

Banco, que entre nosotros se utilizan con gran frecuencia como anuncio o propaganda de establecimientos comerciales. Una R. O. de 20 de agosto de 1927 dispuso "que quede prohibida la circulación en el Reino de anuncios o prospectos que reproduzcan en todo o en parte billetes de Banco nacionales o extranjeros", aunque para su incumplimiento no se establecía sanción alguna. En algunos países, en Francia (28), en Alemania (29), en Italia (30), en Cuba (31), se castigan estos hechos. Otros análogos relativos a la moneda metálica, la fabricación de medallas que imitan moneda en circulación, se penan en Inglaterra (32).

Hubiera debido ser aprovechada la oportunidad que la reforma del Código en esta materia ofrecía para castigar aquellas imitaciones de la moneda legítima, que aun realizadas sin ánimo de falsificarlas, perjudican su normal circulación y son causa frecuente de defraudaciones y engaños (33).

* * *

El Convenio ginebrino, además de las disposiciones ya expuestas, acogidas recientemente en nuestro Código penal, contiene otras, de gran importancia para la lucha internacional contra la falsificación de moneda, la creación en cada país de centros especiales encargados de organizar las pesquisas relativas a estos delitos, el establecimiento de relaciones entre estos centros y la coordinación de sus actividades, la recíproca notificación de las nuevas emisiones de moneda nacional, de su retiro de la circulación, de los descubrimientos de moneda falsa, etcétera (34). Pero todas estas medidas son ajenas al campo penal y legislativo y quedan fuera del ámbito de este trabajo.

(28) La ley de 11 de julio de 1885 prohibió la fabricación y venta de las reproducciones de billetes, y la ley de 30 de marzo de 1902 las pena con prisión y multa.

(29) Código penal, § 360, 6.º

(30) Ley de 28 de abril de 1911 sobre los Institutos de emisión.

(31) Código penal, art. 362.

(32) Counterfeit Medal Act 1883, sec. 2.ª

En Alemania, la orden del Ministerio de Hacienda del Reich de 27 de diciembre de 1928 prohibió la fabricación y venta de reproducciones con fines industriales de monedas sin curso legal y dictó disposiciones para evitar la fabricación de medallas que pudiesen ser confundidas con monedas.

(33) MANZINI (*Trattato di diritto penale*, 6.º, pág. 426 nota 1), que pide el castigo de estos hechos, refiere el curioso caso de un anormal psíquico al que fueron aceptados y pagados por un Banco de anuncios de un establecimiento industrial simulando billetes de 1.000 dólares, que le fueron entregados por unos muchachos.

(34) A estas medidas se refieren los artículos 11 a 16 del Convenio.

Noción y características del delito de bigamia

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Murcia

El delito de bigamia es encuadrado por nuestro Código penal dentro del capítulo que lleva por rúbrica "Delitos contra el estado civil de las personas", dedicando al mismo el artículo 471, seguido de otros tipos en los que también se sancionan varias conductas caracterizadas por atentar al matrimonio.

La verdadera naturaleza jurídica del delito de bigamia es la de delito contra la familia, conforme veremos a través de las siguientes páginas; mas nuestro Código penal, que define y castiga en distintos apartados una serie de infracciones contra la familia, no ha llegado a reunir todas ellas en un título común, y así las varias figuras de atentado al organismo familiar se hallan diseminadas en diferentes lugares del Código, calificadas, unas, de delitos contra el estado civil, y otras, de delitos contra la libertad y seguridad. Ni en la última redacción, del año 1944, que introduce en el articulado del Código el delito de abandono de familia, el legislador se ha decidido a seguir el ejemplo de modernos Códigos que dedican un título a la protección penal de la familia, recogiendo en el mismo cuantas violaciones del orden familiar se estiman suficientemente graves como para fundamentar la imposición de una pena (1). Por no seguir este criterio, se llega al absurdo de tipificar el delito de abandono de familia entre las infracciones contra la libertad y seguridad, reuniéndolo con el abandono de niños, cuando es evidente que ninguna analogía guardan ambos delitos.

Historia

La sociedad poligámica no pudo conocer el delito de bigamia. Pero como en el progreso de las ideas y en la evolución de la sociedad do-

(1) Ya GROIZARD defendía la conveniencia de crear un apartado del Código dedicado a la punición de los delitos "contra los derechos de la familia". (El Código penal de 1870 concordado y comentado, vol. V, 1913, pág. 498.)

mística la monogamia ha venido a constituir el tipo predominante de la vida matrimonial, todas las naciones que acogieron el principio monogámico penaron y penan a quien contrae segundo o ulterior matrimonio antes de haberse disuelto el anterior (2).

Según MOMMSEN, como el matrimonio fué en Roma, en todos los tiempos, monogámico, claro está que mientras un vínculo subsistiera ninguno de los cónyuges podría contraer otro, y todo acto ejecutado contraviniendo esta prohibición estaba desprovisto de validez jurídica; sin embargo, sigue diciendo el citado escritor, aun cuando la tentativa de bigamia la hubiera llevado a cabo quien supiera hallarse ligado por un matrimonio que no estaba disuelto, este acto, ni según el Derecho de la República ni según el de los primeros tiempos del Imperio, era punible, por cuanto no entraba en el concepto de adulterio. Afirma MOMMSEN que Diocleciano fué el primero que consideró como delito independiente la bigamia, castigándola con una pena, sobre todo, a lo que parece, con el fin de abolir la poligamia en que vivían muchos de los súbditos del Imperio, autorizados por el Derecho municipal de sus respectivas localidades (3).

