

330009



UNIVERSIDAD INSURGENTES

PLANTEL TLALPAN

LICENCIATURA EN DERECHO CON INCORPORACION A LA
U.N.A.M.

CLAVE 3300-09

"LA REPARACION DEL DAÑO MORAL EN EL DELITO DE
VIOLACION".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARTINEZ GUADARRAMA BLANCA NELLY

DIRECTOR: LIC. MARIZA MOLOY TREJO



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.

AGRADECIMIENTOS.

**"LOS SUEÑOS SON SUMAMENTE IMPORTANTES, YA QUE NADA SE
HACE SIN QUE ANTES SE IMAGINE".**

A DIOS.

Por mis brazos perfectos, cuando hay tantos mutilados,
Por mis ojos perfectos, cuando hay muchos sin luz,
Por mi voz que canta, cuando tantos enmudecen,
Por mis manos que trabajan, cuando tantos mendigan,
Por uno más de mis sueños realizados, Gracias.

A MI PADRE.

Huberto Martínez Flores:

Gracias padre: porque has estado conmigo en las buenas y en las malas.

Gracias padre: por tus oportunos consejos, por tus enseñanzas en lo más importante de la vida humana y su trascendencia en la vida eterna.

Gracias padre: porque a tiempo me corregiste con palabras y con hechos, con tanto acierto, que ahora no puedo responsabilizarte de mis fracasos, sino de mis logros y de mis éxitos.

Gracias padre: porque gracias a todo lo que me has dado he llegado a realizar la más grande de mis metas, la cual constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir y sólo quiero que sepas que el objetivo logrado también es tuyo y que la fuerza que me ayudó a conseguirlo fue tu apoyo y cariño.

Gracias padre: por entregarme a mí, los mejores años de tu vida, en la que día a día fuiste esculpiendo tu obra maestra que es tu familia, y en fin, gracias a Dios, por haber querido desde la eternidad que tú fueras.

MI PADRE.

A MIS MAMÁS.

María Inés Guadarrama Monterrubio y

Ninfa Monterrubio Crescencio:

Gracias por darme la vida, por su cariño, por las sonrisas, por el sufrimiento, por los regaños que me han servido para seguir adelante.

Gracias por enseñarme a crecer, por el ejemplo de la honradez, del entusiasmo, la calidez, por las bendiciones recibidas y el aliento a la superación.

Como un testimonio de gratitud por sus consejos para continuar mi carrera profesional, para devolver el apoyo brindado y la ayuda que pude haber recibido.

Gracias.

A MIS HERMANOS:

Huberto y Miguel Ángel Martínez Guadarrama.

En testimonio de gratitud ilimitada por su apoyo, aliento y estímulo, mismos que posibilitaron la conquista de esta meta, no es fácil llegar, se necesita ahínco, lucha y deseo; pero sobre todo apoyo como el que he recibido durante este tiempo y solo me resta decir que debemos disfrutar de nuestros éxitos lo mismo que de nuestros planes, manteniendo el interés en nuestra propia carrera por más humilde que sea, ella es un verdadero tesoro en el fortuito cambiar de los tiempos.

AL AMOR DE MI VIDA.

César Jaimes Torres:

Ante todo quiero agradecerte por todas las horas de amor que me haz entregado día con día, por ser mi apoyo, el ser que me impulsa y motiva en mis sueños, porque este trabajo es también tuyo, porque gracias al esfuerzo de los dos lo hemos podido realizar.

Gracias por ser un hombre tierno, que reconoce mis valores y errores, que con la entrega de una rosa entrega su amor, porque eres de las pocas personas que se atreven a decir "lo siento"; porque haz tenido los brazos abiertos para abrazarme cuando más lo he necesitado, porque eres fuerte ante todos los obstáculos; porque no eres egoísta, porque no tienes miedo de amar ni te envanece por ser amado.

Gracias por todo lo que tú me das, por estar a mi lado en el momento justo y el más anhelado, cuando necesito sentir tus besos y tus abrazos y escuchar un te quiero y escuchar un te amo.

