

Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Fiscal de la Audiencia de Pontevedra

SUMARIO: Introducción.—1. En qué debiera hacerse recaer el acento de la antijuricidad penal de un matrimonio ilegal.—2. El matrimonio ilegal con impedimento dirimente no dispensable; investigación de este elemento del tipo penal en los ordenamientos canónico y civil.—3. Las contradicciones de la fórmula del artículo 472 del Código penal.—4. La impunidad del matrimonio ilícito de los ordenados *in sacris* y religiosos profesos.—5. La nueva redacción del artículo 478 y sus consecuencias en orden a la sanción del eclesiástico autorizante de un matrimonio ilegal.—Conclusiones.

A la memoria de FERNANDO CHAPULI.

No hace mucho tiempo que Fernando Chápuli y yo (1) exponíamos las contradicciones que en materia de matrimonios ilegales existían en nuestro ordenamiento jurídico entre las normas penales y la legislación canónico-civil, señalando la necesidad de una reforma del capítulo II, título XI, Libro II del Código penal (2). La reforma se ha llevado a cabo por la reciente Ley de 24 de abril de 1958, pero al escoger el legislador el cómodo sistema de la supresión de artículos, hipotéticamente superfluos, sin preocuparse de buscar las necesarias concordancias en los que se dejan subsistentes, dándoles nueva redacción si era preciso, no sólo permitió la persistencia de muchas de aquellas contradicciones, sino que creó otras nuevas, algunas de las cuales, escapando a las previsiones del legislador, han ido mucho más allá de sus propósitos, como luego veremos. El estudio de esas anómalas consecuencias es el objeto del presente trabajo.

1. Creemos que es evidente la afirmación de que lo verdaderamente trascendente en un matrimonio ilegal es la provocación de un resultado de nulidad, ya que es la falta de efectos de tan importante institución lo que produce una inseguridad jurídica y una perturbación social. Si esa provocación es dolosa, justifica plenamente la reacción penal. Pero se da la paradoja de que nuestros legisladores, que han tenido un certero atisbo al calificar esos delitos como atentatorios al estado civil de las personas, erra-

(1) Cfr. F. CHAPULI (+) y C. CONDE-PUMPIDO: *Modificaciones que en materia de celebración de matrimonio nacen de la discordancia de las legislaciones canónica y civil y la norma penal*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», Septiembre 1955, págs. 267-294.

(2) Vid. las «Conclusiones» del trabajo cit.

ron en cambio al fijarse, en el momento de su tipificación, en la naturaleza de las causas impeditivas del matrimonio atentado y no en la trascendencia del efecto que esas causas produjeran. Cosa, por otra parte, extraña dentro de la sistemática de nuestros Códigos penales, más atentos a hacer radicar la esencia de la antijuricidad penal en la producción de un resultado dañoso, lesionador de un interés jurídico (en este caso la inseguridad matrimonial y el estado civil de los casados ilegalmente), que en la mera manifestación de una voluntad rebelde a la norma (en este caso la inobservancia de un impedimento o prohibición legal) (3).

Hasta tal punto consideramos que es ese resultado de nulidad el módulo para incriminación de los matrimonios ilegales que no nos recatamos de afirmar que «tan sólo debieran ser sancionados con una pena aquellos matrimonios que hubieren sido declarados nulos por causa imputable a uno de los contrayentes. Esta trascendencia del matrimonio nulo desaparece si posteriormente es sanado, convalidado o, previa remoción del obstáculo, contraído nuevamente hasta tal punto que estimamos que sería aconsejable que tal circunstancia llevase aparejado la extinción de la responsabilidad penal o de la pena ya impuesta» (loc. cit.).

Por ello, aunque en principio la condición de sancionar únicamente la producción dolosa de un resultado de nulidad matrimonial parece cumplir la el vigente artículo 472 al castigar el matrimonio contraído con impedimento dirimente no dispensable, no puede satisfacernos su actual redacción, no sólo porque la nulidad del matrimonio puede devenir de otras causas que no constituyen verdaderos impedimentos, sino también porque muchos matrimonios nulos por concurrencia de impedimento dirimente dispensable no llegarán nunca a poder ser convalidados por ser esa cualidad de dispensable puramente teórica. Se producirá así la injusticia de que hechos con análogas causas e idénticos resultados reciban un muy opuesto tratamiento penal: el castigo en un caso y la impunidad en el otro. Creemos que todas las censurables incongruencias a que nos referiremos arrancan del hecho de no haber tenido en cuenta el legislador principio tan fundamental como el señalado anteriormente, ya que ni la totalidad de las causas que provocan la nulidad del matrimonio de forma irremediable tienen encaje dentro del tipo del artículo 472, ni la extensión del precepto penal de tal artículo es la misma en el ámbito del matrimonio civil que en el orden canónico, ni puede dejar de sorprender la impunidad en que se dejan situaciones que, cual el matrimonio de un ordenado *in sacris*, hieren profundamente la conciencia social y tienen en nuestro Derecho punitivo una larga tradición de severas sanciones.

2. El concepto de impedimento para la doctrina anterior al C. J. C. era asaz extenso, como lo revelan los famosos versos mnemotécnicos, tan ca-

(3) Sobre las concepciones de la antijuricidad objetiva o subjetiva y la construcción del delito como lesión del bien jurídico (*Rechtsgutsverletzung*) o lesión de obligación (*Pflichtverletzung*), vid. A. MORO: *La antijuricidad penal*, trad. de Diego A. SANTILLÁN. Buenos Aires, 1949, espec. cap. I y II.

ros a teólogos y canonistas (4), y de los que se hicieron eco nuestros civilistas (5):

«Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si porte coire nequibus,
Si parochi, et duplicis desi presentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti redita tutae.»

Como puede observarse, en esa enumeración se comprenden no sólo las prohibiciones que limitan la libertad para contraer matrimonio (ligamen, *cognatio*, crimen, por ejemplo), sino también otras causas de nulidad provenientes de un vicio del consentimiento (error, *conditio*, vis, por ejemplo) o de un defecto de forma («Si Parochi et duplicis desit presentia testis», por ejemplo). En resumen, para la doctrina canónico-civil contemporánea de nuestros primeros legisladores penales, impedimento matrimonial eran no sólo las prohibiciones específicas provenientes del derecho divino, natural o eclesiástico que hacían nulo o ilícito el matrimonio para la persona a que afectaban, sino también cualquier otra causa que provocare la nulidad de un matrimonio, ya por falta de vicio del consentimiento, ya por defecto sustancial de forma. Más aún, era clásica antes de C. J. C. la clasificación de los impedimentos en tres clases: por parte de la *forma*, por parte del *consentimiento* y por parte de la *persona* (6). Podríamos decir, pues, que impedimento dirimente era sinónimo de causa de nulidad; impedimento impediendo lo era de simple prohibición canónica (7).

Si a ello añadimos que en el momento de promulgarse el Código de 1848 era indiscutida la vigencia en España de la legislación Tridentina en materia de forma matrimonial, es explicable que le fuera fácil al legislador buscar una tipificación de los matrimonios ilegales que comprendiera la sanción de *todos* los celebrados con un vicio de nulidad así como los contraídos vulnerando una prohibición legal canónica o civil. Le bastó con referirse (8)

(4) Vid., entre otros, Pedro MORALES: *Derecho eclesiástico general y particular de España*, Sevilla, 1883, pág. 312, y Pedro B. GOLMAYO: *Instituciones de Derecho canónico* 5.ª ed. Madrid, 1878, pág. 22, nota.

(5) Vid. SALAS: *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.ª ed. MDCCXX, t. I, pág. 33. Todavía puede verse la cita en SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. Madrid, 2.ª ed., t. V, vol. I, pág. 433, nota 2.

(6) Cfr. BLANCO NÁJERA: *El Código de Derecho canónico, traducido y comentado*. Cádiz, 1945, t. II, pág. 275.

(7) Este concepto extenso del término impedimento ha pasado a nuestros actuales civilistas, quienes siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN (Vid. loc. cit.) vienen haciendo una clasificación y enumeración de los impedimentos del matrimonio canónico, que se aparta completamente de la pureza técnica y hasta de la letra del C. J. C. Cfr., como ejemplo asaz demostrativo, CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª ed., t. V, vol. I, págs. 99 a 104, quien incluye entre los impedimentos dirimientes el «defecto de uso de razón», «la ignorancia de la esencia del matrimonio», «la simulación y reserva mental», «el error, la violencia o miedo» y «la condición contraria a los fines del matrimonio», que conforme a la vigente legislación canónica no son tales sino defectos del consentimiento.

(8) Dejando aparte la inculpación agravada de la bigamia y el matrimonio del ordenado *in sacris* o ligado con voto solemne de castidad (art. 385).

separadamente a los impedimentos de la Iglesia (arts. 386 y 387), que se completan con una punición específica del matrimonio por sorpresa (artículo 388), y a las prohibiciones civiles (arts. 389, 380, 391 y 392) (9), para cumplir sus propósitos y obtener un tratamiento penal de esos delitos congruente y completo. Únicamente en el matrimonio entre parientes adoptivos (art. 391), punto en el que el legislador intenta innovar con la pretensión de anticiparse a lo que en la materia había del Código civil en preparación (9), surgen las dificultades al crearse un precepto penal que fué fuente de contrasentidos y de peregrinas consecuencias. (Cfr. nuestra op. cit. espec., § IV) (10).