FERRINI considera que en Derecho romano la figura de bigamia se ofreció dentro del marco del adulterio, sin que existiesen declaraciones expresas sobre el caso (4). En efecto, según la *Lex Julia de adulteriis*, el hombre que "ficto coelibatu" contraía nuevas nupcias era castigado como culpable de estupro, igualmente que se penaba por adulterio a la mujer casada que celebrase otro matrimonio viviendo el marido (5).

Por lo que respecta al Derecho germánico, podemos afirmar, siguiendo a GIUDICE, que muy pocas son las fuentes en las que se menciona la bigamia, apareciendo esta conducta castigada como adulterio en el Derecho longobardo (6).

El Derecho canónico distinguió las nociones de bigamia y adulterio, considerando el primero, no como un "delicta carnis", sino como atentado al deber de fidelidad conyugal, que se consuma en el momento de contraer el segundo matrimonio sin necesidad de cópula carnal. Según SCHIAPPOLI, no se admitió la existencia de bigamia más que en el caso de que el contrayente obrase con dolo, quedando desechada la posibilidad de bigamia culposa (7).

Las antiguas leyes españolas recogieron la bigamia como delito, quedando corregida en el Fuero Real y en Las Partidas la desigualdad

(2) Sobre la bigamia en las legislaciones de los pueblos primitivos, véase S. RICCIO: *La bigamia*. Nápoles, 1934, págs. 1 y sigs.

(3) MOMMSEN: *El Derecho penal romano* (trad. de Dorado Montero), volumen II, sin fecha, pág. 171.

(4) FERRINI: *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*. (En Enc. Pessina, vol. I, 1905, pág. 368.)

(5) PESSINA: *Elementi di Dir. Pen.*, vol. II 1882, pág. 321.

(6) GIUDICE: *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*. (En Enc. Pessina, volumen I, pág. 588.)

(7) SCHIAPPOLI: *Diritto penale canonico*. (En Enc. Pessina vol. I, pág. 878.)

que se observaba en el Fuero Juzgo, en cuanto en éste es castigada la bigamia de la mujer, no diciéndose nada de la misma conducta observada por el marido, mientras que en los otros cuerpos legales indicados se castiga tanto a uno como a otro cónyuge (8).

Naturaleza jurídica

Los escritores anteriores a CARRARA, entre ellos, CARPZOVITUS, DE LUCA y CREMANI, consideraban el delito de bigamia como verdadero "delicta carnis", originando ello trascendentales consecuencias en orden a una serie de cuestiones. Así, no se estimaba consumado el delito sino hasta el momento en que les que habían contraído el ilícito matrimonio hubieran verificado la cópula carnal, y si ésta no llegaba a existir, la infracción quedaba reducida al grado de tentativa. El elemento subjetivo característico de la bigamia se hacía consistir en el móvil carnal y quedaba desechada toda posibilidad de concurrencia con el adulterio y con el estupro, en contra del criterio moderno, según veremos.

Ya CARRARA estimó el delito de bigamia como delito contra la familia (9), e IRURETA GOYENA (10) llega a fundamentar su punibilidad a través del siguiente escalonamiento: el orden, la estabilidad y la prosperidad de la sociedad se basa en la familia—dice—; la familia, en el matrimonio, y el matrimonio, en la monogamia. Tal criterio resulta indiscutible, pues si bien es evidente que pueden resultar de la unión ilícita perjuicios más o menos graves para determinados bienes jurídicos, la lesión de primer orden que se origina con dicha unión es la sufrida por la familia constituida en virtud del primer enlace matrimonial. Se comprende que en el período, ya superado, en el cual se consideraba que la protección de la familia no era ni debía ser materia propia del Derecho penal, las legislaciones encuadrasen este delito en el área de otras infracciones, mas hoy día, al haberse dado entrada en el Derecho penal positivo a distintas figuras de atentado al organismo familiar, no hay razón que justifique la exclusión de la bigamia del campo de los delitos contra la familia (11).

Como delito contra el orden de la familia se viene considerando por la generalidad de los autores contemporáneos, rectificándose la doctrina apuntada y desechándose también la apreciación de una falsedad matrimonial, según estimó algún autor (12).

(8) *Fuero Juzgo*; Ley VII, tít. II, libro III, y Ley II, tít. IV, libro III. *Fuero Real*; Ley VIII, tít. I, libro III. *Partidas*; Ley XVI, tít. XVII, partida VII.

(9) CARRARA: *Programma*. Parte especial, vol. III, 1875, parágrafos 1.936 y 1.940.

(10) IRURETA GOYENA: *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y otras personas incapaces*. Montevideo 1932, pág. 142.

(11) Véase mi trabajo sobre *El delito de abandono de familia*. Murcia, 1946, páginas 13 y sigs.

(12) IMPALLOMENI: *Il Code penale illustrato*, vol. III, pág. 117.

