



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Acatlán

“Los efectos de la Declaración
de Presunción de Muerte
en el delito de Bigamia”



TESIS

Que para obtener el título de:
Licenciado en Derecho
p r e s e n t a :
José de Jesús Jiménez Bernal

MEXICO, D. F.

1983

10030733



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES,

Con el infinito amor que
por ellos siento.

A MIS HERMANOS,

Por el apoyo y cariño que
siempre me han brindado.

A MI ASESOR DE TESIS:

LIC. JUAN CARLOS VELAZQUEZ M.

Por su gran labor y espíritu profesional, sin el cual no hubiera podido realizar la presente tesis

AL LIC. EDMUNDO JAIMES H.

Con admiración y agradecimiento por su inapreciable colaboración

para la realización de la presente tesis.

I N D I C E

LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE PRESUNCION DE MUERTE EN EL DELITO DE BIGAMIA.

	PAGS.
INTRODUCCION	1

CAPITULO PRIMERO

FAMILIA Y MATRIMONIO

1.- Familia

A) La estructura de la familia y las diversas formas de Organización Familiar.

a) Familia Promiscua	7
b) Familia Consanguinea	10
c) Familia Punalúa	14
d) Familia Sindiásmica	16
e) Familia Patriarcal	20
f) Familia Monogámica	21

2.- Matrimonio Monogámico

A) Definición	25
B) Naturaleza Jurídica	29
C) Fines del matrimonio	36

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO DE BIGAMIA

1.- Antecedentes en general del delito de bigamia

A) Roma	41
B) Derecho Canónico	44
C) España	46
D) Francia	49

M-0030733

2.- Antecedentes en México

A) México Precortesiano	51
B) La Colonia	54
C) México Independiente	
a) Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz	57
b) Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California	62
c) Código Penal de 1929 para el Distrito Federal y Territorios Federales	65
d) Código Penal de 1931	68

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE BIGAMIA

1.- Concepto y Elementos	71
2.- Presupuestos del delito de bigamia	80
3.- Sujetos Activo y Pasivo del delito	83
4.- Bien jurídico tutelado	90
5.- Clasificación	95

CAPITULO CUARTO

LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE PRESUNCION DE MUERTE EN EL DELITO DE BIGAMIA

1.- Diferentes plazos para que se pueda pedir la Declaración de Presunción de muerte	104
2.- Apelación Extraordinaria	109
3.- Sentencia Ejecutoriada	110
4.- Efectos civiles al regreso del ausente	113
5.- Problemática Penal que se presenta y reformas que se proponen al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles vigentes en el Distrito Federal	115

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES	127
--------------	-----

I N T R O D U C C I O N

El hombre a lo largo de la historia se ha preocupado por encontrar los medios que le permitan llevar a cabo una mejor convivencia social, la cual no en todos los tiempos ha sido fácil de lograr, sobre todo en las primeras épocas, en las cuales entre otras formas de impartición de justicia encontramos la venganza privada y la ley del talión, mismas que no permitían al hombre encontrar la verdad y la justicia social pacíficamente.

Posteriormente se crearon medios más adecuados para la mejor convivencia del hombre en sociedad. Sin embargo y aun reconociendo el afán de los legisladores por tratar de llenar las lagunas legales existentes, con frecuencia se encuentran dichas lagunas, las cuales llevan a la aplicación inadecuada de la justicia ; es por eso que mediante el presente trabajo pretendo analizar uno de esos hechos que a pesar de estar regulados por el Derecho, no responden a la realidad social existente.

Escribir la historia de la familia desde la horda a la sociedad de nuestros días ha implicado llenar varias hojas que de por sí parecen interesantes desde un punto de vista sociológico y de filosofía antropológica o antropofilosofía; pero partiendo de la idea de que el hombre es eticidad y el -

Derecho es una disciplina que deriva de la sociedad organizada de manera idéntica a la ética, esta disciplina es dinámica por excelencia y va cambiando a medida que la sociedad avanza; ya que en ellas se encuentran como en todas las ciencias, reglas de significación lógica y reglas emocionales o del espíritu.

Es por eso, que al tratar el derecho nos vamos a encontrar con que sus cuerpos normativos no son exclusivamente - normas lógicas carentes de motividad espiritual o muertas, sino por el contrario el derecho va resolviendo los apetitos espirituales, los intereses materiales, las cuestiones morales - que se traducen en contenido económico y de una manera general sobre todos los aspectos susceptibles de originarse en los -- principios huecos de "honeste vivere", "alterum non ledere" y "jus sum qui que tribuendi", que son los que constantemente - plantean y replantean los filósofos del Derecho.

En la tesis que ahora pretendo presentar, mantengo - una inquietud derivada de una posible situación legal que se - ha dado y puede darse en cualquier sociedad que tenga reglamenteado el matrimonio monogámico, la presunción de muerte y el delito de bigamia. Al entregarme a esta tarea pretendo contribuir a solucionar un problema humano dentro del orden jurídico - mexicano; y en esa virtud trataré de señalar defectos y proponer reformas que exige la dinámica de nuestra sociedad y el derecho como disciplina derivada de ella; pues todo hombre que -

lucha puede llegar a ser necesario y toda lucha nos lleva a me-
tas ignoradas o a conquistas que satisfacen el espíritu de to-
do estudiante, pues las ventanas del progreso y el adelanto de
una sociedad se encuentran en la juventud que busca causas pa-
ra desenvolver su rebeldía espiritual.

J.J.J.B.

C A P I T U L O I

FAMILIA Y MATRIMONIO

1.- Familia

- A) La estructura de la familia y las diversas formas de Organización Familiar.
 - a) Familia Promiscua
 - b) Familia Consanguinea
 - c) Familia Punalúa
 - d) Familia Sindiásmica
 - e) Familia Patriarcal
 - f) Familia Monogámica

2.- Matrimonio Monogámico

- A) Definición
- B) Naturaleza Jurídica
- C) Fines del matrimonio

C A P I T U L O I

FAMILIA Y MATRIMONIO

Es muy probable que aún en la actualidad mucha gente, sobre todo aquélla perteneciente a las clases sociales más bajas y por ende menos instruídas, piensen que la organización familiar siempre ha sido la misma que actualmente existe en nuestro país, es decir, la familia monogámica.

Sin embargo, en este capítulo veremos que no es así pues la vida familiar ha sufrido grandes cambios desde sus inicios en la prehistoria a la actualidad.

Como dijera Morgan "La familia es el elemento activo, nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto" (1) .

La familia monogámica fué precedida pues, por formas más primitivas que predominaron durante el período del salvajismo y en los estadios inferior y medio de la barbarie.

Podemos distinguir como formas sucesivas y precedentes a la monogámica, las siguientes:

a) Familia Promiscua; b) Familia Consanguinea; c) Familia Punalúa; d) Familia Sindiásmica; e) Familia Patriarcal.

(1) Engels Friederich . El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Ed. Progreso - Moscú 1884 . pág. 27.

Las Familias Consanguínea y Punalúa junto con la Mo
nogámica crearon sus propios sistemas de consanguinidad. Res-
pecto de éstos, Morgan señala: "Los sistemas de consanguini-
dad son pasivos; sólo después de largos intervalos registran_
los progresos hechos por la familia, y no sufren una modifica-
ción radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la fa-
milia" (2) .

Estos sistemas de consanguinidad son: El malayo, el
turano y el ario, semítico o uralio; determinados los dos -
primeros por el método clasificador y el último por el método
descriptivo. En el primer método no se describe nunca a los -
consanguíneos, sino que se les clasifica en categorías, sin -
tener para nada en cuenta su proximidad o alejamiento con el_
Ego; en el segundo método los consanguíneos son descriptivos_
ya sea mediante los términos primarios de parentesco o las -
combinaciones de los mismos, especificándose de esta forma el
parentesco de cada persona. Así se diría, "hijo del hermano"
"hermano del padre" e "hijo del hermano del padre".

Posteriormente y aunque en forma breve, dado que no
creemos menester ahondar demasiado en los sistemas de consan-
guinidad, en su oportunidad se hablará de cada uno de ellos.

El primer período que encontramos dentro de la orga-
nización familiar es el de la Promiscuidad, el cual no pode-
mos pasar por alto. Acerca del mismo Morgan nos dice que "sí

(2) Engels Friederich . Obra citada . pág. 27.

existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno - de la tribu un comercio sexual promiscuo, de modo que cada mu- jer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres" (3) .

a) Familia Promiscua

La Familia Promiscua la localizamos en el período - más bajo del salvajismo. En este estadio el hombre se distin- guía apenas de los animales que lo rodeaban.

Los más toscos implementos de pedernal encontrados - en ciertas regiones del globo, y que no son empleados por los salvajes existentes, atestiguan la extrema pureza de su condi- ción después que hubo salido de su primitiva habitación, y - que en calidad de pescador comenzó a propagarse por diversas - zonas continentales.

Acerca de este primitivo estadio, Mariano Cornejo - nos dice: "La mujer y el hombre se unen y se separan libremen- te, obedeciendo a los sentimientos y accidentes de su vida, - antes de que las fuerzas o supersticiones místicas subordinen el instinto genérico a las reglas sociales de un estatuto, des- pués transformado en contrato o compromiso" (4) .

(3) Engels Friederich . Obra citada . pág. 28.

(4) Cornejo Mariano. Sociología General. Tomo 2. Ed. Imprenta - de Prudencio Pérez Velasco. Madrid 1910. pág. 459.

Westermarck dice que "la promiscuidad supone la supresión de las inclinaciones individuales, de tal suerte que su forma por excelencia es la prostitución" (5) .

D'Aguanno señala que "en la horda primitiva se vivía en un estado de promiscuidad en donde no existía ningún orden ni estabilidad en las uniones humanas, como todas las mujeres eran de todos los hombres, la necesidad no pudo engendrar un sentimiento que traspasara los límites de la representación más rudimentaria" (6) .

Se ha discutido mucho acerca de si existió o no realmente este período; ya en la cita 3 de esta tesis vemos que Morgan acepta la existencia de tal período.

En el capítulo relativo a la solidaridad doméstica de la Sociología Genética y Sistemática del maestro Don Antonio Caso, se refiere que según las hipótesis más fundadas de los sociólogos la promiscuidad primitiva fué la forma rudimentaria de la organización social de la familia en las primeras comunidades, con la natural consecuencia de que dicha organización se estableció en relación con la madre, dado que, así las cosas, era imposible determinar la paternidad" (7) .

(5) Engels Friederich . Obra citada. pág. 33.

(6) D'Aguanno José. La Génesis y la Evolución del Derecho Civil. Ed. La España Moderna. Madrid Año V. pág. 261.

(7) Caso Antonio. Sociología Genética y Sistemática. Ed. Limusa Wiley. S.A. 14ava Edición. México 1967. págs. 275-76.

Sin embargo algunos sociólogos consideran que tal promiscuidad era solamente relativa, puesto que el hombre, -- por ciertos instintos y sentimientos naturales, debió haber permanecido con la mujer por lo menos hasta el nacimiento del hijo.

Eleutherópulos dice que "el hombre debe haber mantenido a la mujer hasta el destete del hijo (primero instintivamente y luego por virtud de una ley consuetudinaria) (8) .

En opinión personal, considero que el hecho de que el hombre permaneciera o no con la mujer cierto tiempo, no -- niega la existencia de la promiscuidad, la cual se caracteriza más que nada por las relaciones de tipo incestuoso que en ella se dan.

Algunos vestigios de la promiscuidad los encontramos en las palabras de Frazer: Dice que "Entre los Todas de la India, los Massai y los Bahima africanos, existe algo que oscila entre la promiscuidad y el matrimonio de grupo. En Polinesia, el matrimonio es tan frágil que más se parece a la promiscuidad. En las Islas de la Sociedad, grupos de veinte personas habitan una sala. En Hawái la promiscuidad no había desaparecido totalmente en el siglo XVIII, porque todavía los hermanos y hermanas poseían mujeres y maridos en común. Vestigios de la promiscuidad o la poliandria se encuentran en todos los grupos monogámicos diseminados por el Asia Central;

(8) Caso Antonio . Obra citada . pág. 275.

la segunda subsiste en Bután, en Tibet, en algunas comunidades Indias. En ciertas tribus Arabes, al decir de Straban, las mujeres pertenecían a todos los miembros de la familia. Según Herodoto los Agathierses y Budines no conocían el matrimonio ni tenían mujer propia, juntándose como el ganado. Esta comunidad de mujeres fué sin duda, general en las primitivas tribus europeas. Diodoro de Cicilia refiere que en las Islas Baleares toda prometida debía pertenecer previamente a los padres y a algunos amigos del marido. Según las tradiciones griegas, el matrimonio era desconocido entre los hombres antes de Cecrops, de lo cual puede deducirse que había sido precedido por un período de completa libertad" (9) .

b) Familia Consanguinea

La familia consanguinea es la primera y más primitiva forma de la institución familiar considerada como tal. Se caracteriza principalmente porque en ella la unión matrimonial incluye a las hermanas y hermanos propios y a los colaterales, es decir que es un matrimonio en grupos, a diferencia del estadio promiscuo; en esta familia se excluye de la relación sexual a los padres.

Engels dice que "en esta forma de familia, los ascendientes y descendientes, los padres y los hijos, son los

(9) Cornejo Mariano . Obra citada . pág. 461.

únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio. Hermanos y Hermanas, primos y primas , en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de los otros" (10) .

En la familia consanguinea así constituida, los hombres vivían en poligamia y las mujeres en poliandria; Engels dice que "el estudio de la historia primitiva nos revela un estado de cosas en que los hombres practican la poligamia y las mujeres la poliandria, y en que, por consiguiente los hijos de unos y otros se consideran comunes" (11) .

Los testimonios de que dicha forma de familia ha existido, se encuentran en un sistema de consanguinidad y afinidad que es el Malayo. En él se encuentran las relaciones que se dan en la familia consanguinea. Este sistema se mantuvo durante un largo período después de la aparición de la familia punalúa y parece haber desaparecido con la implantación de la organización en gentes, en donde lo viene a sustituir el sistema Turanio.

Morgan refiere acerca del sistema Malayo que "en él todos los consanguineos próximos o lejanos, caen dentro de alguno de los siguientes parentescos: padre, hijo, abuelo, nieto, hermano y hermana" (12) .

(10) Engels Friederich . Obra citada . pág 33 .

(11) Engels Friederich . Obra citada . pág 28 .

(12) Morgan Lewis H . La Sociedad Primitiva . Ed. Ayuso y Ed. - Pluma. Prólogo de Carmelo Lisón Tolocana 4a Edición. Madrid. 1980. pág. 397.

En este sistema los únicos lazos de sangre que se reconocen son los primarios en número de cinco, sin distinción de sexos. Encontramos cinco categorías o grados, los cuáles trataremos de explicar brevemente de la siguiente forma:

1a categoría: La forman todos los hermanos y hermanas, primos y primas; todos por igual son hermanos.

2a categoría: Teniendo a una persona X como referencia, su padre y su madre, juntamente con sus hermanos y hermanas, primos y primas; todos ellos serían sin excepción los padres de la persona X.

3a categoría: La forman, siguiendo la persona X de referencia, sus abuelos y abuelas por parte de padre y madre, con todos sus hermanos y hermanas; todos ellos serían sus abuelos.

4a categoría: Poniendo igualmente a la persona X de referencia y por debajo de ella, están sus hijos e hijas, con todos sus primos y primas; todos sin excepción serían sus hijos.

5a categoría: Terminando, sus nietos y nietas, con sus primos y primas, todos serían sus nietos.

Los casos típicos de este sistema se encuentran en las formas Hawaiana y Rotumana.

El sistema tal como se ha planteado, existió según refiere Morgan "en otras tribus de Polinesia, aparte de los

Hawaianos y Rotumanos, como por ejemplo en las Islas Marquesas y entre los Maoríes de Nueva Zelandia. Se le encuentra también en las Islas Samoa y entre los Kusaienos y los habitantes de King's Mill, en Micronesia" (13) .

Con el transcurso del tiempo comenzaron a notarse los vicios de esta forma de matrimonio, lo que condujo a la preferencia de esposas que estuvieran más allá de este grado o categoría. Fué abolida en forma total mediante la Organización en Clases, entre los Australianos y más ampliamente entre las tribus Turanias, por la Organización en Gentes, de la cuál se hablará más adelante.

Se ha establecido ya, que el sistema Malayo es testimonio de la existencia de la familia consanguinea; y sin embargo existen otras pruebas de la existencia de dicha familia.

Cuando se implantaron las misiones americanas en las Islas Sandwich (1820), la condición en que se hallaba la sociedad, hace probable su existencia anterior. Dicha condición horrorizo a los misioneros. Uno de ellos, el Reverendo Birham nos refiere que en dichas islas "la poligamia, que implica la pluralidad de esposas y maridos, dice; la fornicación, el adulterio, el incesto, el infanticidio, el abandono de alguno de los cónyuges, de padres y de hijos; la magia -

(13) Morgan Lewis H . Obra citada . pág. 414 .

negra, la codicia y la opresión, estaban ampliamente difundidas y difícilmente parecen haber estado prohibidos por la religión" (14) .

c) Familia Punalúa

La familia Punalúa siguió cronológicamente a la familia consanguínea, de la que era una modificación.

La transición de una a otra se produjo mediante la exclusión gradual de las hermanas y hermanos propios de la relación matrimonial, es decir, para la formación de la familia Punalúa, la relación se redujo a la de hermanos y hermanas colaterales.

Para Morgan esta exclusión constituye un gran progreso de la familia, explicándolo de la siguiente manera: dice que este progreso es "una magnífica ilustración de cómo actúa el principio de selección natural" (15) .

La familia Punalúa ha existido en Europa, Asia y América en el período histórico, y en la Polinesia hasta el siglo actual. Tuvo gran difusión en el estadio del salvajismo; en ciertas tribus adelantadas perduró hasta el estadio inferior de la barbarie, y en un caso, el de los Bretones, entre tribus que habían alcanzado el estadio medio.

Respecto de los Bretones, Engels nos refiere las palabras de César, diciendo que "cada diez o doce hombres

(14) Bingham, Sandwich Islands. Ed. Harford. 1847. pág. 21

tienen mujeres comunes, con la particularidad de que en la mayoría de los casos son hermanos y hermanas y padres e hijos" (16) .

Ahora bien, el proceso de transición de una familia a otra no fué sencillo, pues lógicamente no era fácil renunciar así como así a un privilegio al que el salvaje estaba acostumbrado. Por ende, este cambio se produjo primero en casos aislados, luego subsistió como ensayo, y más tarde se generalizó hasta llegar a universalizarse entre las tribus más adelantadas, todavía en el salvajismo, en cuyo medio se originaría este movimiento.

La palabra "punalúa" era un término de parentesco del régimen Hawaiano. Acerca de él, Morgan nos refiere que en 1860 el juez Lovin Andrews de Honolulu, en una carta que acompañaba a un cuadro del régimen Hawaiano de consanguinidad, -- comentaba el término punalúa de la siguiente manera: "El parentesco de punalúa es un tanto anfibio. Nace del hecho de que -- dos o más hermanos con sus esposas, o dos o más hermanas con sus maridos, se inclinaban a la posesión entre ellos en común; pero el sentido moderno del término es el de "querido amigo o compañero íntimo" (17) .

Con el cambio de la familia consanguínea a la punalúa a el sistema Malayo se derrumbó para dar paso al sistema Turanio. este proceso se produjo de la siguiente manera: El matri-

(16) Engels. Friederich. Obra citada. pág. 37

(17) Morgan Lewis H. Obra citada. pág. 432.

monio punalúa dió origen a la familia punalúa, y ésta a su vez al régimen Turanio de consanguinidad, tan pronto como el régimen existente hubiese sido reformado.

