

SOBRE EL DELITO DE BIGAMIA

(SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 1945

SUMARIO: 1.° Supuesto de hecho.—2.° Calificación del Tribunal “a quo”. 3.° Impugnación de la Sentencia por el Ministerio Fiscal.—4.° Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.—5.° Algunos aspectos técnicopenales que presenta esta sentencia: a) Breve consideración sobre el delito de bigamia. b) Significación de la *voluntariedad*. c) Funcionamiento del error.—6.° Doctrina jurisprudencial.—7.° Conclusiones.

1.° *Supuesto de hecho*.—“Que el día dos de enero de mil novecientos treinta y tres y en la ciudad de Montevideo el procesado J. C. V. contrajo matrimonio civil con M. C. R., también de nacionalidad española, matrimonio que fué inscrito en el oportuno Registro Civil del correspondiente Juzgado de Paz de aquella capital, pero sin que por entonces se inscribiese tal matrimonio en el Consulado General de España en la referida ciudad, inscripción que no hubo de practicarse hasta el treinta de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en que se llevó a cabo a instancia de parte interesada. 2.° Que con anterioridad a esta última fecha, habiendo proyectado el procesado contraer matrimonio canónico en España, se instruyó a su instancia por la Autoridad eclesiástica correspondiente el oportuno expediente, obrante en la actualidad en el Archivo de la Curia de este Obispado de L., en el cual no solamente el procesado, sino que su futura cónyuge, R. A. C., y los testigos que como tales depusieron en él, todos sin distinción y de manera unánime hubieron de manifestar que el J. C. V. tenía contraído aquel matrimonio civil anterior, celebrado en Montevideo; y 3.° Que una vez concluído dicho expediente por la Autoridad eclesiástica y sin que por ésta se formulara impedimento alguno, el procesado contrajo matrimonio canónico con fecha de veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres en la iglesia de S. F., de L., con la R. A. C., sin estar disuelto el vínculo matrimonial civil anterior.” (Hechos probados. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1945.)

2.º *Calificación del Tribunal "a quo"*.—La Sala sentenciadora estimó que los anteriores "hechos probados" no eran constitutivos de un delito de bigamia y absuelve al procesado J. C. V. *por ausencia de intención dolosa*.

3.º *Impugnación de la Sentencia por el Ministerio Fiscal*.—A la vista de la citada decisión judicial, el Ministerio Público interpuso el correspondiente recurso de casación por infracción de ley, conforme al número primero del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley rituaria criminal por cuanto la falta de intención de cometer un delito ha de ser probada de un modo indubitado, y como J. C. V. sabía y confesó que estaba casado civilmente, no puede apreciarse la tal falta de intención, sin que quepa alegar, como lo hace la Audiencia sentenciadora, la ignorancia de la Ley o el error, porque ello no exime ni atenúa la responsabilidad criminal derivada de la comisión de un delito.

4.º *Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*.—La tesis mantenida a lo largo de los "considerandos" de la presente Sentencia ofrece marcado interés tanto para el estudioso de la ciencia de los delitos y de las penas como para los especialistas del Derecho canónico, por lo que toca concretamente a los ingredientes penalísticos del llamado delito de *bigamia*, en inmediata conexión técnica con el vínculo matrimonial, especial objeto de meditación de los canonistas.

Así es que vayamos, en primer lugar, a extraer los fundamentos jurídicopenales en que toma vida y expresión el mencionado fallo. ¿En virtud de qué razones halla la exculpación de la conducta la competente Sala Segunda del Tribunal Supremo? En la "*manifiesta ausencia de culpabilidad en la conducta del procesado recurrido*" cuando se resolvió a contraer y contrajo el matrimonio canónico determinante del supuesto delito de bigamia que en la causa se le imputaba, pero que nunca puede cometerse, al igual que cualquiera otra infracción penada por la Ley, sin la *voluntariedad exigida en el artículo primero del Código sancionador, como elemento subjetivo equivalente a la intención dolosa de la persona responsable, que para serlo ha de tener consciencia de la ilicitud de sus acciones u omisiones y que ya no lo es si obra a impulso de legítimos propósitos y en la creencia racionalmente fundada, bien sea cierta o errónea, de ejercitar el propio derecho sin lesión de ningún otro que en el orden penal se halle protegido*" (primer Considerando).

Y si efectivamente estamos ante un caso de ausencia de culpabilidad —más adelante analizaremos la realidad dogmática del mismo—, bueno será, por supuesto, dar con los hechos que avalen este enjuiciamiento penal. Y a tal respecto provee el *Considerando segundo* cuando nos dice "que la

exculpación del procesado, por su falta de dolo en la conducta que la sentencia recurrida enjuicia, surge notoriamente de la narración de hechos probados que el mismo juzgador establece, *en cuanto al matrimonio canónico precedió el oportuno expediente, instruido a instancia del propio interesado, y en el que, tanto éste como su futura cónyuge y los testigos llamados a deponer, manifestaron la existencia del matrimonio civil anterior celebrado en Montevideo, lo que no fué obstáculo para su aprobación por la Autoridad eclesiástica y la celebración subsiguiente sin impedimento alguno que de aquel vínculo dimanara*".

Dados los términos en que ha sido planteada la tesis jurisprudencial, nada de particular tiene que el Considerando siguiente aprecie que realmente no aparece la *malicia*, propia de todo comportamiento delictivo, ya "que con las expresadas garantías de la licitud de sus proyectos no es admisible suponer en la *mente del procesado una creencia opuesta ni en su voluntad la malicia de realizarlos contra derecho*, aunque se admitiera el yerro y extravío de ambas facultades, respecto a la validez y subsistencia del vínculo civil primeramente contraído y a las consecuencias del canónico posterior, que son cuestiones ajenas a la jurisdicción penal y a la resolución de este recurso, cuya improcedencia queda razonada cuidando de no aludir a esos otros problemas de posible planteamiento entre los interesados". De modo que la Sala Segunda falla declarando "no haber lugar al recurso de casación".

5.º *Algunos aspectos técnicopenales que presenta esta Sentencia.*—Hasta aquí hemos reproducido la tesis mantenida en esta decisión judicial suprema, que nos sugiere una serie de cuestiones de indiscutible interés penal, no sólo por lo que respecta al juego del llamado elemento subjetivo del delito—culpabilidad—, sino incluso que afectan a la propia esencia de la construcción de esta provincia delictiva, inscrita en el repertorio de las acciones penales con el nombre de *bigamia*. Pero antes de explorar de cerca los ingredientes de que se compone y la decisiva influencia del presente fallo en orden a este delito conviene, en forma de resumen, apuntar los extremos que vamos a tocar en este breve comentario. Quede, pues, sentado de la manera siguiente:

PRIMERA CUESTIÓN.—Afirmación de la necesidad inexcusable de la *voluntariedad* en todo comportamiento delicto, conforme preceptúa el párrafo primero del artículo también primero del Código penal.