De atentado a la familia lo califican también los más modernos Códigos penales, entre otros, el italiano de 1930, el federal suizo de 1937 y el brasileño de 1940.

Más adelante veremos cómo esta concepción del delito de bigamia influye directamente en los aspectos del mismo referentes al momento consumativo, a la culpabilidad y al concurso con otras infracciones.

Presupuesto del delito

Es presupuesto de este delito la existencia de un anterior lazo matrimonial subsistente al tiempo de contraer la nueva unión: "El que contrajere segundo o ulterior matrimonio *sin hallarse legítimamente disuelto el anterior...*"

El estudio, pues, del presupuesto del delito consiste en la determinación de cuándo ha de estimarse subsistente el anterior matrimonio y cuándo no.

Las cuestiones que se nos han de plantear en este punto resultan de la posibilidad de hipótesis dudosas en cuanto a la existencia o inexistencia del matrimonio anterior, o bien de su nulidad o anulabilidad, conceptos estos que, por su naturaleza, nos trasladan al área del Derecho privado (13).

Como el presupuesto del delito está constituido por la existencia de un matrimonio anteriormente celebrado que no se haya disuelto de manera legítima al tiempo de contraer el segundo o ulterior, vemos que en aquellos casos en los que el primero no hubiese sido celebrado válidamente subsiste el delito de bigamia siempre que la nulidad no haya sido declarada legítimamente. No obsta a la bigamia el hecho de que con posterioridad a la celebración del segundo matrimonio se declare nulo el primero, toda vez que la existencia de *un anterior lazo matrimonial productor de efectos jurídicos al tiempo de contraer el segundo o ulterior* es lo que constituye el presupuesto jurídico de este delito.

En nuestro Código vigente la cuestión se presenta en términos bien distintos a como se planteaba en el Código italiano de 1930, ya que éste, en su artículo 556, dice: "Si el matrimonio contraído precedentemente por el bigamo es declarado nulo, o bien es anulado el segundo matrimonio por causa diversa de la bigamia, el delito se extingue, incluso respecto a aquellos que son partícipes en el delito, y si hubiese sido impuesta condena, cesan la ejecución y los efectos penales."

Mas, para que esta sea la solución, es preciso que ello se declare de manera concreta por la ley, en la forma en que lo hace el citado artículo del Código de Italia, o bien que el tipo penal haya sido redactado en términos distintos a los del artículo 471 de nuestro Código penal.

Al decir tal artículo: "... sin hallarse legítimamente disuelto el

(13) Vid. sobre esta cuestión: Rocco, *ob. cit.*, pág. 123 y sigs.

anterior...”, no cabe la menor duda de que aquel matrimonio que, siendo nulo, es lo cierto que por no haberse declarado tal nulidad sigue produciendo efectos jurídicos, es base suficiente para la existencia del delito de bigamia (14).

El Derecho canónico vigente declara de manera terminante que “aunque el matrimonio anterior haya sido declarado nulo o bien haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del primero (canon 1063).

Desde el punto de vista civil, no es otra la solución pues las causas de nulidad del matrimonio establecidas por el artículo 101 del Código no impiden que tales matrimonios sigan produciendo efectos civiles, en tanto en cuanto no sea declarada la nulidad en virtud del ejercicio de la acción a que se refiere el artículo 102.

Puede plantear una duda respecto al problema de que venimos tratando el artículo 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer 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”.

Entendemos que este artículo puede referirse a otras figuras delictivas, como las comprendidas en el 472 y siguientes del Código penal, en las cuales la validez o invalidez del matrimonio puede ser presupuesto de dichas figuras de delito, mas no en la bigamia, en la cual no es presupuesto jurídico la existencia de un *matrimonio válido*, sino simplemente la existencia de un matrimonio *no disuelto legítimamente*, conceptos estos que en modo alguno pueden ser equiparados. No existe fundamento de la cuestión prejudicial cuando, aun en aquellos casos en los que el Tribunal de lo civil declarase nulo el anterior matrimonio, el Tribunal de lo criminal habría de castigar por bigamia al que hubiera contraído el segundo, por ser lo cierto que al tiempo de la celebración de éste el primero seguía produciendo efectos jurídicos al no haberse declarado anteriormente su nulidad.

El criterio interpretativo que venimos sosteniendo resulta reforzado al relacionar este precepto del artículo 471 con el contenido en el artículo 449, definidor del adulterio, en el cual se dice que comete este delito “la mujer casada que yace... aunque después se declare nulo el matrimonio”. Salvando las diferencias que separan al adulterio de la bigamia, hemos de afirmar que es común en ambos delitos la existencia de un matrimonio anterior como presupuesto jurídico de las dos infracciones; y si en una (el adulterio) el criterio legal es el de que aun en el caso de que tal vínculo matrimonial sea nulo el delito existe con tal de que no se haya declarado esta nulidad antes del hecho delic-

(14) Vid. SANTORO: *Bigamia e nullità del precedente matrimonio*. En *Riv. Pen.*, 1933, pág. 1145. Vid. también BOVA: *Un complicato caso di bigamia in tema di matrimonio concordatario*. En *Riv. Pen.*, 1934 especialmente págs. 1142 y 1143.

tivo, no hay motivo para pensar en la otra (la bigamia) haya de ser distinta la solución, tanto más cuando los términos del artículo 471 son coincidentes con el precepto del artículo 449, aunque en el primero no se expresen las ideas con la misma claridad que en el segundo. Con nuestra opinión no incurrimos en el vicio de la analogía pura, sino que tan sólo alegamos, junto a los demás razonamientos expuestos con anterioridad, otro argumento de simple interpretación analógica, siempre admisible.

