

# Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español \*

Fátima Pérez Ferrer

*Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Almería*

---

PÉREZ FERRER, FÁTIMA. Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-05, pp. 1-33.

<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-05.pdf>

RESUMEN: Este trabajo tiene como finalidad fundamental analizar desde una perspectiva dogmática y jurisprudencial el delito de bigamia previsto en el artículo 217 del Código Penal. Se plantean en él los problemas interpretativos surgidos en nuestros Tribunales en los últimos años en lo relativo a la conducta típica y las remisiones a la normativa civil; los problemas de error –de tipo y de prohibición–, que también merecen un especial interés, y la determinación de la responsabilidad del cónyuge no bigamo. Por último, se cuestionará desde una valoración político-criminal, la posible supresión de este tipo delictivo en nuestro texto legal.

PALABRAS CLAVE: bigamia, matrimonio, divorcio, nulidad, error, elemento subjetivo, delito de consumación instantánea, principio de intervención mínima.

**TITLE: Analysis of the problems of interpretation and application of the crime of bigamy in spanish Criminal Law**

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to analyse from a dogmatic and jurisprudential perspective, the crime of bigamy provided of the Criminal Code. The interpretative problems that have appeared our Courts in recent years with regard to typical conduct and reference to Civil Law: error problems, -type and prohibition-, which also show a special interest, and the determination of the responsibility of the non-bigamo spouse. Finally, we will question from a political-criminal assessment the possible suppression of this type of crime in our legal text.

KEYWORDS: Bigamy, marriage, divorce, nullity, error, subjective factor, instantaneous crime of consumation, principle of minimum intervention.

Fecha de recepción: 15 mayo 2020

Fecha de publicación: 12 agosto 2020

Contacto: [faperez@ual.es](mailto:faperez@ual.es)

*SUMARIO: 1. Consideraciones generales sobre el delito de bigamia. 2. Bien jurídico protegido. 3. Los sujetos del delito. 4. Análisis jurídico-penal de la conducta típica. 4.1. La existencia de un matrimonio anterior. 4.2. El vínculo matrimonial subsistente. 4.3. La celebración de un segundo o ulterior matrimonio. 5. El elemento subjetivo. 6. Cuestiones de autoría y participación. 7. Iter criminis. 8. Concursos y penalidad. 9. A modo de reflexión. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Personalized Solution in European Family and Succession Law Project” concedido por el Programa de la Unión Europea JUSTICE en la Convocatoria JUST-JCOO-AG-2017.

## 1. Consideraciones generales sobre el delito de bigamia

El propósito del presente trabajo es analizar desde un punto de vista dogmático y jurisprudencial las cuestiones más controvertidas que presenta el delito de bigamia en el ordenamiento jurídico penal español, prestando especial atención a la determinación del bien jurídico protegido, a los presupuestos nucleares que conforman la conducta típica, y al elemento subjetivo. Asimismo, otro de los interrogantes a los que intentaremos dar respuesta es la necesidad político-criminal de mantener vigente esta figura delictiva en nuestro texto punitivo o, en cambio, proceder a su destipificación por la incompatibilidad que pudiera presentar con el principio de intervención mínima, carácter fragmentario, y *ultima ratio* del Derecho Penal<sup>1</sup>.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por bigamia “el estado o condición de la persona bígama”, del latín *bigamus*, “que se vuelve a casar o contrae segundas nupcias”, aunque el concepto legal de bigamia excede del sentido gramatical al acoger el tipo penal tanto los supuestos de bigamia en sentido estricto -segundo matrimonio-, como los de poligamia -ulterior matrimonio-. En un sentido más específico, entiende la Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1978 que se trata de una ilusoria apariencias revestida de ficticia legalidad “(...) merced a la cobertura de formalidades establecidas, de un estado matrimonial para el que se carece de derecho en tanto el primer matrimonio no se halle disuelto o anulado, aunque no hubiese sido celebrado el mismo válidamente, o instado divorcio vincular, no se contase con sentencia firme decretándolo”, y ello, con independencia de cual fuere la forma civil o religiosa adoptada<sup>2</sup>.

La punición de la bigamia ha sido habitual en la legislación española. Desde el Código Penal de 1822, que aludía expresamente a ella en correspondencia con el contenido del tipo, y cuya conducta típica consistía en contraer un segundo matrimonio subsistiendo el primero; definición que prácticamente se mantuvo en los mismos términos en los sucesivos textos penales. En un primer momento, el delito de bigamia

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión, con carácter general, vid. TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales y Derecho Penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Valencia, 2016, p. 101, y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Inmigración y poligamia: la inconsistencia del delito de bigamia”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 121, 2017, p. 75.

<sup>2</sup> Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1978 (ROJ: STS 4288/1978).

se ubicó en un Título determinado “Delitos contra las buenas costumbres”, pero en el posterior Código Penal de 1848, se modificó el nombre del Título por el de “Delitos contra el estado civil de las personas”, agrupándose dentro de un Capítulo bajo la rúbrica de “Celebración de matrimonios ilegales”, tipificándose un catálogo muy amplio de tipos penales referidos a esta materia. A partir de entonces, se ha producido una progresiva minoración, desapareciendo del Código Penal las figuras de menor gravedad que presentaban la naturaleza de simples infracciones de policía, lo que determina la actual configuración de estos delitos en nuestro texto punitivo<sup>3</sup>.

La modificación más importante que ha supuesto el Código Penal de 1995 es la ruptura con la tradición jurídica española respecto a la sistematización legal de estos delitos. Así, nuestro texto vigente regula en el Libro II, Título XII bajo la rúbrica “Delitos contra las relaciones familiares”, y concretamente en su Capítulo I “De los matrimonios ilegales”, tres tipos delictivos: el delito de bigamia (artículo 217), -del que nos ocupamos en este trabajo-, la celebración de matrimonios inválidos para perjudicar al otro contrayente (artículo 218), y la autorización de matrimonio nulo (artículo 219). Las modificaciones que establece nuestro texto legal son más bien de carácter técnico en aras a ampliar la redacción y a solucionar algunos problemas de carácter interpretativo<sup>4</sup>.

## 2. Bien jurídico protegido

Una de las cuestiones más controvertidas en este tipo penal es la relativa al bien jurídico protegido, que se ha centrado en torno a dos aspectos distintos dentro de la institución del matrimonio-. De una parte, las tesis tradicionales que se refieren al estado civil que origina el matrimonio, mientras que otras, -mayoritarias en la actualidad-, afirman que el objeto de tutela se limita al orden jurídico del matrimonio establecido por el Estado y su carácter monogámico, que viene ya establecido como elemento esencial en la legislación civil, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46.2 del Código Civil, cuando señala que no pueden contraer matrimonio en nuestro país “los que estén ligados con vínculo matrimonial”<sup>5</sup>.

Como presupuesto previo, se ha de destacar la protección constitucional de la que goza el *ius connubi* en el artículo 32 de nuestra Carta Magna, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja<sup>6</sup>. En

<sup>3</sup> Más ampliamente, Vid. MARCO FRANCIA, M.P.: “El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas”, Noticias Jurídicas, <http://noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/468-el-delito-de-bigamia-en-el-codigo-penal-espanol-consideraciones-penales-y-criminologicas.html>>.

<sup>4</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios ilegales”, La Ley digital, núm. 17278, 2001, pp. 1 ss.

<sup>5</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones familiares (I)”, Sistema de Derecho Penal. Parte Especial, Morillas Cueva, L. (Dir.), Madrid, 2019, pp. 403 ss.

<sup>6</sup> ALENDA SALINAS, M.: *La tutela estatal del matrimonio*, Alicante, 2003, pp. 11 ss, y CALVO ESPIGA, A./PEÑÍN GONZÁLEZ, M.A.: *Constitucionalismo y Protección penal del matrimonio. La secularización del matrimonio en la evolución histórica del ordenamiento penal español*, Madrid, 2010, pp. 24 ss.

efecto, el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico se presenta como una institución con un régimen legal determinado que, además, genera entre los que se casan un conjunto de derechos y obligaciones relativas a la vida en común, que modifica el estado civil, determina la filiación de los descendientes, y genera un régimen económico para los bienes de los cónyuges<sup>7</sup>.

Así las cosas, la doctrina tradicional señala que lo fundamental de la celebración de matrimonios ilegales es que no genera los efectos jurídicos propios de la institución, con lo cual, se afecta al estado civil. No se trata, pues, de la defensa del matrimonio como institución básica de la familia sino del derecho de toda persona a tener un determinado estado civil que es indisponible e inmodificable unilateralmente. Esto último es lo protegido, y no una determinada forma de matrimonio. Esta consideración sobre el bien jurídico protegido encontraba una base legal en la propia rúbrica del Título XI del antiguo Código Penal, “Delitos contra el estado civil”, donde el legislador ha venido encuadrando sistemáticamente estos delitos, pronunciándose también en este sentido algunas resoluciones como la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1980<sup>8</sup>, o las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 31 de mayo de 1997<sup>9</sup>, y de la Audiencia Provincial de Baleares, de 10 de diciembre de 2010<sup>10</sup>, entre otras.

Un nuevo planteamiento del objeto de tutela de estos delitos fue elaborado por MIR PUIG<sup>11</sup>. Este autor sostiene que lo que caracteriza a esta figura delictiva, no es la afectación al estado civil, sino que lesiona la institución del matrimonio en distintos sentidos. No se trata de proteger, al menos directamente, el estado civil, sino que lo que se destaca es el papel de mero refuerzo sancionador de la regulación civil matrimonial, lo que lleva a cuestionarnos igualmente la necesidad de la intervención penal en esta materia, e incluso por algunos autores como SEGRELLES DE ARENAZA, su misma constitucionalidad, al plantearse que el carácter monogámico del matrimonio establecido en la normativa civil y reforzado con el delito de bigamia, representa una limitación a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16.1 de

<sup>7</sup> Entre otros, MORETÓN TOQUERO M.A.: *Delitos contra las relaciones familiares: matrimonios ilegales*, Barcelona, 2001, p. 8, y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., pp. 1 ss. También a efectos de generar arraigo en España de cara a la obtención de permisos de residencia, incluso de nacionalidad, tal y como señala MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal*, Gómez Tomillo (Dir.), Valladolid, 2011, p. 851.

<sup>8</sup> Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1980 (ROJ: STS 4678/1980) cuando señala que: “La bigamia se castiga por afectar al estado civil de las personas y basta la existencia de dos asientos en el Registro Civil, que estén vigentes relativos al hecho cierto de dos matrimonios del mismo contrayente, para que la Jurisdicción Criminal pueda pronunciarse, sin necesidad de otros elementos, determinando la responsabilidad criminal para su autor desde el momento en que celebra el segundo matrimonio durante la vigencia del primero”.

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 31 de mayo de 1997 (ROJ: STS 3806/1997).

<sup>10</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, núm. 6389/2010, de 10 de diciembre (ECLI: ES: APIB: 2010: 2636).

<sup>11</sup> MIR PUIG, S.: “Matrimonios ilegales en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, pp. 436 ss; el mismo: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto del delito de bigamia”, *La Ley*, 1986, núm. 3, p. 264.

nuestra Carta Magna, en la medida en que impide a los que practican determinadas religiones, la pluralidad de uniones matrimoniales simultáneas, esto es, ejercer y desarrollar con plenitud el matrimonio poligámico que su religión les permite<sup>12</sup>.

MIR PUIG fundamenta esta posición en que la relación de este delito con el estado civil es excesivamente frágil y distante, pues, si bien las celebraciones de matrimonios a las que alude el Código afectan al estado civil -en tanto que constituyen una fuente aparentemente legal del estado civil matrimonial-, éste sería sólo un bien jurídico mediato, pero lo directamente lesionado sería el régimen legal de matrimonio como institución<sup>13</sup>.

