 30.

(135) En sentido cético, CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 87.

(136) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 92; QUINTANO, *Curso*, II, cit., página 382, critica también el desfavorable trato del matrimonio civil.

(137) En contra, FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 27.

reconocido por el Derecho. El Derecho castiga que se le utilice para conferir apariencia de legalidad a un matrimonio que prohíbe y no quiere dispensar. *En este sentido* coincide el significado del matrimonio penado por los artículos 471 y 472 del Código penal. Baste, pues, la remisión al estudio que se hizo del concepto de matrimonio requerido por el artículo 471 del Código penal (cfr. *supra*, II, 3 A a a')).

La acción de contraer matrimonio se limita en el artículo 472 del Código penal al sujeto en quien *concorre* el impedimento. Ello se desprende de la expresión "el que con algún impedimento..." habida cuenta de que los impedimentos son prohibiciones relativas a la persona, no objetivas. Iría más allá de la letra de la ley entender que también el contrayente en quien el impedimento no *concorre ejecuta* el tipo legal del artículo 472 del Código penal (138).

B) La parte subjetiva del tipo legal

Como el tipo del artículo 471 del Código penal y la mayor parte de los descritos en el Libro II, aparte del artículo 565 del Código penal, el tipo legal del artículo 472 del Código penal requiere el *dolo*. Para que el matrimonio del artículo 472 pueda entenderse *querido* por su autor, hace falta que se conozca el impedimento. El *dolo natural* requiere sólo conocer el *hecho* en que se basa —por ejemplo, la impotencia—, porque, como se dijo más arriba (vid. III, 2 A), sólo éste integra el *tipo* del artículo 472. Cuando el tipo del impedimento conste de un elemento normativo (por ejemplo, el crimen), cabrá exigir además el conocimiento de la significación de éste "en la esfera del profano". El desconocimiento de que constituye un impedimento dirimente no dispensable no constituye *error de tipo*, sino *error de prohibición*, puesto que tal error no afecta al tipo de impedimento ni, por tanto, al tipo del artículo 471, sino al hecho de la prohibición misma del matrimonio. Su tratamiento jurídico-penal dependerá de si es *vencible* o *invencible*. En el segundo caso es obvio que excluirá la responsabilidad penal. Según la doctrina dominante, el error vencible debería tratarse como imprudencia *iuris*, pero el razonamiento seguido en este trabajo para excluir la bigamia imprudente alcanza también a esta otra forma de imprudencia (vid. *supra*, III, 4).

3. INCRIMINACIÓN O NO DEL TIPO IMPRUDENTE

El planteamiento efectuado en este punto en relación a la bigamia (*supra*, II, 4) es de aplicación aquí. Baste recordar que del artículo 478 del Código penal cabe deducir la voluntad de la ley de no castigar más la celebración *dolosa* de los matrimonios ilegales.

(138) En contra, JASO, *op. cit.*, pág. 293.

4. LOS TIPOS LEGALES DE IMPERFECTA EJECUCIÓN Y LOS DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

Al coincidir la estructura de la acción típica del artículo 472 del Código penal con la de la bigamia, todas las conclusiones obtenidas para ésta valen para el artículo 472 del Código penal (vid. *supra*, II, 5).

5. LOS TIPOS LEGALES DE PARTICIPACIÓN

El artículo 472 del Código penal encierra un delito especial propio, como la bigamia. Nos remitimos, por ello, a lo dicho (*supra*, II, 6), tanto respecto de las formas genéricas de participación como de la participación especialmente tipificada del Juez (artículo 478 del Código penal).

6. CONCURSO CON OTROS TIPOS LEGALES

Los supuestos de mayor interés práctico son los matrimonios ilegales acompañados de falsedades, estupro o incesto. Aunque este precepto y el artículo 471 del Código penal protegen un bien jurídico *específico* distinto, la consideración *genérica* de ambos permite remitir al planteamiento efectuado (*supra*, II, 7). En cuanto al incesto, el concurso con matrimonios ilegales del artículo 472 del Código penal será normal si el impedimento es el de parentesco de consanguinidad en la línea recta o entre hermanos (art. 435 del C. p.).

7. LA ATRIBUIBILIDAD DEL TIPO LEGAL A SU AUTOR: CULPABILIDAD

Coincidiendo con el planteamiento de este punto efectuado para la bigamia (*supra*, II, 8), debe insistirse en que en los matrimonios civiles con impedimento de menor de edad o falta de ejercicio pleno de la razón —ésta cuando baste para eximir el art. 8.º, 1 del Código penal—, la falta de *culpabilidad* no excluye la *antijuricidad* de tales matrimonios. Cabe en ellos, por tanto, la participación punible de terceros.