Gracias por caminar conmigo, por hacerme con tu afecto más fácil el camino, gracias por el tiempo que me das y al escucharme, aligerar el peso del dolor normal de mi existencia.

Gracias por darme la ocasión de darte, algunas veces, algo de mí, porque tú eres muy importante para mi existir.

Sabiendo que no existe una forma de agradecer tu amor, solo le doy gracias a Dios y al destino por ponerte en mi camino.

TE AMO.

A MIS AMIGOS:

Nadia Urrutia Murguía, Reyna Rosas Oropeza, Verónica Olvera Jiménez, Diana Sánchez Romin, Lic. Arcelia Pérez Flores, Lic. José Luis Olvera.

Gracias amigos por caminar conmigo, por hacerme con su afecto, mucho más fácil el camino.

Gracias amigos por su sacrificio en algún tiempo incomprometido, por su ejemplo de superación perseverante, por su comprensión y confianza, por su amor y amistad incondicional y sobre todo por el apoyo que siempre me han brindado.

Gracias amigos por darme ocasión de darles algunas veces algo de mí, haciéndolos sentir importantes. Por esto y muchas cosas más Gracias.

A LOS LICENCIADOS:

Mariza Moloy Trejo, Ana Leticia López Arreortua, Minerva Fuentes Esperón, José Legorreta Vasconcelos, Alejandro López Arredondo y Gerardo Faraón Chaul:

En agradecimiento por compartir su experiencia profesional, paciencia y apoyo recibido durante mi formación profesional y a la culminación de este trabajo, con la promesa de seguir siempre adelante. En especial a la Lic. Moloy por su dedicación y esmero de asesorar esta tesis. Gracias.

A LA UNIVERSIDAD INSURGENTES.

Plantel Tlalpan:

En agradecimiento por abrirme las puertas del saber.

“LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
---------------------	----------

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1 Antecedentes del Daño Moral en Roma	10
1.2 Antecedentes históricos del Daño Moral en México	14
1.2.1 Antecedentes legislativos	17
1.2.1.1 Código Civil de 1870	17
1.2.1.2 Código Penal de 1871	18
1.2.1.3 Código Civil de 1884	19
1.2.1.4 Código Civil de 1928	20
1.3 Antecedentes de la reparación del daño	22

CAPÍTULO II MARCO LEGAL

2.1 Fundamento Constitucional Mexicano Vigente	25
2.2 Fundamento Civil Vigente	26
2.2.1 Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda República en materia Federal	26
2.3 Fundamento en materia Penal Vigente	32

2.3.1 Código Penal para el Distrito Federal.	32
2.3.2 La Reparación del Daño en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	39
2.3.3 La Reparación del Daño en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y en su reglamento.	41

CAPÍTULO III CONCEPTOS BÁSICOS

3.1 Noción Jurídica del Daño	44
3.1.1 Clasificación de los daños	45
a) Daño actual y daño futuro.	
b) Daño directo y daño indirecto.	
c) Daño patrimonial y daño extrapatrimonial.	
3.2 Concepto de Daño Moral.	48
3.3 Concepto de Reparación.	49
3.4 La reparación del daño moral.	50
3.4.1 Distintas formas de reparación de los daños morales.	52
a) Reparación natural.	
b) Reparación pecuniaria.	
c) Pena privada.	
3.5 Teoría del delito en la reparación de daños.	55
3.5.1 La acción.	55
3.5.2 La tipicidad.	57
3.5.3 La antijuricidad.	58
3.5.4 La culpabilidad.	58

3.6 Concepto de Víctima y Ofendido.	60
3.6.1 Garantías Constitucionales otorgadas a la Víctima u Ofendido.	61
3.7 Proceso General.	65
3.7.1 Demanda por Daño Moral.	66
3.7.2 Etapa Probatoria del daño moral.	69
3.7.3 Indemnización moral.	75

CAPÍTULO IV REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.