De los casos de nulidad habrá que distinguir aquellos de inexistencia del matrimonio, como serían los contraídos entre personas de igual sexo y, en general, los simulados, pues los mismos, al no ser matrimonios nulos, sino matrimonios que nunca existieron, no pueden ser presupuestos del delito de bigamia (15).

En relación con el punto en estudio se nos ofrece el caso expuesto por CARMIGNANI y citado por GROIZARD: un hombre resultó convicto, en Inglaterra, de haber tenido tres mujeres y, a pesar de esto, fué absuelto de bigamia. La razón que para ello el Tribunal tuvo fué la de que habiéndose el acusado unido a la segunda mujer creyendo por error que la primera había muerto, vino a casarse con la tercera cuando ya había dejado de existir la primera. El segundo matrimonio se declaró nulo y, en consecuencia, quedó válido el tercero.

En el supuesto anteriormente citado, lo que ocurre es que el sujeto no cometió el delito de bigamia al contraer el segundo matrimonio por la concurrencia de un error esencial, que si se califica de invencible anula toda culpabilidad, consistente en creer que la primera mujer había muerto. Ahora bien, lo discutible es la existencia o no de bigamia respecto al tercer matrimonio. En el sistema del Código italiano no cabe la menor duda de que si el segundo vínculo se declara nulo debido a la existencia del anterior matrimonio al tiempo de la celebración del segundo, el tercero no constituye bigamia. Pero en nuestro Código habrían de distinguirse dos supuestos: a) Si tal nulidad del segundo matrimonio se ha declarado antes de celebrarse el tercero, éste no hace al sujeto penalmente responsable de bigamia. b) Si el tercero se celebra antes de la declaración de nulidad del segundo, hay delito de bigamia, por cuanto esta tercera unión se contrajo en momentos en que seguía produciendo sus efectos un matrimonio anterior, que si bien estaba afectado de vicio de nulidad, ésta no había sido declarada aún, o lo que es lo mismo, el segundo matrimonio no había sido disuelto todavía.

La falta de inscripción del anterior matrimonio canónico no puede originar ningún efecto respecto a la bigamia, tanto más cuando en cualquier momento puede incoarse el expediente de inscripción (R. D. de

(15) La distinción de que partimos entre matrimonio inexistente y matrimonio nulo, como fundamental en la doctrina del delito de bigamia, procede de los civilistas franceses. (Vid. PLANIOL y RIPPERT: *Traité pratique de droit civil français*, volumen II, núms. 252 y sigs.; JOSSELAND: *Cours*, vol. I, núm. 745.)

19 de marzo de 1906, confirmado por resolución de 28 de noviembre de 1938) (16).

Sujeto activo del delito

Es evidente que el sujeto activo de este delito es la persona que haya contraído segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, ya que ello es lo que textualmente se dice en el artículo 471.

Mas el delito de bigamia requiere la concurrencia de dos conductas: la del sujeto casado que contrae el segundo matrimonio y la del otro contrayente, perteneciendo, por tanto, a la categoría de los denominados delitos bilaterales o plurisubjetivos (17).

Puede ocurrir que, existiendo por parte del contrayente casado pleno conocimiento de la ilicitud de la nueva unión, se desconozca por el otro la existencia del anterior lazo matrimonial, o se crea éste disuelto, y entonces no hay problema, puesto que este contrayente inocente quedará exento de responsabilidad por falta de culpabilidad, mientras que el otro sujeto que actuó dolosamente será castigado como autor de bigamia. La cuestión que debemos plantearnos es la del sujeto, hombre o mujer, que contrae matrimonio con persona casada, con conocimiento de la subsistencia del anterior vínculo. Aunque nuestro Código nada dice expresamente sobre la responsabilidad de este sujeto, a diferencia de lo que se establece en el Código italiano, no cabe la menor duda de que, siendo la participación de este otro contrayente un acto de cooperación necesaria para la comisión del delito, su conducta habrá de considerarse como de coautor del mismo, a tenor de lo establecido por el párrafo 3.º del artículo 14 del Código penal, ya que sin ella la bigamia no hubiera llegado a producirse (18).

Cuando la persona que contrae matrimonio con otra casada, es casada a su vez, nos hallamos en presencia de una doble lesión matrimonial, puesto que son dos los vínculos que resultan quebrantados por tal conducta. Vemos en este caso la existencia de un verdadero concurso de delitos, concurso que, en nuestra opinión, debe calificarse de ideal, por cuanto, siendo una la conducta, viene a ocasionarse una doble lesión jurídica, por lo cual debe sancionarse el hecho a tenor de lo dispuesto por el artículo 51 del Código penal.