Esta nueva orientación ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia más reciente. De este modo, la mayoría de los autores coinciden en señalar que lo verdaderamente trascendente en este delito es la protección del matrimonio como institución básica de la estructura jurídica familiar, -fuertemente implantada en la escala de valores de nuestro ámbito cultural occidental-, mientras que lo relativo al estado civil tiene solo un papel accesorio<sup>14</sup>. Esta posición se ve, además, afianzada por la nueva sistemática que ha incorporado el Código Penal de 1995, donde desaparecen los delitos contra el estado civil, ubicándose estas conductas en el Capítulo I del Título XII, bajo la rúbrica “Delitos contra las relaciones familiares”, en la línea iniciada por el Proyecto de Código Penal de 1980 y continuada por todos los proyectos posteriores hasta el Código Penal vigente<sup>15</sup>.

En esta línea, ya se pronunciaba la Sentencia de Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986 –aún con referencia al anterior 471 del Código Penal de 1973-, al afirmar en su Fundamento Jurídico Primero que este delito “(...) supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior. Al conllevar la celebración del matrimonio un cambio o

<sup>12</sup> SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de bigamia”, *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje en memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 1061 ss, y en la misma línea, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./JAÉN VALLEJO, M.: “Artículos 217 y 218”, *Código Penal II. Doctrina y Jurisprudencia*, Conde Pumpido-Ferreiro, C. (Dir.), Madrid, 1997, pp. 2459 ss.

<sup>13</sup> MIR PUIG, S.: “Matrimonios ilegales...”, cit., pp. 434 ss; el mismo: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., p. 264. De la misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J.C.: *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal*, Valencia, 2011, p. 229, y RODRIGUEZ NUÑEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Lamarca Pérez, C. (Coord.), Madrid, 2019, p. 260.

<sup>14</sup> Vid. entre otros, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal, M. (Coord.), T. VII, Madrid, 1999, pp. 670 ss; CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos contra las relaciones familiares”, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vives Antón, T.S./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez Buján Pérez, C., Valencia, 2016, pp. 277 ss; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos contra las relaciones familiares (1)”, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal, M. (Coord.), Valencia, 2004, pp. 417 ss; LABACA ZABALA, M.L.: “Los matrimonios ilegales en la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005, p. 114, y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona, 2015, p. 395.

<sup>15</sup> MORETÓN TOQUERO, M.A.: *Delitos contra las relaciones...*, cit., p. 8.

modificación del estado civil, se busca su protección contra el doloso y arbitrado atentado que supone, desentendiéndose del ligamen derivado de unas precedentes nupcias y contrariando la normativa de prohibición e impedimento establecida, abocar en una segunda celebración formal matrimonial, hiriendo y perturbando los normales sentimientos y derechos del primer cónyuge, y caso de buena fe del contratante no casado, sometiéndole a indudable vejación y ocasionándole serios perjuicios, como consecuencia de un matrimonio sin base jurídica de subsistencia”<sup>16</sup>. Más recientemente, también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 30 de julio de 2004<sup>17</sup>, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 14 de julio de 2015, al considerar que el bien jurídico protegido es “(...) el interés público en asegurar el orden jurídico matrimonial establecido por el Estado en atención a las importantes consecuencias personales y patrimoniales derivadas del vínculo matrimonial”<sup>18</sup>.

A nuestro juicio, la sistemática seguida por nuestro Código Penal vigente constituye un acierto, tanto por la desaparición de los delitos contra el estado civil como por la agrupación de estos delitos en el ámbito de las relaciones familiares<sup>19</sup>. De un lado, la supresión de los delitos contra el estado civil viene justificada, no sólo porque, -como ya hemos señalado *supra*-, las conductas castigadas en estos tipos delictivos tienen solo una incidencia directa y mediata en el estado civil, sino también porque la propia naturaleza jurídica del estado civil impide su consideración como bien jurídico objeto de tutela penal. De otra parte, esta rúbrica pone de manifiesto la voluntad de agrupar los delitos que inciden en el contexto familiar, determinando el ámbito en que se producen todas las conductas típicas, que es precisamente, el de las relaciones familiares.

Precisamente, el legislador de 1995 ha optado por clasificar estos delitos atendiendo a la clase de relación familiar que se vea afectada por la conducta, regulando en el Capítulo I los delitos que sancionan conductas que suponen acceder al matrimonio al margen de las normas del Derecho, es decir, al margen de las normas civiles, haciendo surgir, por tanto, relaciones matrimoniales aparentes que no tienen base legal. Lo que tratan de proteger estos delitos es, por consiguiente, el régimen legal del matrimonio como institución básica de la estructura jurídica de la familia. Pero ese régimen legal del matrimonio no se protege de forma generalizada; los preceptos restringen su tutela a algunos aspectos del régimen legal del matrimonio, -en concreto, y por lo que a nosotros nos afecta, al carácter monogámico del matrimonio- en el artículo 217 del Código Penal-.

Pues bien, determinado el bien jurídico en estos delitos, se hace necesario ahora plantear si se trata de un bien jurídico necesitado de tutela penal. Y lo primero que

<sup>16</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986 (ROJ: STS 11141/1986).

<sup>17</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, núm. 137/2004, de 30 de julio (ROJ: SAP BU 963/2004).

<sup>18</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, núm. 58/2015, de 14 de julio (ROJ: SAP SA 380/2015).

<sup>19</sup> Por todos, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 2.

llama la atención es su falta de lesividad material. Su carácter excesivamente formal hace que estas conductas puedan presentarse como una mera infracción de la normativa civil que, por otra parte, ya cuenta con suficientes mecanismos de defensa, como las acciones de nulidad o de divorcio correspondientes<sup>20</sup>. Asimismo, el pluralismo proclamado en el artículo 1 como valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la libertad religiosa (artículo 16.1 CE), y la prohibición de discriminación por razón de religión (artículos 9.2 y 14 CE), no resultan muy acordes con la tutela penal de un determinado sistema de matrimonio, principalmente cuando la realidad social demuestra que éste no es el único núcleo alrededor del cual se constituye la familia, que es objeto directo de protección en el artículo 39 de nuestro texto constitucional<sup>21</sup>.

Desde esta perspectiva, la realidad social de nuestro país demuestra que en los últimos años existe un cierto debate sobre la relevancia de la institución del matrimonio, produciéndose transformaciones de tal trascendencia que han afectado a su propia definición. Lo que tradicionalmente se definía como “la unión estable entre un hombre y una mujer, concertada de acuerdo con determinadas formalidades previstas en la ley, para compartir vida y existencia (...) a través del consentimiento matrimonial otorgado en el momento de su celebración”<sup>22</sup>, hoy ha dejado de ser la única forma válida de constituir una relación familiar, dando paso a otras concepciones, igualmente válidas, sobre todo a raíz de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>23</sup>, y en la que se permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición; y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio<sup>24</sup>.

De este modo, y como consecuencia de los cambios que se han ido sucediendo, en la actualidad existe una tendencia a una mayor diversidad de relaciones familiares, de formas de convivencia y de tipos de familia aceptadas social y jurídicamente motivada, entre otras, por la regulación de las parejas de hecho por parte de las Comunidades Autónomas (a falta de una ley estatal), o la mayor facilidad del divorcio y de

<sup>20</sup> En esta línea, CARBONELL MATEU, J.C.: “Los delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Vidal Guitarte, (VV.AA.), Tomo I, Valencia, 1999, p. 173, y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 15.

<sup>21</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal: su consideración como tipos de participación necesaria”, La Ley Digital, núm. 20352, 2009, pp. 1 ss; ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.): *Derecho Penal. Parte Especial I*, Manjón Cabeza Olmeda, A./Ventura Püschel, A. (Coords.), Valencia, 2011, p. 872, y MARCHENA GÓMEZ, M.: “Artículos 217-219”, Código Penal II, Del Moral García, A./Serrano Butragueño (Coords.), 2012, pp. 1569 ss.

<sup>22</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2018, pp. 39 ss, y SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de Familia*, Valencia, 2019, pp. 31 ss.

<sup>23</sup> Vid. BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

<sup>24</sup> Vid. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

la disolución del matrimonio<sup>25</sup>. Además, derogados los tipos de adulterio y concubinato por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento<sup>26</sup>, la bigamia constituye la última reminiscencia que queda en el Código Penal español de las figuras introducidas por el legislador en defensa del carácter monogámico del matrimonio<sup>27</sup>.

A lo anterior, se puede añadir la falta de entidad o sustantividad penal de las conductas aquí incriminadas, que se pone de manifiesto en su escasa aplicación en la praxis; y esta idea ha estado presente en la evolución de la regulación penal en esta materia y es precisamente lo que explica el progresivo proceso despenalizador. En esta dirección, se ha propuesto por un sector doctrinal avanzar en ese proceso limitando el bien jurídico protegido solo a los derechos subjetivos generados por el sistema matrimonial monogámico. De esta forma, sostiene PRATS CANUTS que deben considerarse atípicos los casos en los que no se vulneren aquellos derechos, básicamente, cuando el primer matrimonio es nulo, -de acuerdo con el artículo 73 del Código Civil-, se haya o no declarado judicialmente la nulidad, pues no se puede apreciar más lesividad que la que deriva de la nulidad civil<sup>28</sup>.

Conviene aclarar que tampoco parece acertada esta línea de política criminal, pues si estos delitos se configuran como figuras delictivas autónomas que tratan de proteger los derechos subjetivos que nazcan de las relaciones familiares, estaríamos creando unos tipos que no son más que concreciones de conductas delictivas genéricas en un ámbito específico. Es decir, -y siguiendo en esta línea a la doctrina mayoritaria-, es suficiente la protección penal que ya ofrecen figuras delictivas genéricas, como la estafa o las falsedades para proteger estos derechos, sin que exista necesidad de crear tipos específicos para tutelar estas mismas conductas en el marco de las relaciones patrimoniales. Por lo demás, no cabe imaginar conductas que supongan atentados a derechos subjetivos en el marco del matrimonio que no quepa subsumir en los delitos antes referidos.

<sup>25</sup> VALERO LOBO, A.: “El sistema familiar español. Recorrido a través del último cuarto de siglo”, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, núm. 70, 1995, p. 92, y TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales...*, cit., p. 17.

<sup>26</sup> Vid. BOE, núm. 128, de 30 de mayo de 1978.

<sup>27</sup> Se ha de tener en cuenta que, históricamente, la bigamia se vinculaba al delito de adulterio, ya que su naturaleza de *delictum carnis*, -en el sentido de que sólo se consumaba cuando después de producido el matrimonio, los contrayentes hubieran verificado la cópula carnal-, lo convertía en una especie de adulterio. Sobre esto, vid. FERRER SAMA, A.: “Noción y características del delito de bigamia”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1948, I, pp. 23 ss; VEGA GUTIÉRREZ, A.M.: *La unidad del matrimonio y su tutela penal*, Granada, 1997, pp. 259 ss, y MARCO FRANCIA, M.: “El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas”, *Noticias Jurídicas*, <http://noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/468-el-delito-de-bigamia-en-el-codigo-penal-espanol-consideraciones-penales-y-criminologicas.html>>.

<sup>28</sup> PRATS CANUTS, J.M.: “Artículos 217 y 218”, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Quintero Olivares, G.(Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.), Pamplona, 2009, p. 506, y TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos contra las relaciones familiares”, Comentarios al Código Penal, Arroyo Zapatero, L./Berdugo Gómez de la Torre, I./Ferré Olivé, J.C./García Rivas, N./Serrano Piedecabras, J.R./Terradillos Basoco, J.M. (Dirs.)/ Nieto Martín/Pérez Cepeda, A.I. (Coords.), Madrid, 2007, pp. 493 ss.

### 3. Los sujetos del delito

El vigente artículo 217 CP dispone: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año”. Se trata de un delito especial propio, dado que para ser sujeto activo del mismo es necesario haber contraído previamente matrimonio y volver a contraer, en segundas o ulteriores nupcias, uno nuevo, sin hallarse legalmente disuelto el anterior<sup>29</sup>.

