

EL DELITO DE BIGAMIA Y SU INCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Asier Martínez Suárez
Universitat de València.

delito de bigamia – bien jurídico protegido – principio de intervención mínima –
constitucionalidad – Derecho comparado
*crime of bigamy – legally protected interest – principle of minimal intervention –
constitutionality – comparative law*

En el presente trabajo se analiza, principalmente, entre otras cuestiones vinculadas, la regulación legal del delito de bigamia en el Código penal español en relación con el principio de intervención mínima, al objeto de determinar si merece ser destipificado o, si en cambio, se encuentra debidamente alojado en nuestro ordenamiento.

This paper analyzes, primarily, among other related issues, the legal regulation of the crime of bigamy in the Spanish penal code in relation to the principle of minimal intervention, with the aim of determining whether it should be decriminalized or, on the contrary, whether it is appropriately included in our legal system.

Recibido: 26/09/25

Publicado: 01/10/2025

© 2025 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad en línea en <http://www.uv.es/recrim>

SUMARIO: I. Introducción. II.2. Bien jurídico protegido en el delito de bigamia. II.2.1. El estado civil civil como bien jurídico protegido del delito de bigamia. II.2.2. La concepción monogámica del matrimonio como bien jurídico protegido del delito de bigamia. II.2.3. Recapitulación y toma de postura. III. Principio de intervención mínima en relación con el delito de bigamia. III.1. Breve aproximación al principio de intervención mínima en Derecho penal. III.1.1. Principio de subsidiariedad. III.1.2. Principio de carácter doblemente fragmentario del Derecho Penal. III.2. El principio de intervención mínima en relación con el delito de bigamia. III.3. Apunte sobre la relación existente entre el delito de bigamia y el fenómeno conocido con el nombre de "huida al Derecho penal". IV. Constitucionalidad del delito de bigamia. IV.1. Con carácter previo al estudio de constitucionalidad: planteamiento de la institución matrimonial y de la monogamia a la luz del derecho canónico. IV.2. Constitucionalidad del delito de bigamia. IV.3. Recapitulación y toma de postura. V. Legislación comparada: tratamiento jurídico del delito de bigamia en Colombia. V.1. Primera cuestión de inconstitucionalidad. V.2. Segunda cuestión de inconstitucionalidad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

El art. 217 del Código Penal (en lo que sigue CP) sanciona que: "El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año". En puridad, el precepto no criminaliza únicamente la bigamia ("contraer segundo matrimonio"), sino también y en sentido más amplio la poligamia ("contraer ulterior matrimonio", esto es, tercer y

subsiguientes matrimonios). No obstante, este apunte no deja de revelarse obvio, pues si se penaliza la bigamia lógicamente también se hace lo propio respecto de la poligamia. Así pues, y por una mera cuestión de economía lingüística, de aquí en adelante simplemente se aludirá al art. 217 CP como delito de bigamia.

El presente trabajo se propone responder a la pregunta de si el delito de bigamia se encuentra debidamente previsto e instalado en nuestra legislación penal, o si por el contrario merece ser destipificado. La respuesta debe necesariamente atender al principio de intervención mínima del Derecho Penal, principio este que al mismo tiempo articula y da coherencia a todo el trabajo.

En otras palabras, se abandona aquí toda pretensión de efectuar un estudio exhaustivo y pormenorizado acerca de todos los elementos del tipo penal (elemento subjetivo del tipo, cuestiones de autoría y participación, iter criminis...). Para ello acuda el lector a la literatura ya elaborada por nuestra doctrina al respecto.

Por lo que a la estructura del trabajo se refiere, se empezará analizando el bien jurídico protegido en el delito de bigamia, para posteriormente dilucidar si el tipo respeta el principio de intervención mínima del Derecho Penal; además, con carácter añadido, se pondrá en tela de juicio la constitucionalidad del delito y se efectuará un breve recorrido por su proceso despenalizador en Colombia; finalmente, se formularán las conclusiones pertinentes.

II. Bien jurídico protegido en el delito de bigamia: estado civil o carácter monogámico del matrimonio

II.1. Concepto de bien jurídico protegido y correlativo análisis

El concepto de "bien jurídico protegido" constituye una de las figuras centrales y nucleares del Derecho Penal, siendo casi unánimemente compartido en nuestro país que, en virtud del principio de ofensividad penal, esta rama del ordenamiento jurídico única y exclusivamente debe ocuparse de prever y sancionar las conductas u omisiones humanas (a salvo queda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, dejando obsoleto el tradicional brocardo *societas delinquere non potest*) que de algún modo lesionen o pongan en peligro un bien jurídico protegido.

De tal modo que en nuestro Derecho Penal vigente no es posible sostener una concepción predominantemente imperativa de la norma penal. Básicamente, la citada doctrina entiende el delito como el simple ánimo o resolución criminal sostenida por el sujeto, pero sin que sea necesario que ello se traduzca en la efectiva lesión o puesta en peligro de bien jurídico protegido alguno. Así, y en línea de ejemplo, el mismo reproche penal merecería un homicidio consumado que un supuesto de delito imposible o tentativa absolutamente inidónea (como puede ser intentar una mujer abortar sin estar embarazada, o intentar causar la muerte de otra persona clavando agujas en un muñeco vudú que la represente, ambas cosas del todo inviables conforme a las propias leyes de la naturaleza), pues lo realmente importante a efectos penales es la determinación adoptada por el sujeto de contravenir la norma penal. Defender una concepción predominantemente imperativa de la norma penal sería tanto como criminalizar los meros pensamientos, contraviniendo el conocido aforismo *cogitationis poenam nemo patitur* (esto es, "los pensamientos no delinquen", pues ningún mal respecto de terceras personas pueden llevar aparejado). En definitiva, la concepción predominantemente imperativa de la norma penal desemboca de manera inexorable en una visión autoritaria del Derecho Penal, al más puro estilo de la novela "1984" de ORWELL.

Una vez asentado lo anterior, procede delimitar debidamente en qué consiste exactamente el concepto de bien jurídico protegido.

De entrada, la protección a la que se hace alusión debe entenderse en lo que ahora concierne como protección penal, pues las diversas situaciones de tutela observadas a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico español en su conjunto no son todas, ni mucho menos, de índole criminal (para cuya constatación basta con asomarse al Código Civil y observar los distintos mecanismos legales de que dispone el acreedor frente al deudor incumplidor en defensa de su crédito).

Por otro lado, ha de indicarse que el concepto propuesto no es susceptible de ser constatado empíricamente, pues, permítase el infantil pero ilustrativo ejemplo, cuando uno va caminando por la calle no percibe visualmente bienes jurídicos protegidos en el sentido de entes corpóreos. Por lo tanto, el concepto de bien jurídico protegido tiene que ser necesariamente de construcción humana y, por ende, artificial. Esto responde a lo que en Derecho Penal se conoce como concepto normativo, por contraposición a los conceptos descriptivos (cuyo conocimiento es alcanzable a través de nuestra experiencia sensible y el lenguaje común, como por ejemplo un tenedor o un ladrillo). No entrañando estos segundos conceptos ninguna dificultad por lo que a su delimitación se refiere, los conceptos normativos requieren de la intervención del legislador a tal efecto. Así, el art. 24 CP define qué se ha de entender por "autoridad" y "funcionario público" en sede penal. Del mismo modo, los arts. 25 y 26 CP definen, respectivamente, los conceptos de "discapacidad" y "persona con discapacidad necesitada de especial protección", así como el de "documento".