4.1 Definición legal del delito de violación.	78
4.2 Problemática de la víctima del delito de violación.	80
4.2.1 Autonomía del agravio moral.	84
4.2.2 Por la naturaleza del bien lesionado.	85
4.2.3 Características Especiales del daño moral causado por el delito de violación.	86
4.3. Reparación del daño moral en el delito de violación.	89
4.3.1 La acción de reparación moral en el delito de violación.	91
4.3.2 Titulares de la acción de la Reparación moral.	92
a) Directos	
b) Indirectos	
4.3.3 La Prueba del daño moral en el delito de violación.	93
4.3.4 Personas obligadas a reparar moralmente.	99
a) Directas	
b) Indirectas	

4.4 Elementos que debe tener en cuenta el Juez para determinar el monto de la reparación.	100
4.5 El problema del daño moral.	103
4.5.1 Su liquidación.	104
4.6 Derecho Comparado.	105
4.6.1 Continente Americano.	105
4.6.1.1 Brasil.	105
4.6.1.2 Uruguay.	106
4.6.1.3 Chile y Ecuador.	107
4.6.1.4 Perú.	107
4.6.1.5 Venezuela.	108
4.6.1.6 Bolivia, Colombia, Cuba, Panamá, Costa Rica, Honduras.	108
4.6.2 Continente Europeo.	108
4.6.2.1 Francia.	108
4.6.2.2 España.	110
4.6.2.3 Alemania.	110
4.6.2.4 Austria.	112
4.6.2.5 Polonia.	113
4.6.2.6 Portugal.	113
4.6.2.7 Italia.	113
4.6.2.8 Bélgica.	114
4.6.2.9 Suiza.	115
4.6.3 Continente Asiático.	116
4.6.3.1 Japón.	116
4.6.3.2 Turquía.	117
4.6.3.3 Líbano.	117
4.6.3.4 China.	118

4.6.3.5 Rusia.	118
4.6.4 Inglaterra y Estados Unidos.	119
4.7 Jurisprudencia.	120
 CONCLUSIONES.	 128
 PROPUESTAS.	 133
 BIBLIOGRAFÍA.	 135
 OTRAS FUENTES.	 140

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo titulado “La Reparación del Daño Moral en el delito de violación”, atrajo mi atención ya que en mi experiencia de servidora social, he podido atender y canalizar diversos casos de personas que han sido víctimas de éste tipo de delitos sexuales, de los cuales han sido mujeres y menores -sean niños y niñas- principalmente.

Comúnmente este tipo de delito –violación-, es un acto que afecta después del homicidio, con tal intensidad que deja un daño moral en la víctima generalmente irreversible y que por sus características afecta no solamente a nivel individual, sino que también trasciende al núcleo familiar y social.

La gravedad de la comisión de un delito es enorme, pues de su perpetración se derivan diversos daños, afectando no sólo a la víctima o pasivo, ya sea en su persona, bienes o derechos, pues también se daña la estructura social, y el orden social que impera se ve roto, y a fin de restablecerlo y prevenir nuevas conductas antisociales clasificadas como delitos, se debe actuar contra el activo en la comisión del delito y sancionarlo.

“La Reparación del Daño Moral en el Delito de Violación”; es visto como un problema jurídico y también es un problema social, ya que el daño moral representa una desventaja en el bien jurídico de una persona, en éste caso en el delito de violación, los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre los que destacan aquellos que afectan la salud, la libertad sexual, al derecho, al honor, la intimidad personal, familiar y la propia imagen.

La Reparación del Daño Moral en el delito de violación, representa un verdadero cuestionamiento porque la víctima que ha sufrido este delito queda gravemente afectada psicológicamente, muestra deficiencia en su comportamiento, pierde su autoestima y no se acopla a su entorno familiar y social.

En primer lugar es muy difícil poder comprobar la existencia del daño moral que es causado a la víctima, ya que el único medio que existe para poder comprobarlo es el dictamen psicológico, que rinde un perito en la materia, sin embargo ésta no es una prueba plena, ni siquiera para la cuantificación de la reparación del daño moral para que este sea resarcido mediante terapias psicológicas que muchas veces son las que recomiendan los peritos psicólogos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, Apartado B, Fracción IV, establece que se debe reparar el daño, en los casos que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si la sentencia que ha emitido es una sentencia condenatoria, y el Código Penal para el Distrito Federal, establece en su Artículo 42 sobre el alcance de la reparación del daño, en su Fracción III que a la letra dice: " la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima".