Cierto sector de la doctrina, -entre los que se encuentra CARRASCO ANDRINO-, estiman que el delito de bigamia pertenece a la categoría de los llamados delitos plurisubjetivos o de participación necesaria en sentido amplio, y dentro de ésta, a los delitos de encuentro, pues, exige la concurrencia de otra persona, -el otro contrayente-<sup>30</sup>. Esta categoría dogmática se caracteriza, en primer lugar, porque la afección del bien jurídico se produce por la concurrencia de una pluralidad de conductas, sin que éstas aisladamente tengan relevancia jurídica a estos efectos; y en segundo lugar, porque esta contribución plural sólo produce la lesión de un único bien jurídico, lo que supone la existencia de un solo delito<sup>31</sup>. Dicho con otras palabras, contraer matrimonio exige conceptualmente la intervención de, al menos, dos sujetos, a los que corresponden conductas distintas que se dirigen, desde posiciones complementarias, hacia un encuentro<sup>32</sup>.

Por este motivo, el otro contrayente no puede ser sujeto activo, pues si bien su contribución es estrictamente necesaria para la realización del delito, él no realiza la conducta típica. Se trata de un partícipe necesario. Nuestro Código Penal no dice expresamente nada sobre la responsabilidad penal del otro contrayente, a diferencia de los Códigos Penales españoles de 1822 y de 1928 que lo castigaban con una pena inferior, y con la misma pena respectivamente. La limitación del sujeto activo al cónyuge que no tiene disuelto su matrimonio anterior determina que el legislador penal trate sólo de reforzar la prohibición legal de contraer matrimonio a los que están ligados con vínculo matrimonial, prevista en el artículo 46.2º del Código Civil<sup>33</sup>.

Tal y como hemos afirmado, desde un punto de vista formal, sólo pueden ser sujeto activo las personas que reúnan la cualidad de tener un vínculo matrimonial anterior. También desde un punto de vista material, en relación con el contenido de lo injusto, se puede afirmar tal naturaleza, en cuanto que la conducta del autor lleva

<sup>29</sup> Por todos, OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones...”, cit., pp. 403 ss.

<sup>30</sup> Sobre ello, vid. más ampliamente, CARRASCO ANDRINO, M.M.: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002, pp. 14 ss.

<sup>31</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los delitos plurisubjetivos...”, cit., p. 57.

<sup>32</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal...”, cit., p. 3.

<sup>33</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 5.

aparejada la infracción de un deber jurídico específico, el deber de guardarse fidelidad consagrado, entre otros, en el artículo 68 del Código Civil<sup>34</sup>.

Desde este enfoque, y desde la concepción de este delito como un reforzamiento de la prohibición legal de contraer matrimonio a los que están unidos por un vínculo matrimonial, se puede entender por qué se niega la condición de sujeto activo al otro contrayente si es consciente de que existe un vínculo matrimonial anterior. El hecho de que no pueda ser sujeto activo de este delito no significa que no sea responsable criminalmente. En este sentido, el problema central reside en determinar si la intervención del otro contrayente no bigamo puede constituir una conducta de participación y, en consecuencia, puede ser punible conforme a las reglas generales de la participación<sup>35</sup>. A nuestro juicio, podrían generarse dos situaciones problemáticas: de un lado, si esta persona es consciente de la ilegalidad del matrimonio, su participación es un acto de cooperación necesaria para la comisión del delito, enmarcándose su responsabilidad en el ámbito de la participación y aplicándole sus reglas generales previstas en el Libro I. En caso contrario, el cónyuge de buena fe que desconoce esta circunstancia, no sólo no será responsable del delito, sino que incluso, habría que considerarlo perjudicado por el mismo<sup>36</sup>.

Por otra parte, en relación al sujeto pasivo de estos delitos, debe advertirse que viene determinada por la posición que se adopte en torno al bien jurídico protegido. En coherencia con las concepciones antes señaladas, se distinguen dos posturas en la doctrina sobre el sujeto pasivo. De un lado, el sector doctrinal que alude al estado civil de las personas como bien jurídico, señala que el sujeto pasivo es la persona titular de ese estado civil. De otro, los que sostienen que en estos preceptos no se tutela un bien jurídico de carácter individual, sino de naturaleza social, -el matrimonio como institución jurídica-, defienden que el sujeto pasivo es el titular de ese bien jurídico supraindividual, que es la sociedad o comunidad<sup>37</sup>.

Obviamente, en coherencia con la naturaleza que hemos asignado al objeto de tutela, el sujeto pasivo no puede ser uno de los cónyuges, pues aquí no se protegen

<sup>34</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 5.

<sup>35</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal...”, cit., p. 3.

<sup>36</sup> Sobre ello, la ya citada Sentencia de Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986 (ROJ: STS 11141/1986) establece que: “La cuestión jurídica a definir, meollo o núcleo de la motivación casacional, estriba en determinar quién ha de designarse como sujeto pasivo de la infracción penal de bigamia. Indudablemente que la persona ligada al anterior matrimonio con el bigamo ha de estimarse perjudicada por su acción, tanto moralmente como, de ordinario, en un orden material, ya que la reprochable conducta irá ligada a desatenciones e incumplimiento de deberes familiares de asistencia. Pero, entre las personas afectadas, y seguramente en grado más acentuado que la primera, ha de figurar, igualmente, el contrayente de buena fe del posterior matrimonio, en el que no será difícil comprobar la originación de consecuencias dañosas, junto a las humillantes y vejatorias derivadas de la situación ex post, tras el descubrimiento de la inexistencia y total carencia de efectos de un aparente matrimonio, en el que se dan cita el engaño, el fingimiento, el fraude y la burla”. Más ampliamente, Vid. MORETÓN TOQUERO, M.A.: *Delitos contra las relaciones familiares...*, cit., p. 16.

<sup>37</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p.4; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos contra las relaciones...”, cit., pp. 299 ss, y RAMÓN RIBAS, E.: *Comentarios a Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G.(Dir.)/Morales Prats, F.(Coord.), Pamplona, 2011, pp. 560 ss.

derechos individuales de una persona, sino que estamos ante un bien jurídico de naturaleza supraindividual o institucional cuyo titular es la comunidad<sup>38</sup>. Este planteamiento se ve confirmado por el hecho de que el consentimiento de los contrayentes resulta irrelevante a efectos de justificación. Además, si el sujeto pasivo fuera uno de los cónyuges llegaríamos a la incongruencia de tener que castigar al supuesto sujeto pasivo como partícipe, si es consciente de la conducta que realiza, y el necesario establecimiento de la pena aun cuando no existan perjuicios para sus intereses jurídicos<sup>39</sup>.

#### 4. Análisis jurídico-penal de la conducta típica

Una vez establecido el bien jurídico y la ubicación sistemática del delito de bigamia, corresponde analizar ahora los elementos nucleares exigidos en el artículo 217 de nuestro Código Penal. La descripción de la conducta típica no es sencilla y el empleo de una norma penal en blanco plantea algunos problemas interpretativos, en tanto que requiere de su remisión a la normativa civil sobre el matrimonio para determinar su contenido: en primer lugar, cuando se entiende que existe un matrimonio anterior; en segundo lugar, su subsistencia legal, y por último, si se da un segundo o ulterior matrimonio.

##### 4.1. *La existencia de un matrimonio anterior*

La constatación de la existencia de un matrimonio anterior nos obliga a determinar su contenido de conformidad con la normativa de Derecho Civil que resulte aplicable, quedando al margen del tipo relaciones afectivas similares o análogas<sup>40</sup>. Así, en la doctrina científica se distinguen dos orientaciones distintas en función de la posición adoptada en torno al bien jurídico protegido por el presente delito<sup>41</sup>.

Un sector doctrinal minoritario sostiene que si lo que se protege es el estado civil, lo importante es determinar, conforme a las normas civiles, si el matrimonio anterior ha establecido o no, un determinado estado civil que le impida la constitución de otro nuevo. Por ello, lo decisivo será que no se haya disuelto o anulado el vínculo matrimonial que origina los efectos jurídicos propios de esa institución.

Desde la posición mayoritaria de la doctrina, -que fundamenta el delito en la tutela del carácter monogámico de la institución jurídica del matrimonio-, lo importante es la concurrencia efectiva del reconocimiento jurídico del doble vínculo. En este

<sup>38</sup> Así, MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., pp. 263 ss, y GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos contra las relaciones familiares...”, cit., p. 399.

<sup>39</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 4..

<sup>40</sup> Aunque en el ámbito penal, la equiparación entre matrimonio y parejas de hecho si se ha producido en algunos supuestos, no hay duda de que en este delito en concreto la existencia de relaciones familiares distintas al matrimonio, no da lugar a la tipicidad del hecho. Sobre ello, TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales...*, cit., p. 50.

<sup>41</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 5.

sentido, se entiende que en el concepto de matrimonio se incluyen todas las situaciones constitutivas de matrimonios reconocidos jurídicamente, con independencia de su validez formal o material. De acuerdo con este planteamiento, para determinar lo que se entiende por matrimonio anterior, hemos de precisar qué elementos debe reunir un matrimonio para que, según el Derecho Civil, pueda considerarse un matrimonio reconocido jurídicamente<sup>42</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran reconocidas dos formas de celebración del matrimonio: por una parte, la forma civil, ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado según el artículo 49.1 del Código Civil; y por otra, la forma religiosa legalmente prevista tal y como señala este mismo precepto en su párrafo segundo. A estos efectos, el Código Civil dispone en el artículo 61 que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, -tanto en su forma civil como religiosa-, y que para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. En consecuencia, sólo tendrá efectos legales un único matrimonio, dado que la Dirección General de los Registros y del Notariado admite únicamente la inscripción en el Registro Civil de un solo esposo o esposa.

Así las cosas, se ha de señalar que dentro de la forma religiosa están reconocidas las siguientes: a) Canónica, en base al artículo 6 del Acuerdo sobre asuntos económicos entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, y donde se reconoce validez y eficacia civil al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico<sup>43</sup>; b) Confesión Evangélica, de conformidad con la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, donde se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España<sup>44</sup>; c) Confesión Judía, en base a la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, donde se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España<sup>45</sup>, y d) Confesión Islámica, en relación a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, donde se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España<sup>46</sup>.

Por este motivo, y en lo que se refiere al matrimonio celebrado en forma religiosa, -en cualquiera de las formas anteriores-, éste produce efectos civiles sin necesidad de que sea finalmente inscrito en el Registro Civil, lo que puede originar algunas

<sup>42</sup> A estos efectos, la institución del matrimonio tiene una regulación específica en cuanto a los requisitos formales para su constitución y que no pueden ser modificados a discrecionalidad de las partes, entre ellos, que los contrayentes no estén ligados por un vínculo matrimonial anterior. Así, TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales...*, cit., p. 38.

<sup>43</sup> Vid. Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979. Vid. BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

<sup>44</sup> Vid. Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

<sup>45</sup> Vid. Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

<sup>46</sup> Vid. Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

dificultades, bien porque no se haya procedido a la inscripción registral del matrimonio religioso, o bien porque obtenida la nulidad o disolución por los Tribunales Eclesiásticos, no se haya instado ante el Juez Civil el reconocimiento de efectos civiles de dicha resolución<sup>47</sup>.