En cuanto a la responsabilidad de terceras personas que puedan haber contribuído de manera directa a la ejecución de la bigamia, debemos afirmar que nada se opone a que se apliquen las normas gene-

(16) Vid. GORLA: *Matrimonio concordatario non trascritto e tentativo di bigamia*. En *Riv. Ital. di Dir. Pen.*, 1938 pág. 334.

(17) Vid. una extensa exposición de la doctrina referente a esta clase de delitos en GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, vol. II (1945), págs. 285 y sigs.

(18) Respecto a la responsabilidad en que incurre el sacerdote o el juez que autorizare el matrimonio, taxativamente se tipifica la conducta en el artículo 478 del vigente Código penal, por lo cual ha de aplicarse este precepto y no las normas generales sobre participación.

rales establecidas por el Código en materia de participación. Así, los que, conociendo la ilicitud del matrimonio, hayan cooperado con sus conductas a su celebración, resultarán responsables del delito de bigamia, bien en concepto de autores, bien en el de cómplices, según la mayor o menor eficacia de su actividad respecto a la causación del resultado delictivo. Puede ser responsable del delito de bigamia incluso la persona con quien se encontraba casado el bigamo, si conociendo el propósito de éste respecto al segundo matrimonio, lo facilita.

Sujeto pasivo

No debemos confundir el sujeto pasivo del delito de bigamia con la persona que en cada caso concreto haya podido resultar perjudicada con tal conducta. A primera vista, parece que el sujeto pasivo de esta infracción ha de ser el que estuviere ligado por anterior matrimonio con el bigamo. Mas ello no siempre puede aceptarse, ya que hay casos en los que tal sujeto es también coautor o cómplice de la bigamia, según hemos indicado. Tampoco puede afirmarse que sea sujeto pasivo quien contrae el segundo matrimonio con persona casada, pues si bien es cierto que se originan serios perjuicios a quien celebra esta unión en la creencia de que el otro contrayente es soltero, no lo es menos que, junto a tal hipótesis, hay otras muchas en las que dicha persona, lejos de ser estimada como sujeto pasivo, habrá de pasar a responder penalmente de su conducta como copartícipe en el hecho de la bigamia.

Lo que habrá de tenerse presente en la apreciación de este punto es la índole del delito que estudiamos, no perdiendo de vista que su verdadera naturaleza es la de delito contra la familia y que, como tal, viene a estar establecida, no en tutela de bienes jurídicos, individualizados en determinada persona, sino en protección del propio organismo familiar, como grupo social primario, manifestándose en este aspecto, una vez más, la imperfecta colocación de la figura en estudio dentro del articulado de nuestro Código.

La acción

La manifestación de voluntad se encuentra constituida por el hecho de contraer segundo o ulterior matrimonio, dado el presupuesto de matrimonio anterior no disuelto legítimamente.

No es preciso, claro es, que este segundo o ulterior matrimonio sea válido, puesto que, en realidad, en todos los casos de bigamia dicho segundo matrimonio es nulo, precisamente por la existencia del impedimento de bigamia. Lo que constituye la característica esencial de este delito es la celebración de un matrimonio que, si no subsistiese el vínculo anteriormente contraído, sería válido o, al menos, podría producir efectos jurídicos.

No constituiría delito de bigamia el matrimonio contraído con nombre supuesto, aunque sí otras figuras de delito (19).

El resultado no se ofrece como fenómeno distinto del matrimonio mismo, por lo cual podemos considerar este delito como de naturaleza formal, entendiendo por delito formal aquel en el que el resultado no es consecuencia de la manifestación de voluntad del sujeto, sino que va unido o fundido a esa misma manifestación. Recogiendo la doctrina que encontramos más acertada en cuanto a este punto, creemos que la calificación exacta de la bigamia es la de *delito de mera conducta*, término que debe entenderse en el sentido, no de que estos delitos de mera conducta no originen consecuencias socialmente dañosas, sino en cuanto con dicha expresión se califica a las figuras delictivas en las que ese resultado dañoso no ha sido especificado por el legislador como elemento típico, no teniendo, por tanto, que ser apreciado por el juez para admitir la existencia del delito mismo (20).

El momento consumativo es aquel en el cual la conducta típica queda completa, o sea aquel en el que el segundo o ulterior matrimonio pueda considerarse celebrado. Por ello admite tentativa, que se dará cuando, practicado uno o varios actos de ejecución, ésta no haya llegado a completarse, o, lo que es lo mismo, cuando, habiéndose entrado en la esfera de celebración del matrimonio, éste no se haya celebrado por causas independientes de la voluntad del sujeto.

Resulta interesante apreciar en este delito dónde termina la esfera preparatoria y dónde comienza la de ejecución, lo cual es, claro está, de suma trascendencia en orden a la tentativa. Creemos que, al iniciarse el expediente matrimonial, se abre la esfera de ejecución del delito, ya que, inequívocamente, se dirigen tales actos a la celebración del matrimonio, quedando reducidos a la categoría de meros actos preparatorios aquellos que no impliquen sino un propósito manifestado más o menos patentemente. Este es el criterio que vemos reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1879, en la cual no se admitió la existencia de tentativa de bigamia en la conducta del hombre casado que huye al extranjero con mujer soltera, a pesar de declararse por ambos que iban a casarse fuera de España, toda vez que ello es revelador de un proyecto criminal o acto preparatorio, pero no de una tentativa de delito (21).