SEGUNDA CUESTIÓN.—Funcionamiento del error esencial como causa de inculpabilidad, sin dejar subsistente el grado de culpabilidad culposa, ya que la sentencia radia por entero el elemento subjetivo del delito.

TERCERA CUESTIÓN.—Estimación de la *bigamia* como delito esencialmente de carácter doloso, de análogo perfil técnico a como aparece en otras legislaciones penales extranjeras.

CUARTA CUESTIÓN.—Planteamiento de una nueva hipótesis de ausencia de esta figura de delito—*bigamia*—no entrevista ni en la doctrina ni en las legislaciones. Y como consecuencia establece una especial postura respecto a la subsistencia del anterior “vínculo matrimonial”; y

QUINTA CUESTIÓN.—Actitud de absoluta expectativa de la jurisprudencia penal ante las consecuencias que apareja el posterior matrimonio canónico, considerando que el Tribunal Penal nada tiene que opinar en cuanto a aquellas derivaciones del segundo matrimonio canónico. Y, por consecuencia, cabe preguntar: ¿qué significación entraña el primer matrimonio civil?

Estas son, a nuestro modesto entender, las principales preguntas que resuelve el actual fallo, independientemente, por supuesto, de otras que más o menos directa o indirectamente se enlazan a las presentadas. Por esto no creemos extraño a nuestro propósito de comentarista realizar de antemano una rápida incursión técnicopenal en torno a la noción y requisitos de este delito para situarnos de mejor modo ante las cuestiones suscitadas por la presente sentencia.

a) *Breve consideración sobre el delito de bigamia.*—La historia del pensamiento punitivo nos brinda numerosos datos de este delito, que ocupó puesto destacado en los derechos históricos de los distintos países (1). En España se punió la *bigamia* con penas severísimas desde el Fuero Juzgo hasta nuestro primer Código penal de 1822 (art. 543), en que se reguló casi en parecida forma a la actual, sancionando estas acciones delictivas con penas mucho más atenuadas (2).

En la regulación de este delito se ha tenido en cuenta un mismo presupuesto (3), bien considerando como requisito imprescindible la existencia de un anterior matrimonio no disuelto legítimamente (4), ora un matri-

(1) Véase para la historia de este delito la espléndida monografía de STEFANO RICCIO *La bigamia*. Casa Editrice. Dott. E. Jovene. Napoli, 1934, cap. I, pág. 1 y sigs.

(2) Para la historia española del delito de *bigamia*, véase E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal Parte especial*, t. II. Ed. Bosch, Barcelona, 1945, pág. 17.

(3) V. S. RICCIO, obra cit., cap. II, pág. 20 y sigs., en donde nos hace una minuciosa exposición de las legislaciones francesa, germana, austríaca, suiza (de antes de la vigencia del C. p. federal), inglesa y de otros países. Igualmente nota 1 de la pág. 16 de la obra cit. del Prof. CUELLO CALÓN.

(4) Así, el Código penal español, el C. p. portugués (art. 337), el de Suecia (cap. XVII, párrafo 4.º), el de Francia (art. 340), el de Bélgica (art. 391) y otros.

monio primitivo válido (5), o basta con realizar nuevo matrimonio (6) o teniendo presente alguna otra variedad.

Y, por último, citemos dos de entre los textos punitivos más recientes. Uno, el Código penal federal suizo, traducido por nosotros de la edición italiana (7). Otro, el Código penal brasileño (8). En el primero se configuran dos modalidades, comprendidas en los dos párrafos del artículo 215, y sólo requiere contraer matrimonio estando ya casado (9). En tanto que en el Código penal brasileño también modela este delito bajo varias formas (10).

Desde el plano histórico de la doctrina científica mereció especial atención tanto por parte de pensadores y juristas como ya en la época moderna de la escuela clásica (11). Una vez más, los penalistas posteriores a CARRARA tienen forzosamente que contar con su formulación dogmática, pues tanto

(5) Así, el C. p. de Uruguay (art. 263), el de Chile (art. 382). El C. p. Italiano requiere un matrimonio anterior que produzca efectos civiles.

(6) Así, el C. p. de Dinamarca (art. 208, 1.º) o contraer un matrimonio nulo a causa del anterior (Noruega, art. 220).

(7) V. el nuevo Código penal federal suizo (parte especial), traducción por JUAN DEL ROSAL, en "Revista de Estudios Penales Universidad de Valladolid", curso 1944-45, t. II.

La parte general del mismo Código traducida en colaboración con F. MURILLO FERROL, en "Rev. de Est. Penales", t. I, Valladolid, 1943-44.

(8) V. GALDINO SIQUEIRA, *Código penal brasileño*, Rio, 1944.

(9) Dice así: "Artículo 215. Bigamia.—El que contrae matrimonio estando ya casado será castigado con la reclusión hasta los cinco años o con la detención no inferior a los tres meses.

La persona libre que convenientemente contrae matrimonio con una persona casada será castigada con la reclusión hasta los tres años o con la detención." V. Code pénal suisse Strafgesetzbuch. Codice penale svizzero. Orell Füssli Verlag Zürich-Leipzig, 1939, pág. 225. Véase igualmente F. CLERC, *Cours élémentaire sur le Code pénal suisse (Partie Speciale)*, t. II (artículos 187-382), L. Droit, Lausanne, 1945, pág. 84 y sigs.

(10) En el C. p. brasileño aparece regulado en el artículo 235, diciendo que consiste "en contraer alguien, siendo casado, nuevo casamiento".

Pena: reclusión de dos a seis años. Párrafo primero: El que no siendo casado contrae casamiento con persona casada conociendo esa circunstancia será castigado con reclusión o detención de uno a tres años. Párrafo segundo: Anulado por cualquier motivo el primer casamiento o el otro por motivo que no sea bigamia, se considera inexistente el crimen."