El sistema matrimonial actual, de matrimonio único con pluralidad de formas (civil y religiosa), nos obliga a plantear diversas hipótesis:

- a) Matrimonio celebrado en forma religiosa, pero no inscrito en el Registro: despliega efectos civiles conforme al artículo 61 del Código Civil, y por tanto, es relevante a los efectos del delito de bigamia. Si alguno de los contrayentes celebra nuevo matrimonio, -civil o religioso-, sin haber disuelto el anterior, podría estar incurriendo en el delito que nos ocupa. Al no constar la inscripción registral del matrimonio celebrado en forma religiosa, sería posible la celebración de nuevo matrimonio en forma civil o incluso en la misma o distinta forma religiosa, como en los casos en los que se admitiera la poligamia por la confesión religiosa.
- b) Matrimonio celebrado en forma religiosa al que se deniega la inscripción en el Registro: no sería relevante a los efectos del delito de bigamia, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 63 párrafo 2 del Código Civil: "Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título". En consecuencia, si alguno de los contrayentes celebrara nuevo matrimonio no estaría cometiendo delito de bigamia, por falta de legitimación del vínculo anterior<sup>48</sup>.
- c) Matrimonio celebrado en forma religiosa, inscrito o no en el Registro Civil, que ha sido posteriormente disuelto o declarado nulo por los Tribunales confesionales: subsiste legalmente hasta tanto no se proceda, o bien a la homologación por los Tribunales Civiles de la sentencia de nulidad canónica, o bien a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio por estos mismos

<sup>47</sup> Una situación que, -tal y como señala alguna autora-, además de afectar al principio de igualdad, no es aceptable porque, en definitiva, se acaba dejando en manos de particulares la gestión del estado civil matrimonial, dotándose además, de un discutible ámbito de actuación a los Tribunales eclesiales en el ámbito civil. Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M.: "Los matrimonios ilegales en el Código Penal...", cit., p. 4. Partiendo de los mismos presupuestos, otros autores sostienen una caracterización estricta del concepto de matrimonio anterior, entendiéndolo que no existe matrimonio anterior cuando sea nulo de pleno derecho, por entender que jurídicamente no se considera constituido. Así, PRATS CANUT, J.M.: "Artículos 217 y 218", cit., p. 506.

<sup>48</sup> De esta opinión, TERRADILLOS BASOCO, J.: "El delito de celebración de matrimonios ilegales y la reforma del Código Civil en materia matrimonial", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, núm. 66, p. 130; PANIZO Y ROMO DE ARCE, A.: "La regulación de los matrimonios ilegales en el Código Penal de 1995", en Cuadernos de Política Criminal, núm. 66, 1998, pp. 634 ss, y MUÑOZ SÁNCHEZ, A.: "Los delitos relativos a los matrimonios...", cit., p. 7.

Tribunales –caso de las otras confesiones religiosas-<sup>49</sup>. Esto es así en tanto el Estado solo admite la posibilidad de reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, de acuerdo con el procedimiento fijado en el artículo 778 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que exige homologación por los Tribunales civiles, no teniendo eficacia directa en el ordenamiento estatal. La celebración de nuevo matrimonio, por tanto, podría constituir delito de bigamia<sup>50</sup>.

#### 4.2. *El vínculo matrimonial subsistente*

Es preciso señalar que la subsistencia legal del matrimonio, -que no la validez-, se presenta como un elemento fundamentador del injusto de esta figura delictiva, pues sólo si subsiste un matrimonio anterior, la celebración de un nuevo matrimonio vulnera el principio monogámico<sup>51</sup>.

Parece razonable entender, tal y como señala la mayoría de la doctrina, que el matrimonio anterior no ha de ser válido; basta con que exista, entendiendo por existencia el conjunto de solemnidades capaces de crear la apariencia de matrimonio<sup>52</sup>. Tampoco ha de estar necesariamente inscrito en el Registro, porque además, la inscripción no es constitutiva, sino que tan sólo tiene un carácter declarativo<sup>53</sup>.

Merece destacarse que las normas conforme a las que debe decidirse esta cuestión, una vez más, son las civiles. Así, según el artículo 85 del Código Civil: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. A mayor abundamiento, y tras la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 87 del citado texto dispone textualmente que: “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio”. Por ello, los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia

<sup>49</sup> LABACA ZABALA, M.L.: Los matrimonios ilegales...“...”, cit., pp. 95 ss; TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales...*, cit., p. 49, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2019, pp. 291 ss.

<sup>50</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal...”, cit., p. 5.

<sup>51</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 7, y TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales...*, cit., p. 43.

<sup>52</sup> GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículos 217 y 218”, Comentarios al Código Penal, Corcoy Bidasolo, M./Vera Sánchez (Coords.), 2015, p. 448, y GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos contra las relaciones...”, p. 376.

<sup>53</sup> MORETÓN TOQUERO: *Matrimonios ilegales...*, cit., p. 13; LABACA ZABALA, M.L.: “Los matrimonios ilegales...”, cit., pp. 91 ss, y QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal...*, cit., p. 396.

o decreto que así lo declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87, -tal y como establece el artículo 89-”.

Ahora bien, sobre ello, algunas resoluciones como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de diciembre de 2006 cuestionan que: “Afirmar que todo el mundo conoce la distinción entre separación matrimonial y divorcio parece un tanto arriesgado; seguramente todo el mundo conoce la distinción entre una separación de hecho acordada particularmente por los cónyuges y una separación o divorcio establecidos por el Juez en una sentencia. Pero saber que la sentencia de divorcio implica la disolución del matrimonio y la de separación no, es una cuestión más técnica que quizá los acusados desconozcan”<sup>54</sup>.

En una situación similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de diciembre de 2017, advierte que la existencia de dos matrimonios es la base fáctica imprescindible en el delito del artículo 217 del Código Penal, y ello sobre la consistencia de la prueba documental, sobre todo, de la nulidad del segundo de ellos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona en fecha 9 de febrero de 2015, y por tanto, posterior a cuando se celebra el segundo matrimonio el 28 de febrero de 2014 en la localidad de Parets del Vallés<sup>55</sup>. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2018, en la que la acusada declara que se divorció del primer marido, natural de Nigeria en el año 2017, y no sólo no ha aportado la sentencia de divorcio o documentación que lo pudiera acreditar, sino que en la inscripción del Registro Civil del Juzgado de Paz de Corella (Navarra) no consta que dicho vínculo se haya disuelto<sup>56</sup>.

Por otra parte, y ya que en el vigente sistema matrimonial español, los matrimonios celebrados conforme a las normas del Derecho Canónico pueden ser declarados nulos por los Tribunales de la Iglesia Católica, el artículo 80 del Código Civil arbitra un procedimiento para que tales resoluciones canónicas de nulidad tengan los adecuados efectos civiles. El citado precepto, ateniéndose a lo estipulado en el apartado 2 del artículo VI del Acuerdo entre el Gobierno Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1974, dice que “Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución

<sup>54</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 627/2006, de 11 de diciembre (ROJ: SAP A 4390/2006). En este caso, por ejemplo, no hay ningún elemento que haga suponer que los acusados sean personas de un nivel cultural bajo, y que por ello desconozcan esta distinción, por lo que no se aprecia el error. Máxime, cuando la acusada se vio inmersa en un proceso de separación que en absoluto fue pacífico, y que estuvo percibiendo una pensión compensatoria de su primer marido desde la sentencia de separación hasta después de casarse por segunda vez.

<sup>55</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª), núm. 848/2017, de 4 de diciembre (ROJ: SAP B 14055/2017).

<sup>56</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 329/2018, de 4 de mayo (ROJ: SAP M 9784/2018).

dictada por el Juez competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Se trata de un juicio de *exequatur*, mediante el cual el Juez Civil ha de declarar que la nulidad canónica es ajustada al Derecho estatal. Sólo se denegará el *exequatur* cuando el Juez civil considere que la causa de nulidad canónica implica una violación del orden público interno. De ello, se deduce que comete delito de bigamia quien se case sin que haya sido homologada civilmente la resolución canónica de nulidad de su matrimonio, pues subsiste el vínculo matrimonial anterior<sup>57</sup>.

En cualquier caso, si en el proceso penal se cuestionan o se plantean dudas acerca de la subsistencia del matrimonio anterior, se discute en la doctrina quien es el órgano competente para pronunciarse al respecto. Un sector doctrinal aboga porque sea el propio órgano penal, en base a que el artículo 5 LECrim circunscribe la cuestión prejudicial a los aspectos relacionados con la validez del acto y no con su legítima disolución, que es lo único que exige el artículo 217 del Código Penal<sup>58</sup>. Se argumenta a favor de esta interpretación que el matrimonio nulo no disuelto produce los mismos efectos jurídicos que si tuviera validez, por lo que puede ser presupuesto del delito de bigamia. De ahí, que las dudas surgidas sobre si el matrimonio anterior produce efectos jurídicos han de ser subsanadas por el Juez que conozca de este delito en el proceso penal<sup>59</sup>.

Por el contrario, otros autores sostienen que es el órgano jurisdiccional civil competente el que debe pronunciarse al respecto, en base a que son las normas del Derecho Civil sobre disolución y nulidad del matrimonio las que deben tenerse en consideración a estos efectos<sup>60</sup>. Lo cierto es, que en ocasiones, la existencia o no del matrimonio anterior podrá acreditarse sin necesidad de acudir al orden civil. Así por ejemplo, con el acta de matrimonio o la certificación registral o con la denegación de inscripción o la sentencia no inscrita en el Registro. Solo si se cuestiona la validez del matrimonio inicial deberá acudirse a la cuestión prejudicial, puesto que declarada la nulidad del matrimonio precedente no habría delito de bigamia<sup>61</sup>. Ello es así, porque la Sentencia de nulidad tiene efectos *ex tunc*, esto es, se retrotrae al mismo

<sup>57</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 7.

<sup>58</sup> Vid. Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1486/2017, de 6 de abril (ROJ: STS 1486/2017) al señalar que: “(...) Obsta a lo anterior la norma contenida en el artículo 5 LECrim, en materia de cuestiones prejudiciales, que establece, frente a la regla general del artículo 3, que las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, criterio diáfano del Legislador en relación con las cuestiones mencionadas y su atribución exclusiva a la Jurisdicción Civil, como no puede ser de otra forma, teniendo en cuenta su propia naturaleza, mientras la acción de responsabilidad civil es declarativa de condena, susceptible de ser influida por la declaración de voluntad de las partes”.

<sup>59</sup> En esta línea, MORENO CATENA, V. (Dir.): *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, Valencia, 2000, pp. 670 ss; VALBUENA GONZÁLEZ, F.: *Las cuestiones prejudiciales en el Proceso Penal*, Valladolid, 2004, pp. 470 ss, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 300.

<sup>60</sup> MIR PUIG, S.: “Matrimonios ilegales...”, cit., pp. 448 ss, y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., pp. 7 ss.

<sup>61</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.L.: “Artículos 217, 218...”, cit., p. 677.

momento en que el acto tuvo su origen, -al de la celebración-, a diferencia de lo que ocurre con la Sentencia de divorcio, que tiene efectos *ex nunc* o desde el momento de la declaración judicial, y no antes, por lo que no existe retroactividad<sup>62</sup>.

#### 4.3. *La celebración de un segundo o ulterior matrimonio*

Como ya hemos señalado, nos encontramos ante el tercer elemento normativo que conforma la conducta típica. De ahí que para determinar cuándo se contrae un nuevo matrimonio tengamos que estar a lo que establecen las normas del Código Civil sobre la celebración del matrimonio, exigiendo los mismos requisitos que al matrimonio anterior, es decir, habrá matrimonio siempre que se haya celebrado con apariencia mínima de legalidad<sup>63</sup>.

El problema que se venía planteando doctrina y jurisprudencia respecto al matrimonio canónico celebrado subsistiendo otro civil válidamente contraído, ha quedado totalmente resuelto de acuerdo con el nuevo régimen matrimonial que se establece en el Código Civil. Como ha puesto de manifiesto TERRADILLOS BASOCO, de acuerdo con el vigente sistema matrimonial de matrimonio único, -que admite la celebración en forma religiosa-, el segundo matrimonio canónico realiza, sin duda alguna, el tipo penal del artículo 217 en la medida que supone un nuevo matrimonio sin estar disuelto legalmente el matrimonio civil<sup>64</sup>. Otra cosa es que en estos supuestos, el contrayente actúe con un error de tipo o de prohibición, como analizaremos más adelante.