No obstante lo anterior, el concepto de bien jurídico protegido no goza de desarrollo y concreción normativo-penal, por lo que supone ser una categoría de conformación eminentemente doctrinal. Con MUÑOZ CONDE., "bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social" (MUÑOZ CONDE, 2019: 54). E igualmente, CARBONELL MATEU y otros: "La determinación de qué bienes jurídicos merecen ser penalmente protegidos (o la de cuáles no merecen serlo) es una tarea de enorme complejidad y probablemente irresoluble. Sin entrar a exponer ahora las distintas formulaciones por las que el concepto ha atravesado, podemos adoptar como punto de partida aquellas que identifican el bien jurídico con las condiciones necesarias para el libre desarrollo de la personalidad del individuo en la vida en sociedad" (CARBONELL MATEU et al, 2015: 17 y 18). Las definiciones ofrecidas atienden a la condición esencialmente social del ser humano, entendida esta como que el hombre está destinado (y, si se quiere, condenado) a vivir en sociedad, de tal modo que el Derecho Penal se erige en aquella rama del ordenamiento jurídico encargada de velar por el respeto a los requisitos más básicos y elementales que han de concurrir en toda convivencia social para que la misma sea pacífica (por ejemplo, el respeto a la vida y a la integridad física de los demás).

Los bienes jurídicos protegidos pueden clasificarse en individuales y colectivos. Mientras que los primeros afectan directa y especialmente a un individuo determinado (por ejemplo, el derecho a la vida), los segundos inciden sobre el conjunto de la sociedad (por ejemplo, la salud pública). Así lo expresa MUÑOZ CONDE: "A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos [dígase el derecho a la vida, a la integridad física, etc.] se les llama "bienes jurídicos individuales", en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados "bienes jurídicos colectivos", que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la

agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc." (MUÑOZ CONDE, 2019: 55). La distinción efectuada reviste especial importancia, porque los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos no castigan las conductas de individuos que, de manera aislada e independiente, no tengan repercusión negativa alguna en la sociedad (por ejemplo, la tenencia de pequeñas cantidades de droga para el autoconsumo es una conducta atípica), en virtud del principio de ofensividad penal. Cabe destacar que, nuevamente con MUÑOZ CONDE "desde una concepción personalista y una visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo" (MUÑOZ CONDE, 2019: 56). Esto es, no podrá establecerse un delito si no concurre un interés humano necesitado de protección penal. En palabras de HASSEMER, "cuanto más difícil sea conciliar una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo" (en CARBONELL MATEU et al, 2015: 20). Dicho interés humano resulta palmario en tipos penales como el homicidio del art. 138 (que protege la vida humana independiente) o las lesiones del art. 147 CP (que protege la integridad física), pero no así en otros como el delito de bigamia del art. 217 CP, objeto de estudio del presente trabajo.

II.2. Bien jurídico protegido en el delito de bigamia

Anticipando lo que en este apartado será objeto de discusión, las dos corrientes más consolidadas acerca de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de bigamia son las siguientes: por un lado, las que lo identifican con el estado civil; por otro, las que lo hacen con el carácter monogámico del matrimonio.

Pero antes que nada, deben siquiera mencionarse algunas posiciones que se han de desdeñar con prontitud.

Tal es el caso de quienes defienden que son las buenas costumbres las que resultan conculcadas en el matrimonio del bigamo, pues para empezar y sin entrar en detalles ya resulta altamente complicado y problemático delimitar qué se ha de entender exactamente por "buenas costumbres".

Asimismo, tampoco puede configurarse el delito de bigamia como una suerte de delictum carnis, al estilo del adulterio (según la RAE, "relación sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge") y del amancebamiento o concubinato (según la RAE, "relación marital sin mediar vínculo de matrimonio", relación marital que implicaría, entre otras cosas, el mantenimiento de relaciones sexuales). Y ello porque del tenor literal del art. 217 CP no se puede derivar que la consumación del delito requiera del concurso de relación sexual alguna entre el bigamo y la persona con la que contrae segundas nupcias, sino que bastaría con la mera celebración del matrimonio. A lo que se añade la despenalización efectuada por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, de los delitos hasta entonces tipificados en el CP de 1973 de adulterio y amancebamiento o concubinato, con la que el legislador ha querido situar extramuros de nuestro sistema penal toda conducta consentida de carácter sexual mantenida a espaldas del matrimonio.

II.2.1. El estado civil civil como bien jurídico protegido del delito de bigamia

Como señalan DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, el matrimonio puede concebirse desde dos puntos de vista: por un lado, como un acto o negocio jurídico de Derecho de Familia, consistente en la voluntad recíproca de los contrayentes de unirse en matrimonio (lo que en Derecho Canónico recibe el nombre de matrimonio in fieri); por otro, como el estado civil de casado, por contraposición al de

soltero (lo que en Derecho Canónico se conoce como matrimonio in facto esse). Es esta segunda concepción la que ahora interesa. Según los citados autores, "el matrimonio como estado es el vínculo o relación jurídica que se constituye entre las partes, como consecuencia de la realización del negocio. Este vínculo reviste las características asignadas al concepto de relación jurídica, pues es una situación orgánica y establemente regulada por el ordenamiento jurídico, cuyo contenido se regula de manera imperativa por los arts. 67 y 68 del CC," (Código Civil, en adelante CC) "que determinan los deberes que configuran el estado civil de casado" (DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2021: 55). Básicamente, esos deberes conyugales son cinco: el deber de convivencia, el deber de asistencia y socorro mutuo, el deber de respeto, el deber de fidelidad y, por último, el deber de actuar en el interés de la familia. Especial mención merece realizarse acerca de los deberes de convivencia y fidelidad: mientras que el primero es de carácter instrumental a todos los demás (esto es, los antecede o preexiste a ellos, al tiempo que los vehicula), el segundo implica "la obligación de cada uno de los cónyuges de abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros" (DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2021: 79).

Habiendo ya delimitado el matrimonio por lo que se refiere al estado civil que de él dimana, procede estudiar si dicho estado civil puede constituirse en el bien jurídico protegido del delito de bigamia.

En primer lugar, deben desecharse algunas corrientes de pensamiento que resaltan aspectos concretos del estado civil y los elevan a la categoría de bien jurídico protegido en el delito de bigamia.

Tal es el caso de la fe pública relativa al estado civil. Según esta concepción, el delito de bigamia vendría a sancionar la falsa declaración emitida sobre el estado civil que se posee, existiendo por tanto una discordancia entre lo que se dice (ser soltero) y lo que realmente sucede en el plano jurídico (ostentar la condición de casado). En otras palabras, el delito de bigamia no sería más que la eventual concreción en sede matrimonial de otras conductas delictivas genéricas, como puedan ser las falsedades documentales (arts. 390 y ss. CP). Esta tesis recibe principalmente dos críticas. La primera proviene de PÉREZ FERRER, que sostiene lo siguiente: "(...), es suficiente la protección penal que ya ofrecen figuras delictivas genéricas, como la estafa o las falsedades (...), sin que exista necesidad de crear tipos específicos para tutelar estas mismas conductas en el marco de las relaciones matrimoniales. Por lo demás, no cabe imaginar conductas que supongan atentados a derechos subjetivos en el marco del matrimonio que no quepa subsumir en los delitos antes referidos" (PÉREZ FERRER, 2020: 8). Por su parte, MIR PUIG añade que, "aun suponiendo que la bigamia tuviese como fundamento la fe pública, debería probarse que en el Código penal encierra mayor gravedad que las falsedades genéricas; (...)" (MIR PUIG, 1974: 437), lo que lógicamente implicaría anudar al delito de bigamia una mayor penalidad. Sin embargo, esto no se observa ni en el anterior CP de 1973 ni en el vigente (de 1995). Así, actualmente se prevé una pena de 6 a 12 meses de prisión para el delito de bigamia (art. 217 del CP), mientras que para las falsedades documentales cometidas por particulares, ya sea en documento público (art. 392 del CP) o privado (art. 395 del CP), se disponen respectivamente unas penas de 6 meses a 3 años y de 6 meses a 2 años de prisión.