Para lograr esta reforma era necesario además del grupo punalúa, la organización en gentes, que excluía constantemente por Ley Orgánica la relación matrimonial entre hermanas y hermanos propios, quienes en el sistema anterior entraban en dicha relación. Y una vez logrado ésto, el sistema Turanio se impondría al Malayo.

De acuerdo al criterio de Morgan y haciendo una síntesis de él, nos dice que en el grupo punalúa Hawaiano la reforma del régimen era imposible de manera total, puesto que - si bien tenían el grupo punalúa, no tenían así la organiza---ción en clases, siendo así que con frecuencia las hermanas y hermanos propios estaban confundidos en el grupo punalúa.

d) Familia Sindiásmica

La familia sindiásmica sigue en orden cronológico a la familia punalúa. La localizamos en el límite comprendido entre el salvajismo y la barbarie.

Se forma por parejas conyugales (solas) que constituyen familias perfectamente señaladas, aún cuando sólo par---cialmente individualizadas, pues no tenían cohabitación exclu

siva. Comúnmente varias de ellas ocupaban una vivienda, formando un hogar colectivo y practicando el principio del comunismo en su modo de vivir.

En el matrimonio sindiásmico vemos que al irse dando cada vez más la exclusión de la relación matrimonial de los parientes consanguíneos, se va solidificando el principio de selección natural del cuál nos habla Morgan, y quién según esto contribuye a crear razas más fuertes. Textualmente lo señala en la obra de Engels, al decir que "El matrimonio entre gens no consanguíneas engendra una raza más fuerte, tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclábase dos tribus avanzadas, y los nuevos cráneos y cerebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus" (18)

Con el matrimonio sindiásmico comienzan el rapto y la compra de mujeres.

Más que nada la relación entre hombre y mujer radicaba en una conveniencia, y esto se puede comprobar analizando cómo se daban estos matrimonios.

Algunas relaciones se daban por medio del "rapto" y éste era resultado de la escasez de mujeres, debido a la exclusión que se creó de los parientes consanguíneos de la relación matrimonial, y por ende, se tenían que buscar mujeres en otras gens que no fuera la propia.

Por otra parte, y en la mayoría de los casos, corres

(18) Engels Friederich. Obra citada. pág. 44

pondía a las madres concertar el matrimonio de sus hijos, el cuál se negociaba por lo común sin el consentimiento de las partes contrayentes, por lo cuál en muchas ocasiones los consortes ni se conocían. Antes de la boda el futuro esposo hacía regalos a los parientes gentiles de la prometida, siendo considerados estos regalos como el precio por el que el hombre compraba a la mujer. Es decir que este tipo de matrimonio vendría a ser lo que se conoció con el nombre de "matrimonio por compra" .

El vínculo matrimonial obligaba a la mujer a la más absoluta fidelidad hacia el hombre, no así de éste a aquella. Sin embargo dicho vínculo no tenía más duración que el que los cónyuges quisieran darle; de darse la separación y en caso de haber hijos, la madre era quien se quedaba con ellos.

Respecto a la situación de la mujer en el matrimonio sindiásmico, Arthur Wrigth, en la obra de Engels ya citada, nos comenta que "Respecto a sus familias, en la época en que aún vivían en las antiguas casas grandes (domicilios comunistas de muchas familias)... predominaba siempre allí un clan (gens), y las mujeres tomaban sus maridos en otros clanes (gens)... Habitualmente las mujeres gobiernan en la casa; las provisiones eran comunes, pero ¡desdichado del pobre marido o amante que era demasiado holgazán o torpe para aportar su parte al fondo de provisiones de la comunidad! Por más hi-

jos o enseres personales que tuviere en la casa, podía verse a cada instante conminado a liar los bártulos y tomar el --portante. Y era inútil que intentase oponer resistencia , --porque la casa se convertía para él en un infierno; no le --quedaba más remedio sino volverse a su propio clan (gens), o lo que solía suceder más a menudo, contraer un nuevo matrimo--nio en otro. Las mujeres constituían una gran fuerza dentro--de los clanes (gens), los mismo que en todas partes. Llegan--do el caso no vacilaban en destruir a un jefe y rebajarle a--simple guerrero" (19).

En cuestión de herencia, los bienes del hombre. --cuando éste moría, pasaban a formar parte de la gens materna. Ante tal situación y sobre todo con el desarrollo de la prop--iedad privada, el hombre vió la necesidad de modificar en --favor de sus hijos el orden de la herencia establecido. Y --así, en forma por demás sencilla y pacífica se abolió la fi--liación femenina y el derecho hereditario materno, sustituyéndolos la filiación masculina y el derecho hereditario pa--terno. Tal circunstancia dió paso a la forma de familia pa--triarcal.

Cabe hacer mención que la familia sindiásmica no --formó ningún nuevo sistema de consanguinidad, ni modificó --sensiblemente el anterior (Turanio).

(19) Engels Friederich. Obra citada. pág. 46.

Familia Patriarcal

La familia patriarcal comprende el período inferior de la barbarie, y perduró durante algún tiempo hasta después de implantada la civilización.

Engels nos señala la característica principal de patriarcado. Dice que lo que caracteriza principalmente al patriarcado no es la poligamia sino "la organización de cierto número de individuos, libres y no libres, en una familia sometida al poder paterno del jefe de ésta. En la forma semítica ese jefe de familia vive en plena poligamia. los esclavos tienen una mujer e hijos, y el objetivo de la organización entera es cuidar del ganado es una área determinada" (20).

Esta forma de familia señala el tránsito del matrimonio sindiásmico a la familia monogámica. Así lo consigna Maxim Kovaleski en la obra de Engels; Dice que la comunidad familiar "ha constituido el estadio de transición entre la familia de derecho materno, fruto del matrimonio por grupos, y la monogamia moderna" (21).

En la familia patriarcal romana el pater familias tenía autoridad sobre la vida y muerte de sus hijos y descendientes, así como la de los esclavos y servidores que consti

(20) Engels Friederich. Obra citada. pág. 55.

(21) Engels Friederich. Obra citada. pág. 56.

tufan su núcleo y le daban el nombre, y con la propiedad -- absoluta de todos los bienes obtenidos por ellos.

En forma parecida a la romana, la familia anti--- gua de las tribus griegas presentaba las mismas caracterís- ticas aunque en grado menor ; en ella empieza a destacarse la individualidad de la persona sobre la gens. Y su influen- cia general tendió a la implantación de la familia monogámi- ca, la cual era esencial para el logro de los fines requeri- dos, que era lograr la certidumbre de la paternidad de los- hijos.

La Familia Monogámica

La familia monogámica nace en el período de transi- ción entre el estadio medio y el estadio superior de la bar- barie, aunque no quedo firmemente establecida sino después- de iniciada la civilización.

Ya hemos visto cómo en la familia sindiásmica el- predominio de la gens corresponde en un principio a la mu- - jer, y posteriormente al hombre, al darse el cambio en el - orden de la herencia determinado por la propiedad privada.

Precisamente es en este cambio en donde Engels en- cuentra el fundamento de la familia monogámica. Y nos dice- que esta "se funda en el predominio del hombre; su fin ex--

preso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos han de entrar un día en posesión de los bienes de sus padres" (22).

De lo anterior se deduce que en su primera organización la familia monogámica era patriarcal.

La monogamia aparece en forma definida en el período superior de la barbarie. Algunas de sus características se habían incorporado sin duda en épocas anteriores a la forma previa de la familia sindiásmica; pero el rasgo esencial de la monogamia "la cohabitación exclusiva" no puede señalarse la familia sindiásmica.

Otra de las características que distingue a la familia sindiásmica de la monogámica, es que en aquélla el matrimonio duraba a voluntad de las partes, siendo fácil disolverlo; en la familia monogámica los lazos conyugales ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora sólo el hombre puede romper dichos lazos y repudiar a su mujer.

"Uno de los ejemplos más remotos de la familia monogámica lo presentan los germanos. Se conforman con una sola esposa, con algunas excepciones, no por sensualismo, -

(22) Engels Friederich. Obra citada. pág. 59.

sino por el rango que ocupaban. Los dos hechos sobre los que descansa la monogamia son: PRIMERO: que cada individuo se conformaba con una sola esposa; y SEGUNDO: que las mujeres vivían cercadas de castidad" (23).

Otro ejemplo lo encontramos en los griegos de Homero. Aquí simplemente nos limitaremos a indicar que la monogamia se daba más que nada como un deber impuesto a la mujer, mientras que el esposo no la practicaba en la mayoría de los casos. Esta familia tenía características tanto sindiásmicas como monogámicas.

Marx nos habla del cambio que sufrió la situación de la mujer en esta época. Dice que "la situación de los dioses - en la mitología nos habla de un período anterior, en que las mujeres ocupaban todavía una posición más libre y más estimada; en los tiempos heroicos vemos ya a la mujer humillada por el predominio del hombre la competencia de los esclavos" (24).

En la familia romana la condición de la mujer era -- más favorable, pero su subordinación la misma. El matrimonio colocaba a la mujer bajo la dependencia de su marido, el cuál la trataba como a una hija y no como a su igual. Además tenía autoridad para castigarla y derechos de vida y muerte en caso de adulterio.

(23) Documentación sacada del Morgan Lewis H. Obra citada. - pág. 470-71.

(24) Engels Frederick. Obra citada pág. 59.

Respecto de los sistemas de consanguinidad, habíamos visto que la familia consanguinea creó el sistema Malayo; la familia punalúa el sistema Turanio; en la familia monogámica encontramos el sistema "Ario, Semítico o Uralio", que expone los parentescos que existen en dicha familia.

Este sistema no se basó en el Turanio como lo hizo éste en el Malayo. La reforma del régimen Turanio a fin de hacerlo concordar con las descendencias monogámicas no fué posible. Falseaba la monogamia de parte a parte.

Así, el régimen Turanio fué abandonado y sustituido por el método descriptivo, usado por las tribus Turanias, cuando querían especificar un parentesco dado.

Recurrían a simples hechos de consanguinidad y descubrían el parentesco de cada persona, mediante la combinación de los términos primarios. Así decían "el hijo del hermano", "nieto del hermano", "hermano del padre" e "hijo del hermano del padre". Cada frase describía a una persona, dejando librado el parentesco a la deducción.

2.- MATRIMONIO MONOGAMICO

Sin duda alguna, el matrimonio constituye uno de los temas del Derecho Civil al cual se ha dedicado una atención más constante.

Como hemos visto, el desarrollo de la organización familiar hasta nuestros días culmina con la implantación de la familia monogámica.

Creemos oportuno realizar un breve estudio del matrimonio monogámico, básicamente sobre su definición, su naturaleza jurídica y los fines que persigue.

A) Definición

Analizando el criterio de varios autores, veremos que algunos de ellos pretenden en su noción del matrimonio - darle un carácter de legalidad, otros más, hacer resaltar la idea de su permanencia, y algunos otros incluyen una nota de plenitud en el mismo.

En primer término veremos el criterio de los juristas, los cuales nos dicen que el matrimonio es "la unión del hombre y la mujer, consagrada por la ley" (25) .

En esta definición encontramos como rasgo esencial

(25) Ruiz Peña Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Tomo V. Ediciones Pirámide.S.A. 3a. Edición. Madrid 1976. pág 32.

el carácter de legalidad, y entre los autores que la sostienen citaremos a los tratadistas franceses, en particular a "Baudry-Lacantinerie", más que nada en apoyo de la secularización del matrimonio en Francia.

Otro de los autores que incluyen en su definición del matrimonio dicho carácter de legalidad es Augusto Knecht, al decir que el matrimonio es "la unión válida de un hombre y una mujer, celebrada conforme a las Leyes del Estado y ante un magistrado civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio, prestado ante un magistrado civil, y la situación creada por este acto" (26) .

La crítica que se le puede hacer a estas definiciones es que son un poco frías, pues no incluyen otras características del matrimonio que le dan a éste un carácter de mayor identificación entre el hombre y la mujer.

Los sociólogos señalan que esa unión del hombre con la mujer tiene un carácter fundamental que dá colorido específico a la unión: "la permanencia" .

Planíol en su obra de Derecho Civil nos dá una definición del matrimonio que incluye además del carácter de legalidad del que nos hablan los juristas, la idea de permanencia que señalan los sociólogos. Planíol nos dice que el matrimonio

(26) Castán Tobeñas José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Vol. 1. Instituto Editorial - Reus.S.A. 3ava Edición. Madrid 1960. pág. 154.

es "un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto" (27) .

Entre los filósofos, Ahrens dice que el matrimonio es "la unión formada entre dos personas de sexo diferente, - con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones - que son su consecuencia" (28) .

Podemos ver que esta definición nos denota una idea de plenitud, la cual podemos observar al señalar el fin que persigue el matrimonio.

Esta nota de plenitud la encontramos también en Modestino y Sto.Tomás, en sus definiciones romanas del matrimonio; en Cicu y en Kipp y Wolff.

Modestino nos dice que el matrimonio es "Nuptiae - sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, - divini et humani iuris communicatio". Digesto Lib.XXIII.Tít.- 2. fracc. 1^o .

La traducción de la definición de Modestino la encontramos en Mazeaud, al decir que el matrimonio según Modestino es "la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse por el mutuo socorro -

(27) Planiol Marcel . Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol.3 Ed.José M.Cajica. México 1946.pág. 329.

(28) Puig Peña Federico . Obra citada. pág. 33.

a llevar el peso de la vida, y para compartir su común destino" (29) .

Sto.Tomás nos dice del matrimonio que es "conjunctio corporum et animorum" - "El ánimo del matrimonio es la unión de las almas" .

Cicu nos dice que el matrimonio es "una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola" (30) .

Por último Kipp y Wolff dicen que el matrimonio es "la unión de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida" (31) .

La crítica que se le puede hacer a las definiciones anteriores que encierran o denotan una noción de plenitud de vida del hombre y de la mujer, es que excluyen el elemento legal sancionado por el Estado, y sin el cuál dichas definiciones podrían estar hablando también de otro tipo de uniones como el concubinato.

Algunos otros autores como Castán Tobeñas y Colin y Capitant, nos dan una definición más completa del matrimonio, ya que incluyen en ellas los tres elementos ya señalados.

(29) Mazeaud Henri. Derecho Civil. Parte III. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1a Edición. Buenos Aires 1959. pág. 52.

(30) De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed.Porrúa S.A. - Vol. I. 7a Edición. México 1975. pág 314.

(31) Kipp y Wolff. Derecho de Familia. Vol I. Bosch Casa Ed.- 2a Edición. Barcelona 1953. pág. 11.

Castán Tobeñas dice que el matrimonio "es la unión legal de un hombre y una mujer, para la plena y perpetua comunidad de existencia" (32) .

Colin y Capitant nos dicen que "el matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro, bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar" (33) .

Nuestra legislación al igual que la francesa, considera al matrimonio como un contrato; el artículo 130 de nuestra Constitución de 1917, en su párrafo III nos dice que "el matrimonio es un contrato civil"; aunque posiblemente el legislador no haya querido equipararlo a los demás contratos, según lo expresado por Rojina Villegas, cuestión de veremos al hablar de la naturaleza jurídica del matrimonio.

B) Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

En torno a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diferentes posiciones doctrinales, tratadas de la siguiente manera:

a) El Matrimonio como Institución Jurídica.

Esta posición ha sido defendida entre otros autores

(32) Puig Peña Federico. Obra citada de Derecho Civil. pág.33

(33) Colin y Capitant . Derecho Civil. Tomo I. Ed.Reus.S.A. - Traducción de la última Edición Francesa. Madrid 1922. pág. 256.

por Hariou, Bonnacase, Lemaire, D'Aguanno y Lefebvre.

Antes de entrar al estudio de esta posición doctrinal, es necesario exponer someramente lo que se entiende por Institución Jurídica.

Al respecto Rojina Villegas nos dice que "Una Institución Jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad" (34).

De acuerdo a lo anterior, el matrimonio como Institución Jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado por normas de igual naturaleza que se unifican en razón de su fin, regulando los elementos esenciales y de validez, así como las normas que fijan los derechos y obligaciones de los cónyuges que persiguen la misma finalidad, al crear un estado permanente de vida que será fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Desde este punto de vista, sólo se estudia al matrimonio tomando en cuenta su aspecto normativo legal.

También se puede entender al matrimonio como Institución de acuerdo a las ideas de Hariou. Para este autor francés la Institución es una "idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realiza-

(34) . Rojina Villegas Rafael . Derecho Civil Mexicano . Tomo II. Ed. Porrúa. 5a Edición. México 1980. pag. 210.

ción de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; - por otra parte entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos" (35) .

De acuerdo a la definición de Hariou de la Institución Jurídica, podemos decir que el matrimonio "sí" quedaría encuadrado, puesto que: En primer lugar el matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado; En segundo lugar porque -- por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos, como son los consortes; En tercer lugar porque los consortes persiguen finalidades comunes para lo cual se establecen actividades recíprocas; Y por último porque todo lo referente al matrimonio está regulado por un procedimiento.

En la definición que nos da Bonnacase del matrimonio como Institución Jurídica, podemos ver que engloba tanto el aspecto normativo como las ideas de Hariou, al decir que "La Institución del matrimonio está formada con un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho" (36).

(35) Rojina Villegas Rafael. Obra citada. pág. 211.

(36) Galindo Garfias Ignacio. Primer Curso de Derecho Civil . Ed. Porrúa.S.A. la Edición. México 1973. pág. 447.

b) El matrimonio como acto jurídico condición.

León Duguit es quien precisa la significación que tiene el acto jurídico condición. Define a éste como "el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua" (37).

Según la tesis anterior, para que se lleve a cabo la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente, es menester la realización de un acto jurídico condición, que en este caso vendría a ser el matrimonio mismo, es decir su celebración.

En esta tesis se logra conjugar tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de Institución ya que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

c) El matrimonio como acto jurídico mixto.

Esta tesis sostiene que el matrimonio es un acto ju

(37) Rojina Villegas Rafael. Obra citada. pág. 212.

rídico mixto en virtud de intervenir en él tanto la voluntad de los particulares (consortes) como la de los funcionarios públicos en el acto mismo, que en este caso sería el juez del registro civil.

No podemos negar lo certero del criterio anterior, sin embargo no estamos de acuerdo en que sobre este hecho descance la naturaleza jurídica del matrimonio, ya que el hecho de que en la celebración del mismo participen la voluntad de los consortes y la del juez del registro civil, sólo es parte de la celebración del matrimonio y no su esencia jurídica.

d) El matrimonio como contrato

El artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928 se refieren al matrimonio calificándolo de contrato, es decir como un acuerdo de voluntades que producen derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos. Además de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

La idea del matrimonio contrato nace en el momento en que el Estado se siente fuerte ante la Iglesia, la cual -- considera al matrimonio como un sacramento.

Haciendo un extracto de las palabras de Rojina Villagas en relación con la posición del legislador mexicano frente a este tema, señala "que aunque los textos legales de

1917 (Constitución y Ley de Relaciones Familiares) le dan al matrimonio la denominación de contrato, sólo se refieren al mismo de tal manera para establecer la separación radical del matrimonio civil del matrimonio religioso, en cuyo caso se considera a éste como un sacramento; sin embargo dice que esto no quiere decir que el legislador haya querido asimilar al matrimonio al sistema jurídico que rige a los demás contratos" (38) .

La tesis del matrimonio como contrato encuentra varias críticas en diversos autores, tales como Rafael de Pina Galindo Garfias, etc.