(11) Véase a este respecto la bibliografía histórica citada por F. CARRARA, Programa del Curso de Derecho Criminal, dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte Especial, vol. III, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946, págs. 359-360 (MONTAIGNE, De bigamia; in Tractatus magni, Vol. 1, lib. 12, CAVALLES, Speculum practicum, quæst. 557; GÓMEZ, In l. 80 Tauri, n. 27; et in l. 40, n. 31; MENOCHO, De arbitrar., cas 440; MORASS, Tractatus juridicus de poenis binubentium; TOMASIO, Dissert. De crimine bigamiae; et Dissert. De bigamiae præscriptione, vol. I, dissert. 7 et 8; TITUS, De poeygama et incestu iure naturali, in eius Dissert. dis 12, Lipsia, 1729, pag. 535; JESTER, Dissert. De poena bigamiae; BROOKES, Observ. 617; HEIN, Promptuarium, pag. 204, § 4; REBUFFO, responsa 99, p. 145; ESBACH, ad Carpzovium, pars 4, const. 20; FELDE, Elementa juris universi, p. 301; BERDICCHIO, Conclusiones practicabiles, pars 4, conclusus 28; RHEINARD, dissert. De initio præscriptionis in crimine bigamiae; VHEISS, Commentationes comment. 7; BRUNNEMANN, Responsa, consil. 176; HERTIO, Dissertat., vol I, dissertat. De matrimonio putativo; PUTTMANN, Elementa, § 627 et seqq.; KOCH, Institutiones, § 232 et seqq; HELLBACH, De viro una uxore non contento; BOEHMER, Elementa, sect. 2. 291 et seqq; KEMMERICH, Synopsis, lib. 2, tit. 11, n. 24; HENNING, diss. De poena bigamiae; Jousse, Justice criminelle, art. 4, tit. 43; VOUCLEANS, Traité des crimes, tit. 3, chap. 2; CARNOT, Code pénal, art. 340; et Code d'instruction, t. I, pa. 31; MANGANO, Diritto penale, vol. I, p. 107; ALBIOUSSE, La suppression du crime de bigamiae). Cfr. CARRARA, obra. cit.

en este delito como en los demás siguen siendo cantera inagotable de enseñanza y fuente de experiencia jurídica las páginas que dedicó en su *Programa* a la parte especial del Derecho penal, si bien, naturalmente, en los tiempos actuales se elabora el estudio de los delitos en particular con una metódica técnica y dogmática de bien distinta contextura formal y sustancial a la carrariana, lo cual no es obstáculo de ninguna clase para que el estudioso de hoy *necesite* recurrir una y otra vez al *Programa*, donde aparece un caudal asombroso de datos, intuiciones y sorprendentes sutilezas penales, dignas tan sólo de un auténtico "maestro" de juristas (12).

El estudio del delito de *bigamia* implica el despeje de un buen número de problemas, tanto de naturaleza técnica como sustantiva, aunque dicho sea en honor a la verdad han sido gran parte de los mismos tratados en forma ejemplar por un fino monografista italiano, RICCIO (13). A los fines de esta breve exposición exegética únicamente nos interesan algunos de ellos, que telegráficamente concretaremos así: a') presupuesto sociológico; b') el problema del bien jurídico; c') naturaleza y elementos de este delito; d') antijuridicidad y culpabilidad de esta conducta (14).

a') *Presupuesto sociológico*.—El ordenamiento jurídicopenal por medio de las sanciones más diversas protege intereses constitutivos para la coexistencia humana. Dado el carácter público y la decisiva importancia que revisten tanto para el ser individual como para la vida comunitaria necesitan el amparo de un sistema de amenazas, como las penales, que recaen justamente sobre los bienes de las personas, privándolas de su libertad, patrimonio y hasta de su vida (15). De aquí que se haya dicho que en ningún otro pensamiento como en el penal se reflejan con más nitidez las variaciones históricoculturales que experimenta la historia de un pueblo. Así es que en la configuración de un precepto penal refluyen los valores éticos, sociales y culturales, "porque el Derecho penal es la más característica expresión de la "fisonomía" de un país en un determinado momento de su historia" (16). Y por esto cada figura de delito tiene su especial clima

(12) Véase la obra cit. de F. CARRARA, sobre todo la pág. 361.

(13) Véase la obra de este autor anteriormente citada. En relación con nuestra legislación penal véase el trabajo de A. FERRER SAMA titulado *NoCIÓN y características del delito de bigamia*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". Madrid. Fascículo I. Año 1948, pág. 23 y siguientes.

(14) RICCIO nos hace un detallado análisis de las cuestiones siguientes: teoría general del delito y la noción de la bigamia, el objeto jurídico, el sujeto "activo y pasivo", los elementos constitutivos de este delito, el momento consumativo, tentativa, dolo, etc., etc.

(15) V. J. DEL ROSAL, *Ideas histórico-dogmáticas del Código Penal de 1944* (Doctrina general y especial), en "Información Jurídica". Madrid. Noviembre de 1947.

(16) V. G. BETTIOL, *Diritto penale* (Parte Generale). G. Prunella. Editore Palermo, 1945. página 16.

histórico y ha llegado realmente a constituir un *bien jurídico*, defendido por la norma penal, en virtud de solicitaciones históricopolíticas, que han sido en un momento preciso aceptadas por el legislador. De este modo es posible hablar, como ya lo hicimos en otra ocasión (17), de una concepción técnicojurídica del delito en su forma estrictamente legal; y de una idea concreta y hasta existencial—si cabe la palabra—del delito en cuanto es un acaecimiento de la vida cotidiana con repercusiones humanas tanto sociales como individuales.

Por lo que respecta a la *bigamia*, es indiscutible que para que fuese delito se requería una especial constitución de la vida social. En una palabra, que aquélla estuviera montada sobre la base de la vida monogámica. El delito de *bigamia* lesiona o pone en peligro la relación monogámica, pues no en vano se vino castigando bajo la denominación de poligamia (18). Por tanto, nos hallamos aquí con que “la *bigamia* es un fenómeno de la vida social, que puede presentar diversos aspectos, todos ellos del máximo interés científico” (19).

b') *El problema del bien jurídico*.—Cada tipo de delito presta protección a un determinado bien jurídico, el cual viene a ser algo así como el *contenido sustancial* de esa infracción. La doctrina del bien jurídico, a pesar de los ataques de última hora, mantiene su vigencia técnicodogmática y es utilísima como medio de interpretación, ya que dando con la realidad del bien defendido sabremos a ciencia cierta la finalidad polítocriminal perseguida por el legislador al formar un concreto precepto penal (20). Por lo que se refiere al delito de *bigamia*, igualmente habremos de hacer una interpretación teleológica, por aquello de que el Derecho penal emplea un método más bien de naturaleza teleológica (21). Así, pues, ¿qué *bien* protege la norma penal de *bigamia*? Todavía más: ¿qué finalidad concreta ha perseguido el legislador al inscribir en el catálogo de los delitos a éste? Las respuestas no se dejan esperar: la familia como grupo esencial de la sociedad humana. Y más específicamente, el matrimonio, el cual, a la vez, constituye la razón vital de la sociedad política. Por esto los autores abun-

(17) V. J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho Penal Español*. Librería Lara. Valladolid, t. I, 1945, pág. 41 y sigs.

(18) V. F. CARRARA, obra cit., pág. 359.

(19) V. S. RICCIO, obra cit., pág. 77.

(20) Véanse para todas estas cuestiones nuestros dos tomos de los *Principios de Derecho Penal Español*, t. I, Valladolid, 1945; t. II, vol. I, Valladolid, 1948, pág. 41 y sigs. y pág. 387 y sigs. del t. II.