Igualmente, con MIR PUIG, debe descartarse como bien jurídico protegido del delito de bigamia el denominado status conyugal, compuesto por el catálogo de derechos de que goza el cónyuge por el mero hecho de serlo. Básicamente, ello se debe a la configuración del delito de bigamia como un delito público, lo que conlleva que su

persecución penal no quede exclusivamente a merced del cónyuge ofendido. Además, si el bien jurídico protegido fuera el status conyugal, el consentimiento del cónyuge primigenio al nuevo matrimonio celebrado por su consorte erradicaría toda relevancia penal posible de esas segundas nupcias, lo que no acontece así.

Según la doctrina tradicional en la materia, "lo fundamental de la celebración de matrimonios ilegales es que no genera los efectos jurídicos propios de la institución, con lo cual, se afecta al estado civil. No se trata, pues, de la defensa del matrimonio como institución básica de la familia, sino del derecho de toda persona a tener un determinado estado civil que es indisponible e inmodificable unilateralmente. Esto último es lo protegido, y no una determinada forma de matrimonio" (PÉREZ FERRER, 2020: 4).

De entre todas las voces adscritas a la señalada doctrina tradicional, actualmente minoritaria, resulta especialmente reseñable la posición mantenida por ALENDA SALINAS. Seguramente, lo más característico de su pensamiento en torno al tema tratado consista en la "defensa en negativo" del estado civil como bien jurídico protegido, o lo que es lo mismo, en descartar la viabilidad de la concepción monogámica del matrimonio como bien jurídico protegido, imposibilidad a la que asocia la consecuencia de tenerse que optar por el estado civil como objeto de protección del tipo penal. Este autor constata cómo nuestro ordenamiento jurídico-penal permite calificar como matrimonio bigamo, y por lo tanto delictivo, aquel que sucede a otro celebrado con anterioridad pero no conformado de acuerdo a Derecho, esto es, nulo, cuando tal nulidad aún no haya sido declarada. Así, sigue el autor, en modo alguno puede atentarse contra la monogamia del matrimonio contraerse segundas nupcias cuando las primeras no son jurídicamente válidas. Concretamente, ALENDA SALINAS argumenta que: "(...), no debe desconocerse que si el bien jurídico protegido por este ilícito criminal es el matrimonio monogámico, únicamente se puede dar el delito y reclamar la protección penal cuando haya un verdadero y válido matrimonio. Sólo en este último caso surge ciertamente el impedimento de vínculo y se constituye la unión monogámica, tanto en Derecho canónico como en Derecho civil". Y también: "Si se estima que el bien jurídico tutelado es la monogamia, la unidad conyugal, el Derecho Penal cumplirá su función en cuanto proteja un verdadero matrimonio, con la monogamia que conlleva; sin embargo, se extralimita - así lo entendemos al menos en términos jurídicos estrictamente rigurosos- si pretendiendo esa garantía, lo hace sólo de una apariencia fáctica, que en los supuestos más extremos puede incluso no existir si se encuentra rota la convivencia conyugal, cuando realmente el matrimonio no es válido" (ALENDA SALINAS, 1999: 31).

II.2.2. La concepción monogámica del matrimonio como bien jurídico protegido del delito de bigamia

Hoy en día, la doctrina mayoritaria coincide en señalar la concepción monogámica del matrimonio como el bien jurídico protegido del delito de bigamia.

La principal razón de peso de que se hace uso consiste en atender a la función sistemática del bien jurídico protegido. Según dicha función sistemática, los delitos residenciados en el CP quedan estructurados y agrupados atendiendo al bien jurídico en cuestión que tutelan. De tal forma que, por ejemplo, todos los preceptos previstos en el Título I del Libro II del CP (concretamente, arts. 138 a 143 bis), que lleva por rúbrica "Del homicidio y sus formas", protegen la vida humana independiente.

Pues bien, hasta el año 1995, con la promulgación del CP vigente, el delito de bigamia se encontraba residenciado en un Título con el nombre de "Delitos contra el estado civil de las personas", estándolo ahora en el Título XII del Libro II, relativo a "Delitos contra las relaciones familiares". Esto induce a pensar que el bien jurídico

efectivamente protegido en el delito de bigamia no es otro que una determinada concepción del matrimonio y de la familia, cual es la monogámica, que por lo demás está sobradamente aceptada y asentada en Occidente. En definitiva, la bigamia atentaría no ya contra el cónyuge ofendido, sino contra la sociedad en su conjunto, en tanto en cuanto vendría a socavar el modelo de vida personal y familiar que hemos decidido darnos. De tal modo que el bien jurídico protegido por el delito de bigamia sería de índole colectiva. En este sentido ya se pronunció, con carácter previo al CP de 1995, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986, al establecer en su Fundamento Jurídico Primero que el delito de bigamia "(...) supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior. (...)". Y del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 14 de julio de 2015, cuando dispone que el bien jurídico protegido en el delito de bigamia es "(...) el interés público en asegurar el orden jurídico matrimonial establecido por el Estado en atención a las importantes consecuencias personales y patrimoniales derivadas del vínculo matrimonial".

La opinión sostenida por la doctrina mayoritaria queda perfectamente representada en la figura de MIR PUIG. Este autor, partiendo de la premisa de la concepción monogámica del matrimonio como bien jurídico protegido, matiza que el estado civil resulta objeto de tutela mediata o indirecta en el delito de bigamia. Lo expresa de la siguiente manera: "Todo delito de matrimonio ilegal ataca al matrimonio como acto, (...) y no deja por ello de tener relación con el estado civil matrimonial: toda celebración prohibida de matrimonio supone el uso prohibido de la fuente del estado civil matrimonial. Por la misma razón, si el art. 471 protege el matrimonio como acto, por medio de la protección del principio monogámico, ha de tutelar al mismo tiempo la fuente del estado civil matrimonial y, con ello, mediatamente, el estado civil mismo" (MIR PUIG, 1974: 440)¹.

II.2.3. Recapitulación y toma de postura

Como se ha puesto de manifiesto, deben descartarse de plano las siguientes propuestas en relación con el bien jurídico protegido del delito de bigamia: las buenas costumbres (por la indeterminación del propio concepto), el *delictum carnis* (si se atiende al hecho de que la consumación del delito no requiere del concurso de relación sexual), la fe pública relativa al estado civil (pues quedaría subsumida en otras conductas delictivas genéricas, como las falsedades) y el status conyugal (dado que el eventual consentimiento prestado por el cónyuge del bigamo no restaría ni un ápice de importancia al injusto penal).