El C. J. C. ha venido a precisar la pureza terminológica del término «impedimento» reduciéndolo a la expresión de aquellos obstáculos que afectan a la persona, haciéndola directa y enteramente inhábil para contraer válidamente un concreto matrimonio, aunque se exprese el consentimiento y se guarde la forma sustancial (11). Hoy se denominan impedimentos matrimoniales a las limitaciones a la libertad de contraer matrimonio. Ni los vicios del consentimiento ni los defectos de forma son impedimentos (12). Así vemos que mientras en los capítulos III, III y IV del Título VII del Libro II se ocupa el Codex, respectivamente, de los impedimentos en general, de los impedimentos impedientes y de los dirimentes, los dos capítulos siguientes se refieren separadamente al consentimiento y a la forma, con sus vicios respectivos (13).

Al evolucionar la doctrina canónica hacia una concepción más técnica y restrictiva de los impedimentos, y al no recogerse en forma precisa la terminología canónica por el Código civil (cfr. arts. 83, 84 y 101) de forma que sólo de manera *analógica* puede ser manejada por la doctrina «us-privatista», es evidente que el continuar conservando en los Códigos penales la fórmula de 1848 habría de producir evidentes dificultades interpretativas, por cuanto el Derecho privado integrador de la norma penal ya no era congruente con los principios tenidos en cuenta por el legislador en los tipos respectivos (14).

(9) La distinción entre impedimentos canónicos y prohibiciones civiles aparece más clara, si cabe, en la forma empleada en el art. 393 para sancionar al eclesiástico autorizante del matrimonio ilegal, en la que expresamente se diferencian ambos motivos de hecho.

(10) (Cfr. *Comentarios al Código penal*, por D. Tomás M. DE VIZMANOS y D. Cirilo ALVAREZ MARTÍNEZ, abogados e individuos de la Comisión que lo redactó. Madrid, 1848, t. II, pág. 430.

(11) Cfr. en tal sentido IGLESIAS GARCÍA: *La demanda de divorcio*, 2.ª ed., pág. 17.

(12) Cfr. EICHMANN: *Manual de Derecho eclesiástico*. Trad. de la tercera ed. alemana, por GÓMEZ PIÑÁN. Barcelona, 1931, II, págs. 88, notas. El Cardenal GASPARRI y los redactores del *Codex* se manifestaron a favor de tal distinción.

(13) No es obstáculo a la distinción señalada en el texto que el C. J. C. utilice todavía en su c. 1.071 el término *impedimentum* en un sentido más amplio, pues aparte de que ese canon pertenece al Derecho procesal, que no puede tener valor correctivo del Derecho material, claramente se demuestra que el legislador hace un uso no técnico del término al referirse con él igualmente a las causas de separación en las que no puede en ningún modo hablarse de impedimento.

(14) Nuevamente hemos de remitir al lector, para evitar inútiles repeticiones, a nuestro trabajo antes citado.

Con la reforma que examinamos, la incriminación de los matrimonios ilegales ha quedado reducida—salvo siempre el tipo calificado de bigamia—a los matrimonios contraídos con impedimento dirimente no dispensable, sin hacer distinción entre su carácter civil o canónico. Con ello sólo se ha conseguido aumentar las dificultades y los contrasentidos:

a) El primero de todos nace de la necesidad de considerar que la referencia que la norma penal hace a los impedimentos dirimientes no dispensables ha de ser integrada, en cuanto al matrimonio canónico se refiere, por el concepto que de tales tiene el Derecho canónico vigente, esto es, por aquellas causas que sean enumeradas como impedimentos dirimientes en el capítulo IV del Título VII, del Libro III del C. J. C., utilizando el término en su sentido más puro y técnico. Esta interpretación, la única posible—y más en Derecho penal en el que ha de evitarse toda interpretación extensiva del precepto represivo—, hace que queden fuera del tipo previsto en el Código penal una serie de matrimonios viciados de nulidad por una causa irreparable («vis», «metus», «error», «conditio», defecto sustancial, de forma, etc.) que produzca efectos análogos a la concurrencia de un impedimento dirimente no dispensable, pero que técnicamente no tenga tal consideración. Nos encontramos así con que causas análogas, con iguales efectos, reciben tratamiento penal opuesto.

Algunas veces esas causas de nulidad consideradas como impedimento podrán ser constitutivas de otro delito de los previstos en el Código: *coacciones*, en los casos de violencia; *estupro*, en los casos de simulación, reserva mental o defecto de forma buscado de propósito por el contratante varón... Pero, aparte de que este medio supletorio de incriminación no siempre es posible, no debiera ser esa la forma para el castigo de tales hechos, como lo pone de relieve la circunstancia de que así resulta configurado el acto ilícito, más que como un hecho contra el estado civil de las personas, como un delito en el que lo que se protege es la libertad sexual del cónyuge inocente.

b) Concretado que solamente han de considerarse como impedimentos dirimientes los enumerados por el C. J. C. en el capítulo citado, hemos de determinar ahora cuáles de ellos tienen la naturaleza de no dispensables para llegar así a saber cuáles son los supuestos de matrimonio canónico nulo que pueden ser subsumidos en el tipo del artículo 972 del Código penal.

Según la doctrina canónica únicamente son dispensables los impedimentos establecidos por el derecho eclesiástico; no lo son, en cambio, los fundamentados en el derecho divino (15).

Y repasando la lista de los impedimentos dirimientes del matrimonio nos encontramos con que únicamente aparecen establecidos por el derecho divino o natural los siguientes:

(15) El derecho divino comprende tanto la ley natural, como el derecho divino positivo, y respecto a él la autoridad eclesiástica no puede hacer más que declararlo, nunca abrogado, derogado o dispensarlo (Cfr. C. C., 87, 817 y 1.088, § 1). Por ello los impedimentos establecidos por el derecho divino no son dispensables. Cfr. BLANCO NAVARRA: Op. cit., págs. 277 y 283.

1. «La impotencia antecedente y perpetua, ora de parte del varón, ora de parte de la mujer, sea conocida o no por el otro, ya absoluta, ya relativa...», puesto que según declaración expresa del c. 1.068, § 1, «dirime el matrimonio por el derecho mismo natural», declaración lógica, porque no puede existir en tal caso la dación del *ius in corpore* que es materia del contrato matrimonial, siendo, por ende, nulo dicho contrato por falta de objeto (16).

2. «El ligamen anterior, aún no consumado, salvo el Privilegio de la fe» (c. 1.069). La unidad del matrimonio es una propiedad esencial, expresamente declarada por Jesucristo (S. Mateo XIX, a) y que constituye dogma de fe desde el Concilio de Trento (Se. XXIX, can. 2, «de sacramento matrimonio»). De aquí que este impedimento sea de derecho divino natural y positivo, por lo cual alcanza aun a los no bautizados, sin que pueda el Romano Pontífice dispensarlo.

3. El parentesco de consanguinidad (c. 1.076). A este respecto parecen estar acordes los canonistas en cuanto al carácter de derecho natural de este impedimento en el primer grado de la línea recta, pero discuten tal carácter a los restantes grados de esa línea y al primero de la colateral (cfr. Blanco Nájera, loc. cit.). Sin embargo, creemos que a los efectos de su dispensabilidad, que es lo que aquí nos interesa, tal disputa carece de relevancia desde el momento en que el § 3 del c. 1.076 prohíbe *autorizar jamás* el matrimonio en que exista duda de que las partes sean consanguíneas en algún grado de la línea recta o en primer grado de la colateral, lo que excluye toda posibilidad de dispensa en tales impedimentos. En los demás grados canónicos el parentesco de consanguinidad es dispensable.

Los restantes impedimentos dirimientes son todos ellos de derecho eclesiástico (17) y dispensables (18), incluso el de menor edad, que sólo dirime el matrimonio por derecho natural cuando los contrayentes no llegaren al uno de razón, no ya por aplicación del impedimento, sino por faltar en tal caso el consentimiento matrimonial. Pero en ese caso y por la misma razón de la inimputabilidad de los sujetos, carece de relevancia penal el supuesto.

Ahora bien, la bigamia aparece especialmente penada en el artículo 471, y las probabilidades de que se contraiga dolosamente un matrimonio canónico entre parientes consanguíneos de los grados citados son casi nulas, por lo que la aplicación del artículo 472 en materia de matrimonio canónico queda prácticamente reducido al contraído con impedimento de impotencia.

Y al llegar aquí no podemos menos de preguntarnos hasta qué punto

(16) Cfr. BLANCO NÁJERA: Op. cit., pág. 309.

(17) Cfr. BLANCO NÁJERA: Op. cit., los comentarios correspondientes a los cánones respectivos.

(18) Respecto de cumplimiento de disparidad de cultos podría plantearse un problema en el caso concreto de que exista peligro de pervisión del cónyuge católico o de la prole, ya que en tal caso se prohíbe su dispensa (Cfr. c. 1.071, en relación con el 1.060), aun siendo, en principio, el impedimento del derecho eclesiástico. Cabría en tal caso hablar de impedimento no dispensable, incluso si se había obtenido la dispensa, pero ocultando al solicitarla aquellos riesgos o induciendo a error sobre su inexistencia. El supuesto, por otra parte, tiene muy relativo interés, dada la dificultad de prueba del hecho de la existencia de aquel peligro en el instante de contraer matrimonio.

merecía la pena conservar, en la reforma de 24 de abril, el artículo 472 del Código penal, para limitarse a conminar con una pena que puede llegar hasta seis años prisión al impotente que ose contraer matrimonio canónico, mientras se deja en la más absoluta impunidad al matrimonio del raptor con la raptada, el de parientes adoptivos, el de los adúlteros conyugadas o el de un ordenado *in sacris*...