Por último, el tipo penal se perfecciona con la celebración de un matrimonio, de manera que si se celebrara más de un matrimonio de manera sucesiva sin haber disuelto legalmente el primero, se desborda la unidad delictiva y habrá tantos delitos de bigamia como matrimonios que se contraigan subsistiendo, al menos, uno anterior<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos contra las relaciones familiares...”, cit., p.174, y LABACA ZABALA, M.L.: “Los matrimonios ilegales...”, p. 100.

<sup>63</sup> Sin embargo, no serán típicas las meras simulaciones de matrimonio que no inducen a error a nadie. Sobre ello, Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal...”, cit., p. 5, y RODRIGUEZ NUÑEZ, A.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 261 ss. En la jurisprudencia, Vid. Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1078/1993, de 12 de mayo (RJ 1993\4073), al señalar en su Fundamento Jurídico Tercero que: “(...) Éste fue ciertamente consciente de la falta de los requisitos necesarios para la válida celebración del matrimonio, por no estar acreditada la legítima disolución del primer matrimonio de acusado. De ahí que lo único a lo que accedió fue a simular la celebración de la ceremonia de un matrimonio civil, llevándola a cabo de tal modo que llevó al ánimo, incluso de los asistentes de que el matrimonio no se había celebrado efectivamente. Lo que concuerda perfectamente con la falta de todo expediente previo y con la falta de la necesaria inscripción ulterior en el Registro Civil correspondiente”, y más recientemente, la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1486/2017, de 6 de abril (ROJ: STS 1486/2017).

<sup>64</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.L.: “Artículos 217, 218...”, cit., p. 677.

<sup>65</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 8; CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Calderón Cerezo, A./Choclán Montalvo, J.A. (Coords.), Madrid, 2005, p. 182, y RAMÓN RIBAS, E.: *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., p. 561.

## 5. Elemento subjetivo

En relación al elemento subjetivo, este delito se ha tipificado como un tipo eminentemente doloso, siendo necesario plantearse el contenido de este elemento, y la significación y relevancia del error en el mismo; Junto a ello, la particularidad de que el Código Penal de 1995 haya introducido como novedad, el término “*a sabiendas*”, lo cual ha generado algunos problemas interpretativos en nuestros Tribunales. Se excluye la modalidad imprudente *por mor* de lo dispuesto en el artículo 12 CP, al no estar prevista expresamente por el legislador.

Según la definición más clásica, el dolo consiste en la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal. Por tanto, en este delito, el elemento cognoscitivo del dolo comprende no solo la conciencia de estar realizando la acción típica, contraer un segundo o ulterior matrimonio, sino también la conciencia de que en ese momento subsiste legalmente un matrimonio anterior. Respecto a estos elementos normativos, matrimonio anterior y su subsistencia legal, no es preciso que el autor conozca con exactitud el concepto civil de matrimonio, ni los preceptos legales que lo regulan, siendo suficiente con saber que el vínculo matrimonial anterior no ha sido anulado o disuelto legalmente.

De este modo, será fundamental la valoración de la prueba en aras a despejar cualquier duda acerca de si el segundo o ulterior matrimonio se contrae “*a sabiendas*” de su ilicitud. La opinión mayoritaria de la doctrina, sin embargo, ha interpretado este término como que el tipo penal comprende sólo el dolo directo, quedando excluido el dolo eventual<sup>66</sup>. Sin embargo, para otros autores no cabe interpretar esta expresión en tal sentido restrictivo, -por más que sean estos los casos criminológicamente más frecuentes-, pues como delito doloso que es, tiene que abarcar todos los elementos típicos y no sólo algunos de ellos<sup>67</sup>.

Por su parte, nuestros Tribunales, en la mayoría de las ocasiones, han requerido dolo directo, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 18 de diciembre de 2000, cuando establece que: “(...) es patente que el recurrente conocía sin reservas ni paliativos la necesidad de que su primer matrimonio -celebrado en nueva Gales del Sur-, hubiera sido invalidado por anulación o por divorcio, cuestión sobre la que abunda la suscripción de un convenio regulador de su separación matrimonial que expresamente alude a que los efectos de dicho convenio se extienden aún en el caso de que alguno de los cónyuges o ambos conjuntamente,

<sup>66</sup> MORETÓN TOQUERO, M.A.: *Delitos contra las relaciones...*, cit., pp. 16 ss; LABACA ZABALA, M.L.: “Los matrimonios ilegales...”, cit., pp. 101 ss; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Los delitos contra las relaciones...”, cit., p. 399, y SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO TARRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C./SERRANO MAILLO, A.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2019, p. 323.

<sup>67</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 9; CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: “Delitos contra las relaciones familiares”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez, J.M. (Dir.)/RAGUÉS I VALLES, R. (Coords.), Barcelona, 2011, p. 179, y RAMÓN RIBAS, E.: *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., pp. 562.

soliciten la separación judicial o divorcio”<sup>68</sup>. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 28 de septiembre de 2001 al señalar que: “El acusado falta conscientemente a la verdad con evidente dolo cuando en el expediente matrimonial instruido al efecto de contraer matrimonio en España declara bajo juramento hallarse soltero, así como que no existe impedimento legal de clase alguna para contraer matrimonio, ocultando consciente y voluntariamente, su anterior vínculo conyugal”. No cabe, por tanto, inferir que ignoraba su estado civil, cuando al declarar ante la policía, en manifestación ratificada en el Juzgado, sostiene que su primer matrimonio en Estados Unidos fue civil y que no fue anulado antes de contraer el nuevo en España, habiéndole pedido, además, su primera mujer la autorización para iniciar los trámites de la separación, a lo que él no se opuso<sup>69</sup>.

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 30 de julio de 2004, pone de manifiesto que el recurrente conocía su anterior matrimonio en Alemania, y su separación ante el Juzgado de Villajoyosa; que Igualmente conocía que no puede contraer segundo matrimonio sin haber obtenido el previo divorcio o ruptura del vínculo matrimonial precedente. Ahora bien, pese a este conocimiento, sin embargo, acude al Registro Civil de Burgos para instar el inicio de un expediente de matrimonio, y no sólo indica que no está separado, sino que sus declaraciones a los efectos del artículo 240 de la Ley del Registro Civil (LRCv) son las siguientes: “(...) que su estado civil es soltero; que en su declaración jurada y bajo su exclusiva responsabilidad manifiesta por dos veces, y firma, que éste es su estado civil, y que Incluso cuando realiza esta información, se le hace saber por el Juzgado encargado del Registro Civil, que esa declaración se efectúa a todos los efectos legales y sabedor de las responsabilidades de orden civil y penal que la misma conlleva, para contraer matrimonio”. Por lo tanto, queda acreditado que el acusado ha ocultado la realidad más importante del expediente matrimonial, cual es el verdadero estado civil del solicitante, y su actuación externa, anterior y coetánea al expediente de matrimonio es la propia de quien deliberadamente y alterando la realidad pretende aparecer como soltero, por lo que su proceder acredita la concurrencia de los elementos intelectual y volitivo del dolo<sup>70</sup>.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de mayo de 2014, destaca el conocimiento por parte de la acusada de nacionalidad colombiana de la subsistencia de un matrimonio católico anterior contraído en su país, silenciándolo en la tramitación del expediente ante el Registro Civil de Alicante. Dice la resolución que: “Con este antecedente, ya resulta difícil dar crédito a la tesis exculpatoria, dada la tradición en dicho país sobre los efectos civiles del matrimonio católico, que se extendió a otras confesiones en la Constitución de 1991 (artículo 42). Por

<sup>68</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª), núm. 233/2000, de 18 de diciembre (ROJ: SAP TF 3273/2000).

<sup>69</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 100/2001, de 28 de septiembre (JUR 2001/318692).

<sup>70</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 137/2004, de 30 de julio (ROJ: SAP BU 963/2004).

tanto, se trataba de una realidad de general conocimiento (...). Pero es que además, existen documentos relevantes que acreditan que la recurrente ocultó su primer matrimonio en el Registro Civil donde se tramitó el expediente para contraer matrimonio en España, indicio concluyente de que conocía la ilegalidad de su actuación”<sup>71</sup>.

Interesante es también el planteamiento que realiza en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 14 de julio de 2015, al señalar en su Fundamento Jurídico Segundo que “Es obvio que la recurrente conocía de sobra su anterior matrimonio inscrito en el Registro Civil de Mairena de Aljarafe (Sevilla), y conocía que no podía contraer nuevo matrimonio sin haber obtenido el previo divorcio o ruptura de este vínculo matrimonial precedente, y pese a este conocimiento, acudió a la Parroquia Nuestra Señora de los Dolores de esta ciudad en fecha 27-7-2007, para instar y solicitar el inicio de un expediente de matrimonio eclesiástico, y en su declaración escrita declara mendazmente que no estaba ligada a otra persona por anterior matrimonio, lo cual no era cierto, terminando por celebrar ese segundo matrimonio el 6 de agosto siguiente, inscrito finalmente en el Registro Civil de Salamanca”<sup>72</sup>. De lo que cabe deducir que se está en presencia de una deliberada ocultación de su anterior matrimonio civil sin haber obtenido el previo divorcio o ruptura de este vínculo matrimonial.

En coherencia con lo anterior, especial interés merece la solución del error conforme al artículo 14 del Código Penal. Como es sabido, los supuestos de error serán frecuentes, sobre todo porque se reconocen efectos civiles al matrimonio en forma religiosa desde su celebración, y sin necesidad de inscripción registral. Podría decirse que el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso se convierte en un importante factor criminógeno, dado que su inscripción es solo declarativa<sup>73</sup>. Pero en el orden probatorio, no basta con la mera invocación del error, sino que éste debe encontrarse seriamente fundado y demostrado por hechos evidentes que lo justifiquen<sup>74</sup>.

Por lo tanto, se precisa su prueba, y esa prueba sólo puede hacerse por aquella persona que afirma la concurrencia del error, pues pertenece al reducto más íntimo de su persona, y sólo quien que sufre el error tiene los medios y la disponibilidad de la prueba para poder acreditarlo<sup>75</sup>. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de julio de 1999, absuelve a la acusada en base a la existencia de un error de tipo vencible al entender que existe una duda razonable respecto a si ésta era conocedora de la vigencia del matrimonio anterior celebrado, o por el contrario, tenía dudas al respecto. La Sala se pronuncia en beneficio del reo, al estimar un error

<sup>71</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 268/2014, de 16 de mayo (ROJ: SAP A 1174/2014).

<sup>72</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 58/2015, de 14 de julio (ROJ: SAP SA 380).

<sup>73</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal...”, cit., p. 6.

<sup>74</sup> Por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 76/2006, de 13 de noviembre (ROJ: SAP MU 2633/2006).

<sup>75</sup> GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículos 217 y 218...”, cit., pp. 496 ss, y MARTÍNEZ GARCÍA, A.: “Artículos 217 y 218...”, cit., pp. 853 ss.

vencible, debiendo castigarse en su caso, como imprudente, posibilidad que no es contemplada en nuestro texto punitivo que no prevé esta modalidad comisiva<sup>76</sup>.

No lo estima en ninguna de sus modalidades -vencible o invencible-, sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de enero de 2009, teniendo en cuenta que “(...) se puede considerar anulable un matrimonio por el hecho de denunciar el carácter de convivencia ante la Policía, sin más, lo que resulta contrario a la lógica y al sentido común, incluso en personas como los acusados, que no podían desconocer que un matrimonio no puede quedar sin efecto por el mero hecho de interponer una denuncia policial”. Así pues, los acusados no ignoraban la existencia de un anterior matrimonio, ni que dicho matrimonio se hubiese anulado en debida forma, mediante Sentencia de divorcio o nulidad, no pudiendo estimar creíble que los mismos creyesen que con una simple denuncia ante la Policía Nacional quedase sin efecto ni valor aquel matrimonio<sup>77</sup>.