Por lo tanto, los dos planteamientos que han de tenerse finalmente en cuenta son, por un lado, el que considera que es el estado civil el bien jurídico protegido buscado (sostenido por la doctrina minoritaria), y por otro, el que entiende que lo es la concepción monogámica del matrimonio (sostenido por la doctrina mayoritaria). Por lo que respecta a este trabajo, en lo que sigue se adopta la tesis de la corriente doctrinal predominante (concepción monogámica del matrimonio como bien jurídico protegido del delito de bigamia). Bien es cierto que, como indica ALENDA SALINAS, podría llegar a defenderse el estado civil como bien jurídico protegido en los casos en que el primer matrimonio es nulo, nulidad matrimonial que, según el autor, en modo alguno sería apta

¹ La referencia al art. 471 lo es al Código Penal de 1973, ahora art. 217 del Código Penal vigente, de 1995.

para encarnar el valor de la monogamia supuestamente tutelado. Con todo, se presentan mucho más convincentes, además de ser más numerosas, las razones que llevan a considerar la concepción monogámica del matrimonio como bien jurídico protegido del delito de bigamia. Concretamente son tres: en primer lugar, fácticamente no todo matrimonio preexistente es nulo, por lo que el argumento de ALENDA SALINAS no agota ni mucho menos todas las realidades criminales posibles; en segundo lugar, si se atiende a la función sistemática del bien jurídico protegido y al cambio de localización del delito de bigamia en el CP (antes bajo el Título de "Delitos contra el estado civil de las personas", ahora en "Delitos contra las relaciones familiares"), parece derivarse que el legislador ha querido excluir el estado civil como bien jurídico protegido en favor del carácter monogámico del matrimonio; por último, con MIR PUIG, S., podría llegar a conciliarse el carácter monogámico del matrimonio con el estado civil, siendo el primero objeto directo de tutela del delito de bigamia, quedando relegado el segundo a objeto mediata, indirecta o secundariamente protegido.

III. Principio de intervención mínima en relación con el delito de bigamia

III.1. Breve aproximación al principio de intervención mínima en Derecho penal

Uno de los principios limitadores del ius puniendi del Estado es el de intervención penal mínima. Es más, no se trata de un principio cualquiera, sino que es aquel que viene a informar sobre qué situaciones son penalmente tutelables y cuáles no.

El principio de intervención penal mínima implica que "el poder punitivo se emplee el mínimo posible para conseguir tutelar el máximo de los bienes jurídicos (es decir, para que las libertades de los ciudadanos sufran los mínimos ataques posibles)" (TOMÁS-VALIENTE, 2015: 27). La restringida operatividad del Derecho Penal que promulga este principio responde a la relación, siempre en tensión, entre seguridad y libertad, constituyendo un juego de suma cero: a mayor seguridad, menor espacio para las libertades individuales y colectivas, pues estas podrán fácilmente ser restringidas o cercenadas en aras de reprimir la delincuencia; inversamente, a mayor libertad menor seguridad, pues inexorablemente la convivencia social genera tensiones y conflictos que ponen en peligro bienes jurídicos, debiéndose proteger al respecto tanto al individuo como a la sociedad.

En casos extremos, potenciar sobremanera la seguridad en detrimento de la libertad desemboca en un modelo de Derecho Penal inspirado en la doctrina de la "tolerancia cero", que tiene como precursores a WILSON y KELLING, siendo fuertemente implantada en Estados Unidos a partir de los años ochenta. A los efectos de defender el modelo de tolerancia cero, los citados autores se sirven de su "teoría de las ventanas rotas", perfectamente resumida por LANDROVE DÍAZ cuando dice que: "Afirman," [WILSON y KELLING] "en esencia, que la más eficaz forma de luchar contra las grandes patologías criminales radica en la severa persecución, día a día, de los pequeños desórdenes sociales, incluso de los que no siendo constitutivos de delito resultan molestos para los ciudadanos o les ofrecen una imagen degradada de su entorno: (...), la petición agresiva de limosna, (...), la insistencia de quienes pretenden lavar los limpiaparabrisas de los vehículos detenidos ante un semáforo, la presencia de los sin techo, (...)" . Y sigue: "Comportamientos todos que –entienden– deben reprimirse severamente por una policía renovada que sea genuina intérprete del común sentir de los ciudadanos y actúe antes, incluso, de que el delito haya sido cometido. El orden debe ser restaurado a toda costa, por lo que significa de respeto para los valores tradicionales de la comunidad, y criminalizada la pobreza, sobre todo la que se ve por mostrarse en público, la que resulta molesta, la que puede provocar incidentes. Es la añeja formulación reactivo-

represiva que, ignorando las causas de la conflictividad social, incide –exclusivamente– en sus manifestaciones". Para acabar concluyendo que: "Para WILSON Y KELLING, cuanto más degradado y abandonado se muestre el ambiente urbano, hasta el punto de convertirse en territorio de comportamientos delictivos o -simplemente- desviados, más probable resulta su conversión en escenario de los más graves crímenes. Y ejemplifican al respecto: una ventana rota y no reparada constituye una señal de que nadie vigila, nadie cuida y, por ello, romper más ventanas no tiene consecuencias; si no se repara de forma urgente, en algún momento alguien entrará con intenciones criminales en el edificio" (LANDROVE DÍAZ, 2009: 30-31).

El polo opuesto (de máxima libertad, entendida como ausencia de toda injerencia estatal) viene representado, en palabras de HOBBS, por una suerte de "guerra de todos contra todos", esto es, por un estado de naturaleza en el que "el hombre es un lobo para el hombre" (*homo homini lupus*). En ese estado de naturaleza, ni siquiera la vida y la propiedad del hombre están garantizadas, dado que no existe instancia supraindividual alguna (dígase Estado) que pueda imponer coactivamente el respeto a tales bienes, seguramente los más preciados para el ser humano (la vida sin lugar a dudas).

Pues bien, el principio de intervención penal mínima se sitúa en una posición intermedia, descartando así la validez y conveniencia de ambos extremos: por un lado, resulta intolerable diseñar un modelo de Estado que amenace y atemorice a sus ciudadanos con una normativa penal que gravite prácticamente sobre todos los ámbitos y situaciones de la vida humana; por otro lado, el Estado debe velar a través del Derecho Penal por la observancia de las condiciones indispensables para la conservación y desarrollo tanto del hombre como de la sociedad, no pudiéndose desentender de dicha tarea. En definitiva, como ya se señalaba en la misma definición ofrecida al inicio de este apartado, se ha de buscar la máxima seguridad con la menor limitación de libertades posible.

El principio de intervención penal mínima está compuesto, a su vez, por dos subprincipios: el principio de subsidiariedad y el principio de carácter doblemente fragmentario del Derecho Penal. A continuación procede estudiar y analizar cada uno de ellos por separado.

III.1.1. Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad del Derecho Penal hace referencia a que esta rama del ordenamiento jurídico solo debe aplicarse cuando no quepa acudir preferentemente a cualquier otra de distinta índole (como por ejemplo, la civil o la administrativa). Es decir, se configura en nuestro sistema un Derecho Penal de "última ratio". Ello se debe a que los recursos para el tratamiento de conflictos de que dispone el ordenamiento jurídico-penal (las penas y las medidas de seguridad) son los más gravosos y restrictivos de derechos individuales de entre todos los previstos en nuestra legislación (siendo el caso paradigmático el de la pena de prisión), por lo que debe hacerse un uso restrictivo y responsable de ellos.