Cierto que el impedimento de impotencia es, sin duda, uno de los más graves en cuanto a la contradicción con los fines del matrimonio se refiere, pero no es menos cierto que es uno de los más leves desde el punto de vista de la transcendencia social de la nulidad provocada: ni por la admisión dentro de los usos sociales de los llamados «matrimonios blancos» ni por el perjuicio mínimo que a la otra parte pueda causarse —pues por propia definición el matrimonio quedará sin consumar—, a nadie escandaliza un matrimonio de tal naturaleza. Es más, nos atrevemos a afirmar que lo que realmente herirá la conciencia colectiva será su castigo penal y más aún el contraste entre su punición y la impunidad en que quedan otros matrimonios ilícitos tenidos por más graves, como el del ordenado *in sacris* o el religioso profeso con voto solemne de castidad. Pero sobre esto volveremos más adelante.

c) Nuevas dificultades surgen al pretender adaptar al tipo del artículo 472 los matrimonios ilegales que adopten la forma civil. Los diversos motivos de nulidad del matrimonio civil aparecen dispersos por el Código, bien dentro de las «disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio» (art. 51), bien bajo la rúbrica «de la capacidad de los contrayentes» (artículos 83 y 84), bien en la Sección referente a la «nulidad del matrimonio» (artículo 101); y aunque en diversos artículos usa el Código el término «impedimentos» (cfr. arts. 85, 89, 96, 97, 98 y 99) lo hace sin darnos un concepto acabado de lo que se pretende expresar con tal vocablo. Y, sobre todo, como el Código no utiliza la clasificación de impedimentos dirimentes e impedientes nos encontramos frente a un dilema: o considerar que los matrimonios civiles no podrán ser nunca constitutivos de matrimonio legal, cualquiera que sea la causa que motive dolosamente su nulidad; o hacer uso para determinar cuáles sean esos impedimentos de la interpretación analógica, tan reñida con los principios del derecho penal.

La lógica y la necesidad de llenar la laguna que en caso contrario se produciría, nos obliga a inclinarnos por el segundo término del dilema. Por otra parte, no ha de asustarnos el argumento de la necesidad de impedir una aplicación analógica *in malam partem* del artículo 472. Este precepto no es más que una norma penal en blanco, que ha de ser integrado por las normas canónicas y civiles correspondientes. Por consiguiente, al hacer uso de la analogía para determinar cuál sea la *norma civil* que ha de integrar el precepto penal citado, no estamos haciendo una aplicación analógica de un precepto punitivo, sino que estamos utilizando *dentro del derecho privado* un procedimiento de integración del derecho que no sólo es lícito, sino que hasta es considerado como el más a propósito para rellenar sus lagunas (19).

(19) Vid. CASTÁN: Op. cit., 3.ª ed., t. I, vol. 1, págs. 369 y 378 y sigs.

En consecuencia, podemos llegar a través de la *analogia iuris*, a obtener una clasificación de los impedimentos de derecho civil en dirimentes e impeditivos, considerando que los primeros son los que prohíben bajo pena de nulidad la celebración de un matrimonio, y los segundos son los que oponiéndose a su celebración llevan aparejada una sanción distinta de la nulidad. Aquéllos nacen de una norma perfecta, los últimos de una *lex minus quam perfecta*.

Pero con admitir la posibilidad de hacer un uso de una interpretación analógica para determinar cuáles sean los impedimentos de derecho civil que tienen la consideración de dirimentes, las dificultades no han quedado resueltas.

Los civilistas patrios muestran en la materia una gran divergencia. En primer lugar, forzosamente habrán de resentirse de aquella falta de precisión conceptual del Código, que hace que sus comentaristas, como Mucius Scaevola (20), y hasta algún tratadista metódico como Sánchez Román (loc. cit. pág. 526 y sigs.), lleven a cabo la exposición de la mayoría de los impedimentos bajo el epígrafe referente a la «capacidad de los contrayentes». La mayor parte de los autores hacen una enumeración de los impedimentos dirimentes del matrimonio civil bajo el pie forzado de clasificaciones *sui generis* predeterminadas por las que ya se hicieron de los del matrimonio canónico, como les ocurre a Castán (21) y Puig (22). Otros, como De Buen (23), se ven coartados por la necesidad de adaptarse a la clasificación del autor cuya obra anotan. Quizá de todas las enumeraciones que de los impedimentos del matrimonio civil se han hecho por la doctrina la que más se ajuste a la realidad del Código sea la de Pérez González y Castán en sus notas al tomo de familia del Tratado de Ennecerus (24), aunque para nuestros efectos adolezca del inconveniente de no expresar de modo claro los motivos que les llevan a considerar como impedimento dirimente cada una de las causas enumeradas, lo que ofrecería especial interés en el caso del rapto.

Ante esa falta de unanimidad de la doctrina patria hemos de convenir que no es en ella donde podemos encontrar el apoyo necesario para resolver el problema que nos preocupa. Por lo que tendremos que realizar dentro del propio Código la labor de investigación e interpretación que nos dé la necesaria luz para determinar cuáles sean, de todas las causas de nulidad del matrimonio civil que aquél enumera, las que pueden ser consideradas como impedimentos dirimentes y cuáles han de tener naturaleza

(20) L. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, 5.ª ed. Madrid, 1946 y sigs.

(21) «Los impedimentos dirimentes del Código civil, clasificados en los mismos grupos que adoptamos para la exposición de los del Derecho canónico...», dice, op. cit., pág. 126. Si a esto añadimos que su clasificación de los impedimentos canónicos es ya vieiosa (cfr. nota 6), claramente se comprende la inutilidad de la exposición de este autor a los efectos que en el texto nos vamos refiriendo.

(22) F. PUIG PESA: *Tratado de Derecho civil español*, Edit. Rev. de D. Priv. Madrid, T. II, vol. I, pág. 145.

(23) Notas al COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Instituto Edit. Reus, 2.ª ed. Madrid, 1941, t. I, págs. 400 y sigs.

(24) Notas al *Derecho de familia*, por KIPP y WOLFF, en el *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, ed. esp. Bosch. Barcelona, Vol. I, págs. 64 y 65.

distinta, bien entendido que como tal determinación, se llevará a cabo para hacer aplicación posterior de un precepto penal, hemos de movernos con cautela, siguiendo un criterio restrictivo y no dejándonos arrastrar por las facilidades que pueda proporcionarnos en esta materia la preconstituida doctrina canónica.

Si nos atenemos al texto del Código civil vemos que éste hace referencia a los impedimentos en sus artículos 85, 89, 96, 97, 98 y 99. El primero se refiere a la facultad de dispensa de impedimentos por el Gobierno y los cinco restantes a la denuncia y estimación de los impedimentos que opongan a la celebración del matrimonio civil. Del examen de estos últimos preceptos podemos obtener las siguientes notas distintivas del concepto legal de los impedimentos civiles:

1.^a Ha de tratarse de una causa que *se oponga* a la celebración de un matrimonio. El término oposición es expresamente utilizado por los artículos 97 y 99, pero se deduce igualmente esa nota del contexto de los restantes, especialmente del 96.

2.^a Esa causa ha de venir establecida por la ley, no tratarse de una causa o motivo extralegal. Los artículos 97 y 98 hablan expresamente de «impedimento legal» y de «fundamento legal» del impedimento.

3.^a El impedimento lo ha de ser para un determinado y concreto matrimonio, ya que el artículo 89 manda fijar los edictos después de ratificados los pretendientes y el 98 hace referencia a las personas obligadas a denunciar y a las legitimadas para oponerse, siempre en relación con un matrimonio concreto.

4.^a Debe ser una causa anterior al acto de la celebración del matrimonio, no coetánea o simultánea al mismo, ya que sólo las causas preexistentes pueden ser conocidas y denunciadas con anterioridad a dicho acto. Esto excluye tanto la nulidad proveniente del consentimiento viciado por error, coacción o miedo grave (art. 101, n.º 2), como la que nazca de un defecto de forma (art. 102, n.º 3).

Reuniendo todas estas notas en una definición podríamos obtener el siguiente concepto positivo de impedimento: «Causa legal que se opono a la celebración de un pretendido matrimonio».

Como causas o motivos que se oponen a la celebración de un matrimonio civil que se pretende contraer, encontramos en el Código las siguientes:

- 1.º Las prohibiciones del artículo 45.
- 2.º Las de los artículos 83 y 84.
- 3.º La que se deduce del número 3 del artículo 101 para el raptor que pretende contraer matrimonio con la raptada mientras ésta esté en su poder.
- 4.º La que se nace de los artículos 42, párrafo 3.º, y del artículo 86, párrafo último, para las personas que profesen la religión católica.

Pero no todos esos impedimentos producen los mismos efectos:

En primer lugar, las prohibiciones del artículo 45 no provocan la nulidad del matrimonio en que concurren (cfr. art. 50), por lo que han de ser consideradas meros impedimentos impeditivos y carecen aquí de relevancia penal.

Por el contrario, en el supuesto del matrimonio contraído en forma civil

por quien está sujeto a la forma canónica, cabrá preguntarse si las consecuencias no serán algo más serias que las de su mera nulidad. En efecto, en este caso no se trata de un simple defecto de forma sino de una falta total y absoluta de matrimonio, ya que si formalmente se han dado todos los requisitos del artículo 100 y no concurre ninguna de las faltas que harían nulo el matrimonio conforme al número 4.º del artículo 101, lo que ha sucedido es que se ha celebrado un matrimonio que la ley no reconoce (cfr. artículo 42, párraf. 1.º y 3.º, a *contrario sensu*), con lo cual nos hallaremos ante un supuesto de *inexistencia*. El matrimonio civil lo permite la ley tan sólo en forma condicional. Si la condición autorizante falta, falta la autorización y el matrimonio así celebrado tiene la misma relevancia jurídica que el celebrado por españoles en el extranjero, conforme a la *lex loci*, o el celebrado en España ante un Pastor protestante, por ejemplo. Que tal matrimonio es inexistente y no nulo se infiere también del hecho de no estar contenido ese motivo de nulidad en el artículo 101; y como, según tiene declarada la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1945, la enumeración de las causas de nulidad de ese artículo es taxativa o limitativa, sin que pueda prevalecer el precepto general del artículo 4 del Código civil, contra el especial contenido en el artículo 101, habrá que concluir afirmando que en aquellos otros casos en que la ley no reconozca efectos a un matrimonio, nos encontramos ante otros tantos supuestos de *inexistencia*.