Distintos son aquellos casos en los que el sujeto activo tiene conciencia del matrimonio anterior pero cree erróneamente que su nuevo matrimonio no está prohibido por considerar que aquél no era válido o no produjo efectos jurídicos. Aquí, el sujeto conoce la situación típica pero cree que no está prohibida; por tanto, su conducta será dolosa, aunque su culpabilidad queda excluida si se trata de un error invencible, o disminuida, si es vencible.

En la praxis, la jurisprudencia, entre ellas, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997, ha señalado que: “1. El error queda excluido con la mera sospecha de la antijuridicidad de sus actos, sin que sea imperioso que su convencimiento absoluto acerca de que su proceder es ilícito, ni es exigible que el autor conozca los preceptos legales (*ignorantia iuris non excusat*), y 2. Las conductas notoriamente ilícitas no son susceptibles de encajar en el error, es decir, se prohíbe tal alegación ya que no cabe desvirtuar su evidente ilegalidad”<sup>78</sup>. No es exigible, pues, que el autor conozca de modo más o menos preciso, los preceptos legales, sino que basta con el conocimiento propio de un profano en la materia de que se trate. De un modo similar, insisten también en la necesidad de demostración del error de modo indudable y palpable, refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en cada caso concreto, las Sentencias de Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001<sup>79</sup>, y de 13 de septiembre de 2007<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 544/1999, de 8 de julio (ARP 1999\3136).

<sup>77</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª), núm. 32/2009, de 29 de enero (ARP 2009/482).

<sup>78</sup> Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1171/1997, de 29 de septiembre (RJ 1997\6830).

<sup>79</sup> Sentencia de Tribunal Supremo núm. 970/2001, de 5 de febrero (RJ 2001\5662).

<sup>80</sup> Vid. Sentencia de Tribunal Supremo núm. 725/2007, de 13 de septiembre (ROJ: STS 6184/2007), al señalar que en el Derecho español rige el principio “*Ignorantia iuris non excusat*”, por lo que la apreciación del error deberá provenir bien por las circunstancias personales de quien lo haya cometido –caso de personas de escasísima cultura-, o bien por las posibilidades que se ha tenido de adquirir asesoramiento o instrucción, o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de su obrar.

Así, se ha apreciado error de prohibición en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de septiembre de 2001, donde se tiene en cuenta que el acusado tiene la profesión de albañil y que lógicamente no tiene conocimientos jurídicos precisos, de tal forma que la argumentación que da es una explicación perfectamente razonable de la comprensión parcial y no técnica de una posible explicación de la abogada que llevó la separación, estando convencido de que podía casarse a los cinco años de producirse la misma. Además, se pone también de manifiesto “la espontaneidad y falta de malicia por parte del acusado por el hecho de que contrajo el segundo matrimonio en el Registro Civil, tramitando de forma ordinaria el correspondiente expediente en el Registro Civil, sin ocultar ni falsear ninguna identidad (...) y la entrega a su primera esposa de una fotocopia del Libro de Familia correspondiente al segundo matrimonio”<sup>81</sup>.

Se ha rechazado, en cambio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de abril de 2002, no resultando merecedor de credibilidad que el acusado, habiendo cursado Estudios de Grado Superior, -aunque no los llegara a culminar-, y presumiéndosele, por tanto, posibilidad de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la transcendencia antijurídica de su obrar, incurriera en una errónea creencia que no pudo ser solventada, tal y como viene siendo exigido por la jurisprudencia, para apreciar la figura del error. De este modo, no cabe duda que en la conducta del acusado de contraer segundas nupcias en España, persistiendo el primer vínculo celebrado en Perú, “(...) concurría el dolo exigido en el actual artículo 217 CP con sus elementos volitivo e intelectual, que implican el conocimiento de los distintos elementos constitutivos del correspondiente tipo penal y la significación antijurídica de la conducta que se realizó, ya que no podía ignorar que el matrimonio que contraía era ilegal, y que su estado civil continuaba siendo el de casado, ya que no había obtenido la disolución del vínculo anterior”<sup>82</sup>. O en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de noviembre de 2006, que tampoco lo aprecia, cuando se intenta apelar en sus Fundamentos de Derecho al nivel cultural del recurrente, y ello no solo porque se halla en posesión de una carrera técnica de grado medio, sino sobre todo, “porque la necesidad de disolución del primer matrimonio para contraer el segundo, es notoriamente evidente y de comprensión generalizada”. Además, -continúa diciendo-, “ningún hecho se incorpora al proceso que acredite ni siquiera el inicio de los trámites de separación matrimonial o divorcio, y aún en menor medida, que efectivamente aquel primer matrimonio estuviese disuelto”<sup>83</sup>.

En línea con lo anterior, también se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 957/2009, de 22 de octubre, al afirmar que el acusado

<sup>81</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª), núm. 465/2001, de 12 de septiembre, (ARP 2001\900).

<sup>82</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 201/2002, de 17 de abril (ARP 2002\574).

<sup>83</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 76/2006, de 13 de noviembre (JUR 2007\38653).

actuó a sabiendas de que subsistía su primer matrimonio porque no realizó trámite alguno para disolverlo, y además, ante el Registro Civil de Barcelona, -ciudad en la que se casó por segunda vez-, manifestó que era “soltero”. De estar en la creencia de que su anterior matrimonio estaba disuelto, habría manifestado ser divorciado<sup>84</sup>. Tampoco resulta creíble, -tal y como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 22 de octubre de 2015-, el alegato del acusado que reconoce expresamente que sabía que no podía casarse en España hasta estar divorciado en la República Dominicana, pero afirmando que fue su abogado quien le indicó por teléfono que ya podía casarse, “pues se trataría de un grosero error por parte de su asistencia jurídica (...) y no pasa de ser un alegato exculpatorio carente de soporte probatorio, debiendo pues concluir que el acusado era perfecto conocedor de la subsistencia del vínculo matrimonial que le impedía celebrar nuevo matrimonio”<sup>85</sup>.

Particularmente interesante es la problemática del error de tipo en nacionales de países extranjeros en los que se admite la poligamia, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de febrero de 2003, donde se rechaza el error respecto de un nacional español que contrajo matrimonio en España, sin haberse disuelto el primer matrimonio que, bajo el rito coránico celebró en Nador (Marruecos). No pueden acogerse los argumentos de la defensa del acusado basados en la existencia de un supuesto error excluyente del dolo, y en la supuesta vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la libertad religiosa. El acusado, en ningún momento mencionó la existencia del primer matrimonio celebrado en Marruecos, alegando siempre que era soltero; tampoco constituye argumento alguno el hecho de que el primer matrimonio celebrado con arreglo a la forma establecida por la Ley de dicho país no se hubiera inscrito en el Registro Civil español, pues según la doctrina y jurisprudencia que interpretan los artículos 61 y 63 del Código Civil, el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin que la inscripción tenga carácter constitutivo, sino declarativo; y por último, tampoco se acoge el argumento esgrimido sobre la vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, en relación con el derecho de libertad religiosa, por el hecho de que el acusado sea de religión musulmana, y esta religión permita la poligamia<sup>86</sup>.

O en un sentido similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de abril de 2010, donde el acusado se casa hasta en dos ocasiones en España, siendo consciente de que su anterior matrimonio celebrado en Tetuán (Marruecos) seguía en vigor. El acusado intenta probar que “(...) desconocía con exactitud la legislación española al respecto, y que pensaba que la bigamia no afectaba a los matrimonios contraídos fuera de España”; que actuó en error, habida cuenta de que carecía de estudio y su nivel cultural no era muy alto. Ahora bien, el Fundamento

<sup>84</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 957/2009, de 22 de octubre (ECLI: ES: APB: 2009: 15062).

<sup>85</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 480/2015, de 22 de octubre (ROJ: SAP LE 975/2015).

<sup>86</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª), núm. 7/2003, 11 de febrero (JUR 2003\209109).

Jurídico Tercero lo rechaza en los siguientes términos: “La cuestión de si cabe o no contraer matrimonio en España y en los países no islámicos, estando casado ya con otra mujer resulta ser de dominio público, pertenece al acervo popular, es sabida por el conjunto de la población y constituye una de las principales diferencias con los ordenamientos jurídicos de países islámicos que permiten la poligamia (...)”. En consecuencia, la Sentencia apelada reputa probado que el recurrente contrajo los dos matrimonios en España “a sabiendas” de que era contrario a las leyes españolas, no lo que no cabe considerar que actuara en error de prohibición<sup>87</sup>.

## 6. Cuestiones de autoría y participación

El tipo penal del artículo 217 CP prevé como posibles autores a quienes reúnan la cualidad de tener un vínculo matrimonial anterior. Esta limitación en el ámbito del sujeto activo viene a configurar el delito de bigamia como un delito especial propio, -tal y como hemos afirmado *supra*-, que solo puede ser cometido por el sujeto casado que procede a contraer un nuevo matrimonio<sup>88</sup>.

Desde un punto de vista material, esta restricción de la autoría se explica por la finalidad de la norma, ya que el artículo 217 de nuestro texto legal lo que pretende es reforzar la prohibición legal de contraer matrimonio a los que estén ligados por un vínculo matrimonial. Se quiere con ello señalar los deberes jurídicos especiales que pesan sobre los casados y cuya infracción constituye un elemento del injusto; de ahí que el otro cónyuge, aun teniendo conocimiento del anterior matrimonio no disuelto, no infrinja ningún deber jurídico, y por tanto, su conducta no realice el injusto típico, pudiendo ser castigado sólo como inductor, cooperador necesario o cómplice,

<sup>87</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 181/2010, de 30 de abril (ECLI: ES: APSS: 2010:700). Esta resolución, además, plantea otro problema importante en su Fundamento Jurídico Cuarto cuando afirma que: “El artículo 9.1 Cc establece que la ley personal de las personas físicas es la que regirá su capacidad, estado civil y los derechos y deberes de familia. Pero por un lado, las leyes penales obligan a todos los que se hallen en territorio español (artículo 8.1 Cc). Y por otro, la ley extranjera que pudiera ser aplicable con arreglo al artículo 9.1 Cc, u otras normas de conflicto, sólo lo será si no resulta contraria al orden público (artículo 12.3 Cc). En concreto, las leyes extranjeras que permiten la poligamia son contrarias al orden público español, tal como se viene considerando de manera pacífica por la doctrina, la Dirección General de Registros y del Notariado, en materia de Registro Civil, y por los Tribunales españoles”. De manera significativa, la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo), Sección 6ª, de 19 de junio de 2008 indica que: “La poligamia es considerada no simplemente algo contrario a la legislación española, sino como algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3 Cc). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (artículo 217 CP). Es perfectamente ajustado a Derecho, por ello, que la Administración Española considera que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un suficiente grado de integración en la sociedad española, a los efectos del artículo 22.4 Cc”.

<sup>88</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 10.

conforme a las reglas generales de participación delictiva del Libro I del Código Penal<sup>89</sup>. En cambio, si desconoce la situación y actúa de buena fe, faltaría el elemento subjetivo de la participación y la conducta no podría ser castigada<sup>90</sup>.

En ningún caso, puede calificarse como autor a quien no reúne las condiciones especiales exigidas por el tipo, por lo que no resulta extraño que la doctrina española haya negado la condición de autor al contrayente no casado, considerándolo en su caso, como cooperador necesario. En este mismo sentido, también se ha manifestado la jurisprudencia, *-ad exemplum-*, la Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1983, cuando califica de cooperación necesaria la intervención de la contrayente, que no lo es de buena fe, por constarle la condición de casado del inculgado<sup>91</sup>.