MUÑOZ CONDE ejemplifica de la siguiente manera cómo debe implementarse el principio de subsidiariedad del Derecho Penal en la práctica: "En primer lugar es prioritaria una intervención no sancionadora. Así, por ejemplo, una política social determinada, o una campaña de concienciación contra el racismo, la discriminación o la violencia doméstica o de género son formas de intervención estatal no sancionadoras que pueden evitar (incluso mejor que el Derecho penal) el surgimiento de muchos conflictos. En segundo lugar, si la intervención no sancionadora no es suficiente, se puede recurrir a una sanción no penal. Un ejemplo de conflicto solucionable con otra rama del

Ordenamiento es el de los daños imprudentes en el tráfico automovilístico (art. 267 Cp: los daños imprudentes sólo constituyen delito cuando son superiores a 80.000€): el problema se soluciona civilmente como reparación de daños y perjuicios. O con otro ejemplo: considerar infracción administrativa el transporte de niños pequeños en coche sin la silla de seguridad protege la vida de los niños sin recurrir a una sanción penal. En el ámbito medioambiental, protege también a los animales que las normas administrativas exijan la identificación de los animales domésticos mediante chips e impongan sanciones en caso de abandono. Por último, sólo si la protección que otorgan las demás ramas del Derecho no basta, se debe recurrir a una sanción penal" (MUÑOZ CONDE, 2019: 66).

III.1.2. Principio de carácter doblemente fragmentario del Derecho Penal

El principio de carácter fragmentario del Derecho Penal establece un doble filtro a la hora de delimitar cuándo un suceso externo merece ser regulado y sancionado criminalmente. Así, tan solo presentan relevancia penal las conductas que ataquen bienes jurídicos esenciales para el individuo (como por ejemplo y sin lugar a dudas lo es la vida, soporte ontológico de todo el elenco de derechos de que goza una persona) y la sociedad; pero es más, no basta con la mera constatación fáctica de ese ataque, sino que el mismo debe ser especialmente grave o perjudicial para el bien jurídico frente al que se dirige (pues, por ejemplo, no todo menoscabo de la propiedad de otra persona constituye delito, pudiendo suponer una deuda civil).

El principal problema que se desprende de la anterior definición quizá consista en determinar cuáles son aquellos bienes jurídicos que por su especial envergadura y trascendencia son dignos de protección penal. Una tesis particularmente interesante al respecto es la que identifica la Constitución Española (en lo que sigue CE) con el marco valorativo de referencia para el legislador penal, lo que significa que la configuración del CP debe estar necesariamente inspirada en los principios, valores y derechos insertos en la Constitución. Sobre esta tesis CARBONELL MATEU y otros efectúan una serie de matizaciones cuando disponen que: "(...), de una parte, no se trata de exigir que el bien seleccionado por el legislador haya de encontrarse expresamente mencionado por el texto constitucional -cabe, como señalaba Briccola, la protección penal de bienes de relevancia constitucional implícita-; y, de otra, porque tampoco se trata, aunque algunos autores así lo hayan propuesto, de que los bienes o valores contemplados de modo explícito (y menos aún implícito) deban ser necesariamente objeto de tutela penal, (...)". Y en relación con esto último señalan que: "El rechazo de que la consagración constitucional de un determinado valor implique *per se* su obligada protección penal podría quizás suscitar alguna reserva en lo que a la tutela de los derechos fundamentales se refiere, argumentación esta que podría desarrollarse ad absurdum imaginando una ley que en un determinado momento viniera a derogar los tipos relativos a la vida humana independiente, privando así a esta última de toda protección penal. Cabe entender, sin embargo, que tal rechazo sigue siendo correcto incluso con respecto a los derechos fundamentales si a estos se los considera como un bloque unitario: pues nada impide sostener, por ejemplo, la plena constitucionalidad de una protección meramente civil del derecho al honor. El enfoque más correcto de las llamadas "obligaciones constitucionales de penalización" no pasaría entonces ni por la imposición al legislador del deber de tutelar penalmente todo derecho fundamental (como muestra el caso del derecho al honor) ni por rechazar de plano cualquier obligación estatal en este sentido (como se deduce del ejemplo relativo a la desprotección penal de la vida), sino más bien por una atenta consideración de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad como rectores de la actividad punitiva del Estado; (...)" (CARBONELL MATEU et al, 2015: 18 y 19).

III.2. El principio de intervención mínima en relación con el delito de bigamia

Para poder responder debidamente a la cuestión de si el delito de bigamia conculca el principio de intervención mínima del Derecho Penal, se hace imprescindible estudiar con anterioridad qué tratamiento le otorga el ordenamiento jurídico-civil al matrimonio del bigamo, a cuyos efectos se seguirá a DE VERDA Y BEAMONTE y CAHAPARRO MATAMOROS. Brevemente, el matrimonio requiere de tres requisitos esenciales para su válida conformación: consentimiento, capacidad y forma. Por lo que ahora respecta, la capacidad matrimonial no es otra cosa que la ausencia de impedimentos legales para contraer matrimonio. Concretamente, existen cuatro impedimentos legales para unirse en matrimonio: dos de carácter absoluto (que impiden casarse con cualquier persona) y dos de carácter relativo (que impiden casarse con determinadas personas especialmente vinculadas con aquella sobre la que recae el impedimento), siendo los de carácter absoluto (previstos en el art. 46 CC) la menor edad sin emancipación y el ligamen, y los de carácter relativo (recogidos en el art. 47 CC) el parentesco y el crimen. El impedimento de ligamen, no dispensable en nuestra legislación, "prohíbe contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial" (DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2021: 65), prohibición que en caso de ser inobservada conlleva la nulidad del segundo matrimonio (según el art. 73.2º CC). La nulidad del matrimonio, a diferencia de lo que ocurre en la figura del divorcio, "deja sin efecto el vínculo matrimonial desde el momento de la celebración del matrimonio" (DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2021: 85), esto es, presenta efectos *ex tunc*. En otras palabras, la declaración de la nulidad matrimonial supone reconocer que el matrimonio como tal nunca ha llegado a existir.

Pues bien, de lo anterior puede fácilmente concluirse que en el ámbito civil ya se protege suficientemente el carácter monogámico del matrimonio, condenando a la más absoluta inexistencia jurídica al matrimonio del bigamo. Por lo tanto, el principio de intervención mínima del Derecho Penal, específicamente el principio de subsidiariedad, se ve infringido con el delito de bigamia del art. 217 CP.

Es más, y sin ánimo de descender aquí a realizar un análisis más prolijo, el principio de carácter doblemente fragmentario del Derecho Penal seguramente también se ve vulnerado por el delito de bigamia si se tiene en cuenta la apertura y diversificación que el tradicional modelo matrimonial y familiar ha experimentado durante los últimos años (así, por ejemplo, véase la Ley 13/2005, de 1 de julio, que suprimió el hasta entonces vigente requisito de la heterosexualidad del matrimonio), lo que vendría a poner de relieve la falta de entidad penal suficiente del carácter monogámico del matrimonio como bien jurídico protegido del delito de bigamia.

III.3. Apunte sobre la relación existente entre el delito de bigamia y el fenómeno conocido con el nombre de "huida al Derecho penal"

Con la expresión "huida al Derecho Penal", la doctrina ha querido dejar apuntada la creciente tendencia en nuestro país a sobredimensionar el ámbito de operatividad del Derecho Penal por parte del legislador, lo que se traduce en la creación de nuevos tipos penales o en la ampliación de los ya existentes. Según SILVA SÁNCHEZ, si bien es cierto que esta expansión del Derecho Penal puede estar en ocasiones justificada, normalmente no es así. Así lo ejemplifica el citado autor: "(...): la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas (singularmente, del narcotráfico) en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del mismo con importantes consecuencias lesivas. Es, pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero negro en un determinado sector de la economía sean

sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero negro en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante)" (SILVA SÁNCHEZ, 2001: 26).