Los autores nombrados coinciden al decir que el matrimonio no puede ser un contrato, porque éste necesita de tres elementos esenciales para su existencia: Objeto, Causa y Consentimiento; y en el matrimonio faltan los dos primeros.

Señalan que en los contratos el objeto es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre personas, y la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

Respecto de la causa, en los contratos es la libertad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de sus principios haya otro interés que el amor.

Tomando en cuenta que desde el punto de vista del de

recho civil mexicano los requisitos del contrato son el consentimiento y el objeto (art. 1794 del Código Civil vigente), no puede admitirse la naturaleza contractual del matrimonio por falta de objeto.

Hay que hacer notar otros detalles por los cuáles debe negarse dicha naturaleza contractual.

a) En nuestra legislación no se permiten matrimonios condicionados a término, modalidad típica del contrato, en atención al principio de perpetuidad.

b) En lo referente a la teoría de las nulidades, la materia matrimonial dista mucho de equipararse a los principios y normas establecidas para la nulidad de los contratos, lo que no sería explicable si el matrimonio fuera un contrato como cualquier otro.

e) El matrimonio como estado jurídico.

De acuerdo a esta posición, se considera al matrimonio como estado permanente de vida entre los consortes, derivado del acto jurídico que es el matrimonio mismo.

Los estados jurídicos al producir situaciones jurídicas permanentes, permiten la aplicabilidad a todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida.

De acuerdo a lo anterior, es indudable que el matrimonio

monio constituye un estado jurídico entre los consortes, pero es preciso aclarar que este estado jurídico se dá como consecuencia de la celebración del matrimonio, es decir, no sería naturaleza jurídica de éste, sino consecuencia de la celebración del mismo.

f) El matrimonio como acto de poder estatal.

Esta posición es defendida por Cicu. Para este autor la constitución del matrimonio se realiza "por el acto de pronunciamiento que por medio del encargado del registro del estado civil formula el Estado" (39) .

Dicha intervención para Cicu es activa y no meramente certificativa, puesto que el encargado del registro civil está facultado para examinar si existe o no obstáculo para la celebración del matrimonio.

Al igual que en la tesis que considera al matrimonio como un acto jurídico mixto, se le puede hacer la misma objeción, sólo que en este caso se excluye la voluntad de los consortes como fundamento jurídico del acto, anteponiendo a ésta, la intervención del encargado del registro civil.

C) Fines del Matrimonio.

Dentro de la doctrina filosófica encontramos tres -

(39) De Pina Rafael . Obra citada. pág. 321.

tesis principales acerca de los fines del matrimonio.

La primera de ellas es de carácter unilateral, sostenida principalmente por Kant, quien nos dice que "el fin único del matrimonio era el goce de los instintos sexuales, - los cuales quedaban regularizados en él" (40).

De igual pensamiento es Letourneau. Pensamos que es una tesis muy débil ya que si ese fin fuera el único que persigue el matrimonio, no se requeriría llegar al mismo para obtenerlo.

Schopenhauer señala como único fin del matrimonio - "la generación futura", es decir la procreación; y Comte señala como fin "el perfeccionamiento mutuo de los dos sexos" .

Una segunda doctrina de carácter bilateral es sostenida por Aristóteles, quien dice que los fines del matrimonio son "la procreación de los hijos y el complemento mutuo de - los esposos" (41) .

Esta es una doctrina más admisible, pues además de mostrar el matiz de individualidad de Kant- también incluye - la finalidad transpersonalista de Schopenhauer.

Una tercer doctrina de criterio trilateral, sostenida por Sto. Tomás de Aquino nos señala dos fines específicos y un fin individual. Dice que los fines específicos son : la -

(40) Puig Peña Federico . Obra citada de Derecho Civil. pag.37

(41) Ib idem.

procreación y la educación de la prole, y el fin individual - es el mutuo auxilio de los cónyuges.

La pregunta a contestarse es la siguiente: ¿ cuál - de los fines señalados es el fundamental ?

El Código Canónico vigente señala como fin primario del matrimonio "la procreación y educación de los hijos", y - como fines secundarios "el mutuo auxilio y el remedio de la - concupiscencia (deseo inmoderado de los bienes terrenos y de_ los goces sensuales)" . Canon 1.013.

La Enciclica "Casticonnubii" del año 1930 declara - de acuerdo con el Código Canónico, que el fin primario del ma_ trimonio es la procreación y educación de los hijos; fines se_ cundarios: "el mutuo auxilio, la conservación del amor matri_ monial y el remedio de la concupiscencia, fines cuyo fomento_ no está impedido en modo alguno a los cónyuges, siempre que - se respete la naturaleza del acto y su subordinación al fin - primario del matrimonio.

"Sanchez Román distingue en el matrimonio un fin - próximo, que es la constitución de una comunidad plena entre_ dos individuos de sexo diferente, y un fin remoto que es la - conservación de la especie humana" (42) .

Es importante indicar lo que nuestro derecho positi-

(42) Castán Tobeñas José . Obra citada . pag. 77 .

vo mexicano señala al respecto:

Aunque no expresamente señalados como los fines del matrimonio, podemos deducir como tales: "La perpetuación de la especie, la ayuda mutua de los cónyuges y la educación de los hijos" .

Los dos primeros se desprenden de la lectura de los artículos 147 y 162 de nuestro Código Civil vigente para el D.F. de 1932; y el último, del artículo 164 del mismo ordenamiento legal que a la letra dice:

Artículo 147.- Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Artículo 162.- Parte primera- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades.

C A P I T U L O I I

EL DELITO DE BIGAMIA

1.- Antecedentes en general del delito de bigamia.

- A) Roma
- B) Derecho Canónico
- C) España
- D) Francia

2.- Antecedentes en México

- A) México Precortesiano
- B) La Colonia
- C) México Independiente
 - a) Código Penal de 1835 para el Edo de Veracruz.
 - b) Código Penal de 1871 para el D.F y Territorio de la Baja California
 - c) Código Penal de 1929 para el D.F y Territorios Federales
 - d) Código Penal de 1931.

C A P I T U L O I I

EL DELITO DE BIGAMIA

1.- Antecedentes en general

Después de haber desarrollado en el capítulo anterior la evolución de la Organización Familiar, podemos deducir que la bigamia considerada como delito, nace cuando se aceptó como una forma estable del matrimonio la unión monogámica, y por lo mismo aquélla dejó de estar permitida.

La vida de este delito data de la época romana, ya que en forma general hasta entonces era tolerada, sobre todo más marcadamente en los países orientales como Egipto, India, Persia, etc.

A) Roma

Roma ha servido de lazo de unión entre el mundo antiguo y el mundo moderno; primero por la unidad del Estado, - después por la unidad de la Iglesia y por último en la Edad Media por la unidad del Derecho.

En el primitivo derecho penal romano el delito en general es considerado como violación de las leyes públicas y orden jurídico protegido, y la pena como reacción pública contra el delito.

Es indudable que las Leyes Corneliae y las Leyes Juliae son el fundamento del derecho penal romano.

Refiriéndonos al delito de bigamia en particular, - podemos encuadrarlo en el grupo "crimina pública", dentro de los delitos de sensualidad.

Respecto de estos delitos Jiménez de Asúa apunta - que entre los delitos crimina pública se encuentran "los delitos de sensualidad, sometidos al poder penal del Estado por - la Lex Juliae de adulteriis (año 736 de Roma); (18 a.c.) adulterio, violación, proxenetismo y matrimonio incestuoso (adulterium, stuprum, lenocinium, incestus)" (43) .

Entre los romanos nos dice Pacheco Osorio que "La - Lex Julia de adulteriis sancionó como un mismo delito público el adulterio y la bigamia, con las penas de destierro de los culpables a islas distintas y la confiscación de la mitad de los bienes pertenecientes a la mujer" (44) .

La acción respectiva debía ser intentada por el marido o el padre de la adúltera en el término de sesenta días, y si éste transcurría sin que ello ocurriera, cualquier ciudadano quedaba facultado para pedir el castigo.

"La misma Lex Julia castigaba al hombre como reo de estupro si se había fingido célibe, teniendo que devolver a la segunda mujer los bienes que de ella hubiere recibido; -

(43) Jiménez de Asúa Luis . Tratado de Derecho Penal. Tomo 1 Ed. Lozada, S.A. 2a Edición. Buenos Aires 1956. pág. 276.

(44) Pacheco Osorio Pedro . Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 3. Ed. Témis. 2a Edición. Bogotá 1970. pág. 5 .

en todo caso el segundo matrimonio era nulo" (45).

Según refiere Mommsen "Dioclesiano fué el primero - que consideró la bigamia como delito independiente y que conmi-
nó con una pena, con el fin de abolir la poligamia en que viví-
an muchos de los súbditos del Imperio, porque en aquél enton--
ces, el derecho municipal lo autorizaba. El emperador dejaba -
al arbitrio de los juzgadores la pena que debían imponer" (46)

El Edicto del Pretor impuso al marido la pena de in-
famia, precepto que se conservó en la ley I, del título II, --
del libro III del Digesto.

Las palabras textuales del Digesto en su traducción-
al castellano nos dice que es tachado de infamia "el que en su
nombre, y no por la autorización de aquél bajo cuya potestad -
estuviere, o en nombre de aquél o de aquélla a quien tuviere -
en potestad, hubiere contraído esponsales o nupcias con dos --
personas a un mismo tiempo" (47).

El Digesto o Pandectas contiene en sus libros 47-48-
el grupo de la legislación penal romana. Libros que se conocen
con el nombre de "Libri Terribiles" (Libros terribles).

(45) Datos de Enciclopedia Universal Ilustrada. Ed. José Calpe
e Hijos. S.A. Barcelona. Tomo 8 s/año. pag. 814.

(46) Mommsen Teodoro . Compendio de Derecho Público. Ed. Impul-
so. S.A. Ia. Edición. Buenos Aires Ar--
gentina. 1942. pag. 481.

(47) El Digesto de Justiniano. Tomo I. Versión Castellana. Ed.
Aranzadi Pamplona. 1968 pag. 140

"Constantino decretó la pena de muerte para la mujer casada y su amante adulterino. Justiniano conservó esta penalidad para el copartícipe, pero cambió la de la mujer infiel en azotes y reclusión en monasterio, con la obligación de tomar hábito si el marido no perdonaba" (48).

Como podrá verse más adelante la influencia del derecho penal romano es mucha respecto de otras legislaciones, entre las que contamos a la nuestra, sobre todo en la época del México Precortesiano.

B) Derecho Canónico

El papel del derecho penal de la Iglesia Católica - fué de suma importancia por dos grandes razones: La primera - porque hizo encarnar a través de largos años de esfuerzos la norma jurídica romana en la vida social de Occidente; La segunda porque contribuyó en mucho a civilizar la brutal práctica germánica, adaptándola a la vida pública.

Su influjo se inicia en el propio Imperio Romano, - cuando logra su reconocimiento en tiempos de Constantino, y - sobre todo cuando adquiere el rango de religión oficial y exclusiva con Teodosio.

Dentro de la Iglesia Católica encontramos en las pa

(48) González de la Vega Francisco . Los Delitos. Ed.Porrúa . S.A. 8a Edición. México D.F. 1966. pag. 426.

labras de Cristo el repudio a la bigamia (Sagrada Escritura)- con las siguientes palabras: "Quienquiera que repudiare a su mujer y se casare con otra, adutéra con ella; y si una mujer repudiare a su marido y se casare con otro, adúltera es" (49).

Así mismo el apóstol San Pablo nos señala que "la mujer mientras viva el marido, será castigada de adúltera si fuera de otro marido" (50) .

En forma general encontramos el repudio hacia la bigamia en: la enseñanza de los padres de la Iglesia, con Teófilo de Antioquía, Clemente Alejandrino y San Ambrosio; y en las Declaraciones de la Iglesia con los romanos pontífices San Nicolás I e Inocencio III; en los Concilios de Mileto; el Lugdumense II, Ecuménico XIV y el Concilio Tridentino (51) .

El derecho canónico disciplinario en su origen, tuvo vigencia al llegar la Edad Media, porque su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por razón de la materia. La Iglesia ejerció su poder penal no sólo sobre los clérigos sino sobre los laicos para algunos delitos, si bien su ejecución se hacía por el brazo secular.

Los delitos se subdividieron en: delicta eclesiástica, que eran los que ofendían al derecho divino; delicta mere secularia, que lesionaba tan sólo el orden humano, y delicta mixta, que violaba tanto una como otra esfera.

(49-50-51) . Datos sacados de la Enciclopedia Universal Ilustrada . Obra citada. Tomo 45. pags. 1374-75.

Según lo visto, el delito de bigamia quedaba dentro de los delicta mixta, pues ofendía tanto al orden divino como al humano, y ya se vió que se castigó con las penas del adulterio.

En La Edad Media se extremó el rigor contra los bigamos: "La Carolina señala para ellos la pena de muerte (art. 121) y La Ley Territorial de Clary llevó su rigor hasta el extremo según Berner de disponer que se partiere por mitad la cabeza del bigamo al objeto de que cada mujer pudiera tomar una parte de ella" (52) .

C) España

El conocimiento del Derecho Penal Español llega a nosotros principalmente a través de textos de carácter legal.

Ya lo dice Galo Sánchez catedrático de Historia General del Derecho en la Universidad de Madrid al señalar que "Los escritos que hasta ahora han trazado un cuadro de conjunto en la historia de nuestro derecho penal, lo han hecho a base de textos de carácter legal (Códigos, etc) sin darse cuenta que muchos de ellos no se han aplicado nunca o lo han sido de un modo parcial tan sólo" (53) .

El Fuero Juzgo en las leyes 6a tít.II y 2a tít. IV

(52) Enciclopedia Universal Ilustrada. Obra citada. Tomo 8. - pág. 814.

(53) Jiménez de Asúa Luis . Obra citada. Tomo 1. pág. 698.

del libro III, ordenan que en caso de bigamia, sean el esposo culpable y su cómplice puestos en poder del primer esposo con todas sus cosas como siervos suyos,

Textualmente la ley 6a, tít. II del libro III nos dice: "Ninguna mujer non se case con otro marido, quando el suyo non es en la tierra, fasta que sepa cierta cosa del suyo si es muerto. Otrosí lo deve saber aquel que quiere casarse con ella. E si esto non fizieren, é se ayuntaren, e después viviere el primero marido, ámos sean metidos en poder del primer marido, que los pueda vender ó fazer dellos lo que quisiere" (54).

El Fuero Real (Ley 8a. tít. I, libro III) castigaba al bigamo y a su cómplice con multa de cien maravedís, la mitad para el rey y la mitad para el otro cónyuge" (55).

La bigamia es severamente castigada en Las Partidas. El legislador asimila a la bigamia "el engaño de un marido que ocultando el lazo que había contraído, especula con un segundo matrimonio, contraído por su mujer cómplice ella misma de este engaño. La pena del bigamo era la deportación por cinco años a una isla, y la privación de sus bienes que pasan a sus hijos o nietos si los tiene, o si no los tiene -

(54) Fuero Juzgo o libro de los jueces. Ediciones Zeus, Barcelona 1968 pág. 164.

(55) Enciclopedia Universal Ilustrada. Obra citada. Tomo 8 pág. 814.

que sean confiscados en beneficio de la cámara del rey. Ley-16, tít. 17, Partida 7a, (56).

Más adelante con la Novísima Recopilación esta pena de la deportación se cambio en pena de galeras, que pudo extenderse a diez años, agregándole la marca con hierro candente de la letra "Q" en la frente del bígamo" Ley 6a, 7a, 8a y 9a tít. 28 libro XII, Nov. Recop. (57).

La ley 1a y 5a tít. 17 de la 7a Partida nos dice:- Si mujer desposada derechamente casare con otro o fiziere -- adulterio, él y ella con sus bienes sean metidos en poder -- del esposo; assi que sean sus siervos, más que no los pueda matar; é otrossí de sus bienes que faga lo que quisiere, si ninguno dellos no hoviere fijos derechos" (58).

Como ya lo habíamos señalado, parece ser que estas normas no tuvieron gran aplicación, y de nueva cuenta Galo - Sánchez refiriéndose especialmente al fuero real y a las partidas nos dice que "del período de la reconquista hay que te ner presente la no aplicación de ciertos códigos como las -- partidas y el fuero real, no obstante las repetidas concesio nes de que fué objeto éste último" (59).

(56) Du Boys Alberto, Historia del Derecho Penal en España.- EdImprenta de José María Pérez. Madrid.- 1872. pág. 293.

(57) Ib idem

(58) Ib idem. pág. 290.

(59) Jiménez de Asúa Luis. Obra citada. Tomo I. pág. 706.

Más adelante el Código Penal de 1822 impuso al bigamo la pena de cinco a ocho años de obras públicas, y además las correspondientes al estupro y a la falsificación de documentos en su caso; al cómplice se le señala la pena de tres a cinco años también de obras públicas, pero si obró de buena fé, sólo debía ser reprendido y no tener más acción -- que para reclamar la mitad de los perjuicios sufridos.

El Código Penal de 1848 dispuso que el que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse disuelto legítimamente el anterior, será castigado con la pena de prisión mayor. (art. 395)

El Código Penal de 1870 tiene igual disposición -- que el anterior, excepto que en éste sí se especifica que la prisión mayor es de seis años y un día a doce años.

En forma general se advierte la influencia del Derecho Penal Romano en las disposiciones españolas.

D) Francia

En Francia su derecho penal común se forma en la -- lucha del poder civil contra el poder religioso, que acaba -- siendo vencido en toda la línea, así como las jurisdicciones municipales y feudales. La jurisdicción real, los tribunales de Baillage y las cámaras criminales de los Parlamentos asumen la misión de imponer penas.

En la legislación precedente a la Revolución Francesa encontramos el gran Coutumier de Carlos VI (1453), las Ordenanzas criminales de Francisco I (1539), la Ordannance criminelle ó Código Penal de Luis XIV (1670), cuyo contenido es sobre todo procesal.

La falta de preceptos de derecho penal material explica la importancia de la Jurisprudencia de los Parlamentos, en donde encontramos penas contra los crímenes de lesa-majestad divina; los crímenes de lesa-majestad humana y los crímenes contra las personas: homicidio, violación, atentados al pudor, etc, en cuya represión se muestra la influencia del derecho romano a través de la doctrina" (60) .

Se reprimía muy severamente la pluralidad de matrimonios, imponiendo en ocasiones la pena de infamia y en otras - la de muerte. También se condenó este crimen condenando a los hombre a las galeras y a las mujeres al destierro temporal o perpetuo; unos y otros llevaban a manera de marcas el título de su condenación, y eran exhibidos en la plaza pública.

(60) Datos sacados de Jiménez de Asúa Luis . Obra citada . To
mo 1 . pág. 302.

2.- Antecedentes en México.

A) México Precortesiano

En la época del México Precortesiano el sistema imperante en materia penal era cruel en gran medida. El sistema penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. Sin embargo - parece ser que la influencia del derecho precortesiano es nula y de muy difícil comprobación.

Raúl Carrancá y Trujillo dice que "o los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible o si lo tenían nada les quedó después de la conquista" (61) .

Miguel S. Macedo también lo señala así al decir que "la influencia del rudimentario derecho indio en la génesis - del pueblo mexicano es de difícil comprobación" (62) .

Ahora bien, para poder saber en qué forma se reprimía el delito de bigamia, es necesario hablar antes un poco - acerca del matrimonio de esa época.

*" Entre los aztecas el matrimonio era polígamo, a lo menos entre las clases sociales superiores, pero había una mujer que era la esposa principal, cuyo hijo gozaba de derechos preferentes.

(61) Boletín del Instituto de Derecho Penal Comparado de México. Año VI. No.17 . mayo-agosto. México 1953 pág. 48 .