(21) V. G. BETTIOL, obra cit., pág. 135. Igualmente DEL ROSAL, obra cit., t. I, pág. 130 y sigs. Discrepa F. GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*, vol. I, Introducción. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1948, pág. 9 y sigs.

dan en la opinión de que *indirectamente*—pudiera decirse—este delito atenta contra la familia, como objeto jurídico, y más *directamente* contra el carácter monógamo del vínculo matrimonial. La infracción, por tanto, de este precepto produce una quiebra en la raíz misma de la existencia matrimonial, primario núcleo de la propia existencia de toda sociedad humana organizada políticamente (22).

c') *Naturaleza y elementos de este delito*.—CARRARA ya nos indicó cuando terció en la polémica respecto a la consumación del delito de *bigamia* que hubo penalistas antiguos que lo conceptuaron como un *delictum carnis*. Entre otros, CARPZOVIVS, DE LUCA y CREMANI (23). Actualmente apenas si existe discrepancia sobre este particular, y tanto CARRARA como los penalistas contemporáneos, mantiene la tesis de que la *bigamia* es un delito contra la familia. Por esto ha podido decir con sobrada razón FERRER SAMA que “tal criterio resulta indiscutible, pues si bien es evidente que pueden resultar de la unión ilícita perjuicios más o menos graves para determinados bienes jurídicos, la lesión de primer orden que se origina con dicha unión es la sufrida por la familia constituida en virtud del primer enlace matrimonial. Se comprende que en el período, ya superado, en el cual se consideraba que la protección de la familia no era ni debía ser materia propia del Derecho penal, las legislaciones encuadraran este delito en el área de otras infracciones; mas hoy día, al haberse dado entrada en el Derecho penal positivo a distintas figuras de atentado al organismo familiar, no hay razón que justifique la exclusión de la *bigamia* del campo de los delitos contra la familia” (24). Y es que el carácter moral y de derecho natural de la familia demanda en esta época más que en ninguna, precisamente porque reina una baja de los valores éticos, una protección especialísima. En este sentido es digno de encomio el Código penal federal suizo, en cuyos preceptos penales hallamos muchos de ellos consagrados a la defensa de la existencia familiar (25). De modo que el objeto de protección viene a ser no solamente la comunidad matrimonial como institución moral, sino el matrimonio como institución moral, sino el matrimonio como base estatal (26).

(22) V. S. RICCIO, obra cit., pág. 103 y sigs.

(23) V. F. CARRARA, obra cit., pág. 361. Igualmente FERRER SAMA, trabajo cit., pág. 25.

(24) V. A. FERRER SAMA, trabajo cit., pág. 25.

(25) Para un estudio particularizado del tema véase la espléndida monografía de J. CATHOMEN *Familtenschutz*. Luzern, 1944. Especialmente por lo que afecta a la *bigamia*, la pág. 102 y siguientes.

(26) V. J. CATHOMEN, obra cit., pág. 102. Así es que lleva razón este autor cuando sostiene en torno a la interpretación del art. 215 que se protege en el mismo tanto la legitimidad que concede el Estado a todo matrimonio válidamente contraído, al vínculo matrimonial de naturaleza monogámica y a la familia como institución moral y fundamento del Estado.

Resumiendo: se dice que tradicionalmente la *bigamia* es un hecho consistente en contraer un nuevo matrimonio cuando el anterior no ha sido legítimamente disuelto (27). Delito, por otra parte, que se considera hoy raro, ya que no solamente la organización del servicio del estado civil funciona de manera satisfactoria, sino porque, además, existe un medio de poner término a la vida matrimonial; esto es, el divorcio. Si bien no es frecuente la perpetración de este delito, sin embargo, en la mayoría de los casos son individuos que han contraído un primer matrimonio en el extranjero, o bien han utilizado un nombre falso para celebrar el nuevo matrimonio (28). Como peculiaridad de esta norma penal anótese que viene en buena parte a subrayar más vigorosamente el carácter ilícito de estas conductas, que ya han sido previamente estimadas así por el ámbito del Derecho privado y canónico (29).

Desde el punto de vista técnicojurídico el delito de *bigamia* reviste ciertas características. Es un delito bilateral, formal o de *mera conducta*, según la terminología empleada por GRISPIGNI (30), y, sobre todo, y conviene recogerlo, carga su construcción sobre la culpabilidad, a más de otros elementos que no son del caso citar (31).

(27) CARRARA la define así: "La *bigamia* es el delito de aquellos que, estando ligados todavía por un primer matrimonio válido, contraen un segundo matrimonio." Obra cit., pág. 359.

(28) V. F. CLERC, *Cours élémentaire sur le Code pénal suisse* (Partie Speciale). Tome II. Lausanne, 1945, pág. 84. Cfr. SPITZER, *Ein Fall von doppelter Ehelichkeit*, en "SJZ", pág. 236. V. igualmente A. SCHOENKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 2ª Aufl. München-Berlin, 1944, página 383. Viene regulado en el C. p. alemán en el párrafo 171.

(29) El estudio de si efectivamente el precepto penal es meramente sancionatorio o no en este concreto aspecto, así como otros particulares que suscita lo relativo al vínculo matrimonial, sus efectos y nulidad extravasan los parcos límites de este brevisimo comentario. Remítimos al lector a las obras citadas de RICCIO, FERRER SAMA, CUELLO CALON y otros. Se ocupan, entre otros autores, SANTORO, *Bigamia e nullità del precedente matrimonio*, en "Riv. Penale", 1933, pág. 1145; BOVA, *Un complicata caso de bigamia, in tema de matrimonio concordatorio*, en "Riv. Penale", 1934, pág. 1142; ZIMMERMANN, *Ehebruch und mehrfache Ehe im schweiz Strafrecht Diss 19*; THORMANN, *Overbeck-Kommentar*, II, 242, y otros.

(30) Llama GRISPIGNI delitos de mera conducta aquellos en los que "el ordenamiento jurídico-penal toma en consideración la conducta por sí sola, prescindiendo de los efectos naturales que aquella produce. Así se deriva que desde el plano de la estructura jurídica los delitos se distinguen en *delitos de mera conducta* (o sin resultado, como elemento constitutivo) y *delitos de resultado*" (pág. 75).

"Dícese, por el contrario, delitos de *mera conducta* aquellos en los cuales se haya integrado el elemento objetivo del delito por la sola conducta del agente, independientemente de los efectos de aquella en el mundo exterior" (pág. 76). V. FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto penale italiano col secondo Cedam*, Padova, 1945, pág. 75 y sigs.

FERRER SAMA acepta este término. V. su est. cit., pág. 31. En su día nos ocuparemos de la novedad y realidad que entraña esta expresión.

Tanto de los elementos que hemos indicado en el texto como de otros relativos a la *bigamia* se ocupa con gran acopio de datos la monografía de RICCIO.