Ahora bien, como una de las condiciones de los impedimentos dirimientes es el producir la nulidad del matrimonio en que concurren, que por lo demás sería válido y reconocido legalmente, creemos que la prohibición legal de contraer los católicos matrimonio en forma civil no es propiamente un impedimento dirimente, y no puede el matrimonio celebrado contraviéndola y que carece de relevancia jurídica ser subsumido en el tipo del artículo 472 del Código penal.

Respecto a las prohibiciones de los artículos 83 y 84, no cabe duda de su naturaleza de impedimentos dirimientes, por cuanto si concurren en un matrimonio civil producen su nulidad (art. 101, n.º 1.º) (25).

Igual resultado de nulidad se produce en el caso del matrimonio contraído por el raptor con la robada (cfr. art. 101, n.º 3.º) (26), pero aquí se

(25) SÁNCHEZ ROMÁN, quien reduce los supuestos de impedimento a las prohibiciones relativas, es decir, de persona a persona, contenidas en el art. 84. Vid. Op. cit., pág. 532.

(26) Respecto al ámbito que alcanza el concepto civil de rapto, ante la falta de definición por el Código de esa causa de nulidad, se ha tratado de recurrir al Código penal como norma integradora. SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., pág. 936) cree que el antecedente legal de tal causa de nulidad está en el rapto contra su voluntad o con anuencia de la robada, tal como lo define y distingue el Código penal. Por el contrario MÚRROS (op. cit., págs. 711 y sigs.) cree que el rapto de que habla el Código civil tiene una extensión menor al definido y castigado en el Código penal, debiendo ser excluida de esa causa de nulidad matrimonial el delito de rapto con la anuencia de la mujer, toda vez en tal caso no se reprime la violencia, sino que se trata de reparar el ultraje a la familia y la alarma que en ella produce la separación de un individuo de la misma y si en el Derecho civil el rapto presupone como condición de su existencia la negación de la voluntad en la paciente por la violencia del agente, queda evidenciado que sólo el rapto ejecutado en esta forma es el que genera la causa de nulidad que estamos examinando. Es, sin embargo, de tener en cuenta que los canonistas vienen equiparando para la existencia del impedimento, el rapto con violencia y el rapto con seducción (Vid.

nos plantea el problema de si podremos, dado el tratamiento que otorga a esta causa de nulidad el Código civil, considerarlo como un impedimento. Si nos atenemos al concepto legal de impedimento, no cabe duda de que en el supuesto del *raptor* se dan los requisitos antes enumerados: es causa que se opone a la celebración del matrimonio entre personas concretas, por declaración de la ley y con existencia anterior al instante de su celebración. Pero en el propio Código civil pueden encontrarse argumentos en contrario, desde el momento que todos los artículos en que se habla de impedimentos son anteriores a la celebración del rapto como causa de nulidad matrimonial en el artículo 101; sobre todo, el artículo 85 al hablar de impedimentos parece referirse exclusivamente a las prohibiciones de los artículos 45, 83 y 84, y excluir del concepto cualquier otro motivo de nulidad (27). Y aún podría añadirse que esa causa de nulidad, a diferencia de las de los artículos 83 y 84 no viene declarada legalmente en forma de prohibición, sino en forma de sanción, sin prohibición previa; falta aquí el precepto cuyo incumplimiento provoque a sanción, y ha de integrarse la norma, a la manera de los artículos del Código penal, infiriendo del hecho de la sanción la prohibición legal de la conducta castigada (28).

Teniendo en cuenta el terreno en que nos estamos moviendo, siempre con vistas a la integración de la norma en blanco del artículo 472 del Código penal, hemos de señalar aquí que, conteniéndose en el artículo 85 del

EICHMANN, op. cit., pág. 100). Sin embargo, como quiera que en el Código penal se pena no sólo el rapto violento (art. 440, párrafo 1.º), y el rapto con seducción o engaño (artículo 441, párrafo 2.º, inciso 1.º), sino también el rapto con ausencia de la raptada, aunque no intervenga engaño (arts. 440, párrafo 2.º, y 441, párrafo 1.º y párrafo 2.º, inciso último) parece un poco absurdo extender la nulidad del matrimonio a supuestos en los que, dado el libre consentimiento de la raptada, difícilmente puede decirse que ésta se encuentre en poder del raptor. Claro que, en definitiva, en la solución de la cuestión tiene que influir la *ratio legis* de la causa de nulidad examinada: si, como creemos (vid., nota 27), la nulidad se funda en una presunción legal de ausencia de consentimiento, no puede extenderse la nulidad a aquellos supuestos en que desde el primer momento la mujer obra por su libérrima voluntad; pero si, como ocurre en el Derecho canónico (vid. EICHMANN, loc. cit.), el impedimento se basa en la ofensa al orden público y el constituir un acto de fuerza contra los padres de la raptada, hemos de conceder que habría de considerarse que todo delito de rapto originaría la nulidad matrimonial conforme al artículo 101, núm. 3.º, debiendo ser interpretada la frase «en poder del raptor» en sentido lato, comprensivo de todos aquellos casos en que la raptada permanece en el lugar a donde fué conducida por el sujeto activo del delito, sin o con su voluntad.

(27) No creemos oportuno recurrir al argumento de analogía con el impedimento canónico, porque la *ratio legis* parece ser distinta en el rapto civil y en el de Derecho canónico. El C. C. parece considerar como causa de la nulidad del matrimonio del raptor con la raptada, un presunto vicio del consentimiento de ésta, coaccionada por el hecho de estar en poder del raptor, como lo demuestra el lugar que ocupa en el artículo 101; la doctrina civilista patria parece estar acorde en esta conclusión (cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 956; MUCRUS: Op. cit., pág. 711; DE BUEN: Op. cit., pág. 410). En cambio, los canonistas tienen especial cuidado en señalar que el impedimento de rapto es algo distinto de la falta de consentimiento matrimonial de la mujer, por lo que no se convalida el matrimonio ni por el hecho de que se pruebe que la mujer consintió verdaderamente el contrato matrimonial, ni por la convivencia posterior de los supuestos cónyuges. (Cfr. BLANCO NÁJERA, Op. cit., pág. 317, y EICHMANN: Op. cit., pág. 100, nota 9).

(28) Vid. en este sentido PÉREZ y CASTÁN: Op. cit., pág. 62, aunque luego no tengan inconveniente en incluir el rapto entre los impedimentos dirimentes (cfr. pág. 64).

Código civil la enumeración de los impedimentos dispensables y, por exclusión, la de los indispensables tan sólo en relación a los artículos 45, 83 y 84, nos encontraríamos perplejos a la hora de calificar el rapto como impedimento no dispensable, pues si bien es cierto que tal motivo de nulidad no es susceptible de dispensa, no lo es menos que no pudo ser tenido en cuenta por el artículo 85 que es la norma calificadora a tal efecto. Por ello, si técnicamente hablando el rapto es un impedimento dirimente civil no dispensable, para llegar a tal afirmación dentro de la técnica del Código civil es menester hacer uso de unas interpretaciones reiteradamente extensivas, que no creemos deban tener las consecuencias penales que de ellas se derivarían (29).

En resumen, dentro del Código civil, a la vista de los artículos 83, 84 y 85, son impedimentos dirimientes no dispensables los siguientes:

1.º La edad menor de catorce años cumplidos, para los varones, y de doce, para las hembras (art. 83, n.º 1.º).

2.º La falta del pleno ejercicio de su razón, al tiempo de contraer matrimonio (art. 83, n.º 2.º).

3.º La impotencia física, absoluta o relativa para la procreación, anterior al matrimonio, patente, perpetua e incurable (art. 83, n.º 3.º).

4.º Las órdenes sagradas y la profesión religiosa en una Orden canónicamente aprobada, en la que haya voto solemne de castidad (art. 83, número 4.º) (30).

5.º El ligamen (art. 83, núm. 5.º).

6.º El parentesco de consanguinidad: entre ascendientes y descendientes legítimos o naturales, y entre colaterales legítimos hasta el segundo grado civil (art. 84, núm. 1.º y 2.º, en relación con el 85).

7.º El parentesco de afinidad legítima o natural entre ascendientes y descendientes (art. 84, núm. 1.º).

8.º El parentesco legal de adopción entre el padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éstos (art. 84, núm. 5.º).

9.º Los de crimen, entre los adúlteros que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos (art. 84, núms. 7.º y 8.º).

10. El de rapto, mientras la robada esté en poder del raptor (art. 101, número 3.º), en el caso que se resuelva la cuestión planteada sobre la naturaleza de impedimento de esta causa de nulidad en sentido afirmativo.

De todos estos impedimentos hay que excluir el ligamen, por la incriminación especial de la bigamia en el artículo 471. Respecto de los de menor edad e incapacidad mental, hemos de observar que por su propia naturaleza llevan consigo la impunidad del sujeto activo del impedimento, inim-

(29) Si bien se mira las disquisiciones del texto sólo tienen trascendencia teórica, en un puro afán de acerbamiento de la «verdad legal», ya que en la práctica el impedimento de rapto, nacido en condiciones sociales muy distintas, especialmente en lo que a las facilidades matrimoniales se refieren, carece hoy de relevancia. Dificilmente se puede concebir, siendo como es constitutivo el rapto de delito, un supuesto en el que la raptada pueda permanecer en poder del raptor el largo lapso de tiempo que requiere la tramitación de un expediente matrimonial como el exigido por el Código.