(62) Jiménez de Asúa Luis . Obra citada. Tomo I , pág. 849.

Entre los toltecas sólo se consentía una mujer; ni al rey le estaba permitido casarse otra vez después de la muerte de su esposa, ni tampoco a la reina. Otros sí podían casarse por segunda vez después de la muerte de su cónyuge.

Entre los chichimecas a lo menos primitivamente, aún el príncipe tenía una sólo esposa, y lo mismo pasaba entre los otomíes, mazatecas y pinoles.

Entre los mayas, el matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio, que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva"* (63).

Raquel Sagaón Infante nos dice que en forma general en el México Precortesiano "La poligamia no era un derecho concedido a todo el pueblo, sino que estaba reservada a los que se distinguían en los campos de batalla" (64) .

Después de analizado lo anterior, podemos concluir que aunque en algunos casos la poligamia estaba permitida, en forma general el matrimonio era monogámico y por lo tanto sí estaba penada la pluralidad de matrimonios, aunque castigados con el carácter o las penas del adulterio, razón por la cuál veremos cómo se castigaba éste.

*" En el Código de Nezahualcoyotl (Código Texcocano)

(63) Documentación sacada de la Revista de Derecho Notarial . Año XIII. No.35 . julio México 1969, págs. 54-55 .

(64) Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980). U.N.A.M . Coordinado por José Luis Soberanes Fernández . México 1981. pág. 101 .

a los adúlteros se les aplicaba la pena de muerte; la forma típica de hacerlo era a través de la lapidación, aunque también se les imponía por estrangulación.

En las leyes tlaxcaltecas también se estipulaba la pena de muerte para los adúlteros.

Con relación al pueblo maya, Thompson proporcionó noticias harto dudosas por su anormal benignidad. Dice en cuanto al adulterio que el adúltero era entregado al ofendido, quien podía perdonarlo o bien matarlo, y en cuanto a la mujer, su -- vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes " * (65).

En forma general el delito de adulterio fué castigado severamente, la mayor de las veces con la pena de muerte.

Existen algunas contradicciones respecto a la severidad de las penas en el México Precortesiano; Carrancá y Trujillo dice que lo único que puede afirmarse "es que los pueblos precortesianos seguramente contarían con el sistema de leyes para la represión de los delitos; que la pena fué cruel y desigual, y que en las organizaciones más avanzadas, es seguro que las clases teocrática y militar aprovecharan la intimidación para consolidar su predominio" (66) .

(65) Jiménez de Asúa . Obra citada . Tomo I, pág. 849.

(66) Carrancá y Trujillo Raúl . Derecho Penal Mexicano . Parte General . México D.F. 1937 . 2a Edición. pág. 82.

B) La Colonia

La Colonia representó el trasplante de las Instituciones Españolas a territorio Americano.

Una indiferencia total mostraron los colonizadores - por las civilizaciones indígenas que desaparecieron pulverizadas por las Instituciones Españolas, al llegar éstas a territorio Americano.

Al respecto Bernal Díaz del Castillo relata de este modo el establecimiento de los españoles en las playas de México... "Y luego ordenamos hacer y fundar e poblar una villa que se nombró la Villa Rica de la Veracruz... y fundada la villa, hicimos alcaldes y regidores... y diré cómo se puso una picota en la plaza, y fuera de la villa una horca..." (67) .

Carlos V acordó que aquéllo que no estuviera determinado por las leyes propias, se rigiera por las de Castilla. Como resultado de este acuerdo vinieron a regir en México las Partidas y luego las Recopilaciones de Leyes.

La ley 2.ª tít I. Libro II de las Leyes de Indias dispuso que "en todo lo que no estuviere decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla.

(67) Abarca Ricardo . El Derecho Penal Mexicano . Jus Revista de Derecho y Ciencia Social. Publicación de la ELD Serie B. Vol III. México.D.F. pág. 99 ..

Las Leyes de Indias fueron recopiladas primero por - mandato del Virrey Don Luis de Velasco, luego por acuerdo de - Felipe II, y finalmente por orden del consejo de Indias en el - año de 1596.

La recopilación de las Leyes de los Reinos de las In- dias (1680), constituyó el cuerpo principal de leyes de la Co- lonia, completado por los autos acordados hasta Carlos III - (1759); a partir de este monarca comenzó una legislación espe- cial más sistematizada que dió origen a las Ordenanzas de In- tendentes y a las de Minería.

La recopilación se compone de IX libros. En su libro III se trata principalmente la materia penal; en el VIII con - 28 leyes se comprenden "Los delitos, penas y su aplicación". - Señala penas de trabajos personales para los indios por excu- sarlos de los azotes, y pecuniarias, debiendo servir en conven- tos ocupaciones o ministerios de la república, y siempre que - el delito fuere grave, pues de ser leve la pena sería la ade- cuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer.

La Legislación de Indias reconoce tres castas: los - españoles, los indios y los negros. La legislación común espa- ñola sigue a los españoles como un fuero personal; se agrava - la pena del adulterio; se castiga por tener amancebamiento de - indias y se toman providencias para los que dejaren en España -

a sus mujeres. Los indios se regían por disposiciones proteccionistas que se juzgaban adecuadas; y los mestizos y negros por enérgicas disposiciones encaminadas a prevenir frecuentes motines.

Rigiendo supletoriamente en la Colonia todo el Derecho de Castilla, las fuentes en ambas eran comunes. Así, tuvieron aplicación el Fuero Real (1255) las Partidas (1265) - las Ordenanzas de Alcalá (1348) las Ordenanzas Reales de Castilla (1484) las Leyes de Toro (1505) la Nueva y la Novísima Recopilación, siendo esta última y Las Partidas las que más se aplicaron.

Como se puede apreciar, se nos dice que las disposiciones aplicables fueron entre otras el Fuero Real, Las Partidas y la Novísima Recopilación, mismas que ya analizamos al hablar de la legislación Española. Sin embargo también se nos señala que se aplicarían éstas respecto de aquéllo que no estuviera regulado por las leyes propias, y en lo relativo a la bigamia sí había regulación propia; por lo que de cualquier forma, en la época de la Colonia el delito en cuestión siguió estando severamente castigado, aplicándose al mismo las penas correspondientes al adulterio.

C) México Independiente

Durante el período de 1824 a 1835 la actividad legislativa en México se concentra casi exclusivamente en el Derecho Político, explicable fenómeno puesto que es en él en donde se habían causado más conmociones al producirse la Independencia.

a) Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz.

La importancia de este ordenamiento radica en el hecho de constituir el primer Código Penal del México Independiente. Fué presentado en dos partes como proyecto, al cuarto Congreso Constitucional del propio Estado.

El ejemplar de la la Edición de 1835 fué encontrado por el Lic. Jesús Castañón Rodríguez quien lo donó a la Universidad de Jalapa, donde se encuentra en la actualidad a través de la entrega que del mismo hizo el Dr. Celestino Porte Petit. En cuanto al ejemplar que se conoce de la 2a Edición de 1849, se sabe que fué localizado por el Dr. Porte Petit en la Biblioteca de Carena.

Su observancia fué provisional en tanto se estableciera el Código Penal Criminal más aplicable en su momento, según decreto número 106, fechado el 28 de abril de 1835.

En diciembre 15 de 1849 según decreto 115, se estableció que dicho código regiría en el Estado, con las adicio--

nes y modificaciones que se expresen en dicho decreto" (68) .

Duró vigente hasta el 5 de mayo de 1869. En este Código Veracruzano el delito de bigamia se encuentra regulado - en la parte segunda, título VI, denominado "De los delitos - contra la moral, honestidad y decencia pública"; Sección III - "De los Bígamos" .

Disponía de manera concreta la responsabilidad pe-- nal de los bígamos, tomando en cuenta si existía engaño o no, para agravar o disminuir la pena (art. 486-87-88),; asimismo_ se establece la responsabilidad de los funcionarios que inter- vienen en el matrimonio ilegítimo (art. 490) .

El delito de bigamia extendió su responsabilidad a__ los testigos que figuraban en el acto solemne del matrimonio__ ilegítimo, cuando obraban de mala fé (art. 489) .

Existen atenuantes de la pena para los bígamos que__ se arrepentían antes de consumarse el matrimonio ilegítimo, o antes de cohabitar con el otro contrayente. Desde luego es - evidente que se castigaba la bigamia en grado de tentativa.

Cobra relevancia en este ordenamiento el hecho de - que se obliga al varón al sustento de la prole y de la segun- da mujer cuando ésta no tuviere conocimiento del matrimonio - anterior del bígamo.

(68) Datos preliminares sacados de la Revista de Derecho Penal Contemporáneo. No. 1 febrero. México 1965. págs. 15-16-19.

Si aplicáramos la dogmática o analítica penal, diríamos que la bigamia en el código a que nos referimos, era un delito de conducta típicamente antijurídica, cometido a título de dolo, por persona imputable, con una punibilidad susceptible de agravarse o atenuarse.

Es de apreciarse además, que en un momento determinado puede haber multiplicidad de sujetos activos. Por último debe señalarse que este delito requiere de la concurrencia de varios sujetos como lo son los contrayentes y el juez del registro civil.

A continuación transcribiremos los preceptos de dicho ordenamiento a fin de no entrar en más comentarios del presente código que sólo rigió en el Estado de Veracruz hasta el año de 1869.

*Art. 486 - El que siendo casado, viviendo aún su cónyuge, contrajere segundo matrimonio sin que la persona con quien de nuevo se casare sepa aquélla circunstancia, sufrirá la pena de seis a doce años de trabajos forzados; con la obligación si fuere hombre, de mantener ó dotar á la segunda mujer, y sostener la prole que en ella tuviere. Si la persona con quien se contrajere el segundo matrimonio no ignorare que vive el legítimo consorte del bigamo, sufrirán ambos la pena de cuatro a ocho años de trabajos forzados, con la obligación en el hombre de mantener la prole. En todo caso, el bigamo -

quedará además sujeto respectivamente en favor del cónyuge le gítimo, a lo que dispone este código sobre la infidelidad del marido sobre el adulterio y los demás delitos de incontinen--
cia.

*Art. 487 - La persona que no siendo casada contra-
jere matrimonio con quien supiere serlo, sufrirá la pena de -
tres a cinco años de trabajos de policia.

*Art. 488 - La que con ignorancia contrajere el se-
gundo matrimonio de buena fé, pero de manera que su ignoran--
cia proceda de negligencia culpable en enterarse debidamente_
del verdadero estado de la otra persona, será apercibida, y -
no tendrá acción á reclamar sino la mitad de los perjuicios -
que se le hubieren inferido.

*Art. 489 - Los testigos que con pleno conocimiento
y malicia concurran a la celebración del matrimonio en que se
cometa el delito de bigamia, serán castigados como testigos -
falsos con arreglo a lo prescrito en la sección 7a título 4o_
de esta segunda parte. Pero si en su testimonio hubiesen pro-
cedido sin malicia, aunque con la culpa de afirmar por credu-
lidad ú otro motivo lo que efectivamente no les constaba, ó -
con la de ignorar por negligencia lo que debían saber para --
sus declaraciones, serán castigados con uno a tres años de -
prisión.

*Art. 490 - Cuando los funcionarios públicos civiles hubieren sido engañados á consecuencia de documentos de tal modo falsificados que no induzcan sospecha alguna, quedarán libres de toda responsabilidad, y los que hayan suplantado o contrahecho los documentos sufrirán la pena de falsarios. Más si los documentos fuesen tales que por su naturaleza ó por falta de requisitos legales debían inducir sospecha en contra de ellos, los funcionarios públicos civiles que en su consecuencia autoricen, permitan o cooperen al matrimonio ilegítimo, serán suspensos de su empleo ó cargo por uno a seis años, y sufrirán un arresto de cuatro a diez y ocho meses, ó pagarán una multa de 60 a 300 pesos, según el mayor o menor vicio o defecto de los documentos.

*Art. 491 - Todo el que habiendo incurrido en el delito de bigamia, se arrepintiere y retrajere voluntariamente de él antes de consumar el matrimonio ilegítimo ó de cohabitar con el otro contrayente, obtendrá una rebaja de la mitad de la pena que le corresponda con arreglo á los artículos 486 y 487" *(69).

(69) Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz- Dentro de la Revista de Derecho Penal Contemporáneo. Obra citada. págs. 81-82.

b) Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California,

Este Código fué promulgado el 7 de diciembre de 1871 para que comenzara a regir el 1o de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California. Tomó como modelo el Código Español de 1850 y su reforma de 1870.

Encontramos en este ordenamiento dos novedades importantes para su tiempo: 1o.- "el delito intentado" (hoy decimos "delito imposible"), que es aquél que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica, por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean (art. 25); y 2o.- La libertad preparatoria (hoy libertad condicional); que es la que con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos 74 y 75; se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, para otorgarles después una libertad definitiva (art. 98) .

Este código se dictó con carácter provisional y ~~vi~~ vió hasta 1929. Cabe señalar que el presidente de la comisión redactora fué el Ministro Martínez de Castro, nombre con el ~~que~~ que comúnmente se conoce el Código Penal de 1871.

Dicho ordenamiento al igual que el de 1835 para el Estado de Veracruz, dispone responsabilidad penal para los bi

gamos, tomando en cuenta circunstancias agravantes y atenuantes de acuerdo a la mala o buena fé de los sujetos.

Se establece la tentativa, al señalar que de no llegar a firmarse el acta constitutiva del segundo matrimonio, - el delito se reducirá a conato y se castigará como tal (art. 832).

En cuanto a la dogmática penal, se puede decir que se considera al igual que en el código de 1835, al delito de bigamia como un delito de conducta antijurídica, cometido a título de dolo; es considerado como un delito instantáneo, hecho que se desprende de la lectura del artículo 832..

El texto legal de dicho ordenamiento es el siguiente:

Código de 1871. "Título Sexto - Delitos vs el orden de las familias, la moral pública ó las buenas costumbres" - Capítulo VII - "Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales" .

*Art. 831. Comete el delito de bigamia: el que, habiéndose unido con otra persona en matrimonio válido y no disuelto todavía, contrae uno nuevo con las formalidades que le exige la ley.

*Art. 832. El delito de bigamia se consuma al momento en que el acta queda firmada por los contrayentes. Si aqué

lla se extendiere, pero no llegare a firmarse, el delito quedará reducido a conato y se castigará como tal.

*Art. 833. El reo de bigamia será castigado con cinco años de prisión y multa de segunda clase, cuando la persona con quien celebre el nuevo matrimonio sea libre y no sepa que aquél es casado.

Si lo supiere, se impondrá a uno y otro la pena de tres años de prisión y multa de segunda clase.

*Art. 834. Son circunstancias atenuantes de cuarta clase:

I.- Haber tenido el reo motivos graves a juicio del juez, para creer disuelto el matrimonio anterior;

II- No haber tenido hijos en su matrimonio anterior el contrayente casado.

*Art. 835. Es circunstancia agravante de cuarta clase: que el bigamo tenga cópula con su nuevo cónyuge" *(70)

(70) Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California . Edición arreglada por Genaro García . Herrero Hermanos Editores. México 1900.

c) Código Penal de 1929 para el Distrito Federal y Territorios Federales,

Este Código Penal fué sancionado el 30 de septiembre de 1929, por el Presidente Portes Gil, entrando en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

El principal defensor de este código fué José de Almaraz, quien a pesar de reconocer que era un código de transición sujeto a enmiendas importantes, señala que es el primer cuerpo de leyes en todo el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de la defensa social e individualización de sanciones.

Los comisionados de dicho código trataron de concebir al delito "como un acto social que daña al hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, y en forma tal que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil" (71).

En cuanto al delincuente Chico Goerne dijo "que éste debía ser estimado como un ser terrible al que hay que estudiar, sobre todo en los móviles del delito para llegar a los lugares en donde se incubaba el crimen, y a las profundidades de la personalidad criminal" (72) .

(71) Jiménez de Asúa Luis . Obra citada . Tomo 1. pág. 1244.

(72) Ib idem.

En el código de 1929 encontramos casi los mismos -- elementos que en los códigos de 1835 y 1871, sin embargo analizándolo con detenimiento nos podemos dar cuenta que el código de 1929 introduce una innovación respecto de los anteriores, en cuanto a los elementos integrantes del delito de bigamia, ya que el Código Penal de 1929 especifica que el matrimonio anterior no debe estar disuelto ni declarado nulo; no así los códigos anteriores. El Código Penal de 1835 no hace especial mención respecto de la condición en que debe hallarse el primer matrimonio; y el ordenamiento de 1871 habla de matrimonio "válido" respecto del primero, pero en ningún momento habla de su nulidad.

En verdad es interesante la innovación que hace el Código Penal de 1929. Las razones de diferenciación que hay entre uno y otro código, las veremos al hablar de la dogmática penal del delito de bigamia en el capítulo siguiente. Por el momento transcribiremos los preceptos del ordenamiento penal de 1929.

*Art. 901 - Comete el delito de bigamia: el que habiéndose unido con otra persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo todavía, contrae otro nuevo con las formalidades que exige la ley.

*Art. 902 - El delito de bigamia se consuma en el momento en que el acta de matrimonio queda firmada legalmente. Si ésta se extendiere pero no llegare a firmarse, el delito -

quedará reducido a conato y se sancionará como tal.

*Art. 903 - El acusado de bigamia incurrirá en una sanción hasta de cinco años de segregación y multa de treinta a cincuenta días de utilidad; cuando la persona con quien celebre el nuevo matrimonio sea libre y no sepa que aquél es casado; si lo supiere, se impondrá a uno y otro la mitad de la sanción señalada.

*Art. 904 - Son circunstancias atenuantes de cuarta clase:

I.- Haber tenido el acusado motivos graves a juicio del juez, para creer disuelto el matrimonio anterior.

II- No haber tenido hijos en su matrimonio anterior el contrayente casado.

*Art. 905 - Es circunstancia agravante de cuarta clase que el bigamo tenga cópula con su nuevo cónyuge.

*Art. 906 - Los testigos del bigamo que intervengan en la celebración del matrimonio, serán considerados coautores para la aplicación de la sanción correspondiente.

*Art. 908 - Al oficial del Estado Civil que, a sabiendas, autorice un matrimonio nulo o ilícito se le aplicará arresto por seis meses y multa de treinta a cincuenta días de utilidad, quedará destituido de su empleo e inhabilitado por seis años para obtener cualquier otro.

*Art. 909 - Los testigos que hubieren intervenido - en un matrimonio que sea declarado nulo o ilícito, pagarán una multa de treinta a cincuenta días de utilidad.

d) Código Penal de 1931.

El fracaso del código penal de 1929 determinó el inmediato nombramiento de una nueva comisión, designada por el mismo Portes Gil quien había elegido la anterior. A dicha comisión se le dió el encargo de revisar lo legislado en materia punitiva.

La comisión estuvo principalmente integrada por el Lic. Alfonso Teja Sabre como presidente; el Lic. José Angel - Ceniceros; el Lic. José López Lira; el Lic. Luis Garrido y por el Lic. Ernesto G. Garza.

Fué promulgado por el presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931, para que rigiera en el Distrito Federal y Territorios Federales en los delitos del fuero común, y para toda la república en materia federal.

Los principales fundamentos sobre los que se apoyó dicho ordenamiento jurídico son los siguientes:

- a) Ampliación del arbitrio judicial.
- b) Disminución del casuismo con las mismas limitaciones.
- c) Individualización de sanciones.