(19) Véase interesante sentencia de la Corte di Cassazione penale italiana de 7 de diciembre de 1923. (En *Riv. Pen.*, 1924, pág. 454.)

(20) Una clara doctrina sobre los delitos de mera conducta en el sentido indicado y en contra de aquellos que rechazan esta categoría de infracciones, en GRISPIGNI: *Diritto Penale*, II, 1945, págs. 75 y sigs.

(21) Admiten la tentativa, entre otros muchos, CARRARA (*Programma*, III, parágrafo 1.945), MANFREDINI (en el *Tratado de Florián*, 1934, pág. 268) y MAGGIORANI (*Principi*, II, 1941, pág. 546). También admite la tentativa VIGLINO, mas limitándola a aquellos casos en los que, prestado el consentimiento por uno de los contrayentes, el matrimonio quede sin celebrarse por falta del consentimiento del otro. (*Il tentativo nel delitto di bigamia*, en *Riv. Pen.*, 1928, pág. 343.)

MANZINI desecha la posibilidad de tentativa en este delito, por estimar que, consistiendo el acto ejecutivo en la prestación del reciproco consentimiento, no es susceptible de ser fraccionado en momentos sucesivos (22).

Dado el carácter formal de esta infracción, resulta inadmisibile la forma frustrada, pues no cabe que se hayan realizado todos los actos ejecutivos que integran la bigamia como delito sin que el resultado llegue a producirse. Si el matrimonio no se celebró es porque no pudieron ejecutarse todos los actos precisos para que el mismo pudiera contraerse, y, por tanto, lo correcto es calificar la conducta como tentativa. A diferencia de lo que ocurre en los delitos materiales, es decir, en aquellos en que la ley exige, además de la conducta del sujeto, la producción de un resultado que sea consecuencia inmediata de la misma, en estos delitos formales o de mera actividad no se requiere la causación de resultado alguno que esté en relación de causalidad con la propia conducta, sino que tal conducta en sí misma es lo que integra el tipo legal. Aquí lo que se castiga es el hecho de contraer segundo o ulterior matrimonio, y, una de dos, o este matrimonio se ha celebrado y la bigamia se consumió, o sólo existe una ejecución incompleta de este delito, o, lo que es lo mismo, una tentativa punible. No estamos conformes con el criterio sustentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1942, según la cual, si el segundo matrimonio no llegó a celebrarse por causas independientes de la voluntad del agente, como fué el hecho de que el párroco, a causa de los informes adquiridos, se dirigiera a los jefes del encartado y, en vista de sus manifestaciones, suspendiera el matrimonio proyectado, se comete este delito en grado de frustración. El caso a que se refiere la sentencia citada, no es de bigamia frustrada, a nuestro modo de ver, sino de bigamia en grado de tentativa. Lo que caracteriza a la frustración, tal como es definida por el artículo 3.º de nuestro Código penal, es el hecho de que el culpable haya ejecutado todo lo que estaba de su parte para que el resultado se produjese, no produciéndose el mismo por causas independientes de su voluntad. En la frustración no cabe posibilidad de desistimiento, puesto que ya se ha ejecutado completamente la conducta, a diferencia de lo que ocurre en la tentativa, en la cual, al quedar todavía por ejecutar uno o más actos, resulta posible que el sujeto desista de la total realización de su criminal propósito, siendo esta nota referente a la posibilidad de desistimiento, lo que justifica una menor penalidad de la tentativa respecto a la frustración. Teniendo presente lo indicado, vemos cómo el caso de la citada sentencia no debió calificarse de frustración, ya que los sujetos podían haber desistido de su designio delictivo hasta el momento de celebrarse el matrimonio, pues es innegable que todavía quedaban una serie de actos a realizar por los contrayentes, no pudiendo, por tanto, decirse que hubieran recorrido en su totalidad el *iter criminis*.

(22) MANZINI: *Trattato*, vol. VI, parágrafo 2.352. II.

En contra del criterio por nosotros sustentado, que es el generalmente admitido hoy día por los penalistas, se manifestaron algunos ilustres escritores, entre ellos PESSINA, CARMIGNANI y PUCCELLONI, los cuales, aferrados a la noción que de la bigamia formularon los prácticos, considerándolo como *delicta carnis*, afirman que la consumación del delito no existe sino hasta el momento de la consumación del matrimonio, creyendo que mientras el segundo matrimonio sea "rato", la bigamia no puede castigarse sino como conato. "Hasta que tal momento no haya llegado—dice PESSINA, refiriéndose al momento de la consumación del matrimonio—, el delincuente puede arrepentirse con eficacia de la acción criminal y dejar sin efecto el mal causado."

TUOZZI critica con acierto este parecer, citando como ejemplo otros delitos en los que cabe la evitación del daño directo o inmediato y, sin embargo, son consumados evidentemente (23).

En realidad, la concepción de PESSINA y de los autores que como él piensan, deriva de confundir la naturaleza de este delito, pues si bien lo encuadran bajo la rúbrica de "delitos que lesionan el derecho de familia", se desvían en la configuración de esos caracteres, influidos por la antigua doctrina, y llegan a presentarlo como atentado a la honestidad. A mi modo de ver, PESSINA, al alegar que cabe que el sujeto se arrepienta hasta el momento de la consumación del matrimonio, quedando anulado con ello todo mal, confunde dos momentos que siempre es preciso distinguir, cuales son el de la consumación de un delito y el del agotamiento de sus efectos.