(31) V. E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Rev. de Dcho. Privado, Madrid, 1935, página 289 y sigs. (I. I). Igualmente E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*. F. Hirt, Breslau, 1931; M. G. CAVALEIRO DE FERREIRA, *A Tipicidade na tecnica do Direito penal*, Lisboa, 1935; DEL ROSAL, *Reflexiones sobre estudio de la Parte Especial del Derecho Penal*, en "Revista de Estudios Penales", tomo I, Valladolid, 1943-44; R. S. SIEVERTS, *Beitrage zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*. Hamburg., 1934; L. ZIMMERMANN, *Zur Lehre von Tatbestand*, Breslau, 1928, y otros.

d') *Antijuricidad y culpabilidad de esta conducta*.—Como cualquier otro delito, la *bigamia* está integrada técnicamente por un elemento más bien objetivo—la antijuricidad—y otro de índole subjetiva—la culpabilidad—. Dentro de la primera—conforme con una sencilla metódica de trabajo de los delitos en particular—estudiaríamos la teoría de la acción en sus varios elementos, la tipicidad expresada en esta norma y la antijuricidad. En este supuesto último, la conducta antijurídica del tipo de *bigamia*, a nuestro modesto entender, no es otra cosa sino una acción exterior de una persona tendente a contraer un segundo o ulterior matrimonio no estando el anterior legítimamente disuelto. Con lo que dicho se está que no es una pura conducta objetiva la integrante de la antijuricidad, ya que obsérvese que está esmaltada de una clara finalidad que el legislador español, por ejemplo, no ha ocultado en la descripción de la figura de delito, puesto que expresamente emplea el vocablo *legítimamente*, el cual obliga al intérprete a pensar que no se satisface la antijuricidad con sólo realizar una conducta externa, y nada más, sino que ella habrá de estar teñida de una determinada actitud psíquica por parte de quien la ejecuta. Y ahora se comprende de suyo por qué el legislador suizo utilizó también expresamente la palabra *conscientemente*. Así, la *bigamia es un tipo de delito* que se calificaría en la técnica penal alemana como tipo de “intención determinante del sentido”—según HEGLER—, pues aun cuando MEZGER no incluye el parágrafo 171 del Código penal alemán, sin embargo, dado el carácter radicalmente doloso de esta figura de delito, indiscutiblemente habrá de pesar aquél en el estudio de la antijuricidad de la conducta, como lo parece dar a entender el legislador español en la descripción de este tipo penal.

En punto a la culpabilidad, desde hace tiempo se vino diciendo que el “elemento *intencional* de este delito está en la voluntad de contraer un segundo matrimonio cuando se *conoce* que se está ligado por las primeras nupcias; y su objetividad está constituida por la ofensa al primer contrato y no por la ofensa a la pudicia” (32). Posteriormente existe plena unanimidad en reconocer en todas las escuelas penales y por los comentaristas más diversos que, efectivamente, este delito se halla enraizado en la culpabilidad dolosa. De tal forma, que sólo se puede cometer en su forma do-

(32) V. F. CARRARA, obra cit., pág. 360.

losa, tanto en la legislación italiana como en la alemana y suiza, por sólo citar a tres de ellas (33).

b) *Significación de la voluntariedad.*—Con las líneas anteriores se nos facilita el camino para remontar hasta lo que *es* realmente la voluntariedad en nuestro cuerpo punitivo, habida cuenta, sobre todo, de la singular posición de la *bigamia* en relación con la culpabilidad.

Habíamos dicho que los autores convienen en afirmar que el tipo de *bigamia* está recostado en el elemento psicológico o subjetivo del delito: esto es, en la culpabilidad de la conducta. Y, más concretamente en la forma *dolosa*. Con lo que dan a entender que por supuesto no basta y sobra con realizar una conducta imprudente, sino que siempre será necesario que aquélla sea intencionalmente querida, es decir, que se *sepa* sin género de duda que existía un anterior matrimonio no disuelto legítimamente. Más aún: que en este supuesto delictivo el agente, aunque *sabe* que contrajo matrimonio y éste no se ha disuelto, consiente en contraer un segundo o ulterior, perturbando con ello, naturalmente, la marcha normal de la convivencia familiar; lesionando los deberes éticos y sociales que impone el anterior vínculo matrimonial, basado en la monogamia, y desoyendo, claro está, las obligaciones que como ciudadano ha de guardar al exigir el Estado una forma de vida espiritual y biológica, proveniente de la unión matrimonial que confiere estado de civil de casados. Pues bien; la acción dolosa *conoce* perfectamente esta situación de hecho con la significación penal correspondiente, y la admite como *contenido* de su voluntad, aceptando las consecuencias perjudiciales que ocasiona. Antes de contraer este razonamiento a nuestra legislación será conveniente para la buena lógica de la exposición traer a colación los preceptos del texto vigente español relativos a esta cuestión.

El delito de *bigamia* está absurdamente inscrito bajo la rúbrica "de los delitos contra el estado civil de las personas", siendo así que los comentaristas españoles opinan, por el contrario, que debiera incluirse en un título general de delitos contra la familia, cosa que en verdad nos parece

(33) "La bigamia es delito doloso. El elemento psíquico no ha sido explícitamente previsto en el artículo 556, siendo suficiente la norma de los artículos 42-43 del C. penal; no es concebible una bigamia que deriva de la culpa.

No faltó entre los prácticos quien creyera que era admisible la posibilidad de una hipótesis culposa (Koch, *Institutiones*, par. 330; PETRUANN, *Elementa*, párrafo 630); ni tampoco faltó algún legislador que la previera. Véanse los Códigos de Wuttemberg (art. 304) y de Hannover (artículo 260); pero en los tiempos modernos esta opinión es rechazada por todos los escritores." V. S. RICCIO, obra cit., pág. 238.

El tipo interior de la bigamia exige el dolo; es suficiente el dolo condicional. No es un delito que se ejecute en forma culposa. A. SCHOENKE, obra cit., pág. 383.

Como elemento fundamental, conforme al C. p. federal suizo, se requiere que el agente actuó *intencionalmente*. V. F. CLERC, obra cit., pág. 85.

sumamente razonable (34). Y más particularmente dentro ya del capítulo segundo, dedicado a la celebración de matrimonios ilegales. Ocupa el primer lugar, y es el artículo 471, que dice así: *El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, será castigado con la pena de prisión menor.*

Tanto a éste como a cualquier otro delito del libro segundo del Código penal español habrá de aplicársele la doctrina general, establecida en el libro primero del mismo cuerpo punitivo, concerniente a los caracteres y demás elementos integrantes de la noción del delito. Y en tal sentido, el artículo 1.º del texto penal nos da una definición del delito, que si bien es verdad que con buen acuerdo no fija los requisitos del delito, tampoco es menos cierto que aquélla es susceptible, como ya lo hicimos en otra ocasión (35), de una interpretación en la que se explane una idea de la noción delictiva, acompasada a las modernas corrientes técnicojurídicas del Derecho penal. Así, nos dice el legislador español, *son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.* Con esta fórmula como ya expusimos, “no sólo deja en desamparo la noción concreta del delito, sino que la determinación por el estudioso de lo que ha dado a entender con su formulación, expresada en el párrafo primero del artículo 1.º está erizada de dificultades, sobre todo cuando para hacerse del sentido del artículo 1.º el penalista se ve forzosamente obligado a relacionarlo con otros artículos del mismo texto. Valga de ejemplo la significación del término *voluntarias* en referencia con lo preceptuado en el artículo 565 (imprudencia temeraria)” (36).