Nuevamente a título de ejemplo, el fenómeno de la huida al Derecho Penal puede verse perfectamente reflejado en el art. 189 CP, cuando ensancha excesivamente el concepto de pornografía infantil al incluir "todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, (...)". Al respecto, ORTS BERENGUER advierte que "(...), sin un menor real (...), sea cual sea el espectáculo o el material elaborado, ni hay sujeto pasivo ni hay bien alguno necesitado de protección penal, como exigen los principios de proporcionalidad y ofensividad, (...)\" (ORTS BERENGUER, 2019: 261).

En definitiva, el frecuente y hasta en ocasiones indiscriminado recurso al ordenamiento penal al que actualmente estamos asistiendo atenta bien contra el principio de intervención mínima del Derecho Penal (como ya se ha visto en el delito de bigamia), bien, como en el delito de pornografía infantil, contra el mismo principio de ofensividad, al no concurrir bien jurídico alguno que proteger.

IV. Constitucionalidad del delito de bigamia

IV.1. Con carácter previo al estudio de constitucionalidad: planteamiento de la institución matrimonial y de la monogamia a la luz del derecho canónico

Resulta innegable que España ha sido y sigue siendo una nación especialmente próxima a la Iglesia Católica y sus postulados. Buena prueba de ello es el art. 16.3 CE, que, pese a declarar la aconfesionalidad del Estado, a renglón seguido dispone que: "Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones". Obsérvese cómo, mientras que el precepto simplemente se refiere de manera genérica a "las demás confesiones religiosas", no obstante sí que nombra expresamente a la Iglesia Católica, lo que es signo inequívoco de su arraigada presencia y asentamiento en nuestra sociedad.

El Canon 1055.1 del Código Canónico, a efectos de definir el matrimonio, dice lo siguiente: "La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados". De conformidad con el Canon 1056 del Código Canónico, las propiedades esenciales de la unión matrimonial, esto es, del citado "consorcio de toda la vida constituido entre el varón y la mujer", son dos: la unidad y la indisolubilidad. En distintos términos pero mismo sentido puede verse el Canon 1134 del Código Canónico, cuando expresa que "del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo perpetuo" (es decir, indisoluble) "y exclusivo" (o lo que es lo mismo, único). Interesa en este punto destacar la unidad o exclusividad como nota característica del matrimonio, acertadamente delimitada por BERNARDEZ CANTÓN como "la imposibilidad de que una persona pueda compartir simultáneamente el vínculo matrimonial con varias, lo que

excluye cualquier clase de poligamia" (BERNÁRDEZ CANTÓN, 2002: 41), ya se trate de poliginia (un varón casado con dos o más mujeres) o poliandria (una mujer casada con dos o más hombres). En este sentido, en el Canon 1085 del Código Canónico queda consignado el impedimento de ligamen para contraer matrimonio.

Pues bien, por la doctrina canónica se han señalado, entre otras, dos razones para sostener la unidad o exclusividad del vínculo matrimonial. Por un lado, se dice que la poligamia obstaculiza la perseguida consecución de los fines del matrimonio (previstos en el ya extractado Canon 1055.1 del Código Canónico), como por ejemplo, con FORNÉS, J., la educación de los hijos, dada la desconocida paternidad que deriva de la poliandria. Por otro lado y aún más importante, se alude a que la poligamia rompe la igual dignidad entre el varón y la mujer que necesariamente debe presidir todo matrimonio. En palabras de FORNÉS, J.: "Puede decirse, (...), que la razón de fondo de la unidad del matrimonio (monogamia) radica en la igualdad en dignidad y valor que existe entre varón y mujer. Sólo el matrimonio uno realiza la justicia que exige la relación varón-mujer. Y, por el contrario, la poligamia lleva consigo, por necesidad, una situación de desigualdad, puesto que el varón recibe totalmente a cada una de sus mujeres, mientras que las mujeres no reciben totalmente al varón (y a la inversa en el caso de la poliandria). De donde, al fundarse la relación de los cónyuges polígamos en una tal desigualdad, se crea una situación de desigualdad arbitraria, que lleva consigo también una profunda y radical injusticia" (FORNÉS DE LA ROSA, 2018: 37 y 38).

IV.2. Constitucionalidad del delito de bigamia

SEGRELLES DE ARENAZA, partiendo de la base de que el delito de bigamia infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal, va un paso más allá y cuestiona su misma constitucionalidad.

El presente apartado se divide en dos bloques: en el primero de ellos se analizará el delito de bigamia a la luz del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE), mientras que en el segundo el tipo penal será puesto en relación con el principio de igualdad, tanto en su vertiente formal como material (arts. 14 y 9.2 CE, respectivamente).

Para todo lo anterior y como significativa muestra, este apartado se servirá de la poliginia promulgada por la religión islámica (El Corán, Sura 4, Las mujeres, Aleya 3: "Podréis desposaros con dos, tres o cuatro de las que os plazcan de las mujeres. Mas si aún teméis no poder ser equitativos con ellas, casaos con una sola"). El seguido autor justifica que "la elección de la religión Islámica no es casual, pues de haber optado por una creencia religiosa de poca entidad que admita la poligamia, como, por ejemplo, la Iglesia de Jesucristo de los santos de los últimos días, la argumentación de inconstitucionalidad no tendría la misma fuerza que al tratarse de una confesión a la que el Estado reconoce una importante trascendencia social dado su ámbito y número de feligreses" (SEGRELLES DE ARENAZA, 1993: 1059). Que la religión islámica goce de una amplia implantación en nuestro territorio se refleja en el hecho de que suscribiera en el año 1992 un Acuerdo de Cooperación con el Estado español (concretamente, Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. En adelante, Acuerdo de Cooperación de 1992), dándose así debido cumplimiento al art. 16.3 CE, como también al art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en lo que sigue, LOLR).

Abriendo ya el primero de los bloques, relativo a la posible conculcación del derecho fundamental a la libertad religiosa, el art. 16.1 CE establece que "se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden

público protegido por la Ley". Al mismo tiempo, el art. 3.1 de la LOLR dispone que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática". Por lo tanto, a pesar del tenor literal del art. 3.1 de la LOLR, no existiría un único límite a la libertad religiosa, sino que realmente serían dos: por un lado, el respeto de las libertades públicas y derechos fundamentales del resto de miembros de la comunidad; por otro, el orden público, concepto sobre el que el precepto realiza una interpretación auténtica al considerar que queda integrado por la seguridad, la salud y la moralidad pública. No obstante, en relación con esto último, SEGRELLES DE ARENAZA, Í. considera que los términos "seguridad, salud y moralidad pública" siguen estando peligrosa e inaceptablemente indeterminados, especialmente el de "moralidad pública", teniéndolo por "(...) un término completamente valorativo que sirve de salvavidas al legislador y de guillotina al ciudadano, pues cualquier conducta puede ir en contra de la moralidad pública, bastando para ello encontrar al juzgador adecuado". Y, precisamente por tal indeterminación, sigue diciendo que "habrá que inclinarse más bien por una interpretación del art. 3.1 que resalte su primer inciso, insistiendo sobre el carácter de "único límite" que se le atribuyen a los derechos de los demás, (...) (SEGRELLES DE ARENAZA, 1993: 1063 Y 1064). Así pues, descartado por el autor el orden público como verdadero límite a la libertad religiosa, tan solo faltaría comprobar si la bigamia restringe o lesiona de algún modo las libertades públicas y derechos fundamentales de los demás. Brevemente, SEGRELLES DE ARENAZA distingue entre la bigamia consentida y la que no lo es, entendido aquí el consentimiento como que todos los sujetos implicados conozcan el impedimento de ligamen existente y, con todo, no lo hagan valer o lo obvien. En su opinión, únicamente se vulnerarían las mencionadas libertades públicas y derechos fundamentales cuando no mediare consentimiento al tiempo de contraerse segundo o ulterior matrimonio. En otras palabras, actualmente los supuestos de bigamia consentida criminalizada vendrían a ser inconstitucionales, al no transgredir ninguno de los límites a la libertad religiosa vistos, vulnerándose así dicho derecho fundamental.