De lo anterior se desprende que toda víctima tiene derecho a esta reparación del daño, el cual debe de ser comprobado al cien por ciento, de lo contrario no se puede sentenciar al procesado y como consecuencia tampoco será resarcido este daño moral ocasionado, además de que son escasos los asuntos en donde si ha procedido dicha reparación, pero se da a través de una suma de dinero que impone el juez, pero esta cuantificación que en su caso se concede a la víctima, no pretende reparar de hecho el daño, sino compensar el sufrimiento

moral padecido, olvidándose realmente de ayudar a la víctima a una recuperación psicológica como lo establece el artículo 42, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal.

En este supuesto, el dinero no cumple en realidad una función reparadora, pues no es posible entender ni aceptar que al ser víctima de una violación, los padecimientos y afectaciones psicológicas que deja este tipo de delito, valgan o se traduzcan en una determinada cantidad de dinero.

Cabe señalar que si bien es cierto que algunos jueces de primera instancia, señalan en la sentencia condenatoria emitida, la cuantificación para que la reparación del daño moral se dé a través de las terapias o sesiones psicológicas que ha determinado el perito en la materia, para la víctima o los ofendidos; sucede que cuando esta sentencia es apelada por parte del procesado, generalmente los magistrados absuelven de este punto al sentenciado, porque se alega que no se cuenta con los elementos que les permitan a los peritos psicólogos cuantificar el monto económico de los mismos, para que el sentenciado pueda pagar estas terapias; esto se debe a que varía el costo de una sesión de Psicoterapia Individual Especializada en Instituciones Privadas, y los peritos únicamente se basan en la experiencia que ellos tienen.

Si bien es cierto que los dictámenes psicológicos o impresiones diagnósticas pueden mostrar que se causó un daño en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, aspectos físicos y biológicos; o bien en las consideraciones que de sí misma tienen los demás, también es cierto que no se dispone de una tabulación oficial que indique el costo de una sesión psicoterapéutica en forma individual, para proporcionar tratamiento especializado a la problemática particular de cada ofendido y así favorecer su recuperación psicoemocional.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1 Antecedentes del daño moral en Roma.

Es necesario remontarnos a la cuna del derecho occidental, para tener conocimiento sobre los antecedentes del daño moral. Durante mucho tiempo se tuvo la idea que el derecho romano sólo regulaba la reparación de los daños materiales que recaían sobre bienes materiales o de naturaleza patrimonial. Inclusive se llegó a pensar que la legislación romana no establecía otro tipo de reparación que la del daño causado en un bien material o patrimonial. Parecería difícil hablar que en Roma, existiera un agravio moral. La idea rectora en materia de reparación de daños, era que éstos siempre recaían sobre bienes materiales y con dificultad se podía condenar a alguien por una lesión en los sentimientos.

El antecedente más remoto de lo que ahora conocemos por daño moral lo fue la *injuria*.

El Diccionario Jurídico Mexicano¹ la define como:

“Acepción general de la palabra injuria es la de todo hecho contrario al derecho o la justicia (*quod iure et justitia caret*). En forma particular, y especialmente referida al derecho penal, injuria es todo acto realizado con el fin de ofender el honor, la reputación o el decoro de una persona. Junto con la difamación o la calumnia ha integrado la trilogía de los delitos contra el honor.

A diferencia del derecho de Atenas, la injuria fue considerada como delito el ofender con palabras a determinada persona, ya sea denostándola o atribuyéndole públicamente hechos que disminuyen su estimación moral; sin embargo en el derecho romano, la palabra injuria tenía un doble significado: por

¹“DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México 2000, Pág. 1726.

una parte comprendía toda contrariedad al derecho, es decir, lo arbitrario e injusto (*quod non iure fit*) y, por otra, las palabras dichas o actos realizados en desprecio de alguien (*contumelia* o *convicium*). En el derecho intermedio perduró el doble concepto del derecho romano, y en el estatutario injuria quería decir ofensa. En la doctrina medieval se afina el concepto, precisando que es indispensable el *animus injuriando*. En las codificaciones modernas y contemporáneas se distinguen con acierto los delitos de injurias, difamación y calumnia “.