En relación con el problema del momento consumativo, se ofrece aquel otro referente al carácter del delito de bigamia apreciado desde el punto de vista de la permanencia de los efectos originados por la lesión jurídico-penal, punto éste que adquiere trascendencia cuando se trata de determinar el instante en que comienza a correr el plazo prescriptivo. Unos autores, como CIVOLI, consideran la bigamia como delito instantáneo, porque, siendo un delito que ataca al anterior vínculo matrimonial, lo lógico es que la prescripción comience a correr desde el momento de la celebración (24). Otros, entre ellos PESSINA, IMPALLOMENE, TUOZZI y MAGGIORE, creen que hay que incluir la bigamia entre los delitos permanentes (25), no faltando quienes, como CARRARA, MANZINI, MANFREDINI y RICCIO, estimen que se trata de un delito instantáneo con efecto permanente (26).

Teniendo en cuenta que el delito permanente se caracteriza porque en el mismo la actividad ejecutiva se prolonga por propia voluntad

(23) TUOZZI: *Delitti contro il buon costume*. (En *Enc. Pessina*) vol. IX, página 32.

(24) CIVOLI: *Trattato*, III, págs. 41-4.

(25) PESSINA: *Elementi*, II 1882, págs. 326. IMPALLOMENE: *Cod. Pen. Illustrato*, vol. III, págs. 120. TUOZZI, *ob. cit.*, págs. 49. MAGGIORE: *Principi*, vol. II, 1947, págs. 5-15.

(26) CARRARA: *Programma*. Parte especial, vol. III parágrafo 1.948. MANZINI: *Trattato*, vol. VI, parágrafo 735. MANFREDINI: *ob. cit.* (en *Trattato de Floriani*), págs. 268. Igualmente. RICCIO, *ob. cit.*, págs. 28 y sigs.

del sujeto durante más o menos tiempo después de la consumación del hecho delictivo, de tal manera que los efectos del resultado antijurídico subsisten hasta el momento en que cesa la manifestación de voluntad del culpable, hemos de concluir afirmando que no es la bigamia un delito permanente, ya que falta en el mismo el carácter esencial de tal clase de infracciones. Efectivamente, es cierto que en este delito subsisten los efectos antijurídicos de la ilícita unión mientras no sea disuelto alguno de los dos matrimonios, mas sin que esto baste para que pueda calificarse de permanente el delito, ya que, una vez consumada la bigamia (momento de la celebración del segundo matrimonio), ya no está en mano del sujeto hacer cesar las consecuencias antijurídicas de su acción. Mientras en el rapto (delito permanente) el raptor puede cortar cuando quiera la permanencia del resultado antijurídico, dando libertad a la mujer, en la bigamia, la voluntad del sujeto es impotente para impedir que se siga manteniendo la situación ilícita creada por el matrimonio ilegalmente contraído. No estamos conformes con MACCIGRE cuando dice que el bigamo puede hacer cesar a su voluntad el estado de ilegalidad promoviendo la acción de nulidad del matrimonio ilícito, aunque exponiéndose a las consecuencias que ello lleva consigo. No tiene en cuenta el citado autor que con el sólo ejercicio de la acción de nulidad por parte del cónyuge bigamo el matrimonio no queda anulado, siendo preciso un acto de la autoridad judicial, consistente en declarar nulo dicho matrimonio, y sólo entonces podrá decirse que ha cesado el estado antijurídico que hasta tal momento subsistía. Por tanto, no se da la característica del delito permanente, puesto que para la cesación de los efectos antijurídicos creados por la bigamia es preciso algo que no depende exclusivamente de la voluntad del agente, sino de una declaración judicial.

Estimando, pues, el delito de bigamia como delito instantáneo, aunque con efecto permanente, veamos las consecuencias de ello en orden a la prescripción.

El artículo 114 de nuestro vigente Código penal está redactado con miras a la generalidad de las infracciones, cuyo carácter es el de delitos instantáneos puros. Resulta, pues, dudosa la solución que haya de darse al problema del comienzo del plazo prescriptivo en los delitos permanentes, y más aún en este delito, en el que, como hemos visto, los efectos antijurídicos perduran hasta la disolución del posterior matrimonio.

El Código italiano de 1930, al igual que el de 1880, resuelve la cuestión expresamente al decir: "El término de la prescripción... transcurre desde el día en que se ha disuelto uno de los dos matrimonios o se declare nulo el segundo por la bigamia" (art. 557).

Faltando en nuestro ordenamiento jurídico-penal una declaración del tipo de la italiana, debemos decidir el criterio interpretativo de acuerdo con la naturaleza de la prescripción.