- d) Efectividad en la reparación del daño,
- e) Simplificación del procedimiento,

Un sólo artículo dedica el código penal vigente de 1931 al delito de bigamia; el artículo 279, que textualmente dice: "Se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales,

La simplificación de esta disposición es notoria. Hace relación en primer término a un presupuesto fáctico: un matrimonio previo; y en segundo lugar a la conducta típica:.. "contraiga otro matrimonio". Sin embargo para nada hace mención de la persona con la que se contrae el segundo matrimonio; ni de la situación del cónyuge inocente del primer matrimonio; ni demás cuestiones tratadas concretamente en los códigos penales de 1835, 1871 y 1929. Además nos hace entrar en duda respecto del bien jurídico tutelado, ya que encuadra al delito de bigamia en el libro segundo - título décimosexto intitulado: "Delitos contra el Estado Civil y Bigamia", lo que hace suponer la separación del delito en cuestión de los señalados específicamente contra el Estado Civil. Esta cuestión se tratara en su oportunidad con mayor amplitud.

C A P I T U L O I I I

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE BIGAMIA

- 1.- Concepto y elementos
- 2.- Presupuestos del delito de bigamia
- 3.- Sujetos Activo y pasivo del delito
- 4.- Bien jurídico tutelado
- 5.- Clasificación

C A P I T U L O I I I

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE BIGAMIA

1.- Concepto y Elementos

Concepto.

Etimología.- La palabra bigamia se encuentra compuesta de dos vocablos: el prefijo latino "his" que significa dos veces, y de "gamos" del griego que expresa matrimonio. Ahora bien, con el adjetivo bigamo o bigama se designa a la persona que está casada dos veces a un mismo tiempo.

"Dentro del derecho canónico se conocen: la bigamia propiamente dicha, la interpretativa y la ejemplar o semilitudinaria.

La primera, que es la que nos interesa, consiste en el estado de quien está casado con dos mujeres viviendo ambas, o viceversa. (bigamia simultánea); también enviuere y vuelva a casarse posteriormente. (bigamia sucesiva) " (73) .

Dentro de nuestro derecho, al igual que en la mayoría de las legislaciones, el hecho de que una persona que enviuda vuelva a casarse no constituye bigamia como delito.

Algunas definiciones del delito de bigamia las encontramos en las obras de Sebastian Soler, Cuello Calón, Francisco Carrara, etc.

(73) Enciclopedia Universal Ilustrada . Obra citada. Tomo 8 .
pág. 813.

Sebastian Soler dice que la bigamia es un delito consistente "en contraer matrimonio sabiendo que existe el impedimento de la subsistencia de un matrimonio anterior" (74)

Cuello Calón señala que comete el delito de bigamia "el que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legitimamente disuelto el anterior" (75) .

Carrara dice que "Bigamia es el delito que cometen quienes ligados por un matrimonio válido, contraen otro matrimonio" (76) .

En nuestro Código Penal vigente de 1931 para el Distrito Federal, el delito de bigamia está incluido en el título décimosexto del libro segundo, intitulado "Delitos contra el Estado Civil y Bigamia" en su artículo 279. La textualidad de dicho artículo ya quedó definida en anteriores capítulos, sin embargo para lograr establecer una comparación entre las nociones de los autores nombrados y la del artículo mencionado, creemos oportuno su nueva lectura; así dicho artículo dice: "Se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales"

(74) Soler Sebastian. Derecho Penal Argentino. T.3 Tipográfica Editora. 2a Edición. Argentina 1963. pág. 362.

(75) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial. T.2 Bosch Casa Editorial. 7a Edición . Barcelona 1949 pág. 664.

(76) Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. 3 Ed.Témis. Bogotá 1959 pág 395.

Aparentemente las nociones de los autores señalados y la del texto del artículo 279 del código penal vigente son iguales, sin embargo no es así ya que en algunas se menciona la existencia de un matrimonio anterior "vigente", y en otras no, como es el caso de nuestro texto legal. Lo anterior se explicará con mayor amplitud al hablar de los elementos del delito, aclarándose del porqué de tal distinción.

En muchas legislaciones como Bolivia, Brasil, Colombia, Puerto Rico, Perú, etc, comete también bigamia quien sin estar casado contrae matrimonio con persona ya válidamente casada, a sabiendas de ello.

En nuestros códigos penales de 1835, 1871 y 1929 en sus artículos 487, 833 y 903 respectivamente se hace mención de que si la persona con quien se celebre el segundo matrimonio sabía de la existencia del anterior, sufrirá también diversas penas.

En el caso del código de 1835 se le imponía la mitad de la pena correspondiente al bigamo; y en los códigos de 1871 y 1929 se reducía la pena del bigamo a la mitad, misma que sufrirá el otro cónyuge.

Nuestro código penal vigente no menciona nada acerca de la persona con quien se celebra el segundo matrimonio, sin embargo y en opinión personal, de acuerdo al artículo 13 del mismo ordenamiento penal, dicha persona también será res-

ponsable en caso de conocer la subsistencia del matrimonio anterior.

Elementos

Los elementos del delito de bigamia según el texto legal del artículo 279 del Código Penal vigente son:

a) La existencia de un vínculo matrimonial no disuelto ni declarado nulo.

b) Celebración de un segundo matrimonio con persona distinta del cónyuge legítimo, con las formalidades legales.

"Raúl Carrancá y Trujillo en su Código Penal Anotado enumera como elementos o requisitos del delito de bigamia los siguientes :

1.- Que una persona esté unida a otra de diferente sexo.

2.- Que la causa de la unión sea el matrimonio

3.- Que este nexo legal esté vigente por no haber sido disuelto ni declarado nulo.

4.- Que la persona que se halle en esta situación jurídica contraiga otro matrimonio

5.- Y que el nuevo vínculo se establezca con las formalidades legales. " (77) .

(77) Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. Antigua Librería Robredo. México 1 D.F. 2a Edición. 1962. pág . 664.

De acuerdo al texto del artículo 279 tantas veces mencionado, los tres primeros elementos de que nos habla Carrancá y Trujillo corresponden a la primera parte del citado artículo, y los dos últimos a la segunda parte.

Además de los elementos ya citados, existe un tercer elemento de carácter subjetivo o psicológico, el cual se explicará más adelante.

Establecido lo anterior, penetraremos al análisis en particular de cada uno de los elementos señalados.

A) Unión anterior del agente del delito con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo.

En lo concerniente a este primer elemento, hay una gran importancia en su redacción respecto a otras legislaciones. Nos habla de un vínculo matrimonial anterior "no disuelto ni declarado nulo". Estas dos situaciones las veremos por separado:

PRIMERO: "vínculo no disuelto" - En nuestro país la forma como se puede disolver el matrimonio es mediante el divorcio, o bien por la muerte de alguno de los consortes. En otras legislaciones como la Española o la Argentina, el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial.

Por otro lado es frecuente caer en el error de considerar que la Declaración de Presunción de muerte disuelve el matrimonio, sin embargo es necesario que el legislador re-

flexione ya sobre este punto. Esta cuestión, que constituye la base fundamental de la presente tesis, se tratará más ampliamente en el capítulo siguiente.

SEGUNDO: "ni declarado nulo" - Es muy importante que el legislador haya establecido tan acertadamente como lo hizo la necesidad de que el primer matrimonio no haya sido "declarado nulo", pues no es suficiente que el primer matrimonio sea nulo, sino que será necesaria la declaración de nulidad del mismo, mediante una resolución ejecutoriada, dictada por el órgano jurisdiccional que lo declare nulo.

En verdad es un acierto del legislador el establecerlo, ya que en otros países, si el matrimonio está afectado por una causa de nulidad absoluta, el delito de bigamia no se configura, pues en dichos países cuando el primer matrimonio está afectado por una nulidad absoluta, no se requiere de la declaración de nulidad para tenerse como debidamente nulo, aunque dicha nulidad no haya sido juzgada. Tal es el caso de Argentina. No así cuando se trata de nulidades relativas, en cuyo caso sí se requerirá de la declaración de nulidad.

Tanto el primer matrimonio como el segundo tienen que ser civiles. En otros países como España o Argentina es diferente que el matrimonio sea civil o canónico.

B) La celebración de otro matrimonio con las formalidades legales.

Para que se integre el delito de bigamia, es necesario que el segundo matrimonio se contraiga con todas las formalidades legales, las cuales son objeto de regulación por parte del Código Civil en los artículos 97 al 113 y 146 al 161. El hecho de que se hable de formalidades legales nos inspira la idea de que este segundo matrimonio debe ser civil.

Al respecto Jiménez Huerta nos dice que "De una manera elíptica hace mención a la descripción típica, a que el nuevo matrimonio ha de ser civil, dado que éste es únicamente el que puede contraerse con las formalidades legales" (78).

Como podemos ver, el segundo de los elementos del delito citado corresponde a la conducta típica del sujeto activo y para la integración de dicha conducta, es suficiente que el sujeto activo contraiga otro matrimonio con las formalidades legales, sin que sea necesario ningún hecho posterior, como por ejemplo la cópula carnal o la vida en común.

Cuello Calón nos dice que "Es indiferente que en el segundo matrimonio haya habido o no comercio sexual, pues éste no es un delito contra el Estado civil de las personas" (79).

C) Elemento Subjetivo o Psicológico.

El elemento subjetivo del delito de bigamia está constituido por el conocimiento por parte del sujeto activo

(78) Jiménez Huerta Mariano . Derecho Penal Mexicano. Tomo V. La Tutela Penal de la Familia y la Sociedad. Ed.Porrúa.S.A. 1ª Edición. México 1980. páq. 43.

(79) Cuello Calón Eugenio. Obra citada. páq. 668.

del propio vínculo matrimonial anterior subsistente en el momento de contraer las segundas nupcias; es decir que en el delito de bigamia no se acepta la reprochabilidad culposa. La mayoría de los autores están de acuerdo con tal postura; entre los que están de acuerdo se encuentran "Pacheco Osorio, Jiménez Huerta, Carrara, etc" (80) .

Al respecto Cuello Calón nos dice que el elemento psicológico en el delito de bigamia consiste "en la voluntad del contrayente casado de contraer segundo o ulterior matrimonio; y la conciencia de hallarse unido por matrimonio anterior que no ha sido legítimamente disuelto" (81) .

Por lo tanto la duda no elimina el dolo, pues en semejante situación la conciencia del agente no excluye la posibilidad de la permanencia del primitivo lazo matrimonial, por cuya razón no es posible que este delito se cometa por culpa.

Acerca de si es o no configurable el error esencial de hecho, Carrancá y Trujillo nos dice en su Código Penal no tado que en el delito de bigamia el error esencial de hecho sí es configurable y excluye el dolo, pero para que exista, "es menester que la creencia del agente sea firme y se funde en motivos racionales" (82). Y nos pone como ejemplo: el que el oficial del registro haya informado al agente que su matrimonio anterior estaba disuelto válidamente y podía por

(80) Pacheco Osorio. Obra citada. pág. 140; Jiménez Huerta. Obra citada. pág. 49; Carrara Fco. Obra citada. pág. 408.

(81) Cuello Calón Eugenio. Obra citada. pág. 668.

(82) Carrancá y Trujillo. Obra citada. pág. 643.

lo tanto contraer ulteriores nupcias,

JURISPRUDENCIA

- Bigamia, Elementos del delito de,- El delito de bigamia se compone de los siguientes elementos; a) Matrimonio previo no anulado o disuelto; y b) la celebración de uno nuevo ulterior, y se integra el tipo al instante mismo de la consuma---ción del segundo vínculo civil, por lo que, aún con el fallecimiento de la primera cónyuge, existe ya el delito, pues aquél - hecho superviniente no puede afectar retroactivamente la naturaleza misma del ilícito, ya que tal idea llevaría al caso de a--firmar que fallecido el ofendido, lesionado y robado por aquél - sólo hecho de haber fallecido a consecuencia de lesiones, no podría por tal circunstancia perseguirse al agresor, por no existir los tipos legales correspondientes.

Amparo directo 2641/1960 . Pedro Antonio Alvarez ---
Enero 19 de 1961. Unanimidad 4 votos. Ponente Mtro; Agustín Mercado Alarcón. 1a Sala - Sexta Epoca Vol XLIII. Segunda Parte,
pág. 21.

- Bigamia, El delito de -. se acredita, si el agente estando casado, celebra otro matrimonio con todas las reformas y requisitos legales. Vol. Penal. Tesis 387, pág. 101.

2.- Presupuestos del delito de Bigamia

Dentro de la doctrina existe gran controversia respecto de los presupuestos del delito, sobre todo en la Italiana, ya que mientras algunos autores como Manzini distinguen entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho, otros como Riccio niegan tal distinción. Otros más como Massari distinguen entre presupuestos generales y presupuestos particulares del delito. Para este autor son presupuestos generales -- del delito: "a) la existencia de un precepto penalmente sancionado; y b) la existencia de una sanción" (83) .

Otro autor, Marsich considera como presupuestos del delito: "a) el sujeto capaz activo; b) la norma; c) el bien lesionable; d) el titular del bien; e) el derecho objetivo al cual está inherente el bien, y f) el derecho subjetivo del Estado para castigar" (84) .

A pesar de ser de gran interés la controversia que surge respecto de los presupuestos, no creemos necesario para la presente tésis ahondar sobre el particular, por lo que nos limitaremos a señalar la tésis de Porte Petit de los presupuestos, ya que es quien nos da una idea más acertada de los mismos para después indicar cuál es el presupuesto del delito de bigamia en particular.

Porte Petit dice que "los presupuestos del delito son aquéllos antecedentes jurídicos previos a la realización --

(83) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. S.A. 3a Edición México 1947. pág. 151.

(84) Ib idem

de la conducta o del hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título del delito respectivo" (85) .

Al hablar Porte Petit de "antecedentes jurídicos" - quiere decir que los mismos forman parte del tipo penal. Ahora bien, dentro del tipo penal encontramos los elementos materiales del delito; por lo tanto es de concluirse que los presupuestos del delito son al mismo tiempo elementos del mismo, - diferentes de la conducta típica, que también es elemento del delito. La diferencia sería que el presupuesto preexistiría - al hecho o conducta típica; por ejemplo: en el aborto el estado de gravidez y la muerte del producto de la preñez serían - los elementos del delito; pero el primero de ellos constituye a la vez el presupuesto del delito, pues antecede a la conducta típica que es la muerte del producto de la preñez.

Respecto del delito de bigamia, el artículo 279 del código penal vigente, consigna como presupuesto de la conducta típica que describe, que el sujeto activo primario "esté - unido por un matrimonio anterior no disuelto ni declarado nulo". Sin este requisito de carácter personal es imposible - que pueda cometerse el delito.

Jiménez Huerta nos dice respecto de la bigamia, que nos encontramos ante un delito propio o especial "pues no -- cualquiera persona puede cometerlo, sino sólo aquella que tenga la condición de casado, o séase que quede dentro del circun

(85) En Revista de Derecho Penal Contemporáneo. No 7 agosto . México 1965. pág. 27 .

lo jurídico creado por el vínculo oriundo del contrato matrimonial" (86) .

Es necesario aclarar que dicho matrimonio debe de ser civil, pues aunque el ordenamiento penal no lo menciona expresamente, es de suponerse que debe de ser así, ya que el matrimonio civil es el único con valor legal en el ordenamiento jurídico. Es decir que si una persona casada por la Iglesia más no civilmente, contrae un segundo matrimonio con las formalidades legales, no cometerá el delito de bigamia, pues su conducta no quedará debidamente encuadrada en el tipo descrito por el artículo 279 del código penal vigente, faltando para ello, el presupuesto señalado por el mismo.

Ahora bien, cuando el matrimonio previo que exige el artículo mencionado, como presupuesto de la conducta típica aún siendo civil, fuere inexistente o hubiere sido declarado nulo jurídicamente por sentencia firme, o bien fuere disuelto por muerte o divorcio, deviene imposible la realización del delito, pues de nueva cuenta no se daría el presupuesto como lo señala el ordenamiento penal vigente. Sin embargo si la disolución o anulación del primer matrimonio se dá después de haberse celebrado el segundo matrimonio, entonces sí se cometerá el delito de bigamia porque éste se consuma en el momento de la celebración del segundo matrimonio.

(86) Jiménez Huerta Mariano . Obra citada . pág. 41 .

JURISPRUDENCIA

Bigamia, delito de - Si el imputado contrajo nuevo - matrimonio, sin haber sido disuelto o declarado nulo el primero, se comete el delito de.

Vol. Penal. Tesis 382 a 385. pag. 100, 101.

Bigamia, elementos presupuestales en el delito de -- El acusado cometió el delito de -, al contraer con las formalidades legales, doble matrimonio.

Vol. Penal, Tesis 385. pag. 101.

3.- Sujetos Activo y Pasivo del delito

Dentro del tecnicismo jurídico se denomina al infractor de la ley como sujeto activo y al titular del derecho lesionado como sujeto pasivo.

Pavón Vasconcelos nos dice que el sujeto activo "es la persona que realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)" (87) .

(87) Pavón Vasconcelos Francisco . Obra citada. pág. 143.

Pavón Vasconcelos nos habla de la persona que realiza la conducta o el hecho típico antijurídico y demás, sin embargo no aclara qué tipo de persona, ya que dentro del ámbito jurídico además de la persona física también existe la persona moral.

Lo anterior es contestado por la mayoría de los autores, afirmando "que sólo el ser humano puede ser sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra dotado de capacidad y voluntad (libre albedrío), y puede con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal" (88) .

El artículo 10 del código penal vigente lo consigna así al decir que la responsabilidad penal no pasará de la persona y de sus bienes. Sin embargo otros autores como el Dr. Rafael Mateos Escobedo, ex-Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera "que también las personas morales pueden ser sujetos activos, y que en el código penal vigente dentro de las penas y medidas de seguridad descritas por el artículo 24 en su enumeración 16, se prevee la sanción contra las personas morales, al establecer la suspensión de las sociedades" (89) .

Al respecto Carrancá y Trujillo acepta que en el código penal vigente sí se considera en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas jurídicas; sin embargo

(88) Carrancá y Trujillo Raúl . Obra citada de Derecho Penal Mexicano. México 1976. pág. = 223.

(89) Pavón Vasconcelos Francisco. Obra citada. pág. 144 .

dice que "la falta de preceptos procesales para exigir la -
responsabilidad de las personas morales, hace imposible hoy_
por hoy la exigibilidad de dicha responsabilidad" (90) .

Ahora bien, en el delito de bigamia en particular_
encontramos que el sujeto activo es la persona que contrae -
segundas nupcias sabiendo que está vinculada a otra persona_
en matrimonio, y que éste subsiste y no ha sido declarado nu_
lo. Entre los autores que sostienen dicha tesis tenemos a -
Carrancá y Trujillo, a Antonio de P. Moreno y a Jiménez Huer_
ta" (91) .

Creemos que la tesis anterior es válida en términos
generales, sin embargo nos surge la duda o pregunta siquien-
te: ¿ Será también sujeto activo la persona que se casa con_
el bigamo cuando sabía del vínculo ma-rimonial anterior vi--
gente ? . Inclusive los testigos o el Juez del Registro Civil
cuando sabiendo del vínculo mencionado intervienen en la ce-
lebración del segundo matrimonio ? .

Muy acertadamente Jiménez Huerta hace la observa--
ción de que el Código Penal de 1931 "no hace especialmente_
ninguna mención ni establece ninguna sanción respecto de la_
persona con quien se contrae dicho matrimonio (el segundo), -
ni aun en el caso de que ésta conociera que aquél estaba ca-

(90) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Obra_
citada. pág. 229.

(91) Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal. Obra citada. --
pág. 643; De P. Moreno Antonio. Derecho Penal Mexicano.
V.5 Parte Especial. Ed. Porrúa. S.A. 2a Edición. México_
1968. pág. 300.

sado y continuaba unido por ese vínculo matrimonial anterior" (92) .