En Roma la injuria, se entendía como una lesión física infligida a una persona libre o esclava o cualquier otro hecho que significara un ultraje u ofensa, lo que propiamente se relaciona como antecedente directo de nuestro agravio moral.

En el derecho privado romano el término *iniuria*, comprendía todo tipo de comportamiento injusto, pero se refería de manera más especial al delito de las lesiones inferidas a la integridad personal, tanto física como moral, de las personas libres. Toda *iniuria* –según Ulpiano-² o bien se hacía al cuerpo o atentaba contra la dignidad y contra la fama. Se hacía al cuerpo cuando se golpeaba a alguien; atentaba contra la dignidad y contra la fama cuando se atacaba al pudor. Es decir, que a través de la *actio iniurarum*, se otorgaba en Roma una amplia protección a determinados bienes de naturaleza no patrimonial. La acción penal in *factum* perseguía una pena que había de ser fijada por el Juez en atención a las circunstancias del acto y a las personas afectadas por el mismo.

La estimación de la pena no se refería a un daño material, ni siquiera cuando se trataba de lesiones corporales, sino a la ofensa producida por la injuria, y de ahí que aumentaba la cuantía en proporción a la dignidad de la víctima, gravedad del escándalo, etcétera. El juez solía aceptar la estimación que hacía el mismo ofendido, salvo en los casos de mayor gravedad de la lesión o de sus

² GARCÍA LÓPEZ RAFAEL, “Responsabilidad Civil por Daño Moral”; Pág. 29

circunstancias, en los que el Pretor asentaba una tasación a la condena de la fórmula y el juez solía aceptarla para la condena.

El derecho romano, desde el punto de vista económico y patrimonial, consideraba inestimable la integridad física y moral del hombre libre. Sin embargo con la de los esclavos no procedía con el mismo criterio, ello era debido a que estaba considerado como un bien o una cosa que figuraba en el patrimonio de su dueño con su correspondiente valor pecuniario y por eso las condenas estimativas en dinero hacían alusión a un número múltiplo del valor del esclavo.

"En un principio, el Derecho romano no admitía la indemnización por el daño corporal en sí mismo considerado y, declarando que el cuerpo de un hombre libre es inestimable, limitó aquélla a las consecuencias patrimoniales que seguían a la lesión: gastos de curación y servicios que hubiese de perder en el futuro el que se quedase inútil.

En Roma la injuria, ejemplifica la protección de los derechos de la personalidad. Se sabe que después de caer en desuso las XII Tablas, que establecían para las distintas clases de injurias, penas tarifarias, el edicto del pretor permitió a la persona injuriada perseguir una reparación pecuniaria que podía estimarse por sí misma, y más tarde la "Ley Cornelia" dispuso que el damnificado debía elegir entre entablar una demanda para obtener una reparación privada, y la acción penal; en el primer caso la suma de dinero era para el injuriado, en tanto que en el segundo, el dinero era para el erario".³

"Respecto a la injuria, existían dos acciones de tipo privado, y que eran la de la "Ley Cornelia" y la estimatoria del Edicto del Pretor. La acción estimatoria del edicto Pretor tenía el carácter de personalísima, y no implicaba ninguna acción penal. También podía demandar si habían sido injuriadas las personas que se

³ OCHOA OLVERA, SALVADOR; "*La Demanda por Daño Moral*"; Escuela Libre de Derecho; edit. Monte alto, México 1995, Pág. 75

encontraban bajo su protección o poder. Incluso los herederos podían entablar acción ante los tribunales por ultraje a la memoria del difunto. Tenían el término de un año para ejercerla, y el transcurso de ese lapso sin hacerlo era suficiente para que la acción prescribiera; por su mismo carácter de incedible y personalísima, no pasaba a los herederos de la víctima o del demandado y la estimación de la suma que debía exigirse al demandado, la hacía la propia víctima".⁴

La acción nacida de la "Ley Cornelia" era también personalísima; sólo la podía ejercer quien había sufrido el daño. No contemplaba que, si habían sido objeto de injurias personas bajo su protección o poder, éstas pudieran demandar. Era absolutamente restrictiva al injuriado. Era una acción de tipo penal y el Juez a su prudente arbitrio determinaba la pena o más bien el monto que se condenaba a pagarle al demandado. No existía la autoevaluación respecto a la suma de dinero, como era el caso de la acción pretoriana. Esta acción por su mismo carácter penal, no prescribía. Era como la llamaban los romanos perpetua.

