

1. La familia y el matrimonio están en el fundamento de la sociedad. Sin insistir más sobre el particular, basta a nuestro objeto tener presente que el Fuero de los Españoles, en el art. 22, afirma que “el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva”. Y añade: “el matrimonio será uno e indivisible”.

La importancia y significado de estas instituciones da carácter de orden público a las normas que las regulan: no pueden ser modificadas por otras de rango inferior; los particulares no pueden alterarlas en sus pactos; los derechos —más bien deberes— que otorgan son irrenunciables; la aplicación del derecho extranjero, en virtud de las normas de derecho internacional privado, no puede afectarlas tampoco. En efecto, el art. 11 del Código civil prevé que las “leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por Leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”; y el art. 4.º del mismo Código establece que “los derechos reconocidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero”.

Para que el cumplimiento de esta clase de normas no quede a merced del interés de los particulares, el Estado confía a un órgano específico, el Ministerio Fiscal, la “misión de promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley y promover ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico” —art. 35 de la Ley Orgánica del Estado—; principio recogido en el art. 1.º del Estatuto del Ministerio Fiscal, que especifica en el n.º 4.º del art. 2.º, por lo que a nuestro tema se refiere, que son atribuciones del mismo “intervenir, ejercitando las acciones y formu-

lando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas”.

2. Difícil sería mantener cualquier tesis si su defensa tuviera que descansar sobre el concepto de estado civil, porque están muy lejos los autores modernos de alcanzar una definición generalmente aceptada de estado civil, e incluso de la posibilidad y conveniencia de tal construcción jurídica.

Pero es evidente que en los derechos positivos —concretamente en el nuestro— hay precisas referencias al estado civil como categoría jurídica. Por otra parte el matrimonio, punto concreto que nos ocupa, es unánimemente admitido por las legislaciones y los autores como una de las situaciones que integran el estado civil de las personas —designese con el nombre de estado civil, condición, calidad, o capacidad de las personas—, y el Código penal, en el Título XI del Libro II, se refiere a los delitos contra el estado civil de las personas; cierto que este Título es más limitado en su contenido que en su epígrafe, pero no menos cierto que en su Capítulo II se refiere a la celebración de matrimonios ilegales. En resumen: que en el derecho positivo español tiene existencia real el estado civil de las personas; el matrimonio forma parte del mismo; y la bigamia es un delito contra dicho estado.

La limitación de nuestra cuestión al matrimonio facilita mucho el trabajo, pues la discrepancia doctrinal en lo que debe comprenderse dentro del estado civil no alcanza al matrimonio. Por esto nos limitaremos a recoger la definición que de estado civil da el profesor De Castro como “cualidad jurídica de la persona, por su especial situación —y consiguiente condición de miembro— en la organización jurídica y que, como tal, caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad”¹. Sancho Rebullida dice que es una “cualidad personal, dependiente de la realidad natural —manera de ser— o social —manera de estar— con estabilidad, en los grupos sociales trascendentes y determinantes de la capacidad de obrar general y del ámbito de poder y responsabilidad de cada persona”². Un especialista en la materia, José Pere Raluy, lo define como “el conjunto de cualidades, atributos y circunstancias de la persona, que la identi-

1. *Derecho civil de España*, tomo II, p. 70.

2. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz: Estado civil.

fican jurídicamente y que determinan su capacidad con cierto carácter de generalidad y permanencia”³.

En todas estas definiciones resalta como esencial en los elementos que integran el estado civil su estabilidad y permanencia; estabilidad que es consecuencia directa de la personalidad, toda vez que el estado civil es cualidad de la persona.

3. La protección del orden familiar y matrimonial se manifiesta en múltiples facetas en el campo del derecho positivo. Sólo es objeto de nuestro estudio el art. 471 del Código penal: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior” comete el delito llamado de bigamia.

Dadas las características que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el matrimonio, el delito de bigamia no sólo lesiona bienes jurídicos de las personas directamente afectadas, sino la institución matrimonial como tal: tanto es así que mientras el Código penal considera el adulterio y el amancebamiento como delitos privados —arts. 449 a 452—, incluye la bigamia entre los públicos, es decir, perseguibles de oficio; por otro lado, la bigamia no requiere un acto de yacimiento, y se comete por el mero hecho de contraer el segundo matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior.

Precisamente porque el bien jurídico lesionado —estado civil— es duradero, y el acto lesivo se prolonga en el tiempo también —nuevo estado civil, siquiera sea aparente—, el delito es de los llamados permanentes. Si el Código penal castiga la bigamia como delito contra el estado civil —distinto de el de adulterio o amancebamiento que, de haber yacimiento, sería el delito cometido de no existir el de bigamia; y distinto de el de falsedad en documento público, que sería el cometido en el caso de no haber yacimiento—, es porque el bien jurídico lesionado es permanente y la conducta delictiva también.