Sin penetrar en detalle (37) acerca de la interpretación de la palabra *voluntarias*, cabe decir, sin temor a equivocación alguna, que estamos a presencia del requisito por antonomasia del delito, cual es la *culpabilidad*, que el legislador español ha ofrecido una plataforma tan exigua cuando se trata del elemento o aspecto más importante del delito, como la representada por el vocablo *voluntarias*. Y “aunque a veces—decíamos en una obra nuestra (38)—el Código emplea la expresión *dolosas*, como sucede en el artículo 423 de nuevo cuño. Y aun cuando ella hace referencia de modo concreto a una de las formas de la culpabilidad, a saber, la *forma dolosa*.

(34) Tanto F. SAMA (obra cit.) como otros comentaristas opinan en este sentido.

(35) Véase para un estudio detallado de los distintos conceptos del delito, y de modo particular en relación con nuestro Código penal, nuestra obra anteriormente citada, *Principios Derecho penal español*, tomo II, vol. I, pág. 415 y sigs.

(36) V. J. DEL ROSAL, obra cit. en la nota anterior, pág. 415.

(37) Véase para ello nuestra obra anteriormente citada, pág. 415 y sigs.

(38) V. DEL ROSAL, obra cit. en la nota anterior, pág. 423 y 432.

no es posible llegar a su entero conocimiento sin relacionarla con la descripción contenida en el artículo 565 (de la imprudencia temeraria)".

Ahora bien, la culpabilidad, como es bien sabido (39), cristaliza en dos grados o formas. Una, la dolosa; otra, la culposa. La primera, representada por el vocablo tantas veces citado del artículo 1.º; la segunda, por el artículo 565, es decir, cuando se ejecutase un hecho que si mediare malicia constituiría delito, lo cual quiere decir que la forma culposa, a tenor de la técnica del Código español, no requiere que la acción sea *voluntaria*, ya que este término es sinónimo de malicia o intención, conforme con el sentir de la doctrina española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y este grado de culpabilidad viene a ser en sus distintas expresiones (40) el más pequeño, puesto que el límite más allá del cual los hechos no son culpables está simbolizado por el caso fortuito, cuya eximente octava del artículo 8.º, en caso de no darse completa, funcionaría en forma de culpabilidad culposa del artículo, antes mencionado, 565, según preceptúa el artículo 64 (41).

No obstante, queda aún en pie—y sobre estos extremos pasaremos de corrido—si en verdad el artículo 565 representa la culpa o antes al contrario se trata de una figura de delito independiente, dada su redacción, su situación sistemática en el libro segundo, dedicado a los delitos y el apoyo que han prestado a esta orientación frecuentes fallos jurisprudenciales. Sin entrar en esta espinosa zona de discusión, aquí únicamente nos interesa ya recoger algunas de las anteriores cuestiones que suscita esta sentencia.

Decíamos en la *primera* de las cuestiones que el actual fallo exige, con buen acuerdo, la *voluntariedad*, requisito esencial, sin el cual no tenemos comportamiento delictivo. Con ello no hace más que seguir la trayectoria establecida en otras muchísimas decisiones de este alto Tribunal de Justicia (42), en los cuales se reitera que la nota de *voluntariedad* equivale a intención de quebrantar un bien jurídico de los que la ley garantiza, o al menos la intervención de un elemento culposo, constituyendo uno u otro "la condición interna y más esencial del delito o falta, o en su caso de la

(39) Véase para un estudio interesante y moderno la espléndida monografía de PETROCELLI *La Colpevolezza*. Napoli, Armani Editore, 1948. Y nuestra nota crítica a esta obra en el fascículo segundo del tomo I del *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Madrid, 1948.

(40) Ténganse presentes los distintos párrafos del artículo 565 y el número 3 del artículo 586 del Libro Tercero del C. p. español.

(41) Dice así: *Cuando no concurrieren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8 del artículo 8 para eximir de responsabilidad se observará lo dispuesto en el artículo 565.*

(42) Véanse Sentencias 17-3-1934, 3-7-1886, 8-3-1946, 11-4-1946, 4-4-1946, 21-5-1946 y otras más. (V. M. RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, tomo. I, Madrid, Ed. Aguilar, 1947, pág. 18 y sigs.)

imprudencia...; la voluntad implica la malicia o intención de cometer un mal o daño cualquiera, adecuado y en relación con la índole del hecho punible" (43). Luego ya tenemos, de una parte, la *voluntariedad* como elemento *esencial* del delito; de otro lado, que aquella *voluntariedad* es igualmente constitutiva de las acciones imprudentes, pues la distinción entre delitos dolosos y culposos se hace por la doctrina jurisprudencial conforme a este patrón: la ausencia de malicia constituye la nota esencial que caracteriza el delito culposo y lo distingue y separa del doloso... La voluntad intencional y maliciosa en el agente es el alma de los delitos dolosos, mientras que en los cometidos por imprudencia basta que la acción u omisión sea voluntaria, aun cuando no acompañen a la voluntad la intención y la malicia (44).

Así es que la *voluntariedad* forma parte del delito doloso y del culposo, sólo que en el primero se requiere que la voluntad sea intencional o maliciosa, es decir, "que lo que caracteriza al delito doloso y constituye su nota más esencial es que se quebrante una norma penal definidora de un tipo delictivo de modo voluntario y malicioso, con intención de delinquir y causar un mal, un daño u otra finalidad ilícita a determinada persona" (45); en tanto que en los delitos culposos existe voluntad, pero no intencionada, ya que incluso los fallos llegan a separar la *voluntariedad* de la intención (46). De suerte que nos hallamos con que tanto el delito doloso como el culposo demandan como requisito inexcusable el principio general de la *voluntariedad* (47), si bien con la distinción dentro de ellos que ya hemos indicado; cuya *voluntariedad*, como es por todos sabido, es sinónimo de *malicia*, tal como la interpretara PACHECO (48).

Nada de particular tiene que ante la deficiente regulación del problema de las "formas" de la culpabilidad en el Código penal español la doctrina

(43) Véanse las Sentencias de 17-3-1934 y 3-7-1886.

(44) Véanse las Sentencias de 24-11-1944, 10-4-1920, 7-1-1901, 13-12-1928 y otras.

(45) Hemos subrayado párrafos de una Sentencia sumamente acertada y por demás interesante de 29-9-1944.

(46) Véanse Sentencias 23-3-1936 y 10-3-1874.