(30 y 31) Vid., sin embargo, lo que se dice sobre este punto en el § 4.

putable penalmente, por lo que sólo podían ser penados el otro cónyuge y los demás intervinientes en el matrimonio (autorizante, testigos) que resultasen ser partícipes dolosos del matrimonio legal.

Problema especial plantea respecto al matrimonio contraído con el impedimento de menor edad lo dispuesto en el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 83 sobre la revalidación *ipso facto* y sin necesidad de declaración expresa del matrimonio contraído por impúberes si un día después de haber llegado a la pubertad hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez o si la mujer hubiese concebido antes de la pubertad o de haberse entablado la reclamación ¿«Quid» del matrimonio ilegal en este caso? De un lado, el delito existe desde el momento en que se consuma, es decir, desde el momento de celebrarse el matrimonio con la concurrencia del impedimento, y no puede hacer desaparecer la antijuridicidad formal del acto ya realizado un hecho posterior a la consumación delictiva no previsto en el tipo ni en la ley penal como causa excluyente de esa antijuridicidad. De otro lado, no deja de resultar anómalo sancionar como ilegal un matrimonio civilmente válido y que goza, por el efecto retroactivo que lleva implícita toda convalidación, de plenos efectos *civiles desde el instante mismo de su celebración*: falta la antijuridicidad material del hecho.

La antinomia anterior desaparecería si el Código Penal centrara el núcleo de los matrimonios ilegales en la producción de un resultado de nulidad en vez de hacerlo en la simple concurrencia de un impedimento. Al no existir tal nulidad en los matrimonios afectados por el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 83, no existiría delito, mientras que con la fórmula actual el delito existe desde que el impedimento concurre.

El impedimento de Ordenes sagradas y profesión religiosa solemnes plantea especiales problemas, que expondremos en el § 4.

3. Si comparamos la enumeración de los impedimentos dirimientes no dispensables de Derecho canónico y los de Derecho civil observaremos que frente al número reducido de los primeros el Derecho civil extiende la lista considerablemente. No es sólo que para el Código civil constituyan impedimentos muchos de las causas que el C. J. C. considera defectos de la voluntad, sino que además el Código civil niega la posibilidad de dispensa a una serie de impedimentos que canónicamente son dispensables. La menor edad, las Ordenes sagradas y el voto solemne de castidad (31), la adopción y los de crimen. Especialmente en estos dos últimos casos el rigor es excesivo. La adopción crea un parentesco que es sólo el producto de una ficción legal, y si bien está justificado plenamente que establezca un impedimento para el matrimonio entre los parientes ficticios, no debe llevarse el rigor hasta el extremo de que esa ficción no pueda ser destruída por dispensa en aquellos casos en que razones especiales así lo aconsejen, tal como permite el Derecho canónico. En cuanto a los impedimentos de crimen, especialmente el de adulterio, la imposibilidad de dispensa sólo conduce a fomentar las uniones ilícitas y las filiaciones ilegales hasta el

(31) Vid., sin embargo, lo que dice sobre este punto en el § 4.

punto de que tales motivos han influido en otras legislaciones, como la francesa (32), para llegar a la supresión total del impedimento (33).

La cierto es que esa disparidad de criterios de las legislaciones canónica y civil en materia de dispensa de impedimentos se refleja en la figura del matrimonio ilegal del artículo 472, resultando que matrimonios contraídos con idéntico impedimento dirimente constituirán delito o no, según sea civil o canónica la disciplina que los rige; y ello sin que importe que en ambos supuestos sea idéntico el resultado de nulidad (por no haberse dispensado el impedimento canónico, por ejemplo). Cierto que puede decirse que la diferencia está en que en un caso el resultado de nulidad era inevitable y en otro pudo no existir de haberse obtenido la licencia, pero ello sólo hace destacar más aún la culpabilidad del sujeto en el segundo caso. No podemos ocultar que esa diferencia de trato inevitablemente herirá el sentido de justicia popular, que sólo alcanzará a ver cómo hechos para ella idénticos (matrimonios nulos en ambos casos) son unas veces castigados y otras no, siguiendo un criterio que forzosamente ha de parecerle caprichoso al escapársele las exquisiteces jurídicas de aquella distinción.

El que reiteradamente hayamos tenido que hacer constar que el matrimonio contraído impedimento-dirimente no dispensable de ligamen tiene en el Código penal una tipificación especial en el artículo 471, nos señala una redundancia del Código vigente. Efectivamente, en los Códigos precedentes la bigamia recibía un trato agravado, señalándosele por la ley pena mayor que la conminada para los demás supuestos de matrimonio ilegal. Pero a partir de la reforma de 1944 la pena impuesta a los delitos de los artículos 471 y 472 es la misma—prisión menor—, con lo que desaparecieron los motivos de la especialidad, y no existe razón para desgajar del tipo de los matrimonios ilegales, contraídos con impedimento dirimente no dispensable, el impedimento de ligamen. O la pena señalada a la bigamia es, como debiera ser a consecuencia de su mayor contenido antijurídico, más grave o, en otro caso, resulta superflua su incriminación especial.

4. Para el jurista conocedor de nuestra historia del Derecho penal no puede menos de resultar desconcertante la total impunidad en que se de-

(32) Hacen observar COLIN y CAPITANT (Op. cit., pág. 324) que ya anteriormente a la ley de 15 diciembre de 1904, que suprimió el impedimento, en la práctica los Tribunales llegaron a considerar como letra muerta el artículo 298 que lo establecía para el caso de un divorcio admitido en justicia por causa de adulterio; en efecto, cuando ante ellos se presentaba un caso de divorcio concedido por adulterio, procuraban frecuentemente no designar por su nombre al cómplice o designarlo por iniciales. En estas condiciones el oficial del estado civil ante quien se presentaba la sentencia de divorcio, no podría recusar el proceder al matrimonio del esposo adúltero con una persona a quien ningún documento auténtico designaba como cómplice de la falta cometida. En España, tal solución es inadmisiblemente, por cuanto la querrela criminal ha de dirigirse contra ambos adúlteros (art. 450, párrafo 2.º, C. P.) y ambos han de figurar condenados en sentencia firme (art. 84, núm. 7.º).

(33) Tampoco parece aconsejable esa supresión radical del impedimento, que en Francia misma suscitó severas críticas (Cfr. COLIN y CAPITANT: Loc. cit.). Basta con permitir su dispensa.

jan los matrimonios ilícitos de los ordenados *in sacris* y los religiosos profesos.

Desde el Fuero Juzgo (Lib. III, tít. II, lex. 18) ha venido regularmente castigándose en nuestra Patria a los ordenados que se «ayuntare con la biubda, o con la virgine, o con otra mulier cualquiera, o por casamiento o por adulterio». Y en el momento de la codificación de nuestra legislación penal estaba tan arraigada la idea de la gravedad de tales matrimonios, que el legislador equipara a todos los efectos el matrimonio ilegal de los ordenados y religiosos profesos al de los impedidos por anterior ligamen. El Código de 1822 señala en el artículo 551 que todas las penas del capítulo dedicado a definir y castigar la bigamia «son aplicables del mismo modo a los casos respectivos, siempre que contraiga matrimonio algún presbítero, diácono o subdiácono, o algún regular profeso. Los Códigos de 1848 y 1850 llegan a más, pues en un mismo artículo (el 385 y el 395, respectivamente) castigan en sendos párrafos la bigamia y el matrimonio «del ordenado *in sacris* o ligado con voto solemne de castidad», y ello, según una interpretación cuasiauténtica, porque al juzgarlo uno de los más graves impedimentos que establece la Iglesia se juzgó preferible expresarlo «terminantemente en lugar de incluirlo en la disposición que sigue» (Vizmanos y Alvarez, loc cit.). La misma equiparación punitiva puede verse en el Código penal de 1928 (cfr. art. 649, n. 2).

Solamente en las épocas de legislación ultraliberal (Ley de matrimonio civil de 1870 y Código penal de 1870; Ley de matrimonio civil de 1932 y el Código penal de 1932) se ve suprimida esa equiparación, que era, en decir de Pacheco, «un homenaje a las disposiciones religiosas» (34), pero aún así el hecho continuaba siendo castigado como un matrimonio ilegal con impedimento dirimente. Igual ocurría con el texto refundido de 1944, que conservó en el capítulo de matrimonios ilegales la redacción del Código de 1932.

Pues bien, en la reciente reforma, llevada a cabo por un Estado que se declara confesional, se olvida el sancionar a quienes con menosprecio de sus más sagrados deberes y espíritu religiosos cometen el sacrilegio de contraer matrimonio, estando ligados por la recepción de una orden sagrada o por un voto solemne de castidad, rompiéndose así de modo inexplicable con toda una continuidad histórica (35).

Todavía podría decirse que no siendo civilmente dispensable el impedimento del número 4 del artículo 83, continúa sancionado el hecho en el supuesto de que aquel matrimonio se contraiga civilmente. Pero ello sólo sería así en el caso improbable de que se resuelvan negativamente las dos cuestiones que seguidamente plantearemos:

Primera. Los ordenados y religiosos profesos son por el bautismo súbditos de la Iglesia Católica y vendrían obligados teóricamente a obser-

(34) F. PACHECO: *El Código penal comentado y concordado*, 2.ª ed. Madrid. 1856, t. III, pág. 222.