En la misma línea, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de enero de 2000, condenando al acusado como responsable en concepto de autor de un delito de matrimonio ilegal, y a la acusada como cooperadora necesaria, siendo ambos conscientes de que él estaba casado con anterioridad y que dicho matrimonio no estaba disuelto, no habiendo inscrito su matrimonio en el Registro Civil. Así, se pone especial énfasis en la profesión y cultura de la acusada, quien ejerce la profesión de Policía local, habiendo cursado estudios de bachillerato y pruebas de acceso a la Universidad, “(...) por lo que concluir en la imposibilidad de conocer la antijuridicidad de su actuar no es sostenible en función de las condiciones personales de instrucción, formación y cultura de la acusada, pero a mayor abundamiento, se ha de convenir igualmente en que, su actitud, cuando practicó la declaración de intenciones en el expediente de matrimonio, no solamente impide admitir el carácter invencible del error, sino la existencia del mismo, ya que la misma declaró bajo juramento la inexistencia absoluta de impedimento alguno, lo que evidencia no sólo el conocimiento reconocido del proceso de divorcio que regula el anterior matrimonio del acusado, sino de todas las consecuencias del mismo”. Por todo lo cual, la sentencia establece la condición de cooperación necesaria del actuar de la acusada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 28 b) CP, no siendo de aplicación error alguno<sup>92</sup>.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 11 de diciembre de 2006, al condenar a la acusada como autora directa, y al segundo como cooperador necesario de un delito de bigamia, señalando el Fundamento Jurídico Primero que: “(...) ambos sabían distinguir entre la separación y el divorcio de un matrimonio, por lo que el haber contraído segundo matrimonio fue con plena conciencia de su ilicitud, cumpliéndose de este modo, el elemento subjetivo del tipo”. O la

<sup>89</sup> CUGAT MAURI, M. “De los matrimonios ilegales y abandono de familia”, Código Penal. Parte Especial, Córdoba Roda, J./García Arán, M.(Dir.), Madrid, 2004, p. 546, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 291 ss.

<sup>90</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Artículos 217 y 218”, cit., pp. 306 ss.

<sup>91</sup> Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1983 (ROJ: STS 504/1983).

<sup>92</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, (Sección 4ª), núm. 667/2000, de 10 de enero (ARP 2000\667).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 20 de junio de 2012, que condena a los acusados como autora y cooperador necesario respectivamente, por haber contraído matrimonio en España, sin haber disuelto el anterior celebrado en Paraguay, “(...) no constando que éstos sean personas de un nivel cultural bajo y faltos de instrucción de forma que desconozcan la necesidad de tener una sentencia de divorcio para contraer un nuevo matrimonio”<sup>93</sup>.

Es obvio que si el autor desconoce la subsistencia legal de su anterior vínculo matrimonial, el otro cónyuge, -aun conociendo tal circunstancia y actuando dolosamente-, quedará impune porque en un delito especial no es posible la autoría mediata por parte de quien no reúne la cualidad personal exigida en el tipo, y porque de acuerdo con el principio de accesoriedad en la participación, tampoco cabe castigarlo como partícipe, ya que la conducta del autor no es típica al faltarle el dolo propio del tipo<sup>94</sup>.

En el supuesto en el que los dos contrayentes del segundo o ulterior matrimonio hayan contraído cada uno de ellos un matrimonio con anterioridad, y ambos matrimonios subsistan legalmente, no estaremos ante un supuesto de coautoría, es decir, ante la realización en común de la acción de bigamia, sino que cada uno realiza una acción de bigamia y al mismo tiempo, coopera con la bigamia del otro contrayente. En un solo acto matrimonial concurren dos acciones de bigamia. Por tanto, cada uno de los contrayentes será autor de un delito de bigamia y cooperador necesario del delito cometido por la otra parte contrayente. Ello dará lugar a un concurso ideal de delitos, pues con una sola acción se realizan la acción típica del delito del artículo 217 CP y una cooperación necesaria con la realización del otro<sup>95</sup>.

Por último, la complicidad concurrirá cuando un tercero facilite mediante cualquier medio la celebración del segundo matrimonio, reafirmando, de este modo, la ausencia del vínculo matrimonial existente<sup>96</sup>.

## 7. *Iter criminis*

Tal y como afirma la doctrina mayoritaria, el delito de bigamia es un delito de resultado que exige para su perfeccionamiento que ambos contrayentes manifiesten su consentimiento, declarando la autoridad civil o religiosa competente que el matrimonio se ha realizado<sup>97</sup>. La consumación se produce, pues, cuando se realicen todos

<sup>93</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 222/2012, de 20 de junio (ECLI: ES: APPO: 2012: 2147).

<sup>94</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 10, y TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales...*, cit., pp. 42 ss.

<sup>95</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 10, y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 396.

<sup>96</sup> RAMÓN RIBAS, E. *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., p. 558.

<sup>97</sup> MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., pp. 453 ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios ilegales...”, cit., pp. 1075 ss, y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho*

los elementos inherentes a la celebración del segundo o ulterior matrimonio, esto es, cuando el Juez, Alcalde o funcionario, -o Eclesiástico en la forma religiosa-, declaran que los contrayentes están unidos en matrimonio, siendo irrelevante para el tipo los actos posteriores a la celebración del matrimonio, como son la inscripción en el Registro Civil, la convivencia o el mantener relaciones sexuales<sup>98</sup>.

Nos encontramos ante un delito de consumación instantánea con efectos permanentes, y como ha declarado la jurisprudencia, “diferenciable del propio delito permanente en el que el estado antijurídico es mantenido ininterrumpidamente por el autor, en tanto que la situación provocada por la bigamia no es susceptible de una potestativa y voluntaria interrupción o terminación, salvo la derivada del ejercicio de la oportuna acción de nulidad del aparente vínculo contraído”<sup>99</sup>. Se trata de una cuestión esencial desde el punto de vista de la prescripción y destacada por nuestros Tribunales al calificar técnicamente la infracción como delito instantáneo de efectos permanentes, cuyo “*dies delicti commisi*” se fija en el momento consumativo de la celebración formal del matrimonio prohibido, cualquiera que sea la permanencia de sus malos efectos posteriormente”, y no desde el día en que cese la situación antijurídica creada, como había afirmado con anterioridad TERRADILLOS BASOCO<sup>100</sup>.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 25 de marzo de 2003, condenándose a los dos acusados que habían celebrado un matrimonio canónico para formalizar su relación, a sabiendas de que subsistía al matrimonio anterior del marido, en proceso de divorcio, y sin que hubiese recaído sentencia estimatoria del mismo<sup>101</sup>, y la de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de diciembre de 2010 al afirmar igualmente que se trata de un delito de efectos permanentes.

La estructura del delito admite la tentativa, y en la doctrina existe unanimidad a la hora de señalar que el comienzo de la ejecución gira en torno al inicio de la ceremonia, debiendo entenderse que los actos que comienzan con anterioridad, con la apertura del expediente matrimonial, pertenecerían a la fase de actos preparatorios<sup>102</sup>.

*Penal...*, cit., p. 397. En un sentido distinto, como delito de mera actividad, Vid. MORETÓN TOQUERO, M.A.: *Delitos contra las relaciones familiares...*, cit., p. 17.

<sup>98</sup> Por todas, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 512/2009, de 20 de julio (ECLI: ES:APGI: 2009:1212), cuando afirma que el delito de bigamia es de consumación instantánea, “(...) en el sentido de que se comete en el mismo momento que se contrae el segundo matrimonio con independencia de que se declara su posterior nulidad”.

<sup>99</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1977, y de 22 de diciembre de 1978, entre otras. En la doctrina, Vid. CASTIÑEIRA PALOU, T./MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “Delitos contra las relaciones...”, cit., p. 204, y OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos contra las relaciones...”, cit., pp. 404 ss. Con anterioridad, y refiriéndose a la bigamia como delito de estado, MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., pp. 259 ss.

<sup>100</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: “Artículos 217 y 218”, cit., p. 302, y QUERALT JIMENEZ, J.J.: *Derecho Penal...*, cit., p. 395.

<sup>101</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, núm. 151/2003, de 25 de marzo (JUR 2003\181569).

<sup>102</sup> Así, MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., p. 465, y TERRADILLOS BASOCO, J.L.: “Artículos 217 y 218”, cit., p. 302.

Partiendo de esta consideración, si el sujeto activo ha manifestado su consentimiento ante la autoridad competente, pero no se termina el acto de celebración, bien porque el otro contrayente no consiente, o bien porque la autoridad se percata posteriormente de la existencia de un vínculo impeditivo, podríamos encontrarnos ante una tentativa acabada. En estos casos, no se ha producido el resultado material, ya que no se ha creado aun una nueva situación matrimonial que modifique la anterior<sup>103</sup>.

Ahora bien, si el contrayente casado desistiese en el último momento, no presntando el consentimiento tras su manifestación por el contrayente soltero, ninguno de los dos resultaría punible por tentativa. El contrayente casado, porque ha desistido eficazmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.3 CP, y el soltero, porque no se encuentra incriminado en el tipo del artículo 217 del Código Penal. En cambio, en el caso inverso, el desistimiento del contrayente soltero sólo impediría la consumación de la bigamia, pero dejaría subsistente la tentativa para el partícipe necesario abstractamente punible –el contrayente casado-<sup>104</sup>.

## 8. Concursos y penalidad

En materia concursal, los problemas que presenta el delito de bigamia se dan en el ámbito de las relaciones que queda establecer entre éste y los demás delitos de matrimonios ilegales regulados en el Capítulo I, así como en la relación con otros tipos penales que suelen acompañar generalmente a la realización de esta conducta.

Con el delito de celebración de matrimonio inválido previsto en el artículo 218 del Código Penal, -según la doctrina mayoritaria-, se produce un concurso de normas a favor de éste último, por aplicación del principio de especialidad<sup>105</sup>; para otros, como TERRADILLOS BASOCO<sup>106</sup> o MUÑOZ SÁNCHEZ<sup>107</sup>, el principio aplicable sería el de subsidiariedad, y a juicio de CARRASCO ANDRINO, el de alternatividad, pues la especialidad presupone la existencia de una ley más general, -lo que no se da-, porque no toda bigamia constituye delito del artículo 218, ni todo matrimonio inválido para perjudicar a otro contrayente, es delito de bigamia<sup>108</sup>. Tampoco ha faltado la tesis que propone la solución del concurso ideal de delitos, al interpretar que el artículo 218 protege los derechos del otro contrayente<sup>109</sup>.

Al margen de este Capítulo, los delitos que con más frecuencia suelen cometerse junto a la realización del tipo del artículo 217 CP son el abandono de familia, las

<sup>103</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., pp. 10 ss.

<sup>104</sup> A este respecto, Vid. CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los delitos pluripersonales...”, cit., pp. 172 ss.

<sup>105</sup> Entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, A.: “Artículos 217 y 218...”, cit., p. 856; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Los delitos contra las relaciones familiares...”, cit., p. 378, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 292 ss.

<sup>106</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: “Artículos 217 y 218”, cit., pp. 303 ss.

<sup>107</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios ilegales...”, cit., pp. 1085 ss.

<sup>108</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales...”, cit., p. 7, y RAMÓN RIBAS, E.: *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., p. 566.

<sup>109</sup> CARBONELL MATEU, J.C.: “Los delitos contra las relaciones...”, cit. p. 175, y SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (Coord.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2018, p. 222.

estafas y las falsedades documentales<sup>110</sup>. Así pues, respecto al primero de ellos, cabría considerar que el delito de abandono de familia queda consumido por el delito de bigamia, ya que esta figura delictiva lleva consigo normalmente el abandono de familia, con lo que el legislador ya ha tenido en cuenta su contenido de lo injusto al fijar la penalidad del artículo 217 CP<sup>111</sup>. No obstante, en otro sentido, se pronuncia CUGAT MAURI, al entender que podría darse un concurso de delitos en cuanto que la bigamia no exige que se afecten la seguridad o el patrimonio del cónyuge y/o hijos de la familia precedente<sup>112</sup>.

En relación con el delito de estafa previsto en el artículo 248, la doctrina admite el concurso de delitos cuando el matrimonio bígamo constituya el engaño propio de la estafa que determina directamente un enriquecimiento patrimonial del bígamo en perjuicio del otro contrayente. Para ello, se requiere que el otro contrayente no conozca la existencia del otro vínculo matrimonial existente y que exista una relación directa entre la celebración del matrimonio bígamo y el perjuicio patrimonial. En estos supuestos estaríamos ante una unidad parcial de la acción que lleva a aplicar las reglas del concurso ideal de delitos, puesto que existe una doble valoración de una parte del hecho que sirve para fundamentar dos injustos distintos<sup>113</sup>.