La acción Aquiliana difería de las acciones Cornelia y Pretoriana, en que la primera se refería a la reparación del daño patrimonial causado con culpa, en tanto que las segundas eran dirigidas a obtener una pena privada. Se buscaba más que la indemnización por el perjuicio sufrido, una satisfacción equivalente al dolor moral o físico sufrido.

"La sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: vivir honestamente; dar a cada uno lo suyo y no causar daño a los demás.

Esta tercera máxima alcanzó su protección a través de la "Lex Aquilia". Esta norma tenía una finalidad resarcitoria y el fundamento de la responsabilidad del causante del daño era la culpa en cualquier de sus grados, por cuanto en el

⁴ Ibidem. Pág. 75

derecho clásico el fundamento de este resarcimiento estaba en el pecado y la subsiguiente coerción moral de reparar sus efectos”.⁵

Esta concepción romana de la responsabilidad civil se mantuvo intacta hasta finales del siglo XIX y se plasmó en el campo doctrinal, en la teoría clásica de la culpa y, en el legislativo.

Es obvio que no existía una doctrina general sobre el daño moral, ya que es fruto del desarrollo del pensamiento jurídico del presente siglo. Es cierto que la concepción del daño patrimonial admisible se encontraba limitada a un número restringido de bienes jurídicos no patrimoniales – como la vida, la integridad física, honor y fama-, pero existía ya quizá, una base para el desarrollo de una doctrina general del daño moral.

1.2 Antecedentes históricos del Daño Moral en México.

En la historia Constitucional mexicana, que recibe influencias de las ideas políticas y liberales de quienes impulsaron la revolución francesa, así como contribuciones de diversas tendencias ideológicas enraizadas en las luchas entre los conservadores y liberales que caracterizaron el siglo XIX, tenemos que se hicieron y entraron en vigor diversos cuerpos constitucionales, pero en todos ellos siempre ha aparecido una parte dogmática que reconoce los derechos inherentes del hombre, y que ha contenido tanto la libertad de expresión como la libertad de imprenta.

Así, los principales antecedentes constitucionales e históricos ocurridos en nuestro país, del artículo 6° de la Constitución mexicana de 1917, son los siguientes:

⁵ CONCEPCIÓN JOSÉ LUIS, “*Derecho de Daños*”; 2ª. Edición; España 1999; Pág. 17

En el año de 1814 se estableció: "...la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe de prohibirse a ninguno de los ciudadanos, a menos que en sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública y ofenda el honor de los ciudadanos."⁶

Podemos darnos cuenta que en este tiempo el antecedente del daño moral se presentaba en cuanto a la libertad de expresión en la imprenta, sin que esto dañará el honor de los ciudadanos de lo contrario se les podía prohibir esta libertad.

El artículo 5º, fracción II del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México, estableció: "La Constitución otorgada a los derechos del honor, las siguientes garantías: II.- la libertad de las ideas está fuera del poder de la sociedad, su manifestación privada en el seno de la familia o de la amistad, no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial, y su exposición sólo será un delito en caso de que ataquen los derechos de otro, o de provocación de algún crimen: la ley fijará terminantemente estos últimos casos".⁷

Después de varias modificaciones y correcciones que se hicieron al artículo 6º, en 1917 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el cinco de Febrero en los siguientes términos:

Artículo 6º.- "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público".