Decimos que es un comentario muy acertado de Jiménez Huerta porque en los códigos penales de 1835, 1871 - y 1929 sí se mencionaba expresamente a las personas que participaban en la celebración del segundo matrimonio, tales como los testigos, el Juez del Registro Civil, y el cónyuge con quien el bigamo celebra el segundo matrimonio, especificándose las sanciones a que se hacían acreedores en caso de conocer la subsistencia del primer matrimonio.

Consideramos que a pesar de que el código penal vigente no hace mención expresa de tales personas, de acuerdo a la definición proporcionada por Payón Vasconcelos del sujeto activo, y de la cual participan casi todos los autores, pensamos que sí serían sujetos activos del delito, participando naturalmente cada quien en forma diferente, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 13 del ordenamiento penal vigente.

Carrancá y Trujillo así lo afirma al decir que - "el que comete el delito es sujeto activo primario; y el que participa activo secundario" (93) .

(92) Jiménez Huerta Mariano. Obra citada. pag. 46 .

(93) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Obra citada. pag. 223.

Sujeto Pasivo

Después de haber analizado el sujeto activo del delito, tanto desde un punto de vista general como particularmente en lo relativo al delito de bigamia, resulta obvio pensar que al lado de este sujeto activo debe existir un sujeto pasivo, es decir, alguien sobre quien recaiga la conducta antijurídica y penalmente sancionada, realizada por el agente del delito.

Existen diversas opiniones sobre el sujeto pasivo. Carrara y Mecacci entre otros autores consideran que el sujeto pasivo es "la persona o cosa sobre la que recae materialmente la acción" (94) .

Otros autores como Puig Peña, Gómez, y Garraud dicen que el sujeto pasivo es "aquél a quien pertenece el derecho o quienquiera que sea poseedor de un bien jurídico o de un interés" (95) .

Particularmente nos adherimos a la definición que nos proporciona Cuello Calón, el cual nos dice que el sujeto pasivo es "el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito" (96) .

La razón por la cual nos adherimos a la definición de Cuello Calón es porque la misma es simple y clara, y a

(94) Jiménez de Asúa Luis . Obra citada, Tomo III, pag. 86.

(95) Ib idem

(96) Carrancá y Trujillo Raúl . Obra citada, pag. 229.

la vez nos permite identificar fácilmente al sujeto pasivo con sólo analizar cuál es el bien jurídico tutelado en el delito, y quién es el titular del mismo.

Pueden ser sujetos pasivos en general; a) Personas Físicas; b) Personas Morales; c) El Estado y d) La Sociedad en general.

Estudiemos ahora al sujeto o sujetos pasivos del delito de bigamia.

Apoyándonos en la definición de Cuello Calón, busquemos cuál es el bien jurídico tutelado en el delito mencionado, y quién es su titular; de esa manera lograremos identificar al sujeto o sujetos pasivos del delito.

Como ya se estableció, lo primero será determinar cuál es el bien jurídico tutelado. Al respecto existe entre los autores una gran controversia, misma que se analizará al hablar en particular del bien jurídico tutelado; por el momento sólo adelantaremos que a nuestro juicio, en el delito de bigamia el bien jurídico tutelado es el orden monogámico matrimonial como regla general; sin embargo cuando el segundo cónyuge ignore el matrimonio anterior vigente del bigamo, también existirá como bien jurídico tutelado el Estado civil del cónyuge inocente del segundo matrimonio. Las razones de tal juicio se expondrán en su oportunidad.

Ya determinados los bienes jurídicos tutelados, sólo nos restará saber quiénes son sus titulares, mismos que serán los sujetos pasivos del delito.

En primer término tenemos como sujeto pasivo en el delito de bigamia a "La Sociedad"; ya que al protegerse el orden monogámico matrimonial, se protege dicha Institución, la cual es parte esencial o núcleo de la Organización Social, misma que se vulnera al cometerse el delito.

En 2o término no hay duda de que el cónyuge inocente del primer matrimonio siempre es sujeto pasivo, pues es el titular de los intereses jurídicos de índole familiar derivados del orden monogámico matrimonial.

La mayoría de los autores estudiados están de acuerdo con esta tesis. Entre ellos están "Antonio de P. Moreno; Jiménez Huerta; Eusebio Gómez; Carrancá y Trujillo, etc" (97).

Ahora bien, creemos que el cónyuge del segundo matrimonio también será sujeto pasivo cuando no tenga conocimiento de que el bigamo estaba unido por un matrimonio anterior - vigente. Entre los autores que están de acuerdo con tal postura, se encuentran: "Antonio de P. Moreno; Carrancá y Trujillo; René González de la Vega, etc" (98)

(97) Antonio de P. Moreno. Obra citada. pag. 300; Jiménez Huerta Mariano. Obra citada. pag. 47; Eusebio Gómez. Tratado de Derecho Penal. Vol.III. Cía. Argentina de Editores. Buenos Aires 1940. pag.. 285

(98) Antonio de P. Moreno. Obra citada, pag, 300; Carrancá y Trujillo. Código Penal. Obra citada. pag. 643; René Glez de la Vega. Comentarios al Código Penal, Carden Editores y Distribuidores. México 1981. 2a Edición. pag. 429.

Sin embargo ninguno de ellos señala del porqué de su adhesión. Consideramos que la causa por la cual sí debe -- considerarse como sujeto pasivo al cónyuge inocente del segundo matrimonio, es porque en el momento de la celebración de dicho matrimonio, el estado civil de soltería de dicho consorte se está lesionando, reflejándose ésto en las actas correspondientes que quedan inscritas en el Registro Civil, las cuales estarán alterando el estado civil de dicho cónyuge.

4.- Bien Jurídico Tutelado.

La convivencia social sólo es posible donde existen leyes que dirijan y normen sus actividades para alcanzar así su mayor desarrollo y prosperidad.

El Derecho Penal ha sido creado primordialmente para proteger los intereses fundamentales del ser humano, para lo cual se ha valido de las normas penales. Y como afirma -- Bettiol "no hay norma incriminadora que no esté destinada a -- la tutela de un valor y que no tenga por fin la protección de un bien jurídico" (99) .

Así la norma incriminadora del homicidio tutela la vida; aquélla que incrimina el estupro tutela la seguridad -- sexual; la que incrimina el robo tutela la propiedad, etc. Es decir que de acuerdo a lo anterior, podemos afirmar que el -

(99) Jiménez Huerta Mariano . Derecho Penal Mexicano. Obra citada, 1972. pág. 78.

bien jurídico tutelado es el objeto jurídico protegido penalmente mediante la amenaza de una sanción; agregándose que no puede existir delito sin objeto jurídico por constituir éste su esencia.

Respecto del bien jurídico tutelado en el delito de bigamia como ya se había indicado al hablar del sujeto pasivo existe entre los autores gran controversia, ya que mientras algunos consideran que se lesiona el orden monogámico matrimonial, otros aseguran que es el Estado civil de las personas lo que se lesiona; algunos otros afirman que lo que se ataca es la honestidad.

"En Alemania y en los países Escandinavos se considera el delito de bigamia dentro de los que atacan la honestidad" (100) .

Pensamos que el delito mencionado no constituye un delito contra la honestidad, a lo menos dentro de nuestro derecho, pues el mismo se perfecciona en el momento de la celebración del segundo matrimonio, sin importar los hechos que puedan ocurrir con posterioridad.

Al respecto Carrara opina que la objetividad del delito está en los derechos de familia, y no en la pudicidia. Textualmente nos dice que "El objeto de este delito se encuentra en los derechos de familia y no en el pudor, y estos dere

(100) Quintano Ripollés A . Comentarios al Código Penal (Español) Revista de Derecho Privado . 2a Edición. Madrid 1966. pág. 867.

chos los adquieren la primera esposa y el primer marido mediante el perfeccionamiento del contrato, independientemente de los hechos que puedan haber ocurrido o no en el lecho nupcial" (101) . Los derechos adquiridos en el primer matrimonio se violan por completo por el bigamo con la constitución de una nueva familia que se contrapone a la primera.

Sebastian Soler es otro de los autores que no está de acuerdo en que el delito de bigamia sea un delito contra la honestidad, sino contra el Estado civil de las personas. Textualmente nos dice respecto del delito: "no se trata de un delito contra la honestidad, sino contra el Estado civil, de manera que es irrelevante para la figura, que el matrimonio alcance o no a su consumación; el estado posterior a la consumación del matrimonio es indiferente" (102) .

El mismo Soler nos explica el porqué el delito en cuestión atenta contra el Estado civil. Dice que al cometerse el delito de bigamia "El Estado civil se vulnera formando o contribuyendo a formar documentos cuya finalidad es la de acreditar ese género de relaciones: las partidas del Registro Civil" (103) .

Respecto de las palabras de Soler, creemos que tiene razón sólo parcialmente, en virtud de lo siguiente: lo.- Esta-

(101) Carrara Francisco . Obra citada . pág. 401.

(102) Soler Sebastian . Obra citada . pág. 356.

(103) Ib idem .

mos de acuerdo con Soler y con Carrara en que el delito de bigamia no constituye un atentado contra la honestidad por las razones ya expuestas; 2o.- Consideramos que Soler tiene razón al decir que con la celebración del segundo matrimonio se vulnera el Estado civil; sin embargo obligatorio es aclarar que el Estado civil que se lesiona es sólo el del cónyuge inocente del segundo matrimonio, y no así el del cónyuge inocente del primero, ya que éste se ve lesionado respecto del atentado en contra del orden monogámico matrimonial, del cual es su titular.

La mayor parte de los autores están de acuerdo al afirmar que el bien jurídico tutelado en el delito estudiado es "el orden monogámico matrimonial". Entre los autores que se adhieren a tal afirmación, y a quienes menciona Jiménez Huerta, tenemos a: "Beling, Mezger, Antolisei, Colacci, González de la Vega y Carrancá y Trujillo" (104) .

Por nuestra parte consideramos, y a manera de resúmen, que en el delito de bigamia se protegen dos bienes jurídicos: PRIMERO: El orden monogámico matrimonial como regla general, del cual son titulares la Sociedad y el cónyuge inocente del primer matrimonio; y SEGUNDO: El Estado civil (del cónyuge inocente del segundo matrimonio), sólo en el caso de ignorar éste, el anterior matrimonio vigente del bigamo. Las ra

(104) Jiménez Huerta Mariano. Obra citada . págs. 40-41 .

ziones en que nos apoyamos para tal afirmación son: 1a.- Si tomamos en cuenta que de no existir el delito de bigamia, cualquier persona podría contraer matrimonio varias veces estando vigentes todos, es de concluirse que al crearse dicho delito lo que se pretende es terminar con la pluralidad de matrimonios, y por ende proteger el orden monogámico matrimonial. - 2a.- Si tomamos en cuenta que si al celebrarse el segundo matrimonio la persona que contrae las nupcias con el bigamo, no sabía que éste se hallaba unido a otro matrimonio subsistente su Estado civil se altera, y por lo tanto es de concluirse - que en tales circunstancias el Estado civil también constituye un bien jurídico tutelado por el delito de bigamia.

JURISPRUDENCIA

Bigamia, delito de,- No protege a la víctima u ofendida, sino también a la Sociedad misma.

Vol. Penal, Tesis 380 pág. 100

Bigamia, delito de,- Siendo el bien jurídico tutelado, proteger la integridad de la familia, no viola garantía - la sentencia que impone una pena superior a la media, quien - sin divorciarse contrae el segundo matrimonio.

Vol. Penal, Tesis 386 pág. 101 .

5.- Clasificación

Una vez establecidos los sujetos activo y pasivo del delito de bigamia, así como los bienes jurídicos tutelados por el mismo, sólo nos resta clasificarlo.

Desde el punto de vista de la teoría del delito, éste puede clasificarse desde diversos ángulos o criterios; sin embargo sólo hablaremos de los que consideramos más importantes para la descripción del delito de bigamia. Así podemos decir que el mencionado delito es: A) De acción; b) Doloso; c) - Material; d) De lesión; y e) Instantáneo.

a) De acción .- Como sabemos y de acuerdo a la conducta del agente del delito, éste puede cometerse por medio de una conducta positiva, es decir por medio de una acción, o bien por una omisión, es decir por un abstenerse de actuar.

El delito de bigamia es necesariamente un delito de acción, ya que se comete mediante una actividad positiva señalada en el artículo 279 del código penal vigente, al decir -- "contraiga otro matrimonio" . . .

De acuerdo al artículo señalado, esta actividad positiva es realizada por aquélla persona que estando unida a otra por un matrimonio anterior vigente, contrae otro con las formalidades legales. Sin embargo algunos autores señalan que el delito de bigamia es un delito bilateral o de doble actividad, --

porque en la celebración del segundo matrimonio se requiere - necesariamente la intervención de varios sujetos, entre los - cuales los indispensables son los contrayentes y el Juez del Registro Civil.

Entre los autores que establecen esta doble actividad tenemos a Soler, quien nos dice que "estos delitos (entre ellos el de bigamia), requieren para su consumación la acción de más de una persona" (105) .

Estamos de acuerdo con Soler al decir que la bigamia es un delito de acción bilateral, sin embargo hay que hacer la aclaración de que se refiere a que para que el delito se dé, requiere de la concurrencia de más de una persona en la celebración del segundo matrimonio; y no es que haya querido decir que necesariamente todos ellos deban saber de la existencia del matrimonio anterior vigente. Es decir, podemos concluir que en el delito de bigamia existe una "Acción" y una "Participación" . La primera primordialmente a cargo del cónyuge bigamo, y la segunda a cargo de las demás personas que intervienen en la celebración del segundo matrimonio, pudiendo convertirse esa participación en una acción dolosa, es decir en una acción delictuosa.

Tentativa.

Si tomamos en cuenta que el delito de bigamia es de

(105) Soler Sebastian . Obra citada . pág. 364.

naturaleza plurisubsistente, no existe obstáculo para que pueda configurarse la tentativa punible, cuando por causas ajenas a la voluntad del agente, el segundo matrimonio no llegue a celebrarse.

b) Doloso .- Por lo que respecta a la culpabilidad y de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 del código penal vigente, los delitos pueden ser : 1o- Intencionales (dolosos) o 2o.- Imprudenciales (culposos) .

Como ya se vió al hablar del elemento subjetivo o psicológico del delito de bigamia, éste es un delito doloso . Es decir que el bigamo lo comete a sabiendas de estar unido a un matrimonio anterior vigente, y la duda no elimina la presunción de dicho conocimiento.

c) Material .- Los delitos pueden clasificarse de acuerdo al resultado en: materiales y formales.

"Castellanos Tena y Cortés Ibarra coinciden al decir que los delitos en orden al resultado se dividen en formales o de mera actividad, y materiales o de resultado material. Ambos señalan que los delitos formales son aquéllos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo. Y que los delitos materiales son aquéllos en los cuales para su integración se re--

quiere la producción de un resultado objetivo o material" -
(106) .

Particularmente consideramos que el delito de bigamia es de resultado material, ya que para que se agote el tipo penal marcado en el artículo 279 del código penal vigente, es necesario que se firme el acta de matrimonio del segundo enlace, y dado que dicha acta forma parte del mundo externo o material, éste sí se modifica, puesto que con la firma de la acta del segundo matrimonio se estará modificando el Estado civil de las personas.

d) De lesión .- Los delitos de acuerdo al daño que causan, pueden clasificarse en : delitos de peligro y delitos de lesión. Los primeros son aquéllos que amenazan causar un daño efectivo al bien jurídicamente protegido; y los segundos son aquéllos que causan un daño cierto y efectivo en el bien jurídico que la norma penal tutela.

El delito de bigamia es un delito de lesión, ya que al consumarse, vulnera el orden monogámico matrimonial protegido por la ley en el tipo penal del artículo 279 ya tantas veces mencionado.

Entre los autores que están acordes a esta postura, tenemos a : "González de la Vega René y a Carrancá y Trujillo"
(107) .

(107) González de la Vega René. Obra citada, pág. 429; Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal, Obra citada, pág. 643.

e) Instantáneo .- El delito de bigamia es un delito instantáneo en función de su duración. Hay que hacer la aclaración de que nos referimos a la duración de su consumación, y no a la destrucción del bien jurídico tutelado, pues de ser así podría clasificársele dentro de los delitos instantáneos con efectos permanentes.

Antonio de P. Moreno nos dice que el delito de bigamia "es un delito instantáneo, aún cuando sus efectos puedan ser más o menos permanentes, hasta que sea invalidado o declarado nulo el segundo matrimonio, e independientemente de que se produzca o no la unión carnal entre los bigamos, lo que no afecta al delito" (108) .

En general los autores están de acuerdo con las ideas de Antonio de P. Moreno, y a las cuales nos adherimos, ya que la consumación del delito de bigamia se dá en un momento: "En el momento de la celebración del segundo matrimonio" .

JURISPRUDENCIA

Bigamia, delito de.- Competencia para conocer del delito de. Siendo el de bigamia un delito instantáneo, que queda consumado en el momento en que una persona contrae matrimonio con las formalidades legales, sin que se haya disuel

(108) De P. Moreno Antonio , Obra citada. pag. 299.

to o declarado nulo otro matrimonio contraído anteriormente, la competencia para conocer de la causa penal respectiva, ra dica en el juez que tenga jurisdicción sobre el lugar en que se consumó el segundo matrimonio.

Competencia 52/1964 fallado el 25 de abril de 1967
Unanimidad 19 votos, Ponente: Mtro: Raúl Castellano, Pleno -
Informe 1967, pág. 228.

M-0030733

C A P I T U L O I V

LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE PRESUNCION
DE MUERTE EN EL DELITO DE BIGAMIA,

- 1.- Diferentes plazos para pedir la Declaración de Presunción de muerte
- 2.- Apelación Extraordinaria
- 3.- Sentencia Ejecutoriada
- 4.- Efectos civiles al regreso del ausente
- 5.- Problemática Penal que se presenta y -
reformas que se proponen al código civil y al código de procedimientos civi
les.

C A P I T U L O I V

LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE PRESUNCION DE MUERTE EN EL DELITO DE BIGAMIA.

Después de haber analizado en los capítulos anteriores, los antecedentes y los elementos del tipo del delito que nos ocupa en el presente trabajo, hablaré de la declaración de presunción de muerte, para que con los elementos mencionados, se haga el estudio concreto de la problemática planteada en la presente tesis, problemática que en el mundo jurídico presenta grandes dificultades, que no se refieren a su regulación legal, misma que sí existe, sino a las molestias que causa dicha regulación en la realidad social, siendo necesario cambiar algunas normas para resolver el problema.

Antes de entrar al estudio de los diferentes plazos que existen para que pueda pedirse la declaración de presunción de muerte, juzgamos oportuno hablar brevemente de la Ausencia, ya que aquélla es uno de los períodos de ésta.

El Dr. Luis Muñoz nos dice que la Ausencia consiste en "el hecho de hallarse una persona en paradero ignorado y en abandono de sus asuntos familiares y patrimoniales" (109) .

Cossío define a la Ausencia como "el hecho jurídico que consiste en la incertidumbre de existencia y paradero, ba-

(109) Muñoz Luis . Derecho Civil Mexicano . Tomo I . Ediciones Modelo. la Edición. México 1971. pág. 279.

sada en el transcurso del tiempo y en la falta de noticias, y confirmada por una resolución judicial" (110) ,

De las definiciones anteriores podemos deducir que la Ausencia requiere de la incertidumbre acerca del paradero de la persona, y además que ésta no haya dejado representante, pues de ser así, se consideraría a la persona ausente como presente.