4. Una corriente doctrinal moderna entiende, sin embargo, que el delito de bigamia no es permanente. Francesco Antolissei⁴ y Reinhart Maurach⁵, estiman que lo que excluye al delito de bigamia de

3. *Derecho del Registro civil*, Aguilar, 1962, p. 11.

4. *Manual de Derecho Penal*, UTEHA, Buenos Aires, 1960, p. 195.

5. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, p. 426.

los permanentes es que la cesación del estado antijurídico creado no depende de la voluntad del reo.

Es curioso observar cómo estos autores no advierten que, según su punto de vista, tampoco es suficiente la voluntad del reo para hacer que surja el estado antijurídico de bigamia. Si es verdad que precisa una resolución judicial la declaración de nulidad del segundo matrimonio, no lo es menos que también fue necesaria una resolución judicial para crearlo; pero se olvida que el órgano del Estado se limita a constatar la existencia aparente del matrimonio en el primer caso, y su inexistencia real en el segundo.

Y es que se confunde el matrimonio con el acto que exterioriza su formalización. Matrimonio es la unión perpetua —en las legislaciones que no admiten el divorcio vincular— de un hombre y una mujer: como tal unión no es un acto aislado, ni siquiera una sucesión de actos; es un “estado”, y, por serlo, se prolonga en el tiempo. El acto —religioso o civil— que está en su origen no es sino una exteriorización, una publicación, del “estado” que se inicia; suele reflejar el consentimiento, requisito decisivo, pero no único, para la validez del matrimonio. Sólo es constitutivo en cuanto al régimen jurídico por el que se va a regir —sociedad de gananciales, por ejemplo—.

El delito de bigamia va contra el “estado” matrimonial, no contra el acto. Tan es así que los hechos relativos al acto, que por sí solos serían delictivos —falsedad en documento público, por ejemplo—, no lo son, y quedan absorbidos por el de bigamia, como medios necesarios. La misma bigamia no se justificaría como delito autónomo si no atentara al “estado” y a la “institución” matrimonial: el hecho contemplado por el art. 471 está incluido en el art. 472, porque la existencia del primer matrimonio no disuelto es impedimento dirimente; la lesión al derecho que cada cónyuge tiene sobre el otro, constituye los delitos de adulterio o amancebamiento; la lesión al derecho de asistencia mutua, los delitos de abandono de familia y de niños.

5. Pero examinemos detenidamente la argumentación de que en la bigamia el reo no puede hacer cesar la situación antijurídica creada por su sola voluntad.

Fijemos la atención en dos aspectos del matrimonio: el acto solemne que exterioriza su nacimiento, y la convivencia de los cónyuges, no

tanto en su sentido estricto de vivir juntos cuanto en el más amplio que comprende, además, asistencia y ayuda mutua.

a) No cabe la menor duda de que la cesación de la convivencia en el segundo matrimonio depende de cada uno de los cónyuges bígamos.

b) La anulación del acto solemne de celebración del matrimonio requiere, en efecto, una resolución judicial. Pero es que el segundo matrimonio es nulo⁶, no anulable, y por tanto la sentencia que declare la nulidad es de las llamadas declarativas: no anula un matrimonio, declara que nunca existió⁷. El canon 1.069 previene que “inválidamente atenta contraer matrimonio el que está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque éste no haya sido consumado, salvo el privilegio de la fe”; y el artículo 51 del Código civil declara que “no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente”⁸. Cual sea el alcance de esta nulidad lo señala la sentencia del T. S. de 19 de enero de 1926 al declarar que “dados los términos de su redacción —del art. 51—, y al referirse exclusivamente a los efectos civiles, no exige, para que los Tribunales de este orden y jurisdicción puedan hacer la declaración que de su texto se desprende, que previamente se haya declarado la nulidad del matrimonio a que se refiere, sino que basta que ante ellos se acredite el hecho de estar casada legítimamente cualquiera de las personas que aparecieran contrayendo el segundo matrimonio”.

c) ¿A quién corresponde la acción de nulidad? El canon 1.971 dice: “1. Son hábiles para entablar la acción: 1.º Los cónyuges, en todas las causas de separación y de nulidad, siempre que no hayan sido

6. No olvidemos que estamos tratando de bigamia: partimos siempre del supuesto de que el segundo matrimonio es nulo y el primero válido. Puede ser éste el momento de hacer notar que no todas las legislaciones exigen expresamente que el primer matrimonio sea válido para configurar la bigamia.

7. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, “Revista de Derecho Privado”, 1966, pp. 861 y ss. “Tanto en la sustitución como en el ocultamiento y en la exposición, es evidente que la supresión del estado civil no se efectúa, por ser teóricamente imposible, visto que tal estado es indestructible... Por tanto, los delitos de este artículo no son, en su esencia, otra cosa que tentativas o frustraciones cualificadas, delitos de forma libre”. El razonamiento es aplicable también al delito de bigamia.

8. Con las excepciones que señala el artículo 69, consecuencia de la buena fe.

ellos causa del impedimento; 2.º El fiscal, tratándose de impedimentos públicos por su naturaleza. 2. Todos los demás, aunque sean consanguíneos, no tienen derecho a acusar matrimonios, sino solamente a denunciar su nulidad al Ordinario o al fiscal". Y el art. 102 del Código civil que "la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio fiscal y a cualquiera persona que tengan interés en ella".

Si el cónyuge bígamo rompe la convivencia en bigamia —que reanude o no la convivencia en el primer matrimonio tiene importancia sólo secundaria a los efectos que ahora examinamos— ¿quién puede exigirle que la reanude? Sólo el otro cónyuge bígamo. Pero esa exigencia tropezará con una excepción insoslayable: el demandado opondría la existencia de un matrimonio anterior válido, y el Ministerio fiscal estaría obligado a defender este matrimonio; el Tribunal, como señala la sentencia anteriormente citada, haría la declaración de carencia de efectos civiles sin que previamente se hubiera pedido la declaración de nulidad del matrimonio. Es decir: nadie puede obligar al bígamo a permanecer en la bigamia.

En estas condiciones, sin convivencia, y con un acto sólo en apariencia válido y cuya efectividad no puede exigirse ante los Tribunales, ¿puede sostenerse que no está en la voluntad del reo hacer cesar la situación antijurídica? Mantener esto es decir, lisa y llanamente, que tiene más eficacia y protección jurídica el matrimonio nulo que el válido⁹.

6. Las sentencias del T. S. de 16 de noviembre de 1959 y 18 de febrero de 1960, abandonando la dirección de la jurisprudencia anterior, hacen suya la tesis de quienes sostienen que el delito de bigamia

9. Sostienen la tesis de la bigamia delito permanente: Alimena, Crivellari, Impalomeni, Maggiori, Pessina, Rende, Sabatini y Tuozi, entre los autores italianos; Allfeld entre los alemanes. La tesis del delito instantáneo es defendida por Bottaglioni, Carrara, Campus, Gioffrei, Leone, Manzini, Moriano y Porpagliolo, entre los italianos; Blanche, Garçon y Garraud, entre los franceses; Allmeld, Liszt, Schönke y Welsel, entre los alemanes. En España se inclina por la tesis del delito instantáneo Quintano Ripollés. Una tesis intermedia califica al delito de bigamia como instantáneo con efectos permanentes.

Conviene no perder de vista al enjuiciar las posiciones doctrinales, que los distintos derechos positivos califican el delito con criterio diferente: no todas lo conciben como delito contra el estado civil de las personas.

nos es permanente, y, en consecuencia, aplican el plazo de prescripción contando el momento inicial desde que se celebra el matrimonio ilegal, y ello argumentando que de esta situación no puede salirse por un acto voluntario del reo. “Además —añade la sentencia de 16-XI-59— pensar de otro modo, haría a este delito de bigamia prácticamente imprescriptible, pues difícilmente ha de poner su autor término a la situación antijurídica creada”.

Se advierte en esta sentencia una contradicción interna, porque después de afirmar que con el segundo matrimonio se crea “una situación de la que no puede salirse por un acto voluntario del culpable”, se afirma también que “difícilmente ha de poner su autor término a la situación antijurídica creada”. Dificultad no es imposibilidad; y más si esta dificultad es, como parece dar a entender la redacción, de hecho, no de derecho. Parece como si el problema se enfocara así: ya que el reo no va a cesar en su lesión antijurídica, respetemos esa voluntad lesiva una vez transcurran los cinco primeros años.

Admitida la prescripción en las legislaciones —aunque no con unanimidad doctrinal— las razones que se invocan, desde distintos puntos de vista, para justificarla son el debilitamiento o la extinción de las pruebas con el transcurso del tiempo, para la prescripción del delito, y para la de la pena que la sociedad solamente debe castigar el delito cuando perdura el malestar y la intranquilidad causada por el hecho criminal¹⁰. Ninguna de estas razones concurren en el delito de bigamia; ¿qué justifica la aplicación del beneficio de la prescripción con un criterio tan favorable?