Por lo que respecta al segundo de los bloques, SEGRELLES DE ARENAZA entiende que el delito de bigamia va contra el principio de prohibición de la discriminación por razón de religión del art. 14 CE, esto es, frente a la igualdad en sentido formal. Veamos por qué. Para ello, ha de estarse al art. 7.1.I del Acuerdo de Cooperación de 1992, que dice así: "Se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil". Como puede observarse, nuestro ordenamiento jurídico supedita el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio islámico al hecho de que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad previstos en la legislación civil. Es decir, el matrimonio islámico gozará de efectos civiles siempre y cuando no sea de corte poligámico, pues si así fuera se estaría incurriendo en el impedimento de ligamen del art. 46.2º CC. En definitiva, los feligreses islámicos no siempre podrán contraer matrimonio conforme a los usos propios de su religión, a diferencia de lo que sucede con los creyentes cristianos, lo que constituiría una discriminación por razones religiosas. Así lo expresa SEGRELLES DE ARENAZA: "...), los feligreses de la religión islámica podrán contraer matrimonio a través de su propio rito religioso, con efectos civiles, bien entendido que tal matrimonio habrá de ser monogámico, pues así lo exige no sólo el ordenamiento jurídico civil, sino también el Código penal (...). De esto se sigue que los practicantes no podrán ejercer y desarrollar

con plenitud el matrimonio poligámico que su religión les permite, de modo que, en definitiva, no podrán hacer uso de la libertad religiosa de forma plena, lo que simultáneamente implica una discriminación por razón de religión" (SEGRELLES DE ARENAZA, 1993: 1061).

Es más, SEGRELLES DE ARENAZA arguye que el matrimonio poligámico no solo no debería castigarse, sino que incluso tendría que fomentarse por el Estado, en aplicación del principio de igualdad material residenciado en el art. 9.2 CE. Expone el autor que "al ser el matrimonio poligámico una de las peculiaridades de la religión Islámica, el Estado social no sólo debe permitirlo, (...), sino que además debe procurar favorecerlo dentro de sus posibilidades y, por tanto, no castigarlo penalmente como hace en la actualidad" (SEGRELLES DE ARENAZA, 1993: 1064).

IV.3. Recapitulación y toma de postura

Como se ha visto, SEGRELLES DE ARENAZA considera que el delito de bigamia se opone a los preceptos constitucionales traídos a colación (arts. 16, 14 y 9.2 CE), salvo en aquellos casos en que no media consentimiento cuando se contrae segundo o ulterior matrimonio. Su postura al respecto puede verse reflejada en el siguiente pasaje: "El hecho del reconocimiento de la religión Islámica mediante el Acuerdo de Cooperación de 1992 hace pensar que la poligamia no es contraria al orden público, y en concreto a las libertades públicas y los derechos fundamentales de los demás. Para comprender esto mejor piénsese, por ejemplo, en una religión que tenga, entre otras, la peculiaridad de que sus feligreses una vez a la semana, para ponerse en contacto con su dios hayan de ingerir una droga de ilícito comercio. Seguramente en este caso el Estado no habría firmado un acuerdo de cooperación, (...)" (SEGRELLES DE ARENAZA, 1993: 1064).

Desde luego, la postura mantenida por SEGRELLES DE ARENAZA se presenta sumamente interesante por poco ortodoxa, por lo que habría que estudiarla con mayor profundidad y detenimiento, algo que se escapa del objeto del presente trabajo, en el que simplemente se ha querido exponer la problemática suscitada de forma clara y concisa.

No obstante, sí que podemos aventurarnos a decir aquí que la poligamia (en su vertiente de poliginia) en la religión islámica atentaría contra la igual dignidad de los consortes, tal y como ya se puso de relieve por la doctrina canónica, lo que justificaría defender la plena constitucionalidad del delito de bigamia (al respecto, el art. 10.1 CE dispone que "la dignidad de la persona (...) es fundamento del orden político y de la paz social"). Y ello al margen de las consideraciones descriminalizadoras de la conducta del bígamo, por este trabajo asumidas, consideraciones que por su parte responden al principio de intervención mínima del Derecho Penal.

V. Legislación comparada: tratamiento jurídico del delito de bigamia en Colombia

Dadas las similitudes presentes entre las legislaciones española y colombiana en materia matrimonial y familiar, en este apartado se considera oportuno traer a colación el proceso despenalizador del delito de bigamia en Colombia, pudiendo servir dicho proceso como modelo de una lúcida línea legislativa a la cual España sumarse.

Para ello, pasan a estudiarse dos cuestiones de inconstitucionalidad presentadas ante el Tribunal Constitucional colombiano, cuestiones de inconstitucionalidad de signo diametralmente opuesto: mientras que con la primera de ellas se pretendía destipificar el delito de bigamia, con la segunda se buscaba reintroducir en la legislación penal de Colombia el citado delito.

V.1. Primera cuestión de inconstitucionalidad

La primera cuestión de inconstitucionalidad fue interpuesta en el año 1997, siendo resuelta por la Sentencia de 3 de diciembre de 1997 (Sentencia C-659/97).

En esta cuestión de inconstitucionalidad se denunciaba que el art. 260 del Código Penal de Colombia de 1980 (relativo al delito de bigamia) era contrario a la Constitución nacional.

Entre otras cosas, se alegaba que la conducta del bígamo genera efectos tanto en el orden civil (la nulidad del segundo o ulterior matrimonio) como en el penal (la pena de prisión de 1 a 4 años), por lo que se estaría vulnerando el principio non bis in ídem, al sostenerse que un mismo hecho estaría siendo enjuiciado doblemente. No obstante, este razonamiento carece de todo fundamento jurídico, pues resulta claro que un hecho delictivo también puede presentar consecuencias de índole no penal. Así sucede, por ejemplo, con la eventual responsabilidad civil derivada del delito, recogida en el art. 100 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando dice que: "De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".

Habiendo resuelto lo anterior, el Tribunal Constitucional colombiano se pronunció acerca de la discrecionalidad de que goza el legislador para establecer tipos penales. Lo hizo en los siguientes términos: "(...) la determinación de las conductas que se estiman lesivas del interés de la colectividad y merecedoras de sanción penal corresponde al legislador, que goza de discrecionalidad para contemplar los elementos que configuran el delito y la sanción correspondiente, siempre que al hacerlo no desconozca principios, ni preceptos de la Constitución, ni plasme reglas contrarias a la razón o desproporcionadas" (en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2017: 94). Por lo tanto, el legislador disfruta de una amplia libertad a la hora de determinar qué conductas merecen ser calificadas como delictivas y cuáles no (siempre y cuando respete los límites mínimos previstos en el extracto de la sentencia citado), lo que lleva a afirmar al Tribunal Constitucional colombiano que el delito de bigamia es plenamente constitucional. Con todo, aclara que: "Bien podría el legislador no haber penalizado los enunciados comportamientos," [por lo que aquí interesa el delito de bigamia] "optando por señalar a ellos sanciones puramente civiles. (...)" (en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2017: 95). Es decir, una cosa es que el delito de bigamia sea perfectamente acorde a la Constitución colombiana (que como se ha visto lo es), y otra bien distinta es que en virtud del principio de intervención penal mínima no merezca ser previsto, regulado y sancionado penalmente.