De este contenido original, hasta la fecha la única modificación que se introdujo a este artículo, es la adición que se le incorporó según decreto publicado

⁶ LÓPEZ RAMOS, NEOFITO, "*El Daño Moral*", México 2001, Pág., 11

⁷ Op. Cit., N., LOPEZ RAMOS, Pág. 14

el seis de diciembre de 1977 en el Diario Oficial de la Federación. De acuerdo con ese decreto, al texto original se añadió la expresión "el derecho a la información será garantizado por el Estado".⁸

La historia de nuestro derecho Constitucional ofrece catorce antecedentes, de los cuales han sido muy escasas las modificaciones que han presentado desde el "Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana", hasta el Mensaje y Proyecto de Constitución de Don Venustiano Carranza.

De lo anterior se puede deducir que siempre ha sido propósito de los legisladores mexicanos preservar como libertad política la libre manifestación de las ideas para que existiera una norma suprema que reconociera el derecho del hombre a externar sus ideas con limitaciones específicas, tendientes a equilibrar el derecho del individuo frente a terceros y la sociedad, puesto que en ejercicio de ese derecho no debe menoscabar la moral, los derechos de tercero, que implica el honor, la dignidad y el derecho a la intimidad de éste, en su familia y decoro; así como tampoco puede, en ejercicio de ese derecho, provocar algún delito o perturbar el orden público.

No debe de atacar a la moral, esto es, las ideas que se exterioricen no deben tender a destruir el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona; tampoco debe dañar los derechos de tercero, ni incitar a la provocación de un delito o la perturbación del orden público.

El honor es uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana, que puede ser considerado como el primero y más importante de los que protegen los matices morales de esa personalidad.

⁸ Ibidem, Pág. 19

1.2.1 Antecedentes legislativos.

La concepción del daño moral en nuestro derecho, se puede calificar de pobre, debido a que la remota legislación civil nunca lo contempló claramente, ni se refirió en su articulado en forma expresa al daño moral o agravio extrapatrimonial.

En su tránsito por nuestro derecho civil sustantivo, la figura del daño moral tiene, a partir de la reforma de 1982 al Código Civil, el tratamiento más importante que en cualquier otro código anterior.

Siguiendo un orden cronológico se verá lo que regulaban nuestros antiguos Códigos.

1.2.1.1 Código Civil de 1870.

El Código Civil de 1870 en su artículo 1580 establecía lo siguiente:

Artículo 1580.- "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"⁹

Artículo 1581.- "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación".¹⁰

⁹ BATIZA, RODOLFO. *"Las fuentes del Código Civil de 1928"*. Porrúa, México 1979, Pág. 930

¹⁰ Cfr. R. BATIZA. Op. Cit. Pág. 932.

De lo anterior se desprende que solo hacia referencia al daño causado sobre bienes de naturaleza patrimonial.

1.2.1.2 Código Penal de 1871.

En el Código Penal de 1871, en su artículo 317 principió a regularse la reparación del daño moral: "En el caso de que se compruebe que el responsable se propone destruir la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en esa afección, entonces se valorará la cosa, atendiendo al precio estimativo que tendría, entendida esa afección sin que pueda exceder de una tercia partes más que el común".¹¹

En este precepto se entiende la tendencia a condenar a reparar daños causados sobre bienes patrimoniales y jamás sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial. La reparación en este caso, tomaba en cuenta de manera limitada el precio estimativo que pudiera tener la cosa, porque la cantidad entregada para resarcir el daño no podría exceder de una tercera parte de lo que en valor común tuviere.

El maestro Borja Soriano declara que el Código Penal de 1871 tenía un capítulo específico de la responsabilidad civil, en donde se manifestaba: "Cuando se reclamaba una cosa no se debería pagar el valor de la afección, sino el común que tendría la cosa"¹².

¹¹ OLIVERA TORO, JORGE, "El Daño Moral", Trillas, México 1998, Pág. 27

¹² BORJA SORIANO, MANUEL, "Teoría General de las Obligaciones", Tomo II, Porrúa, México 1974. Pág. 427.

La exposición de motivos de dicho ordenamiento penal señalaba que no era posible poner precio a los sentimientos, a la honra, porque hacerlo sobre cosas tan inestimables sería degradar y envilecer a la persona.