(47) "El principio general de *voluntariedad* que como elemento esencial ha de concurrir en todo hecho punible a tenor de este artículo, y que se diversifica en los dos grados de la responsabilidad criminal, a saber, el dolo o malicia y la culpa o imprudencia" (S. 22-10-1940). Que no es otra, por cierto, que la postura propuesta por SILVELA, cuando saltó al paso de la contradicción entre el artículo 1.º y el hoy 565, diciéndonos que voluntad debe existir siempre; lo que ocurre es que el artículo 1.º se refiere a la voluntad maliciosa o intencional y el 565 (hoy 565) a la simple voluntad (sin intención o malicia). V. SILVELA, *El Derecho penal español en principios y en la legislación española*, 1903, tomo II, pág. 128 y sigs. Una explicación del término *voluntario* véase en la obra de F. DORADO MONTERO *La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, Madrid, Reus, 1911, págs. 42-195. Sumamente interesantes los capítulos VI, XII y XV, entre otros.

(48) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, tomo I. Madrid, 1848, pág. 79 y sigs.

jurisprudencial haya tenido que acogerse a la distinción de *voluntad intencional* y sólo *voluntad*, que en buena parte viene justificada por la impropia redacción del artículo 565. De otro lado, no se olvide que estamos ante una de las grandes quiebras de la dogmática penal, esto es, la que toma al modo de pertenencia de la *voluntad en la culpa* y su diferenciación tanto como *fundamento* cuanto por su *funcionamiento* en referencia con el delito doloso, no habiéndose presentado hasta la fecha una solución suficientemente ágil y segura como para merecer el respeto crítico de los estudiosos (49).

Hasta aquí la doctrina jurisprudencial y alguna otra consideración acerca de la significación del problema en el Código penal. Tócanos, por fin, ver si, dada la naturaleza eminentemente dolosa de la *bigamia* y los elementos integrantes del dolo conforme a la realización judicial del artículo 1.º del vigente texto penal realmente no ha existido culpabilidad en el procesado, tal como se infiere de los "hechos probados". Y a seguida veremos que en el supuesto de hecho presente el procesado ha contraído el segundo matrimonio canónico *sabiendo* que no estaba disuelto legítimamente el anterior. Más todavía; a su instancia se ha promovido el expediente canónico del segundo, no ocultando, de su lado, ni tampoco la contrayente segunda a las autoridades eclesiásticas la existencia del anterior vínculo matrimonial (50). Luego existe un enlace matrimonial no disuelto por alguna de las causas preceptuadas en el Código civil (art. 51) o por declaración de nulidad de algunas causas señaladas en el Código canónico o bien de las citadas en el artículo 101 del Código civil (51).

A la vista de la situación fáctica señalada en la narración de los "hechos probados", fácil es decir que indiscutiblemente el procesado actuó carente de voluntad intencionada o maliciosa, ya que *sabía y confesó* que estaba casado civilmente, lo cual no fué impedimento alguno para la celebración del segundo matrimonio, puesto que hay "manifiesta ausencia de culpabilidad en la conducta del procesado", reza la sentencia. Y esto, en efecto.

(49) Inútil decir por sabido que no es momento de rozar ni tan siquiera el problema que apuntamos. Sólo hemos querido *indicarlo*, llevados del propósito que perseguimos en este comentario.

(50) Tanto en la doctrina extranjera como en la española, el delito de *bigamia* exige la comisión dolosa. "Como elemento psicológico debe concurrir en el contrayente casado la voluntad de contraer segundo o ulterior matrimonio con conciencia de hallarse unido por matrimonio anterior que ha sido disuelto legítimamente. En el contrayente no casado debe concurrir asimismo la voluntad de contraer matrimonio con persona a quien sabe unida por matrimonio que no está legítimamente disuelto." V. E. CUELLO CALON, obra cit., pág. 19.

(51) Véase a este respecto J. CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Ed. Reus, Madrid, 1944, pág. 488 y sigs., así como la pág. 463 y sigs. Respecto a los requisitos del matrimonio canónico, véanse los cánones 1.021, 91, 1.032, 1.028, 1.022, 1.025, 1.067, 1.081, 1.088 y otros.

no admite vuelta de hoja, sobre todo teniendo bien presente lo que nos dice el término *voluntarias* y la *realización* que de esta palabra ha venido haciendo la Sala 2.^a del Tribunal Supremo. Y si la *bigamia* exige a todas luces una perpetración en grado de dolo, no cabe contraargumentar ni prosperaría la tesis contraria, ya que realmente el procesado fué impulsado por una constelación de motivos justos, no intentó dirigir su voluntad a causar mal alguno, y hasta puso en conocimiento de las jerarquías eclesiásticas su estado civil, otorgando éstas su consentimiento, lo cual hizo nacer fundada esperanza respecto a la legitimidad de su conducta. ¿Cómo pues, queda eliminada la culpabilidad del procesado? ¿Es virtud de qué motivos su acción no aparece *reprochada* por el ordenamiento jurídico-penal? ¿En verdad es inscribible la conducta del procesado en el artículo 471 del Código penal español?

c) *Funcionamiento del error*.—No es punible la conducta del procesado por cuanto ha mediado un error esencial, que exculpa el reproche de culpabilidad: “obra al impulso de legítimos propósitos, dice uno de los considerandos, y en la *creencia racionalmente fundada, bien sea cierta o errónea, de ejercitar el propio derecho sin lesión de ningún otro que en el orden penal se halle protegido*” (52).

Quizá estemos a presencia del único supuesto de error no planteado ni en el campo de la doctrina (53) ni en el de la jurisprudencia (54), ya que la mayoría de los casos de error inciden sobre la nulidad o no del vínculo matrimonial, ora sobre la creencia de que estaba disuelto ya el vínculo anterior (55). Pero los presentes “hechos probados” explanan una hipótesis sumamente original, pues no se trata evidentemente de ausencia de los elementos constitutivos del dolo por *ignorancia* del anterior matrimonio o por creencia errónea de hallarse legítimamente disuelto, sino que aquí tenemos, de un lado, un perfecto *conocimiento* del anterior matrimonio no silenciado por ninguno de ambos contrayentes, y del que igualmente *conocen* las autoridades eclesiásticas. Y, sin embargo, no comete

(52) Hemos subrayado los párrafos en los que se fundamenta la exculpación de la conducta.

(53) No falta, pues, según la terminología de CARRARA, la “materialidad del delito”, esto es, el matrimonio válido anterior. Por esto los casos que trae a colación este autor y otros penalistas (V. S. Riccio, pág. 239 y sigs. de la obra cit.) se refieren a la cuestión de la disolución del vínculo, bien sea por nulidad absoluta o relativa, ora porque el autor no sabía que estaba ligado—falta de elemento intencional—o cualquier otra variedad del llamado delito putativo, especie de error. Véase la obra cit. de F. CARRARA, pág. 361, en donde nos describe este problema y algunos casos interesantes, como el famoso y bien conocido que relata CARMIGNANI y que fué sentenciado por los Tribunales ingleses.