El primer código que reglamentó minuciosamente la Institución de la Ausencia fué el Código Francés. Redactado éste poco después de la Revolución de 1789 y en épocas en que las convulsiones de las guerras civiles y napoleónicas habían dado lugar a decenas de miles de casos de Ausencia.

Encontramos tres períodos dentro de dicha Institución: a) El de presunción de ausencia, que se inicia en el momento en que desaparece una persona o se tienen sus últimas noticias; b) El de ausencia declarada con posesión provisional de sus bienes por parte de las personas interesadas; y c) El de Presunción de muerte.

Dentro de las legislaciones que siguen este sistema tenemos además de la Francesa, a la Española, a la Italiana y a la Mexicana.

Importante para nuestro fin será señalar lo que al respecto de estos tres períodos indican algunos autores, en

tre los cuales están: Luis Muñoz, Ricardo Couto y Manuel Mateos Alarcón; "Durante el primer período de la ausencia, la suposición de que el ausente vive domina sobre la suposición de que ha muerto; durante el segundo período la suposición de la vida va cediendo terreno a la suposición de la muerte; y en el tercer período que es el que nos ocupa (Presunción de muerte), la suposición de que el ausente ha muerto es la idea fundamental, y por ende todo es arreglado como si efectivamente se tratara de una persona que ha dejado de vivir" (111) .

La principal razón de ser de la Declaración de Presunción de muerte es abrir la sucesión del ausente si no se ha hecho ya, y obtener la posesión definitiva de sus bienes.

1.- Diferentes plazos para pedir la Declaración de Presunción de muerte.

Antes de analizar los plazos que establece nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, para que pueda pedirse la declaración indicada ya tantas veces, veamos algunos de los plazos que para el mismo fin establecen otras legislaciones, y los que establecían los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884.

En el sistema francés, el tercer período de la ausencia es el de la ausencia declarada con posesión definitiva

(111) Muñoz Luis. Obra citada. pág. 281; Couto Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Ed. La Vasconia. S.A. México 1919. pág. 279; Mateos Alarcón Manuel. Estudios sobre el Código Civil del D.F. Promulgado en 1870. Tomo I. - México 1885. pág. 440.

y es el que corresponde en el sistema mexicano al de Presunción de muerte.

Rodolfo Moreno nos indica que en el sistema francés para que se dé la ausencia declarada con posesión definitiva "se requiere que pasen 30 años después de la posesión provisoria, la cual se dá en el transcurso de 10 años desde la ausencia cuando se dejó representante, y 4 cuando no se dejó, es decir que deben transcurrir 34 ó 40 años desde que la persona se ausentó" (112) .

Respecto del sistema Argentino, Rodolfo Rivarola señala lo siguiente: "Fallecimiento Presunto - Se presume que una persona ha fallecido: 1o por la ausencia del lugar de su domicilio en la república, haya dejado o no representante, - sin que de ello se tenga noticia durante 6 años, contados desde el día de la ausencia si nunca se tuvo noticia del ausente o desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él. 2o - por la desaparición de cualquiera persona domiciliada o residente en la república, que hubiere sido gravemente herida en un conflicto de guerra o que naufrague en un buque perdido o reputado por tal, o que se hallare en el lugar de un incendio terremoto u otro suceso semejante, en que hubieren muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres años

(112) Moreno Rodolfo . Las personas en el Derecho Civil Comparado. Librería de Pueyo. Madrid 1911 . pág. 222 .

consecutivos. Los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuere conocido, o desde un término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido" (113) .

Luis Muñoz nos señala los plazos requeridos en las legislaciones Alemana y Suiza; Textualmente nos dice que: "El Código Alemán dispone la declaración de fallecimiento del ausente en el transcurso de 10 años, siempre que al cumplirse este término el ausente cumpliera 31 años de edad. También admite la declaración de muerte a los 5 años si el ausente cumplió al término 70 años de edad; y hasta llega a esa declaración a los 3, 2 ó un año, si la ausencia se produjo con motivo de guerra o de calamidad pública. El código Suizo autoriza la declaración de ausencia con apertura de la sucesión a los 5 años de tenerse las últimas noticias del ausente, o al año de su desaparición en caso de calamidad pública o de inminente peligro de muerte" (114) .

Como podemos observar en algunas legislaciones como la Alemana, la Suiza y la Argentina se proveen dos plazos distintos. Uno que se dá en un período más largo, pensando en una ausencia que se podría llamar normal, es decir sin causa grave; y otro que se dá en un período más corto, derivado de una causa grave que hace pensar en la casi segura muerte del

(113) Rivarola Rodolfo . Instituciones de Derecho Civil Argentino. Tomo II . Kapelusz y Cía. 2a Edición. Buenos Aires 1941. pág. 232

(114) Muñoz Luis . Obra citada. pág. 280 .

ausente, como puede ser una causa de calamidad pública, o el naufragio de una nave, o la desaparición derivada de un terremoto o de una guerra, etc. Así mismo en la legislación Alemana se toma en cuenta la edad de la persona ausente, fluctuando ésta entre 31 y 70 años cumplidos.

En otras legislaciones como la Francesa, vemos que estos últimos plazos no se contemplan.

Ahora nos ocuparemos de los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884, inspirados precisamente por la legislación Francesa.

El Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California en su artículo 757 disponía: "Cuando hayan transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de la parte interesada declarará la presunción de muerte" (115) .

Lo mismo disponía el Código Civil de 1884 en su artículo 659" (116) .

Es importante hacer mención que en ninguno de estos dos ordenamientos se señala término por desaparición del ausente.

(115) Código Civil de 1870 para el D.F. y el Territorio de la Baja California. Imprenta dirigida por José Bautista. - México 1870. pág. 135.

(116) Código Civil de 1884 para el D.F. y el Territorio de la Baja California. Reformado. Imprenta de Francisco Díaz de León. México 1884. pág. 80.

Respecto de lo que señala el Código Civil vigente - para el Distrito Federal de 1932, podemos indicar lo siguiente:

El artículo 705 dispone: "Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte"

Respecto de los individuos que hayan desaparecido - al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un -- buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero sí se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título" (117) .

Como podemos ver, existen dos importantes diferencias respecto de los códigos de 1870 y 1884.

1o.- Se reducé el tiempo para poder pedir la declaración de presunción de muerte después de la de ausencia, de 30 a sólo 6 años.

2o.- El Código Civil vigente contempla la posibilidad de que el plazo sea menor en algunos casos, cuando exista

(117) Código Civil para el Distrito Federal. Quincuagésima - Edición. Ed.Porrúa S.A. México 1982. pág. 169 .

alguna causa grave que haga pensar que la persona ha muerto, siguiendo así en este punto a las legislaciones Argentina, Alemana y Suiza, y partiendo de la base de los medios de comunicación actuales.

2.- Apelación Extraordinaria

Como veremos, la Apelación Extraordinaria es irrelevante en la declaración de presunción de muerte.

El artículo 717 del Código de Procedimientos Civiles vigente nos indica los casos en que será admisible la apelación extraordinaria. Textualmente dice:

"Será admisible la apelación (extraordinaria) dentro de los tres meses que sigan al día de la notificación de la sentencia:

I.- Cuando se hubiere notificado el emplazamiento al reo por edictos, y el juicio se hubiere seguido en rebeldía.

II- Cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el demandado, o siendo incapaces, las diligencias se hubieren entendido con ellos;

III Cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley.

IV- Cuando el juicio se hubiere seguido ante un --

un juez incompetente, no siendo prorrogable la jurisdicción". (118).

Aparentemente al darse la declaración de presunción de muerte, si el declarado presunto muerto se presenta, tendrá oportunidad de intentar la apelación extraordinaria por alguna de las causas señaladas en el artículo transcrito, sin embargo y como lo veremos más detenidamente en el inciso siguiente, la declaración de presunción de muerte no causa autoridad de cosa juzgada, motivo por el cual en cualquier momento que se presente el declarado presunto muerto, dicha declaración queda sin efecto, de tal suerte que la apelación extraordinaria resulta irrelevante.

3.- Sentencia Ejecutoriada.

Podrá pensarse que no se deberían tratar aspectos procesales de la declaración de presunción de muerte en la presente tesis, sin embargo creemos necesario hacerlo, ya que cuando lleguemos al análisis de la problemática planteada, veremos que para hacer posibles las reformas propuestas, será necesario ajustar también algunos aspectos procesales a la declaración tantas veces mencionada.

(118) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Porrúa S.A. Vigésimaprimer Edición. México -- 1976. pág. 163.

Las sentencias que causan ejecutoria las podemos apreciar en los artículos 426 y 427 del Código de Procedimientos Civiles, ya sea porque cause ejecutoria por ministerio de ley o bien por declaración judicial.

La interrogante es ¿ si la declaración de presunción de muerte causa ejecutoria, es decir que tenga autoridad de cosa juzgada ?

El artículo 94 del ordenamiento procesal antes citado en su párrafo II nos indica: "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente" .

Es evidente que en los tipos de sentencia a que se refiere nuestro artículo transcrito, aunque la cosa juzgada se forma igual que en las demás sentencias, excepto en la jurisdicción voluntaria, en la que no hay cosa juzgada; ella -- tiene valor mientras permanezcan invariables las circunstancias que sirvieron de base a la decisión; pero reclama un cambio o modificación en el momento en que dichas circunstancias varien.

Respecto de la Declaración de Presunción de muerte,

el Dr. José Alfonso Arzápalo, en su obra referente a la cosa juzgada nos dice: "Las decisiones que se pronuncien en los casos de Declaración de Ausencia y de Presunción de muerte a que se refiere el título undécimo del Código Civil (arts. 697 708 y 711), se sigue que tampoco éstas últimas producen la autoridad de cosa juzgada material, en cuanto que, fuera del procedimiento, carecen de inimpugnabilidad y son de suyo revocabables, razón por la cual debe considerárseles como materia propia de la jurisdicción voluntaria" (119) .

De acuerdo a lo anterior, se desprende que la sentencia que declare la presunción de muerte tendrá efecto mientras las circunstancias que dieron lugar a ella permanezcan, pero cuando dichas circunstancias cambien, dicha sentencia se modificará, como en el caso de que el declarado presunto muerto regrese o se tenga noticia cierta de su existencia.

(119) Abitia Arzápalo José Alfonso . De la cosa juzgada en materia civil. Tesis para obtener el grado académico de Dr. en Derecho. México 1959. pag. 166.

4.- Efectos civiles al regreso del ausente.

Como ya se dijo al principio del presente capítulo, la declaración de ausencia consta de tres períodos, los cuales traen consigo ciertas consecuencias; fundamentalmente en el primero de ellos, el de las medidas provisionales; el segundo el de la posesión provisional de los bienes del ausente y el tercero (Presunción de muerte), el de la posesión definitiva de dichos bienes.

Ahora bien, en caso de que el ausente o el declarado presunto muerto regrese o se tenga noticia cierta de su existencia, se producirán determinados efectos civiles respecto de sus bienes.

Como en la presente tesis el punto tratado es el de la declaración de presunción de muerte, hablaremos sólo de los efectos civiles al regreso del declarado presunto muerto, y no así de los que se producen al regreso del declarado ausente, los cuales son establecidos por el artículo 697 del Código Civil vigente.

Antes de entrar al análisis de los efectos civiles en cuestión, veamos brevemente los efectos que se dan al declararse la presunción de muerte.

El artículo 706 del mismo ordenamiento sustantivo señala que: "Declarada la presunción de muerte, se abrirá el

testamento del ausente si no estuviere ya publicado conforme al artículo 680; los poseedores provisionales darán cuenta de su administración en los términos prevenidos en el artículo 694, y los herederos y demás interesados entrarán en la posesión definitiva de los bienes, sin garantía alguna. La que, según la ley se hubiere dado quedará cancelada" .

Ahora bien, el artículo 708 del código citado nos señala los efectos que se producen al regreso del declarado presunto muerto. Textualmente dice: "Si el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas" .

Por lo que respecta a las relaciones de los poseedores de los bienes con el ausente, son aquéllos considerados como propietarios revocables; presentándose el ausente o sus herederos, dejan de ser propietarios para convertirse en administradores. En algunos casos los poseedores definitivos pueden ser los propios herederos; pero en caso de no ser así seguirá lo establecido en el artículo 710 del Código Civil.

Ricardo Couto hace un análisis de los efectos que se dan al regreso del declarado presunto muerto. Textualmente

nos dice lo siguiente: "1o.- El ausente sólo tiene derecho a los bienes que en la época de su presentación o prueba de su existencia se encuentren en poder del poseedor; 2o.- Que recobra dichos bienes con las servidumbres o hipotecas que los gravan. 3o.- Que si los bienes han sufrido deterioro, no le asistirá al ausente ningún derecho para reclamar al poseedor aunque el deterioro haya sido ocasionado por culpa de éste; sin embargo si de tal deterioro ha sacado algún provecho el poseedor, todos los autores enseñan que deberá pagar a aquél una indemnización calculada no sólo sobre el valor del menoscabo de la cosa, sino sobre el valor en que se ha enriquecido el causante del deterioro" (120) .

5.- Problemática Penal que se presenta al regreso del ausente y Reformas que se proponen al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles vigentes en el Distrito Federal.

Como hemos visto en los incisos anteriores, si el declarado presunto muerto regresa o se tiene noticia cierta de su existencia, la sentencia que declaró la presunción de muerte quedará sin efecto, y se producirán determinados efectos civiles respecto de los bienes del ausente, en cuyo caso fundamentalmente recuperará sus bienes en el estado en que se hallen, sin poder exigir frutos ni rentas.

Sin embargo, pueden surgir también determinados efectos penales al regreso de dicho ausente, y más concretamente si el consorte del ausente ha contraído un segundo matrimonio con las formalidades que la ley señala y sin que el primero haya sido disuelto ni declarado nulo.

La problemática que se plantea en la presente tesis descansa esencialmente en dos interrogantes y algunas reformas propuestas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles vigentes en el Distrito Federal. Las interrogantes son:

1a.- ¿ Existirá el delito de bigamia por parte del cónyuge del declarado presunto muerto en caso de que haya contraído un segundo matrimonio con las formalidades legales, y el ausente regrese ?

2a.- ¿ Existirá alguna causa excluyente de responsabilidad en el consorte que contrajo las segundas nupcias, la cual haga desaparecer dicho delito ?

Respecto de la primer interrogante veamos en principio lo que señalan algunos autores y lo que señalan algunas legislaciones, para después ver el criterio seguido en nuestra legislación.

Sebastian Soler nos dice textualmente que "La declaración de ausencia aún con presunción de muerte no autoriza al otro esposo para contraer nuevas nupcias porque mientras no se pruebe el fallecimiento del ausente, el matrimonio no

se reputa disuelto" (121) .

Interpretando las palabras de Soler, podemos decir que de acuerdo a ellas al celebrarse el segundo matrimonio - en tales circunstancias, el cónyuge que contrajo segundas - nupcias, sí cometera el delito de bigamia.

Colin y Capitant en su obra de Derecho Civil ya citada nos dicen lo siguiente: "El cónyuge del ausente no puede volver a casarse hasta que no se pruebe el fallecimiento del ausente, y si burla la buena fé del encargado del Registro Civil contrae nuevas nupcias, el segundo matrimonio es - nulo por bigamia" (122) .

En los dos casos señalados con anterioridad vemos que se inclinan por considerar que sí existe el delito de bigamia si el cónyuge del ausente ha vuelto a contraer nuevas nupcias pues ni aún con la declaración de presunción de muerte se tiene por disuelto el vínculo matrimonial. Sin embargo veamos algunos criterios que no están de acuerdo totalmente con las anteriores opiniones.

El criterio seguido en la Legislación Italiana lo podemos apreciar en las palabras de Francesco Messineo en su obra de Derecho Civil. Textualmente dice que: "El matrimonio

(121) Soler Sebastian . Obra citada . pág. 362

(122) Colin y Capitant . Obra citada . Tomo VIII. pág. 139.

no se disuelve en virtud de la sentencia que declara la muerte presunta de uno de los cónyuges (art.65); pero el otro cónyuge puede pasar igualmente a segundas nupcias porque en la mayoría de los casos el presunto muerto está efectivamente muerto, y por consiguiente prácticamente es como si el anterior matrimonio estuviera disuelto. Sin embargo el nuevo matrimonio del cónyuge de quien fué declarado muerto presunto, puede invalidarse si el muerto presunto retorna o se comprueba su existencia" (123) .

Así lo consigna también Puqliatti: "Si el muerto presunto retorna, a petición suya puede declararse la nulidad del segundo matrimonio" (124) .

De acuerdo a lo señalado por estos dos autores podemos interpretar de que en caso de que el declarado presunto muerto regrese, tendrá derecho sólo a pedir la nulidad del segundo matrimonio de su cónyuge, en caso de que éste lo haya contraído, pero no tendrá derecho para seguir acción penal por bigamia.

Respecto de la Legislación Alemana, Rodolfo Moreno en su obra de Derecho Civil Comparado ya citada nos dice que:

(123) Messineo Francesco . Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971. pág. 91.

(124) Puqliatti Salvador . Introducción al Estudio del Derecho Civil. Ed.Porrúa Hnos y Cía S.A. 2a Edición. México 1943. pág. 182.

"Las leyes modernas en su mayoría, y con ellas el nuevo código (Alemán) establecen la regla de que al celebrarse el nuevo matrimonio queda disuelto el anterior, fundados en que, si al cónyuge del declarado difunto ha de permitírdele nuevo vínculo, debe también protegersele contra el peligro en caso de vivir aquél, de que se considere nulo dicho matrimonio, o pueda impugnarsele como tal" (125) .

Como podemos ver en este caso se considera que al declararse la presunción de muerte debe tenerse por disuelto el vínculo matrimonial, y por lo tanto en caso de contraer el consorte del ausente nuevas nupcias, no cometería el delito de bigamia, por no configurarse éste.

Veamos ahora el criterio seguido en nuestra legislación.

Si recordamos lo señalado en capítulos anteriores, se dijo que las únicas formas de disolución del matrimonio son el divorcio y la muerte de alguno de los cónyuges; por lo tanto y de acuerdo a lo establecido, la declaración de presunción de muerte no disuelve el vínculo matrimonial, cosa que impugnaremos más adelante. Por el momento veamos lo que algunos autores nos dicen al respecto.

Luis Muñoz nos dice que "la declaración de presun---

(125) Moreno Rodolfo . Obra citada . pág. 237 .

(126) Muñoz Luis . Obra citada . pág. 461 .

ción de muerte, al igual que la de Ausencia no disuelve el --
vínculo matrimonial, pero sí es causa de divorcio" (126) .

Ricardo Couto señala que "Por lo que respecta al ma-
trimonio mismo del ausente, está por demás decir que la presun-
ción de muerte no le afecta en lo más mínimo, toda vez que só-
lo la muerte comprobada es capaz de romper el vínculo" (127) .

Manuel Mateos Alarcón nos señala lo establecido en -
los Códigos Civiles de 1870 y 1884 en sus artículos 476 y 647_
respectivamente: "Por prolongada que sea la ausencia de un in-
dividuo, no disuelve el vínculo matrimonial" (128) .

De acuerdo a los tres criterios anteriores, y según,
lo señalado en el artículo 279 del Código Penal vigente, si el
cónyuge del declarado presunto muerto contrae nuevo matrimonio
sí incurrirá en el delito de bigamia; y en caso de regresar el
cónyuge ausente, éste tendrá acción para querrellarse por el de-
lito enunciado, claro, siempre y cuando no haya prescrito su -
acción, tiempo que se considera de 3 años.

En lo concerniente a la segunda interrogante, acerca
de si existe o no alguna excluyente de responsabilidad en el -
cónyuge que contrae las segundas nupcias cuando su primer con-
sorte ha sido declarado presunto muerto, se puede decir lo si-
guiente:

(126) Muñoz Luis . Obra citada . pág, 289.