7. Las consecuencias de la aplicación de la doctrina que atribuye a la bigamia el carácter de delito instantáneo se extienden a otros aspectos, además del de la prescripción¹¹.

En efecto, el matrimonio ilegal puede celebrarse en el extranjero. Y aquí incide lo dispuesto en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “El español que cometiere un delito en país extranjero contra

10. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I, p. 604.

11. En procedimiento por bigamia, celebrado el segundo matrimonio en el extranjero, pero habiendo entrado los contrayentes en España, se dictó auto de procesamiento. A petición del Fiscal, que no interpuso querella, la Sala revocó el procesamiento y acordó el sobreseimiento por no haberse querellado el cónyuge inocente.

otro español, será juzgado en España... si concurrieren las circunstancias siguientes: 1.º Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que pueden hacerlo con arreglo a las leyes; 3.º Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, y en este último caso haya cumplido su condena”.

Si la bigamia es delito permanente, la entrada en el territorio nacional de los bigamos hace el delito inmediatamente perseguible —de oficio o a instancia de parte—, puesto que el delito se comete ya en España.

Pero si se considera el delito como instantáneo, no. Si ha transcurrido el plazo de cinco años no puede perseguirse de ninguna forma: antes por estar el reo en el extranjero, después por haber prescrito el delito. Si no ha transcurrido el plazo de prescripción, basta que los culpables oculten el segundo matrimonio y esperen a que transcurra el plazo.

Pero queda otro supuesto, a nuestro entender más grave: que haya acuerdo entre el ofendido que pudiera querellarse y el reo. El delito queda prácticamente impune. Más aún: gozará de la protección del Estado.

8. Porque el Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, en la redacción establecida por el decreto de 22 de mayo de 1969¹², regula la forma en que ha de tramitarse el expediente previo al matrimonio civil en los artículos 244 a 246 —en el aspecto que aquí interesa—.

Según estas disposiciones la prueba de no profesar la religión católica se hará “mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa”, o “mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado”; si se trata de apostasía hay que acreditar “que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado,

12. Se lee en el preámbulo de este Decreto que “los principios que inspiran la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, aconsejan la conveniente adaptación del Reglamento del Registro Civil a los mismos. Se pretende fundamentalmente que la celebración del matrimonio civil de aquellos que tengan derecho a él, no se vea demorada con trámites cuya utilidad puede estimarse superada a la luz del principio jurídico de libertad en el orden religioso”.

por correo certificado con acuse de recibo". Es decir, en definitiva, para contraer matrimonio civil basta la simple manifestación de los contrayentes de que no profesan la religión católica o de que han apostatado de ella.

Rigiendo para la forma del matrimonio la *lex loci*, cualquier matrimonio —religioso o civil— celebrado en el extranjero tiene acceso al Registro civil español a tenor de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley. Ciertamente que el artículo 73 del Reglamento previene que "cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero, con arreglo a la forma del país... la inscripción sólo procederá en virtud de expediente", y que el art. 85 dice que "se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan abstenirse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos, autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad", y esta prevención constituyó un fuerte freno para la inscripción de matrimonios civiles cuando la prueba de acatolicidad era rigurosa. Pero después de la reforma que comentamos la mayor dificultad con que se tropezará en el Registro Consular es la de que los contrayentes afirmen que son apóstatas en lugar de declarar que son acatólicos: en cuyo caso toda la oposición del Encargado del Registro quedará reducida a que él mismo comunique al párroco del domicilio el abandono de la religión católica por parte de los contrayentes. Pues no se olvide que la competencia para la inscripción viene determinada por el lugar del acto, "cualquiera que sea el domicilio de los afectados" —art. 68 del Reglamento—, y que el número 6.º del art. 243 del Reglamento y el 89 del Código civil prevén la publicación de proclamas sólo en los lugares donde "hubieren residido o estado domiciliados en los últimos dos años"; con lo que la eficacia de la prueba a practicar en lugares que no constituyen domicilio legal, o lo son con tan corta duración, es algo más que dudosa si se trata de país extranjero.

Como se ve esta realidad social hace harto fácil el fraude, y es muy endeble la barrera que impide a los cónyuges bigamos —en caso de acuerdo con el esposo o esposa del primer matrimonio, o por ignorancia de éste —ejercitar los derechos de toda índole que son consecuencia del matrimonio.