(54) Véase la obra cit. de S. Riccio, en que reproduce supuestos curiosos de *bigamia*. Pero en ella no hallamos ninguno semejante al de esta Sentencia.

(55) V. A. FERRER SAMA, trabajo cit., pág. 29 y sigs.

el delito de *bigamia* por ausencia de *voluntariedad*, requisito imprescindible en toda conducta delictiva. Ausencia, además, que proviene lisa y llanamente por funcionamiento de un error esencial, ya que *creía* el procesado fundamentalmente que no perpetraba ningún delito, sino antes bien que *ejercitaba un derecho* (56). Por esto se nos ocurre preguntar: ¿el error esencial juega como una causa de inculpabilidad hasta el punto de limpiar la acción del carácter delictivo? Todavía más, ¿es posible que siendo el anterior matrimonio válido—presupuesto de este delito—no surja la realidad penal representada por la *bigamia* por efecto del error? ¿Qué sucederá, por tanto, en este supuesto en que *creía* que ejercitaba un derecho, siendo así que no *existía*? Vayamos por partes. La doctrina científica estima que el error esencial, es decir, el que recae sobre alguno de los elementos formativos del dolo excluye a éste. Por esto con sobrada razón se ha llamado a la teoría del error la del dolo al revés. La cual no quiere, desde luego, prejuzgar la significación penal del error en la legislación penal española, ya que tanto la construcción de la culpabilidad como la interpretación jurisprudencial conceden un margen mucho más amplio que la teoría que lo limita a ser el aspecto negativo del dolo (57). Pero no se olvide, como decíamos anteriormente, que la inmensa mayoría de los casos van referidos a un error sobre la anulación del anterior del vínculo, cosa que en verdad aquí no acontece, ya que el agente *supo* que no se había disuelto, sólo que *creía* que ejercía un propósito legítimo y tenía fundamentos suficientes para alimentar esta *creencia*.

Por otra parte, igualmente es *communis opinio* en la dogmática penal, que si bien el error de esa clase excluye el dolo, sin embargo deja subsistente la culpa. Y la pregunta entonces se enfilará del modo siguiente: ¿la *creencia* del agente en los “hechos probados” exculpó de raíz el dolo y la culpa? ¿Se puede, efectivamente cometer la *bigamia* en forma culposa?

A este respecto se afirma por los autores que si el error es invencible anula tanto el dolo como la culpa; en tanto que si es esencial, pero venci-

(56) Hemos subrayado.

(57) V. E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, tomo II, obra cit. anteriormente, página 89 y siguientes, principalmente página 91.

“Aun cuando, según veremos, dice el Profesor SOLER, el resultado frecuente del error será el de transformar un hecho doloso en culposo, es una limitación incorrecta la de considerarlo solamente como destructivo del dolo, pues suele no dejar ningún remanente culposo, es decir, suele destruir toda forma posible de culpabilidad” (V. S. SOLER, *Derecho penal argentino*, tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1945, pág. 78).

Véase igualmente CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Doctrina general), tomo I, 9.ª edic., Ed Bosch Barcelona, 1948, pág. 385; A. FERRER SAMA, *El error en Derecho penal*, Murcia, 1941, principalmente pág. 85 y sígs.

ble, deja intacta la culpa (58). Así, pues, la cuestión queda reducida a saber si efectivamente en los “hechos probados” nos hallamos ante un error esencial e invencible. Y aquí se nos aparece por entero resuelto, a nuestro juicio, la correcta posición del fallo que comentamos, puesto que el procesado puso en movimiento todos los resortes que pudieran impedir la celebración del segundo matrimonio—instrucción del expediente, conocimiento del anterior matrimonio a la segunda contrayente y a las autoridades eclesiásticas—, y era natural que en estas circunstancias, y dada la clase del matrimonio anterior y la falta de oposición por parte de la jurisdicción eclesiástica, se enraizara en su mente la fundadísima creencia que realmente ejercitaba un propósito legítimo y no existía, por consecuencia, ni la más leve brizna que califique la actuación del agente como imprudente para que entrara en juego el artículo 565 del Código penal español. Y si bien la doctrina científica no está de acuerdo respecto a este punto, en el caso actual, analizando el comportamiento del procesado, el cuadro motivante de su acción y su decisivo interés en someterse a las reglas jurídicas, no queda espacio alguno para montar una desaprobación ni en forma dolosa ni culposa. No puede alegarse aquí ninguno de los argumentos empleado por GROIZAR ni FERRER SAMA, pues la *duda* (59) descartada del ánimo del sujeto ha creído que la autorización conseguida, manifestando su verdadero estado civil, constituía ya suficiente marchamo legal, como para suponer que pudiera ser objeto en su día de un proceso penal. Máxime cuando su ánimo está instalado en la más fundada y racional *creencia* de que ejercitaba un derecho.

Y como punto final—omitimos en testimonio a la brevedad otras sujerencias relacionadas con los temas tocados—, la sentencia, con buen tacto jurídico, contrae naturalmente la cuestión a la responsabilidad jurídico-penal sin inmiscuirse, claro está, en las consecuencias dimanantes del segundo matrimonio, ya que compete a otras jurisdicciones. Y por ello, con estas palabras remata su último “considerando” respecto a la validez y sub-

(58) V. A. FERRER SAMA, trabajo cit., pág. 36; IDEM, *El error en Derecho penal*, anteriormente citado, págs. 96-98. Véase para el funcionamiento del error y las diversas y sugestivas hipótesis a que da lugar las págs. 246-254 de la obra cit. de S. RICCIO. Los límites de esta nota nos vedan de ocuparnos en el espacio debido de este problema extraordinariamente sugestivo de la teoría del error en el delito de *bigamia*. Para una ampliación de la bibliografía consúltese la obra de RICCIO, y entre otras también la cit. de CARRARA. S. SOLER, obra cit., tomo III (Parte especial), pág. 424 y sigs.

(59) V. FERRER SAMA, trabajo cit., pág. 37 y sigs.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial respecto a la materia del error, véanse, entre otras, las Sentencias 16-3-1892, 28-11-1906, 19-4-1917, 15-10-1921, 26-1-1934, 3-1-1935, 27-2-1940 y 13-2-1945.

sistencia del vínculo civil primeramente contraído y a las consecuencias del canónico posterior, que son cuestiones ajenas a la jurisdicción penal y a la resolución de este recurso.

Una vez más, entre otras muchas, la defectuosa redacción de una cuestión penal ha quedado en manos de los Tribunales sentenciadores, los cuales van rellenando pausada y cautelosamente, y dentro de los rigurosos límites de la interpretación penal, las lagunas con que nos hallamos en problemas tan importantes como son en este caso los relativos a la culpabilidad dolosa y culposa, y a la materia del error.

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Abogado de los I. C. de Burgos, Valladolid y Madrid