V.2. Segunda cuestión de inconstitucionalidad

Por lo que se refiere a la segunda cuestión de inconstitucionalidad, la misma trae causa de la despenalización que del delito de bigamia realizó el nuevo Código Penal colombiano, del año 2000.

Esta cuestión de inconstitucionalidad vino a criticar la ausencia del delito de bigamia en la legislación penal colombiana, para lo que se sirvió de dos argumentos.

Simplemente se dejará apuntado que, en primer lugar, la cuestión planteada entendía que "la sociedad actual ha sido conducida a una pérdida de valores que son indispensables para la persona y la sociedad. La misma se evidencia, (...), muy particularmente, en la vulneración de instituciones como la familia, en donde imperan valores como el amor y la unidad. (...)". Y en esta línea, "el actor señala que la norma cuestionada" [por la que se descriminaliza la bigamia en Colombia] "expresa esa pérdida de valores, pues expulsa del ordenamiento los delitos de bigamia (...), lo cual pone en

peligro la continuidad del matrimonio, en la medida en que esos tipos penales protegen la unidad del vínculo conyugal (...). Según su parecer, "al derogarse los artículos 260 (...) del Decreto 100 de 1980 se está desconociendo el avance de esta institución y nos hace regresar a las llamadas familia consanguínea y familia punalúa, donde existía el comercio sexual entre familiares y que conlleva el degeneramiento de la raza" (en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2017: 95). En definitiva, se sostiene que la despenalización del delito de bigamia implicaría la destrucción de tan altos valores esgrimidos, a los que podría añadirse el del compromiso para con la otra persona que todo matrimonio conlleva.

En segundo lugar, la cuestión de inconstitucionalidad señala que el legislador estaría haciendo dejación de su deber constitucional de proteger a la familia al permitir la proliferación de deshonorosos modelos de matrimonio, en cuanto contrarios a la tradicionalmente aceptada y practicada monogamia. Efectivamente, ese deber de protección de la familia queda recogido en el art. 42.II de la Constitución colombiana, que reza lo siguiente: "El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia". En igual sentido se pronuncia el art. 39.1 de nuestra Constitución cuando dispone que: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Sin embargo, para defender la plena constitucionalidad de la despenalización del delito de bigamia, y como ya hiciera en la tratada Sentencia C-659/97, el Tribunal Constitucional colombiano apunta que la mencionada protección de la familia no debe necesariamente ser de carácter penal, sino que perfectamente puede articularse a través de otras ramas del ordenamiento jurídico (en este caso la civil). Así lo expresa: "(...), no se sigue, en manera alguna, que la ley deba penalizar la bigamia (...), por la sencilla razón de que la Norma Fundamental en ninguna parte establece que la protección a la familia matrimonial deba obligatoriamente pasar por la criminalización de los comportamientos que la afecten. Así, bien podría la ley recurrir a otras formas de protección de esa modalidad de familia matrimonial, como pueden ser las sanciones civiles, consistentes en la declaratoria de nulidad de ciertos matrimonios, que no reúnan los requisitos legales. (...) (en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2017: 98).

VI. Conclusiones

1. En primer lugar, se ha determinado que el bien jurídico protegido en el delito de bigamia es la concepción monogámica del matrimonio. Bien es cierto que esta no es una cuestión absolutamente pacífica, pues existe un sector doctrinal minoritario que mantiene una tesis distinta, opinión discrepante que consiste en identificar el objeto de protección del tipo penal con el estado civil. Con todo, actualmente dicho sector doctrinal representa una postura con pocos adeptos, lo que la convierte en prácticamente residual.

2. En segundo lugar, se ha podido constatar cómo el delito de bigamia vulnera el principio de intervención penal mínima, pues el ordenamiento jurídico-civil ya regula suficientemente la bigamia al vincularla con la contundente consecuencia de la nulidad matrimonial.

3. En tercer lugar, y a pesar de lo dispuesto en la anterior conclusión, la decisión de criminalizar la bigamia entra dentro del margen de discrecionalidad de que goza el legislador a la hora de diseñar y dotar de contenido al CP, no vulnerando el tipo en modo alguno nuestra Constitución.

En virtud de todo lo anterior, en este trabajo se propone la despenalización del delito de bigamia (tal y como ya se hizo en Colombia a principios de siglo), al constituir el mismo un mero refuerzo a la regulación sancionadora civil en la materia. Es decir, su actual incriminación en el sistema penal español se revela innecesaria e indebida por excesiva.

Como ya se ha tenido ocasión de poner de relieve a lo largo de todo el trabajo, un verdadero Derecho Penal de última ratio (esto es, respetuoso con el principio de intervención penal mínima) exige que se criminalice el menor número de conductas posible para conseguir la pacífica convivencia en sociedad. En este sentido, especialmente significativa resulta la sentencia atribuida al jurista alemán LUDWIG VON BAR: "Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad –pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges".

VII. Bibliografía

ALENDASALINAS, M., "Reflexiones acerca de la relación entre el delito de bigamia y la concepción monogámica matrimonial". En GUITARTE IZQUIERDO, V. (1999), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*. Vol. I. Castelló: Diputació de Castelló.

BERNÁRDEZ CANTÓN, A. (2002), *Compendio de derecho matrimonial canónico*. 9a ed. Madrid: Tecnos.

CARBONELL MATEU, J. C. et al, "Introducción a la teoría del delito. La antijuridicidad (I). El hecho típico". En Carbonell Mateu, J. C. et al (2015), *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Material docente de la UOC.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P., "Requisitos y efectos del matrimonio" y "La nulidad". En De Verda y Beamonte, J. R. (coord.) (2021), *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*. 4a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

FORNÉS DE LA ROSA, J. (2018), *Derecho matrimonial canónico*. 7a ed. actualizada. Madrid: Tecnos.

LANDROVE DÍAZ, G. (2009), *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2017), Inmigración y poligamia: la inconsistencia del delito de bigamia. *Cuadernos de política criminal*, pp. 71-99. ISSN: 0210-4059.

MIR PUIG, S. (1974), Matrimonios ilegales en el Código Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 433-480.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2019), *Derecho Penal. Parte General*. 10a ed., revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch.

ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores". En González Cussac, J. L. (coord.) (2019), *Derecho Penal. Parte Especial*. 6a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

PÉREZ FERRER, F. (2020), Análisis de los problemas interpretativos y aplicativos del delito de bigamia en el Derecho Penal Español. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. ISSN: 1695-0194. RECPC: 22-05 (2020).

SEGRELLES DE ARENAZA, Í., "Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de bigamia". En del Rosal Fernández, J. (1993), *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria de D. Juan del Rosal Fernández*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001), *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2a ed., revisada y ampliada. Madrid: Civitas.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., "Concepto de Derecho Penal. Concepto, principios rectores del poder punitivo y límites de la vigencia de la ley penal". En Carbonell Mateu, J. C. et al (2015), *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Material docente de la UOC.