(35) También el Derecho canónico se ha mostrado severo con los ordenados y religiosos «que osaren atentar la celebración del matrimonio». Cfr. c.c. 1.963 y 2.350, § 1.º, y 2.388, § 1.º.

var la forma canónica del matrimonio, tanto por imperativo del c. 1.099 como por disposición expresa del artículo 42 del Código civil. Ya hemos dicho más arriba que el caso de matrimonio civil celebrado por quien venga obligado a contraer matrimonio canónico es un supuesto de inexistencia que, como vimos, resulta impune en el sistema de nuestro Código penal. Y viendo esto así, ¿hasta qué punto puede ser castigado un matrimonio inexistente para el derecho? Y más aún, ¿cómo puede hablarse de nulidad de matrimonio por concurrencia de un impedimento dirimente si ese matrimonio no existe jurídicamente? Parece que en este caso la inexistencia—consecuencia más grave y extensa de ineficacia del acto—debe consumir cualquier otro supuesto de nulidad.

Segunda. Aunque el motivo de incapacidad 4 del artículo 83 no esté incluido en la lista de los susceptibles de dispensa civil, contenida en el artículo 85, ello no quiere decir que sea absolutamente indispensable, pues el propio Código civil reconoce la posibilidad de que contraigan matrimonio civil tales incapaces si han «obtenido la correspondiente licencia canónica» (36). Este reconocimiento que de la facultad canónica de dispensa del impedimento se hace por la potestad seglar para surtir efectos dentro del orden civil, no puede menos de obligarnos a pensar si para los efectos del tipo del artículo 472 del Código penal no habrá de ser considerado tal impedimento como dispensable y por ello no subsumible en el artículo citado el matrimonio en que aquél concurra.

5. Vamos por último a ocuparnos de otro aspecto de la reforma de 24 de abril no menos sorprendente.

La mayor innovación introducida en el capítulo de los matrimonios ilegales se refiere a la nueva redacción que se da al artículo 478 sobre la que, por cierto, nada dice la exposición de motivos de la ley que pueda aclarar los fines propuestos con ella. El citado artículo queda redactado así:

«El juez que autorizare matrimonio prohibido por la Ley o para el cual hubiese algún impedimento no dispensable, conocido o denunciado en el expediente, será castigado con las penas de suspensión y multa de mil a cinco pesetas.

Si el impedimento fuera dispensable, la pena, será de multa de mil a cinco mil pesetas.»

Tres puntos merecen ser destacados en esta nueva redacción del artículo 478:

a) La expresa referencia que se hace a la necesidad de que el impedimento del matrimonio autorizado sea «conocido o denunciado en el expediente». Es una forma particular de reforzar el elemento intelectual del dolo. Ciertamente que el error y la ignorancia de algún elemento del tipo son

(36) Por cierto, que éste es uno de los puntos en los que la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, ha resultado insuficiente al dejar en pie una palmaria contradicción dentro del sistema del Código civil. ¿Para qué establecer este impedimento si en buena técnica tales sujetos no pueden contraer matrimonio *sub forma* civil? Igual podríamos decir del reconocimiento del impedimento de ligamen en el artículo 83, núm. 5.º, que es del todo superfluo después de la declaración general y de más graves efectos del art. 51.

causas excluyentes del dolo, pero no por ello resulta superflua la inclusión de aquella necesidad de que el juez conozca la existencia del obstáculo legal si con ello lo que se ha pretendido es excluir la posibilidad de que la infracción pueda cometerse por culpa, poniendo así fin a las dudas que al respecto pudiera plantear la antigua construcción de este delito (37). Ahora bien, creemos que hubiera sido preferible a aquel fin utilizar la clásica locución «a sabiendas» u otra análoga, ya que en la fórmula empleada existe un término—«conocido»—que puede originar interpretaciones ambiguas en el caso de que un impedimento público y notorio, pero no denunciado, no sea tenido en cuenta por el juez autorizante que lo ignore. Si el adjetivo hace relación *exclusivamente* al juez, en tal caso éste no cometería delito por grande que fuera la conducta imprudente que le llevara a ignorar el imperativo. Pero si, como parece más lógica (38), se interpreta el adjetivo como expresión de la notoriedad del hecho, pudiera llegar a afirmarse la responsabilidad del juez en este caso, dándose así un tipo especial de calificación de una conducta culposa equiparada a la dolosa en penalidad.

b) La distinción que hace el artículo entre «matrimonio prohibido por la ley» y «matrimonio en que concurra algún impedimento» es también fuente de perplejidades.

El origen de la distinción se halla igualmente en el Código de 1848. Como en la época la única forma de matrimonio legalmente reconocida era la canónica, el legislador, para proteger con una sanción penal las prohibiciones de simple derecho civil, se vió precisado a establecer en el artículo 393 (39)—antecedente más inmediato del actual art. 478—la distinción entre «matrimonios prohibidos por la ley civil» y matrimonio «para el cual haya algún impedimento canónico». Aparecían así reforzadas penalmente, tanto la legislación civil como la canónica, en la materia de prohibiciones matrimoniales.

Pero el Código penal de 1870, en su afán de concordar el precepto con

(37) Los comentaristas patrios, siguiendo la orientación iniciada por ALVAREZ y VIZMANOS (op. cit., pág. 431), vinieron afirmando que aunque el Código no hacía expresa referencia a la comisión dolosa, solamente debía entenderse que hablaba el artículo de la autorización «a sabiendas, excluyendo así la posibilidad de que el delito pudiera ser cometido por culpa. (Cfr. PACHECO: Op. cit., pág. 238; VIADA: Op. cit., pág. 281). Con más acierto, LASERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho civil y penal de España*, 5.ª ed. Madrid, 1885, t. III, pág. 289) sólo excluían la responsabilidad del autorizante que hubiera procedido por error si éste no les era imputable, lo que equivale a admitir la responsabilidad del que obra por error imputable, esto es, negligentemente. Doctrina ésta que aparecía como la más admisible en la legalidad derogada, toda vez que el Código señala en el artículo 565 la forma culposa de la responsabilidad aplicable a todos los delitos en los que el dolo no constituya elemento del tipo, a través de la exigencia de una forma específica (dolo específico o elemento subjetivo del injusto, como quiera llamársele) lo que no ocurría en el derogado artículo 478 y sí ocurre en la nueva redacción de ese precepto.

(38) Decimos que parece más lógica esta interpretación, en cuanto que para expresar el conocimiento *ex officio* del Juez bastaba la referencia a la denuncia en el expediente, y en lo que respecta a la experiencia privada del Juez difícil será probar un elemento subjetivo, cual es ese del conocimiento de un hecho que no podrá presumirse, dada la redacción del precepto penal.

(39) Este artículo pasó a ser el 403 en el Código penal reformado de 1850.

las disposiciones de su coetánea Ley de Matrimonio civil, suprimió los adjetivos civil y canónico, lo que si era lógico por lo superfluo de una referencia a la disciplina eclesiástica, a la sazón no reconocida por el Estado, creó en cambio un evidente confusioismo, por cuanto es difícil buscar el «quid» de la diferenciación entre matrimonio prohibido por la ley y matrimonio con impedimento desde el instante que todo impedimento tiene por origen una prohibición legal.

La confusión llega al máximo cuando, reconocido de nuevo el matrimonio canónico, se conserva la redacción del precepto sin restablecer la distinción entre matrimonios prohibidos *civilmente* y los prohibidos *canónicamente*.

Y en el texto reformado vuelve a acentuarse la dificultad de aclaración de cuáles puedan ser los matrimonios prohibidos por la ley con una prohibición que no constituyan impedimento. Hemos ya visto cómo tanto las prohibiciones del artículo 45 como las de los artículos 83 y 84 son consideradas constitutivas de impedimentos. Fuera de ellas no existen otras prohibiciones legales que algunas administrativas (matrimonios de diplomáticos con extranjeras, prohibidos por la ley de 23 de noviembre de 1940, artículo 2, por ejemplo) o las que puedan derivarse de no observar las formalidades señaladas en los artículos 86 y siguientes del Código civil o de lo establecido en el artículo 101, números 2, 3 y 4. Pero así resulta una incriminación de hechos un tanto arbitrario en cuanto se equipara en sanción al juez municipal que interviene en un matrimonio bigamo con sus graves consecuencias y al que autoriza un matrimonio en el que concurre una simple prohibición administrativa que no afecta a su validez.

La citada arbitrariedad es aún más patente si consideramos que al establecer penalidad distinta para el matrimonio en que concurre un impedimento dispensable o no dispensable se ha omitido toda referencia al carácter impediante o dirimente del mismo. Y como de las simples prohibiciones del artículo 45 (impedimentos impediotes, que no provocan la nulidad del matrimonio en que concurren) sólo es dispensable una de ellas (la 2.ª, cfr. cit. 85) resulta que el juez se hace acreedor a mayor pena si interviene en un matrimonio con impedimento impediante no dispensable, matrimonio ilícito, pero válido, que si autoriza un matrimonio con impedimento dirimente dispensable, que a más de ilícito resulta nulo. Otra vez nos encontramos cómo hechos con resultado más grave (nulidad) son menos sancionados que otros de consecuencias sociales más leves (matrimonio válido con sólo las sanciones del artículo 50). Y todo ello sólo por no aceptar en la tipificación del delito el resultado de nulidad como núcleo de la antijuricidad del hecho.

c) La nueva redacción del artículo 478 ha borrado toda referencia al eclesiástico como sujetos activos de este delito, hecho que ciertamente no se compagina con el expreso reconocimiento que del matrimonio canónico hace la legislación civil, lo que trae como consecuencia que el sacerdote que administra el Sacramento del Matrimonio realice a la par un acto que produce dentro del orden civil efectos plenos.