Mayor discusión presentan los delitos de falsedad documental regulados en los artículos 390 y siguientes del Código Penal, aunque la doctrina mayoritaria coincide en señalar que quedan consumidas en el delito de bigamia las falsedades documentales que se deriven de la celebración de aquél, por considerar que son actos posteriores impunes<sup>114</sup>, pero las falsedades anteriores que constituyan un medio para contraer el segundo o ulterior matrimonio no quedan consumidas, sino que darán lugar a un concurso medial de delitos. En un sentido distinto, otros autores sostienen que todas las falsedades documentales, ya sean instrumentales o de constitución, quedan absorbidas por el presente delito, alegando a favor de esta solución razones de política criminal, para evitar la excesiva punibilidad de aplicarse las reglas del concurso de delitos<sup>115</sup>.

En nuestra opinión, y siguiendo a autores como MUÑOZ SÁNCHEZ, la solución dogmática correcta sería apreciar un concurso medial si la falsedad documental es

<sup>110</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 11; CUGAT MAURI, M.: “De los matrimonios ilegales...”, cit., pp. 544 ss, y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículos 217 y 218...”, cit., pp. 496 ss.

<sup>111</sup> MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., p. 470, y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 12.

<sup>112</sup> CUGAT MAURI, M.: “De los matrimonios ilegales...”, cit., p. 551.

<sup>113</sup> MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., p. 472; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p. 11; CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal...”, cit., p. 7, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 292 ss.

<sup>114</sup> BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Vives Antón, T.S. (Coord.), Valencia, 1996, pp. 1047 ss.

<sup>115</sup> Así, MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales...”, cit., pp. 471 ss, y SAAVEDRA RUÍZ, J.: “Artículos 217 y 218”, *Código Penal, Vol. III*, Conde-Pumpido Tourón, C. (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.), Barcelona, 2007, pp. 1650.

instrumental. Así ocurre cuando el sujeto falsifica un documento para hacerse pasar por soltero o inscribe en el Registro Civil la muerte de su cónyuge. Ahora bien, es evidente que tal solución conlleva una pena excesivamente grave en relación con la entidad criminal que representa al hecho en cuestión<sup>116</sup>.

En relación a la penalidad, hay que destacar que el delito de bigamia se configuraba en los Códigos Penales anteriores como el delito más grave de las figuras delictivas de matrimonios ilegales. Sin embargo, esta situación se ha visto alterada con la nueva regulación que ofrece el Código Penal vigente. El progresivo proceso despenalizador que ha tenido lugar en esta materia ha conducido a que desaparezca como delito la celebración de matrimonio con impedimentos legales, que era castigado con una pena sensiblemente menor, de modo que sólo constituye ilícito penal la celebración de matrimonio inválido si se realiza para perjudicar al otro cónyuge. En esta nueva regulación, el artículo 218 castiga con pena de prisión de seis meses a dos años, con lo que dobla en un año el límite superior establecido en el delito de bigamia (manteniendo igual el límite mínimo)<sup>117</sup>. Ello pone de manifiesto que para el legislador de 1995, -a diferencia del legislador de los Códigos Penales anteriores-, el contenido de injusto de estos delitos no viene constituido por la clase de impedimento existente para la celebración de matrimonio sino por el bien jurídico que se lesione con la celebración. Desde esta perspectiva, se explica que se considere más grave un matrimonio inválido para perjudicar al otro contrayente que la mera celebración de un matrimonio subsistiendo el vínculo matrimonial anterior<sup>118</sup>.

## 9. A modo de reflexión

Pues bien, tras el análisis llevado a cabo de las peculiares características del delito de bigamia, resulta sumamente cuestionable la intervención penal en esta materia, cuando apenas se puede encontrar un contenido material, pudiendo afirmar que el Derecho Penal no es el instrumento más idóneo para garantizar el cumplimiento de las normas civiles. Como señala CARRASCO ANDRINO, la excesiva formalidad de este injusto penal podría atentar abiertamente con los principios limitadores del *Ius Puniendi* que rigen el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por todo lo anterior, creemos que la intervención del Derecho Penal sólo refuerza el incumplimiento de las normas civiles que regulan el matrimonio, que en España, -tal y como hemos visto- sólo puede ser monógamo; y es que el Derecho Civil ya sanciona suficientemente este comportamiento no otorgándole efecto jurídico

<sup>116</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”; cit., p. 12.

<sup>117</sup> La pena prevista para el delito de bigamia establecida en el artículo 217 CP es la de prisión de seis meses a un año. Además, los responsables criminalmente de un delito lo son también civilmente, si del hecho se derivaren daños y perjuicios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 116 del mismo texto legal.

<sup>118</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios...”, cit., p.13.

alguno<sup>119</sup>. Además, hay que tener presente que en la actualidad, la institución familiar admite múltiples formas o modalidades distintas a la tradicional, -y el matrimonio no es, desde luego, el único núcleo alrededor del que se constituye la familia-, por lo que utilizar el Derecho Penal para consagrar un determinado régimen del mismo no parece lo más adecuado<sup>120</sup>.

Si a ello le unimos su escasa relevancia o trascendencia práctica puesta de manifiesto en su aplicación ocasional y el hecho de que la pena asignada por la ley tenga un marco abstracto de seis meses a un año de prisión, que en la mayoría de las ocasiones, da lugar a que la pena no llegue a cumplirse, entendemos que lo más lógico y razonable, desde un punto de vista político-criminal, es proceder en el momento actual a su completa desaparición en nuestro texto punitivo.

## Bibliografía

- ALEDA SALINAS, M.: *La tutela estatal del matrimonio*, Alicante, 2003.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.): *Derecho Penal. Parte Especial I*, Manjón Cabeza Olmeda, A./Ventura Püschel, A. (Coords.), Valencia, 2011, pp. 872 ss.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Derecho de Familia*, Madrid, 2018, pp. 39 ss.
- BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Vives Antón, T.S. (Coord.), Valencia, 1996, pp. 1047 ss.
- CALVO ESPIGA, A./PEÑÍN GONZÁLEZ, M.A.: *Constitucionalismo y Protección penal del matrimonio. La secularización del matrimonio en la evolución histórica del ordenamiento penal español*, Madrid, 2010.
- CARBONELL MATEU, J.C.: “Los delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Vidal Guitarte*, (VV.AA.), Tomo I, Valencia, 1999, p. 173 ss.
- CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos contra las relaciones familiares”, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vives Antón, T.S./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez Buján Pérez, C., Valencia, 2016, pp. 277 ss.
- CARRASCO ANDRINO, M.M.: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002.
- CARRASCO ANDRINO, M.M.: “Los matrimonios ilegales en el Código Penal: su consideración como tipos de participación necesaria”, *La Ley Digital*, núm. 20352, 2009, pp. 1 ss.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: “Delitos contra las relaciones familiares”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez, J.M. (Dir.), Barcelona, 2011, pp. 179 ss.
- CUGAT MAURI, M. “De los matrimonios ilegales y abandono de familia”, *Código Penal. Parte Especial*, Córdoba Roda, J./García Arán, M.(Dirs.), Madrid, 2004, pp. 546 ss.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Calderón Cerezo, A./Choclán Montalvo, J.A. (Coords.), Madrid, 2005, pp. 182 ss.

<sup>119</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Inmigración y poligamia...”, cit., p. 164.

<sup>120</sup> RAMÓN RIBAS, E.: *Comentarios a la Parte Especial...*, cit., p. 558; BOIX REIG, J.: “Artículos 217 y 218”, cit., p. 19, y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Inmigración y poligamia...”, cit., p. 90.

- FERRER SAMA, A.: “Noción y características del delito de bigamia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1948, pp. 23 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal*, Corcoy Bidasolo, M./Vera Sánchez (Coords.), 2015, p. 448.
- GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos contra las relaciones familiares (1)”, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal, M. (Coord.), Valencia, 2004, pp. 368 ss.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N./JAÉN VALLEJO, M.: “Artículos 217 y 218”, *Código Penal II. Doctrina y Jurisprudencia*, Conde Pumpido-Ferreiro, C. (Dir.), Madrid, 1997, pp. 2459 ss.
- LABACA ZABALA, M.L.: “Los matrimonios ilegales en la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005, pp. 114 ss.
- MARCO FRANCIA, M.P.: “El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas”, *Noticias Jurídicas*, <http://noticiasjuridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/468-el-delito-de-bigamia-en-el-codigo-penal-espanol-consideraciones-penales-y-criminologicas.html>.
- MARCHENA GÓMEZ, M.: “Artículos 217-219”, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Del Moral García, A./Serrano Butragueño (Coords.), Granada, 2012, pp. 1569 ss.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “Inmigración y poligamia: la inconsistencia del delito de bigamia”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 121, 2017, pp. 75 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal*, Gómez Tomillo (Dir.), Valladolid, 2011, pp. 851 ss.
- MIR PUIG, S.: “Matrimonios ilegales en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, pp. 436 ss.
- MIR PUIG, S.: “Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto del delito de bigamia”, *La Ley*, 1986, núm. 3, pp. 264 ss.
- MORENO CATENA, V. (Dir.): *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, Valencia, 2000, pp. 670 ss.
- MORETÓN TOQUERO M.A.: *Delitos contra las relaciones familiares: matrimonios ilegales*, Barcelona, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2019, pp. 291 ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Los delitos relativos a los matrimonios ilegales”, *La Ley digital*, núm. 17278, 2001, pp. 1 ss.
- OLMEDO CARDENETE, M.D.: “Delitos contra las relaciones familiares (I)”, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Madrid, 2019, pp. 403 ss.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, A.: “La regulación de los matrimonios ilegales en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 66, 1998, pp. 634 ss.
- PRATS CANUTS, J.M.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G.(Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.), Pamplona, 2009, pp. 506 ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J.C.: *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal*, Valencia, 2011, pp. 229 ss.
- RAMÓN RIBAS, E.: *Comentarios a Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G.(Dir.)/Morales Prats, F.(Coord.), Pamplona, 2011, pp. 560 ss.
- RODRIGUEZ NUÑEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Lamarca Pérez, C. (Coord.), Madrid, 2019, pp. 260 ss.

- SAAVEDRA RUÍZ, J.: “Artículos 217 y 218”, *Código Penal*, Vol. III, Conde-Pumpido Tourón, C. (Dir.), Barcelona, 2007, pp. 1650 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de Familia*, Valencia, 2019.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de bigamia”, *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje en memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, (VV.AA.), Madrid, 1993, pp. 1061 ss.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO TARRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C./SERRANO MAILLO, A.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2019.
- SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (Coord.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2018.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: “El delito de celebración de matrimonios ilegales y la reforma del Código Civil en materia matrimonial”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, núm. 66, pp. 130 ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Artículos 217 y 218”, *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal, M. (Coord.), T. VII, Madrid, 1999, pp. 670 ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos contra las relaciones familiares”, *Comentarios al Código Penal*, Arroyo Zapatero, L./Berdugo Gómez de la Torre, I./Ferré Olivé, J.C./García Rivas, N./Serrano Piedecabras, J.R./Terradillos Basoco, J.M. (Dirs.), Madrid, 2007, pp. 493 ss.
- TRAPERO BARREALES, M.A.: *Matrimonios ilegales y Derecho Penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Valencia, 2016.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F.: *Las cuestiones prejudiciales en el Proceso Penal*, Valladolid, 2004.
- VALERO LOBO, A.: “El sistema familiar español. Recorrido a través del último cuarto de siglo”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 70, 1995, pp. 92 ss.
- VEGA GUTIÉRREZ, A.M.: *La unidad del matrimonio y su tutela penal*, Granada, 1997.