Como, aparte de los efectos permanentes, es lo cierto que, una vez consumada la bigamia, el sujeto no puede por sí solo suspender ta-

los efectos, debemos concluir aceptando el criterio de que el plazo de prescripción comienza a correr desde el momento de la celebración del matrimonio ilícito, pues lo que hace que en los delitos permanentes propiamente dichos ese plazo de prescripción no comience a contarse sino desde el día en que hayan cesado los efectos propios del resultado delictivo, es precisamente el hecho de que hasta esa cesación el delincuente sigue de manera voluntaria ejecutando la conducta típicamente antijurídica. Ello no ocurre en este delito instantáneo, aunque de efecto permanente, porque, como hemos dicho, en el mismo, aunque la voluntad del delincuente fuera contraria a la continuación del estado matrimonial ilícito, el culpable no puede de por sí evitar que siga subsistiendo dicho estado. Distinta sería la solución del problema si la bigamia fuese un verdadero delito permanente (27).

Culpabilidad

El dolo propio del delito de bigamia consiste en la voluntad de contraer el matrimonio con conocimiento de que existe el anterior lazo matrimonial, no disuelto legítimamente.

Si la culpabilidad faltó en el momento de la celebración del segundo matrimonio, por concurrir alguna de las figuras de error esencial e invencible, que a continuación indicaremos, el posterior conocimiento de la subsistencia del primer vínculo no constituye a los sujetos en responsables del delito de bigamia, aunque continúen la vida marital. Como lo que consuma este delito no es la unión sexual, sino la unión matrimonial, las personas que se encuentran en la situación dicha no cometen bigamia, si bien pueden ser autores de adulterio o de amancebamiento.

El elemento intelectual del dolo puede faltar en el hecho de la bigamia por la concurrencia de alguna de las siguientes hipótesis de error esencial:

a) *En el contrayente no casado:*

- 1.º Ignorancia del anterior matrimonio del otro contrayente.
- 2.º Creencia errónea de hallarse aquél disuelto legítimamente.

b) *En el contrayente casado:*

Creencia errónea de la disolución del anterior matrimonio, bien por convencimiento del hecho de la muerte del otro cónyuge o por estimar disuelto el lazo matrimonial.

De todas estas situaciones de error, unas son de hecho (como el error sobre el fallecimiento), y otras de derecho (así el que recaiga sobre la declaración de nulidad o sobre los efectos del divorcio), mas ello poco interesa hoy día, ya que, conforme a los principios de la correcta técnica penal, tanto una como otra categoría excluye el dolo,

(27) Véanse mis *Comentarios al Código penal*, tomo II. Murcia, 1947. página 416.

(28) Vid. mi trabajo sobre *El error en Derecho penal* (Murcia 1941), páginas 29 y sigs.

siempre que pueda calificarse de error esencial (28). Incluso para la doctrina antigua, que negaba efecto al error de derecho, obedeciendo al principio *ignorantia juris non excusat*, éste era considerado como excluyente del dolo cuando consistiese en el desconocimiento o conocimiento erróneo de una ley no penal, habiéndose así manifestado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (29). Y como quiera que los casos de error de derecho, a los que nos hemos referido, o sea aquellos en los que tal error consiste en creer que el vínculo matrimonial anterior ha sido disuelto por virtud de anulación del mismo o por divorcio, son hipótesis en las que el equívoco recae sobre el efecto que produzcan determinadas disposiciones civiles, debe considerarse que el error anula el dolo.

Ahora bien, la afirmación de que cuando concorra alguno de los casos de error que han sido citados queda anulado el dolo, nos lleva a otra cuestión de sumo interés, cual es la de si resulta o no posible la responsabilidad culposa en el delito de bigamia.

Es sabido que dentro del error esencial es preciso distinguir según la vencibilidad o invencibilidad del mismo, quedando eliminado tanto el delito doloso como el culposo cuando el error es declarado invencible y subsistiendo la responsabilidad a título de culpa cuando el error, siendo esencial, haya de calificarse de vencible (30).

Cuando los contrayentes, o alguno de ellos, incurran en alguno de los casos de error esencial a que se ha hecho mención, contrayendo el matrimonio en la creencia de que realizan un acto legítimo y su error viene a resultar explicable dadas las circunstancias concurrentes, de tal forma que pueda afirmarse que cualquier persona normalmente previsora hubiera incurrido en el mismo equívoco (error invencible), ninguna responsabilidad existirá para aquel de los contrayentes que haya obrado en tal situación de ánimo.

Mas puede ocurrir que las mismas figuras de error se presenten de manera que, dadas también las diversas circunstancias de toda índole que concurren en el caso concreto, haya de afirmarse que, con una mayor previsión y cuidado, el sujeto hubiera salido de su errónea creencia (error vencible), y entonces habremos de preguntarnos si será aplicable el artículo 565 de nuestro Código, por cuanto se realizó una conducta imprudente o negligente al contraer el segundo matrimonio sin estar disuelto el anterior.

La doctrina no es unánime respecto al caso propuesto. Mientras PUGHMAN (31), GROIZARD y otros estiman la existencia de un delito culposo en dichos supuestos, algunos, como CARRARA, niegan toda responsabilidad para el sujeto.

El autor últimamente citado fundamenta su posición en el hecho de ser la bigamia un delito de daño reparable, y cita un caso defen-

(29) SS. de 16 de marzo de 1892 y 28 de noviembre de 1906, entre otras.

(30) Vd. mi citado trabajo sobre el error, págs. 39 y sigs.

(31) Citado por CARRARA.