Rómese también aquí con nuestra tradición histórica en la materia

que vino estableciendo penas diversas para los eclesiásticos que intervinieron como tales en la celebración de matrimonio en el que concurriera algún obstáculo legal. Así en las Partidas (ley 4, tít. III, P. IV) y Novísima Recopilación (ley 18, tít. 2, lib. X).

Igual hicieron nuestros Códigos penales:

El Código penal de 1822 establecía sanciones especiales para el provisor, vicario eclesiástico, párroco, notario o cualesquiera otros funcionarios públicos eclesiásticos o civiles que autorizaren, permitieren o cooperaren al matrimonio que envolviera delito de bigamia (art. 548), o un matrimonio clandestino (art. 554), o al contraído por personas no habilitadas con la licencia que la Ley requiere (art. 558), estableciéndose además la peculiaridad de sancionarse su intervención en un matrimonio bigamo, cuando ocurriese por culpa y no por dolo (art. 550, párr. 2). El Código de 1848, con mejor conocimiento de la situación legal en cuanto a la celebración de matrimonios, que en su vigencia había de adoptar la forma canónica, estableció la incriminación para el eclesiástico que autorizare matrimonio prohibido por la ley civil o para el cual haya algún impedimento canónico, estableciendo penalidades distintas según este impedimento fuera o no dispensable (art. 393, que en el Código de 1850 pasa a ser el 403). Por la misma razón de concordancia con la legislación civil vigente, el Código de 1870, a la vista de la Ley de Matrimonio civil que negaba la validez de los matrimonios canónicos, sustituyó la incriminación del eclesiástico por el juez municipal. Y como, derogada aquélla, cuando los Decretos de 1875 se concedió al matrimonio canónico efectos civiles, apareciera en el Código penal una laguna al no incriminarse al eclesiástico que autorizare matrimonio canónico en las condiciones que señalaba el artículo 403 del Código de 1870, la R. O. de 28 de agosto de 1882 estableció que las penas de aquel artículo se aplicarían a los curas párrocos en iguales circunstancias, remediando así tal omisión.

El Código de 1928 reguló con minuciosidad quizá excesiva la participación cualificada en los matrimonios ilegales, considerando como delito: la autorización de matrimonio por Autoridad eclesiástica o funcionario del Registro civil no competente o sin que hubieran precedido las moniciones canónicas o la fijación de edictos y proclamas (art. 658); la autorización de matrimonio de extranjero con española sin acreditar su libertad conforme a las leyes de su país (art. 659), y el autorizar matrimonio prohibido por la ley o para el cual haya algún impedimento, distinguiendo según fuviera carácter dispensable o no (art. 660).

El Código de 1932 conservó la redacción del de 1870, y es de suponer se entenciera derogada la R. O. de 1882, por lo menos en tanto estuvo vigente la legislación republicana que negaba validez al matrimonio canónico (40).

Y el legislador de 1944 al conservar íntegra la fórmula de 1870 no olvidó considerar a los eclesiásticos como posible sujeto activo de este delito.

(40) Durante el intervalo entre la derogación de la legislación republicana en materia matrimonial y la publicación del Código penal de 1944, la consideró vigente SÁNCHEZ TEJERINA. Cfr. *Derecho penal español*. Madrid, 1942, t. II, pág. 298.

Sin embargo, el texto reformado, al no mencionar al eclesiástico como sujeto del tipo del artículo 478, provoca respecto a los mismos una anómala situación:

Ante todo hay que tener en cuenta que el artículo 478 representa una tipificación especial de una forma de participación en el delito. El autorizante de un matrimonio ilegal, especialmente sancionado en un artículo del Libro II del Código (el art. 478), no podrá ser considerado como coautor o cómplice de aquel delito. No juegan para él las reglas generales de la participación por exigencias del principio de especialidad. Pero ello produce como consecuencia que al suprimir la referencia a los eclesiásticos como sujetos activos del delito especial del artículo 478 entren en juego las reglas generales y resulten privados del trato de favor que, al igual que el juez laico autorizante de un matrimonio civil, venían recibiendo (41). En lo sucesivo el eclesiástico que autorice un matrimonio generador de bigamia o en el que concurra un impedimento dirimente no dispensable se convierte en coautor de un delito de los artículos 471 ó 472, respectivamente, haciéndose reo de una pena muy superior a la establecida en el artículo 478 para el juez municipal que observase igual conducta.

Cierto que respecto al delito de bigamia podría argumentarse que en nuestro derecho, dada la redacción del artículo 471, aparece configurado como un «delicta propria», en el que el autor ha de venir cualificado por la especial circunstancia de estar unido por un matrimonio anterior no válidamente disuelto (42).

Pero prescindiendo de que, como ha destacado Bettiol (43), no puede excluirse sistemáticamente la posibilidad de una participación del sujeto «extraneo» en un delito propio, so riesgo de dejar impune a la persona que con su actividad ha determinado o contribuido a la ejecución de tal delito propio, lo cierto es que en la bigamia se ha venido sistemáticamente admitiendo la posibilidad de la participación criminal de terceros, desde que Carrara resolvió el problema del tercero que conscientemente ayuda al bigamo a engañar al segundo cónyuge, ignorante del vínculo precedente, en el sentido de afirmar su responsabilidad como cómplice de bigamia (43). Es más, se ha señalado por Pisapia (44) como, a diferencia de muchos Códigos preunitarios y de algunos proyectos anteriores al Código Zanardelli, tanto éste como el de Rocco no previeron especialmente el hecho del oficial del estado civil o del ministro del culto que cooperaran a la celebración del matrimonio bigamo por estimar que eran suficientes las normas generales sobre la participación delictiva (45).

(41) Bien se nos alcanza que no fué ésta la intención del legislador, mas es lo cierto que se ha llegado a tan imprevisto resultado.

(42) Tal argumento ya no es válido para el delito del artículo 472, en el que la concurrencia del impedimento aparece como un elemento objetivo del tipo y no cualificador del sujeto activo.

(43) Cfr. BETTIOL: *Diritto penale*. Palermo, 1960, págs. 422 y sigs.; y *Sul reato proprio*. Milano, 1939, págs. 82 y sigs. En igual sentido, cfr. MORO: *Sul fondamento de la responsabilità giuridica dell' estraneo que partecipi a reato proprio*, en «R. Giur. ital.», 1948, IV, pág. 25.

(44) F. CARRARA: *Programma del Corso, di diritto criminale*. Parte speciale, § 1.046.

(45) G. DOMENICO PISAPIA: *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, págs. 480 y sigs.

En nuestra patria, tanto los autores que se ocupan del tema como la doctrina jurisprudencial, admiten también el carácter de partícipe criminal en el delito de bigamia del tercero que pueda haber contribuido de manera directa a la ejecución de la bigamia (Ferrer Sama). Es más, no falta quien, como Quintano (46), llegue a afirmar que pese a la especialidad del artículo 478, dada la benignidad de la sanción de este artículo, que más parecía referirse a conducta profesionales negligentes (como las prevaricaciones del art. 355) que no a verdaderas participaciones dolosas, si éstas se dan, debieran entrañar una concreta calificación de coautoría.

En cuanto al Tribunal Supremo, en un principio pareció inclinarse a la consideración de los delitos de matrimonios ilegales como *delicta propria*, cuando menos en los casos del artículo 490 del Código penal de 1870 que penaba a la viuda que contrayere segundas nupcias antes del *tempus lugendi*, pues en la sentencia de 6 de julio de 1876 declaró que la penalidad comprendida en dicho artículo «únicamente alcanza a la viuda sin que quepa hacer incurrir en las prescripciones del artículo, ni en concepto de codeficientes ni en el de cómplices, a otras personas que a las exclusivamente en él designadas». Y después de hacer una referencia a la incriminación especial del juez municipal y eclesiástico autorizantes del matrimonio, añade que puesto que la Ley no puede comprender en tal artículo al eclesiástico «ni ha mencionado siquiera al cónyuge, «no deben éstos en concepto alguno ser reputados como culpables con motivo del acto cualificado» y «que obrar de otro modo en el presente caso sería infringir el inconcuso principio de derecho, por todos los legisladores sancionado, de que las leyes penales no pueden ampliarse interpretativa o inductivamente aplicarse».

Los argumentos de esta sentencia son muy poco convincentes, pues, aparte de no ser del todo cierto de que en Derecho penal no quepa la interpretación extensiva (47), ya que lo único vedado es la aplicación analógica de los tipos penales, precisamente un amplio sector de la doctrina viene afirmando que las normas sobre la participación criminal tienen carácter *extensivo*, en cuanto, si bien en principio tan sólo pueden considerarse autores responsables de un delito los que realizan la conducta típica, la aplicación de las reglas sobre concurso de delincentes contenidas en la parte general de los Códigos permiten *extender* la responsabilidad por el hecho punible a otras personas que, sin realizar la acción descrita por el verbo núcleo del tipo, cooperaren moral o materialmente a la producción del resultado punible. Y lo cierto es que no sólo ha venido castigando sistemáti-

(46) Cfr. en sentido favorable a la admisión de la participación, en Italia: RICCIO: *La bigamia*. Napoli, 1934, págs. 267 y sigs.; MANZINI: *Tratato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*. Torino, vol. VI, pág. 702; TOZZI: *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglia*. «Enc. di dir. pen.», 1909, págs. 44 y sigs.; DURANTE: *Bigamia*, en «Digesto italiano», V, págs. 697 y sigs.