9. Se dirá que el Ministerio Fiscal puede ejercitar acciones civiles y penales para impedir el fraude.

En cuanto a la acción penal, repitamos, una vez más, que configurando la bigamia como un delito instantáneo, no podrá querellarse el Ministerio Fiscal transcurridos cinco años —período en que fácilmente puede ocultarse el segundo matrimonio—. En el caso de matrimonio celebrado en el extranjero la ley no recoge expresamente al Ministerio Fiscal como titular de acción penal además del ofendido: fue la jurisprudencia la que en sentencias antiguas de 15 de noviembre de 1899 y 8 de junio de 1885 admitió que también puede y debe querellarse; pero ésta antigua doctrina no ha tenido confirmación moderna que sepamos: por el contrario, en el caso antes aludido, el Ministerio Fiscal no sólo no interpuso querella para perseguir el matrimonio ilegal contraído en el extranjero, sino que expresamente pidió la revocación del auto de procesamiento dictado, por no haber querella de cónyuge ofendido —sólo denuncia—, y la Sala así lo acordó.

De hecho el Ministerio fiscal no suele presentar querella por bigamia —aunque sí acusa en causas iniciadas a instancia de particulares—; y lo mismo cabe afirmar en cuanto al ejercicio de la acción civil de nulidad.

10. Las nuevas disposiciones en materia de libertad religiosa no han pasado, prácticamente, del terreno de los principios fundamentales; con lo que la mayor parte del derecho, positivo vigente, en lo que habría de referirse a las aplicaciones o consecuencias de ese principio fundamental, sigue inspirado en los principios anteriores. Esto hace más confusa y compleja la situación en lo que a bigamia se refiere.

La estadística recogida en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo señala las siguientes causas contra el estado civil de las personas en España:

1960	...	...	...	382	1964	...	...	...	400
1961	...	...	...	245	1965	...	...	...	196
1962	...	...	...	914	1966	...	...	...	284
1963	...	...	...	314	1967	...	...	...	307

Aun cuando no especifica a qué delitos se refieren estas causas, hay que suponer que casi todas se refieren a bigamia, pues las otras dos figuras de delito contra el estado civil, suposición de parto y usurpación de estado civil, son mucho menos frecuentes.

Precisamente por no ser perseguibles en España no reflejan esos datos las bigamias cometidas en el extranjero. Si tenemos en cuenta que según datos recientes la emigración de españoles alcanza la cifra de 3.605.000, de los que 1.165.000 corresponde a la de la emigración a países europeos —la emigración clásica a otros continentes, por sus circunstancias, suele ser de personas con el propósito de crear allí una familia o trasladar la que ya tienen; la que se dirige hacia Europa, suele ser temporal y no acompañada de familia: las circunstancias en que se desarrolla la vida de estos emigrantes, son más propicias a la bigamia—, no será arriesgado suponer que los casos de bigamia recogidos en la estadística Fiscal no son la totalidad de los reales.

Por otra parte, aún no hay datos que permitan hacernos una idea exacta de en qué medida las normas reguladoras de la libertad religiosa se reflejan en el número de matrimonios civiles celebrados en España. Sólo por lo que se refiere a Barcelona las cifras son:

hasta el año 1958	...	...	...	30 anuales
1966	...	...	...	60 anuales
1967	...	...	...	96
1968	...	...	...	139
1969	...	...	...	158 (enero-octubre)

II. A la vista de las nuevas circunstancias en que se desenvuelve la vida social, si se quiere que los principios en que se inspira la institución del matrimonio sean algo más que palabras, parece indicado concluir:

a) Que, claramente, debe configurarse el de bigamia como delito permanente. Siendo las dos posturas —la que lo considera permanente y la que lo estima instantáneo— igualmente defendibles en el terreno doctrinal, la mayor eficacia en el terreno de la “defensa de los intereses públicos tutelados” —por emplear la misma expresión de la Ley Orgánica del Estado— hacen aconsejable adoptar la primera postura en el terreno legislativo y jurisprudencial.

b) Que el Ministerio Fiscal debe hacer efectivo el ejercicio de la acción civil de nulidad que en el ámbito civil le corresponde.

c) Que es preciso adoptar mayores garantías en la tramitación de expedientes para el Registro civil para que, sin merma de la liber-

tad en el terreno religioso, sea eficaz la prueba en los expedientes previos al matrimonio. Ya sería mucho que las anotaciones en el acta de nacimiento fueran una realidad siempre cumplida; y bien pudiera pensarse en exigir —cumplida aquella obligación— que para expedientes matrimoniales las certificaciones de nacimiento contuvieran expresamente la mención de que el interesado no ha contraído matrimonio o se ha disuelto el que conste.

GONZALO MENDOZA