(127) Couto Ricardo . Obra citada. pág. 296 .

(128) Mateos Alarcón Manuel . Obra citada . pág. 461.

En los Códigos Penales de 1871 y 1929 se señalaba como causas atenuantes de responsabilidad que el reo hubiera tenido motivos graves a criterio del juez para creer disuelto el vínculo matrimonial. Es importante hacer notar que dichos códigos hablaban de "causas atenuantes" y no de "excluyentes de responsabilidad" que son cosas diferentes, ya que mientras las primeras sólo disminuyen la penalidad del delito, las segundas hacen desaparecer la total penalidad del mismo.

El Código Penal vigente de 1931 para el Distrito Federal no menciona nada acerca de si existen o no atenuantes o excluyentes de responsabilidad para este delito.

Particularmente pienso que sí puede configurarse alguna excluyente de responsabilidad, aunque sólo en casos muy extremos, pues de manera general se presume el delito de bigamia a título de dolo. Considero que dicha causa excluyente de responsabilidad estaría en el "error esencial de hecho" señalado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal vigente, pero como ya se señaló en alguno de los pies de página, Carrancá y Trujillo nos dice que el error esencial de hecho sólo se configura en casos muy extremos, pues debe demostrarse fehacientemente.

Bien, hasta el momento las interrogantes planteadas han sido resueltas de la siguiente forma: lo.- Sí existe el -

delito de bigamia cuando el cónyuge del ausente contrae segun das nupcias, y el declarado presunto muerto sí tendrá acción para querrellarse por dicho delito, siempre y cuando la misma no haya prescrito. 2o.- Aunque en casos extremos, sí puede existir alguna excluyente de responsabilidad, de acuerdo a lo establecido en la fracción VI del artículo 15 del Código Peral vigente.

REFORMAS QUE SE PROPONEN AL CODIGO CIVIL Y AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTES EN EL DISTRITO FEDERAL.

A pesar de lo glosado anteriormente, considero que el sistema legal existente no responde a la realidad social que estamos viviendo. Considero que lo ideal será que al darse la declaración de presunción de muerte, se tenga por disuelto el vínculo matrimonial. Mis razones son las siguientes:

El fin de las leyes es buscar el bien de la sociedad, por lo tanto aunque exista una regulación legal respecto de la problemática planteada, si ésta no responde a la realidad social que se vive, no sirve de nada.

Es evidente que existe regulación legal a la situación que se plantea, ya que el artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal en su fracción X señala a la declaración de presunción de muerte como una causal de divor-

cio; sin embargo la realidad es que el consorte del declarado presunto muerto no se va a preocupar por pedir el divorcio, - para contraer nuevas nupcias, entre otras cosas: 1o.- por considerar al ausente como realmente muerto; 2o.- por no moles--tarse en contratar un abogado a quien le tenga que pagar grandes cantidades de dinero, y cuyo juicio sea largo de seguir, motivos por los cuales preferirá contraer segundas nupcias, - cayendo por lo tanto sin recapacitarlo debidamente en el delito de bigamia.

Por lo anteriormente expuesto, considero que debe - declararse disuelto el vínculo matrimonial si existe, en el - momento de darse la declaración de presunción de muerte. ¿ - pues qué caso tendrá seguir un juicio que de antemano se sabe que se llevará en rebeldía ?. Es evidente que por economía -- procesal entre otras razones, debe declararse disuelto el matrimonio, evitando así incertidumbres que puedan llevar a la comisión de delitos.

Para resolver la problemática planteada, ha menester ~~reformat~~ el Código Civil y el Código de Procedimientos Civi--les vigentes en el Distrito Federal, en las disposiciones siguientes:

Reformas al Código Sustantivo

Artículo 267 fracción X.- Desaparición de la Declaración de Presunción de muerte como causal de divorcio por -

ser innecesaria, ya que el matrimonio quedará disuelto al darse dicha declaración.

Artículo 713.- Quedará textualmente de la siguiente forma: "Con la sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, se disolverá el vínculo matrimonial y se pondrá término a la sociedad conyugal" .

Reformas al Código Adjetivo.

Como ya se vió al hablar de la sentencia ejecutoria, la sentencia que declara la presunción de muerte no tiene autoridad de cosa juzgada, sin embargo considero que en caso de tratarse de un ausente casado y en apovo a las reformas propuestas al Código Civil, respecto de la sentencia que declare la disolución del matrimonio como consecuencia de la declaración de presunción de muerte, y como caso de excepción: sí debe causar ejecutoria dicha sentencia, para lo cual se propone lo siguiente:

1o.- Que la sentencia que declare la disolución del matrimonio como consecuencia de la declaración de presunción de muerte, abra de oficio la segunda instancia de acuerdo a lo establecido por el artículo 716 del Código Procesal Civil, el cual quedaría textualmente de la siguiente forma:

Artículo 716.- La revisión de las sentencias recaídas en los juicios sobre rectificación de actas del Estado ci-

vil, "sobre declaración de presunción de muerte de un ausente casado" y sobre nulidad de matrimonio por las causas expresadas en los artículos 241, 242, y 248 del Código Civil, abre de oficio la segunda instancia, con intervención del Ministerio Público y aunque las partes no expresaren agravios ni promovieren pruebas, el tribunal examinará la legalidad de la sentencia de primera instancia, quedando entretanto sin ejecutarse ésta.

2o.- Que como consecuencia de dicha revisión, cause ejecutoria por Ministerio de Ley dicha sentencia respecto de la disolución del matrimonio, de acuerdo a lo establecido en la fracción II del artículo 426 del ordenamiento procesal citado, por ser dictada en segunda instancia.

3o.- Como consecuencia de la sentencia ejecutoriada respecto de la Declaración de Presunción de muerte de un ausente casado, la Inscripción en el Registro Civil en el acta correspondiente de la disolución de dicho matrimonio.

Sólo mediante este sistema se evitarán incertidumbres legales que puedan encuadrarse dentro de tipos penales que de otra suerte serían innecesarias, ya que el derecho debe resolver institucionalmente todas estas sutilezas que parten de las realidades del hombre y de su convivencia social.

C A P I T U L O V

CONCLUSIONES.

C O N C L U S I O N E S

- I.- LA ORGANIZACION FAMILIAR NO SIEMPRE HA SIDO LA MISMA QUE ACTUALMENTE EXISTE, PARA LO CUAL TUVO QUE PASAR POR FORMAS MAS PRIMITIVAS, TALES COMO LA FAMILIA PROMISCUA, LA CONSANGUINEA, LA PUNALUA, LA SINDIASMICA Y LA PATRIARCAL HASTA LLEGAR A LA ACTUAL FAMILIA MONOGAMICA.
- II.- CON LA FAMILIA MONOGAMICA NACEN CIERTOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PARA LOS CONYUGES, ENTRE LAS CUALES LA MAS IMPORTANTE ES LA MUTUA FIDELIDAD.
- III.- EL DELITO DE BIGAMIA SURGE EN EL MOMENTO EN QUE NACE EL MATRIMONIO MONOGAMICO COMO INSTITUCION JURIDICA EN LA MAYORIA DE LAS SOCIEDADES OCCIDENTALES MODERNAS, CON EL CUAL LA POLIGAMIA DEJO DE ESTAR PERMITIDA.
- IV. EN EL MOMENTO EN QUE COMENZO A CASTIGARSE LA BIGAMIA, LAS PENAS PARA ESTE DELITO ERAN EXTREMADAMENTE SEVERAS, ASIMILANDOSE A LAS DEL ADULTERIO, HASTA LLEGAR A LA PENA DE MUERTE.
- V.- EN EL MEXICO INDEPENDIENTE EXISTE UNA ADECUADA REGULACION PARA EL DELINCUENTE BIGAMO, ASI COMO PARA LAS PERSONAS QUE DE MALA FE PARTICIPABAN EN LA CELEBRACION DEL SEGUNDO MATRIMONIO, SEGUN SE DESPRENDE DEL CONTENIDO DEL CODIGO PENAL DE 1835 PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, ASI COMO EN

LOS CODIGOS PENALES DE 1871 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, Y EL DE 1929 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES,

VI.- EN EL CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL DISTRITO FEDERAL VI GENTE SE TRATA DE MANERA INCIPIENTE DICHO DELITO, ADE MAS DE QUE SE LLEGA A PENALIDADES DEMASIADO LEVES DE ACUERDO A LA NATURALEZA DEL DELITO.

VII- ACERCA DEL DELITO DE BIGAMIA SE PUEDE CONCLUIR LO SIGUIENTE:

1o.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO SON: A) LA EXISTENCIA DE UN MATRIMONIO ANTERIOR NO DISUELTO NI DECLARADO NULO; Y B) LA CELEBRACION DE UN SEGUNDO MATRIMONIO CON LAS FORMALIDADES LEGALES.

2o.- EL PRESUPUESTO DEL DELITO DE BIGAMIA COINCIDE CON EL PRIMERO DE SUS ELEMENTOS.

3o.- EN CUANTO A LOS SUJETOS: A) EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO ES EL CONYUGE BIGAMO Y PUEDEN SERLO TAMBIEN LAS DEMAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA CELEBRACION DEL SEGUNDO MATRIMONIO, SI CONOCIAN LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO ANTERIOR VIGENTE; B) EL SUJETO PASIVO ES EL CONYUGE INOCENTE DEL PRIMER MATRIMONIO, Y PUEDE SERLO TAMBIEN EL CONSORTE DEL SEGUNDO MATRIMONIO, CUANDO IGNORABA EL MATRIMONIO ANTERIOR DEL BIGAMO.

4o.- EN CUANTO AL BIEN JURIDICO TUTELADO, CONSIDERO -
QUE ES UN DELITO COMPLEJO, YA QUE TIENDE A TUTELAR -
TANTO EL ORDEN MONOGAMICO MATRIMONIAL, ASI COMO EL ES
TADO CIVIL DEL CONYUGE DEL SEGUNDO MATRIMONIO, EN CA_
SO DE QUE ESTE IGNORE EL LAZO MATRIMONIAL ANTERIOR --
DEL BIGAMO.

5o.- POR LO QUE HACE A SU CLASIFICACION, CONSIDERO --
QUE ES UN DELITO: DE ACCION, DOLOSO, MATERIAL, DE LE_
SION E INSTANTANEO.

VIII.- DE ACUERDO A LA LEGISLACION VIGENTE EN MEXICO, EN CA_
SO DE QUE EL CONSORTE DEL DECLARADO PRESUNTO MUERTO -
CONTRAIGA UN SEGUNDO MATRIMONIO, SI COMETERA EL DELI_
TO DE BIGAMIA, Y SOLO EN CASOS MUY EXTREMOS SE CONFI_
GURARA ALGUNA CAUSA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE_
ACUERDO A LA FRACCION VI DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO _
PENAL VIGENTE.

IX.- DE ACUERDO A LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL, SE PROPONE --
QUE AL DECLARARSE LA PRESUNCION DE MUERTE DE UN AUSEN_
TE CASADO, SE DE POR DISUELTO EL VINCULO MATRIMONIAL,
PARA LO CUAL PROONGO:

1o.- LA DESAPARICION DE LA DECLARACION DE PRESUNCION
DE MUERTE COMO CAUSAL DE DIVORCIO POR SER INNECESARIA
POR LO QUE DEBE MODIFICARSE LA FRACCION X DEL ARTICULO

267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL,
2o.- LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR LA DECLARACION
DE PRESUNCION DE MUERTE, QUE SE INCLUIRA EN EL ARTICU
LO 713 DEL CODIGO MENCIONADO, MISMO QUE QUEDARA CON
EL SIGUIENTE TEXTO: " CON LA SENTENCIA QUE DECLARE LA
PRESUNCION DE MUERTE DE UN AUSENTE CASADO, SE DISOLVE
RA EL VINCULO MATRIMONIAL Y SE PONDRÁ TERMINO A LA SO
CIEDAD CONYUGAL".

3o.- LA REVISION DE OFICIO EN SEGUNDA INSTANCIA DE LA
DECLARACION TANTAS VECES SEÑALADA DE UN AUSENTE CASA
DO, RESPECTO DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

4o.- QUE COMO CASO DE EXCEPCION A LA JURISDICCION VO
LUNTARIA, LA SENTENCIA QUE DECLARE DISUELTO EL MARI
MONIO DE UN AUSENTE CASADO COMO CONSECUENCIA DE LA DE
CLARACION DE PRESUNCION DE MUERTE, CAUSE EJECUTORIA
POR MINISTERIO DE LEY, DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN
EL ARTICULO 426 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL EN SU FRAC
CION II, DESPUES DE EFECTUADA LA REVISION DE OFICIO
ANTES SEÑALADA, A FIN DE TERMINAR CON LA INCERTIDUM
BRE DE ESTAS INSTITUCIONES.

5o.- COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE PRESUN
CION DE MUERTE, AL CAUSAR EJECUTORIA DICHA SENTENCIA
RESPECTO DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO DE UN AUSEN
TE CASADO, LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL EN EL
ACTA CORRESPONDIENTE DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

B I B L I O G R A F I A

ABITIA ARZAPALO JOSE ALFONSO. De la Cosa Juzgada en materia Civil. Tesis para obtener el grado académico de Doctor en - Derecho. México 1959.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Código Penal Anotado. Ed. Antigua Librería Robredo. 2a Edición. México 1962.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 2a Edición. México 1937.

CARRARA FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol.3. Ed. Témis. Bogotá 1959.

CASO ANTONIO. Sociología Genética y Sistemática. Ed. Limusa-Wiley S.A. 14ava Edición. México 1967.

CASTAN TOBEÑAS JOSE. Derecho Civil Español Común y Foral. - Tomo V. Derecho de Familia. Vol.1 . Instituto Editorial -- Reus S.A. 8ava Edición. Madrid 1960.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Ed. Porrúa. 7a Edición. México -- 1973.

COLIN Y CAPITANT. Derecho Civil. Tomo 1 . Ed. Reus S.A. Traducción a la última Edición Francesa. Madrid 1922.

CORNEJO MARIANO. Sociología General. Tomo 2. Ed. Imprenta de Prudencio Pérez de Velasco. Madrid 1910.

CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL. Derecho Penal Mexicano. Parte - General. Ed. Porrúa S.A. México 1971.

COUTO RICARDO. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Ed. La Vasconia. México 1919.

CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2. Bosch Casa Editorial. 7a Edición. Barcelona 1949.

D'AGUANNO JOSE. Génesis y Evolución del Derecho Civil. Ed. La España Moderna. Madrid . Año V.

DE PINA RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa S.A. 7a Edición. Vol.1 . México 1975.

DE P. MORENO ANTONIO. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial Vol. 5 Ed. Porrúa S.A. 2a Edición. México 1968.

DU BOYS ALBERTO. Historia del Derecho Penal Español. Ed. Imprenta de José María Pérez. Misericordia. Madrid 1872.

ENGELS FRIEDERICH. El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. Ed. Progreso, Moscú 1884.

GALINDO GARFIAS IGNACIO. Primer Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa S.A. 1a Edición. México 1973.

GOMEZ EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal. Vol III. Cía. Argentina Editora. Buenos Aires 1940.

GONZALEZ DE LA VEGA RENE. Comentarios al Código Penal. Car--den Editores y Distribuidores. 2a Edición. México 1981.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Los Delitos. Ed. Porrúa S.A. 8ava Edición. México 1966.

JIMENEZ DE ASUA LUIS. Tratado de Derecho Penal. Tomo 1. Ed. Lozada. 2a Edición. Buenos Aires 1956.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. La Tutela Penal de La Familia y La Sociedad. Ed. Porrúa S.A. 1a Edición. México 1980.

KIPP Y WOLFF. Derecho de Familia. Vol 1. Bosch Casa Editorial. 2a Edición. Barcelona 1953.

MATEOS ALARCON MANUEL. Estudios sobre el Código Civil del D.F. promulgado en 1870. Tomo 1. México 1885.

MAZEAUD HENRI. Derecho Civil. Parte III. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1a Edición. Buenos Aires 1959.

MESSINEO FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971.

MORENO RODOLFO. Las personas en el Derecho Civil Comparado. Ed. Librería de Pueyo. Madrid 1911.

MORGAN LEWIS HENRI. La Sociedad Primitiva. Ed. Ayuso y Ed. Pluma. 4a Edición. Prólogo de Carmelo Lisón Tolocana. Madrid 1980.

MOMMSEN TEODORO. Compendio de Derecho Público. Ed. Impulso. 1a Edición. Buenos Aires Argentina 1942.

MUÑOZ LUIS. Derecho Civil Mexicano. Tomo 1. Ediciones Modelo 1a Edición. México 1971.

PACHECO OSORIO PEDRO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 3. Ed. Témis. 2a Edición. Bogotá 1970.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Manual de Derecho Civil Mexicano. Parte General. Ed.Porrúa S.A. 3a Edición. México 1974.

PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. 3. Ed.José M.Cajica. México 1960.

PUGLIATTI SALVADOR. Introducción al Estudio del Derecho Civil. Ed.Porrúa S.A. 2a Edición. México 1943.

PUIG PEÑA FEDERICO. Compendio de Derecho Civil Español. Tomo V. Ediciones Pirámide S.A' 3a Edición. Madrid 1976.

QUINTANO RIPOLLES A. Comentarios al Código Penal (Español). Revista de Derecho Privado. 2a Edición. Madrid 1966.

RIVAROLA RODOLFO. Instituciones de Derecho Civil Argentino. Tomo II. Ed.Kapelusz. 2a Edición. Buenos Aires 1941.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Ed. Porrúa S.A. 5a Edición. México 1980.

SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tomo 3. Tipográfica Editora. 2a Edición. Argentina Buenos Aires 1963.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Texto vigente de 1917. Ed.Porrúa S.A. 45ava Edición. México 1970.

CODIGO CIVIL DE 1870 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA. Ed.Imprenta dirigida por José Bautista México 1870.

CODIGO CIVIL DE 1884 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.- Reformado, Imprenta de Francisco Díaz de León. México 1884.

CODIGO CIVIL DE 1932 PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Ed.Porrúa S.A Quincuagésima Edición. México 1982.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.- - Ed.Porrúa S.A. Vigésimaprimer Edición. México 1976.

CODIGO PENAL DE 1835 PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.- Dentro de - la Revista de Derecho Penal Contemporáneo No.1 febrero México 1965.

CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.- Herreros Hermanos Editores. Edición - arreglada por Genaro García. México 1960.

CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS _ FEDERALES.- Secretaria de Gobernación. Edición Oficial.México 1929.

CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Ed.Porrúa S.A Trigésimaprimer Edición. México 1978.

OTRAS PUBLICACIONES

ABARCA RICARDO.- El Derecho Penal Mexicano. Jus Revista de De recho y Ciencia Social. Publicaciones de la ELD. Serie B. Vol III. México. sin/año.

BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO PENAL COMPARADO DE MEXICO.- _ Año VI. No.17 mayo-agosto. México 1953.

EL DIGESTO DE JUSTINIANO.- Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA.- Ed. José Calpe e Hijos. -- Barcelona. Tomos 8 y 45.

FUERO JUZGO O LIBRO DE LOS JUECES.- Ediciones Zeus. Barcelona 1968.

MEMORIA DEL SEGUNDO CONGRESO DE HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO (1980).- Coordinado por José Luis Soberanes Fernández. México 1981.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL.- Año XIII. No.35 julio. México 1969.

REVISTA DE DERECHO PENAL CONTEMPORANEO.- No.1 febrero. México 1965. y No.7 agosto. México 1965.