Para la doctrina alemana, cfr. LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 25.ª Auf., 1927, § 115; NIETHAMER: *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*. Tübingen. Mohr, 1950; pág. 103.

(47) Cfr. FERRER SAMA: *Noción y características del delito de bigamia*, en «AN. DE D.O. PEN.», t. I, fase. I, enero-abril, 1948, pág. 29. Cfr. en sentido análogo, aunque los considere simples cómplices, VLADA: *Código penal reformado de 1870*, 4.ª ed. Madrid, 1890, t. III, pág. 417.

camente como coautor de la bigamia al cónyuge libre que contrae el segundo matrimonio con conocimiento del vínculo anterior que liga al otro contrayente, sino que el propio Tribunal castigó como cómplice de bigamia al testigo que aseveró el estado de soltería de una persona casada para que pudiera contraer segundo matrimonio (S. 11 julio 1891).

Las consecuencias de esta posibilidad de sancionar como partícipe en el matrimonio ilegal al eclesiástico que lo autoriza se presentan aún más graves si consideramos que a diferencia del artículos 478, que, como vimos, sólo admite en su comisión la forma dolosa de la culpabilidad, los matrimonios ilegales, especialmente la bigamia, son en nuestra legalidad susceptibles de ser cometidos por imprudencia. Así lo ha venido entendiendo nuestra doctrina desde que Groizard (48) afirmó el carácter culposo de la bigamia consentida por el que contrae segundo matrimonio abrigando dudas sobre su estado de libertad o sin haber apurado los medios para disiparlas (49). Y ello porque, aunque en la doctrina extranjera es corriente la afirmación de que la bigamia sólo puede adoptar forma dolosa (50), en nuestro derecho positivo la amplitud de la redacción del artículo 565 obliga a admitir la posibilidad de su imputación a título de culpa, habiendo destacado ya Quintano (op. cit., pág. 417) que «a la posibilidad legal hay que añadir en este supuesto, la verosimilitud y hasta la justicia de que así sea» (51). Por su parte, el T. S. ha condenado por imprudencia, en sentencia de 1 de abril de 1882, a quien contrajo ulterior matrimonio sin practicar las gestiones conducentes a desvenecer las dudas que decía tener sobre la subsistencia del primero, y aunque en sentencias de 19 de abril de 1913 y 14 de diciembre de 1918, rechazó la existencia de bigamia culposa, lo hizo por afirmar que los hechos en ellas juzgados fueran cometidos con dolo y no por simple imprudencia (52).

Si nos hemos detenido un poco en el examen de este problema de la posible responsabilidad penal del eclesiástico autorizando el matrimonio en el delito de bigamia es porque la cuestión tiene especial interés al continuar persistiendo, tras el Concordato de 1953 y la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, el problema de la subsistencia y validez de los matrimonios civiles celebrados por católicos durante la legislación republicana, que tanta casuística de bigamia han proporcionado a nuestros Tribunales (53). Tales matrimonios siguen siendo válidos y reconocidos por el Es-

(49) Vid., fundamentalmente, para el problema de la interpretación extensiva, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires, t. II, §§ 653 y 657.

(50) GROIZARD: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. 1812, Vol. V, pág. 562.

(51) Cfr. en idéntico sentido, FERRER SAMA: *Op. cit.*, pág. 562.

(52) Aunque en los prácticos se admitió la posibilidad y la punibilidad de la bigamia culposa, en el caso de que el bigamo no hiciese las oportunas averiguaciones para asegurarse de la muerte del primer cónyuge (cfr. PUTTMANN: *Elementa*, § 680; KOCH: *Sustitutiones*, § 330, cit. por CARRARA: *Programma*, § 1.945, nota 2), desde CARRARA (loc. cit.) viene sosteniendo la doctrina italiana que no es admisible la bigamia culposa (Cfr. MANFREDINI: *Delitti contro il buon costume*, en «Tratatto», de Floriani, Vol. IX, pág. 386; MANZINI: *Op. cit.*, pág. 762; PISAPIA: *Op. cit.*, pág. 468; RICCIO: *Op. cit.*, pág. 288). En la doctrina alemana, cfr. NIETHAMER: *Op. cit.*, pág. 103.

(53) Doctrina intermedia sostienen RODRÍGUEZ MUÑOZ y JASO ROLDÁN. (Cfr. ANTÓN y RO-

tado, aunque para la Iglesia carezcan de existencia. Por esto mismo los párrocos no suelen tener inconveniente en autorizar un matrimonio canónico de quien, si bien casado civilmente, no está ligado por ningún impedimento de derecho eclesiástico. En tales casos se da un delito de bigamia (cfr. S. T. S. 24-XI-1943; 14-I-1955 y 27-I-1956), del que es partícipe doloso el eclesiástico que, con noticia del primer matrimonio civil, celebrase un segundo matrimonio canónico, en contra de lo dispuesto en el artículo 51 del Código civil y el 471 del Código penal (y aun en contra de las disposiciones eclesiásticas. Cfr. Resolución de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 2 de julio de 1917 y la Institución de la misma Sagrada Congregación de 1 de julio de 1929, artículo 18, que ordenan no admitir al matrimonio canónico a los que no puedan celebrarlo civilmente). La circunstancia de que no se conozca en la Jurisprudencia ningún caso de condena de un párroco que autorizara uno de esos matrimonios es sólo una muestra de la ponderación con que en la materia han obrado los órganos del Estado y del respeto que han venido guardando hacia la posición de la Iglesia y de las personas de los clérigos. Sin embargo, tal hecho no representa la ausencia de antijuricidad de la conducta, sino la falta de persecución del delito cometido.

En el caso concreto que comentamos (matrimonio canónico del católico unido a un tercero por vínculo civil) la posición del eclesiástico se ha hecho más segura después del Concordato, porque éste será uno de los pocos casos en que los Ordinarios puedan, justificadamente, denegar la autorización para proceder, al amparo del artículo XVI de aquél. Pero ello tampoco implica la inexistencia del delito, sino su impunidad, situación que no creemos pueda satisfacer a la Iglesia, obligada a hacer uso de un fuero que extraiga de la jurisdicción civil al clérigo imputado, con la inevitable secuela de celos y antipatías que toda situación de privilegio lleva consigo. Quizá la solución pudiera encontrarse en otro plano que trasladase el problema del terreno de la punibilidad al de la ilicitud del acto, alegando que el párroco autorizante de tales matrimonios obraba en el cumplimiento de sus deberes de administrar los Sacramentos a los feligreses que lo solicitasen (cfr. Código civil 94 y 682). Pero para ello sería menester que no concurriese ninguna prohibición canónica (y habría que valorar en consecuencia el alcance de la Instrucción y Resolución citadas) y, sobre todo, que se demostrase que no le afectan, en cuanto súbdito del Estado, las prohibiciones por éste impuestas, todo lo que hace que sea muy dudoso pueda prosperar la delegación de esa causa de exclusión del injusto.

CONCLUSIONES

El Capítulo de los matrimonios ilegales, tal como quedó redactado tras la reforma de 24 de abril de 1958, sigue adoleciendo de evidentes defectos,

DRIGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, Parte especial, por RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO y RODRÍGUEZ DEBESA, Madrid, 1949, pág. 26), que rechazan la posibilidad de comisión culposa para el que contrae matrimonio con el cónyuge, admitiéndola, pues, implícitamente para éste.

que producen consecuencias injustas y contradictorias. Especialmente el problema de cuál ha de ser el núcleo de la antijuricidad tipificada en los delitos de matrimonio ilegal, está resuelto en forma que es el origen de los mayores absurdos.

En cuanto al artículo 478, creemos conveniente volver a introducir como sujeto activo al eclesiástico autorizante doloso de un matrimonio ilegal. Para evitar cualquier posible abuso del Poder civil juzgamos es más que suficiente el uso prudente que de la causa de no perseguibilidad del artículo XVI del Concordato puedan hacer los Ordinarios. Lo que sí nos parece absurdo es que la autoridad civil comine a un eclesiástico con la pena de suspensión de cargo público, profesión u oficio, pues sólo a la autoridad canónica compete privar o suspender a los clérigos de sus oficios o beneficios. (Cfr. Código civil 2.278 a 2.283). Respecto a la bigamia estimamos debe subsistir su tipificación especial y *agravada*.

A título de *lege ferendae* nosotros nos atrevemos a proponer la siguiente redacción:

Art. 471: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, será castigado con la pena de prisión menor y multa de mil a veinte mil pesetas».

Art. 472: «El que contrajere matrimonio en el que concurriera un vicio de nulidad, será castigado con pena de prisión menor».

Se extinguirá la acción penal o la pena, en su caso, si el matrimonio fuere sanado en raíz, convalidado o nuevamente contraído, previa la remoción de la causa de nulidad».

Art. 478: «El juez que autorizare a sabiendas un matrimonio nulo, será castigado con la pena de suspensión y multa de cinco a diez mil pesetas».

Si en el matrimonio autorizado concurriera alguna prohibición legal no determinante de su nulidad, la pena será de multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Las penas de multa serán impuestas en los respectivos casos al eclesiástico que autorizase un matrimonio canónico en que concurran aquellas circunstancias».

Art. 479. Conservaría su actual redacción.

(54) CUELLO CALON, en cambio, afirma (op. cit., pág. 660, nota 22) que en estas sentencias el T. S. sentó la doctrina contraria, ya que el excluir la culpa por la existencia del dolo no implica el rechazar el castigo de la imprudencia si ésta se dio en el hecho.

(55) Cfr. sobre este problema nuestro trabajo *El privilegio Paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, en la «Rev. de Leg. y Jur.», en prensa en el instante de redactar esta nota. Vid. especialmente las notas 41, 42 y 43.