IV. LA AUTORIZACION DE MATRIMONIO PROHIBIDO COMO TIPO LEGAL AUTONOMO

1. ESENCIA Y BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PROTEGIDO

A) Cuando se refiere a un matrimonio bígamo o con impedimento dirimente no dispensable, la conducta de autorización del Juez prevista en el artículo 478 del Código penal constituye, como ya se ha dicho, un tipo de participación especialmente penado por la ley. Pero el artículo 478 del Código penal contiene conductas no referidas a los tipos de los artículos 471 y 472 del Código penal.

Entonces supone la elevación a delito de formas de participación en hechos no punibles. Penalmente son, pues, tipos no sólo *formalmente* autónomos —como todos los previstos en el art. 478 del Código penal—, sino también *materialmente* autónomos. Tienen esta naturaleza la autorización de matrimonios prohibidos por la ley, con impedimento impediendo no dispensable y con impedimento dispensable. Todos estos tipos tienen en común ser autorización por parte del Juez de un matrimonio prohibido.

B) Bien jurídico *específico* de estos delitos es el *deber* del Juez, como funcionario público, de *vigilar* la legalidad de los matrimonios que autoriza, en cuanto dicha legalidad afecta a la prohibición de su celebración. Según la interpretación que mantenemos (*supra*, II, 6 B), los tipos del artículo 478 del Código penal son *imprudentes* cualificados. Ello supone que el deber del Juez se halla configurado como *deber de cuidado*. La desvinculación del *resultado* de nulidad del matrimonio es aquí completa, pues no se exige en el matrimonio autorizado. En cambio, es relevante la intensidad de la prohibición: se pena *menos* la autorización del matrimonio con impedimento *dispensable* (139).

2. LOS TIPOS LEGALES AUTÓNOMOS DEL ARTÍCULO 478 CÓDIGO PENAL.

A) *La parte objetiva*

Elemento común de los tipos legales del artículo 478 del Código penal es la *autorización* del Juez. La consumación requiere el *resultado* del matrimonio, bastando la realización parcial de la ceremonia. Para el concepto de matrimonio nos remitimos a lo dicho (*supra*, II, 3 A a a')). "Matrimonios prohibidos por la ley" son los prohibidos por causas distintas a un impedimento (140). Los conceptos de impedimento impediendo no dispensable y de impedimento —dirimente o impediendo— dispensable deben buscarse en el Derecho canónico o civil.

B) *La parte subjetiva*

Nos remitimos a lo dicho *supra*, II, 4. Recuérdese que para nosotros la expresión "conocido o denunciado en el expediente" no exige el dolo del Juez, sino que tiene sentido objetivo, fundando una *presunción de imprudencia*. En los casos ahora examinados, al ser atípico el matrimonio autorizado, aunque concurra dolo efectivo por parte del Juez, seguirá siendo de aplicación el artículo 478 del Código penal.

(139) Según la construcción de ROXIN, sería éste un ejemplo inequívoco de "delito consistente en la infracción de un deber" (*Pflichtdelikt*), tanto por ser delito de funcionario (cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., Hamburg, 1967, pág. 384), como por poseer naturaleza culpable (confróntese *Täterschaft*, *cit.*, pág. 527, y ROXIN, *Política Criminal*, *cit.*, pág. 50).

(140) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 239; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 92.

3. LOS TIPOS LEGALES IMPERFECTOS Y DE LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Cabe la *tentativa*, si es interrumpido el acto de celebración por causas ajenas al Juez. Habrá *frustración* si, pese a realizar el Juez todos los actos de autorización necesarios, el resultado del "matrimonio existente" no se produce (vid. *supra*, II, 6) (141). Es de aplicación el criterio propuesto más arriba para delimitar actos preparatorios y comienzo de ejecución: éste consistirá en el *inmediato iniciar* el Juez el acto de celebración (*supra*, II, 5 A). Al ser *delito especial propio* del Juez, la autorización no admite la *conspiración* ni la *proposición*, aunque sí la *provocación* (*supra*, II, 5 B).

4. LOS TIPOS LEGALES DE PARTICIPACIÓN

Como delitos especiales propios, los de autorización del artículo 478 del Código penal no admiten la coautoría en sentido estricto, pero sí todas las demás formas de participación (vid. *supra*, II, 6) (142).

(141) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 239, considera posibles tentativa y frustración.

(142) RODRÍGUEZ DEVESA, *ibidem*.