Tales temas se encuentran superados por las modernas teorías del daño moral, las cuales establecen que en ningún momento se pone precio a los bienes de naturaleza extrapatrimonial, y mucho menos posterior a esto se condene al agresor a pagar determinada suma de dinero, habida cuenta de que el dinero que se entrega a título de indemnización tiene un fin satisfactorio frente al dolor moral sufrido, y en ningún momento implica que por tal acto resarcitorio se le este pagando a una persona el precio de su honor lesionado.

1.2.1.3 Código Civil de 1884.

Este código seguía las ideas en materia de agravios del Código de 1870, y ambos jamás contemplaron el agravio extrapatrimonial.

Artículo 1464.- "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"¹³

Artículo 1465.- "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación".¹⁴

Los artículos citados sobre daños y perjuicios se repetirán sustancialmente en el Código Civil de 1928. Este tipo de daños no se pueden referir al que se causa cuando se lesiona un bien de naturaleza extrapatrimonial.

¹³ BATIZA, RODOLFO. "*Las fuentes del Código Civil de 1928*". Porrúa, México 1979, Pág. 930

¹⁴ Cfr. R. BATIZA. Op. Cit. Pág. 932.

Tampoco el Código Civil de 1884 se ocupa de regular de manera expresa el daño moral, es decir, la responsabilidad proveniente de las lesiones que ha sufrido una persona en sí misma y no en su patrimonio.

1.2.1.4 Código Civil de 1928

Respecto de este Código, en materia de daño moral es necesario distinguir las dos épocas en que se divide:

PRIMERA ÉPOCA.

Comprende la vigencia de este ordenamiento hasta la reforma del Artículo 1916 de fecha 28 de diciembre de 1982.

En esta época se descubre que, por primera vez en nuestra legislación civil aparece un artículo genérico que regula la reparación del daño moral causado a bienes de naturaleza extrapatrimonial. Su Artículo 1916 expresaba:

Artículo 1916.- "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un delito, o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el Artículo 1928."¹⁵

Al respecto, resulta importante señalar que nuestra legislación civil admite por primera vez la reparación moral de manera genérica y condicionada. La reparación ordenada a título de indemnización moral no es autónoma, sino que

¹⁵"CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y DE TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL". 3ª. Edición. Porrúa; México 1983. Pág. 48

se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de un daño de naturaleza patrimonial. Si no existe un daño patrimonial no podrá existir un daño moral. El monto de la indemnización fijada por el juez se limitará a las dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial como máximo.

SEGUNDA ÉPOCA.

El 28 de diciembre de 1982 la H. Cámara de Diputados del Congreso Federal, aprobó el decreto que reformó diversos artículos del Código Civil de 1928, entre ellos el artículo 1916. Dicha reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes, y entró en vigor al día siguiente de su publicación, el mismo artículo 1916, quedó en los siguientes términos:

Artículo 1916.- "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, vida privada configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al Artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización la determinará el juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo a la responsable, la publicación de un extracto de la sentencia, que refleja adecuadamente la naturaleza y el alcance de la misma, a través de los medios informativos. El Juez ordenará que los mismos den publicidad el extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original"

Todo lo anterior constituye la nueva regulación que da nuestra legislación civil al daño moral, como se aprecia en comparación con la primera época. A partir de la primera reforma tenemos una figura jurídica más integral en esta materia.

1.3 Antecedentes de la reparación del Daño.

El esquema clásico de responsabilidad civil, que dominó durante siglos, se consolidó para el derecho hispanoamericano con la aparición del Código de Napoleón y Vélez Sársfield¹⁶ lo adaptó a nuestra legislación. Sin embargo, ya desde principios del siglo XX este esquema fue considerado por las sofisticadas Universidades Norteamericanas por su falta de conexidad con el sistema económico en cuanto a la reforma de cuantificarse el daño moral.

La concepción de Vélez Sársfield en materia de reparación del daño respondía a la doctrina que informaba a todo su Código Civil.

En el campo de la reparación de daños causados por el hecho propio, de notable preponderancia cuantitativa en la época preindustrial el pensamiento penal

¹⁶ Vid. BREBBIA, ROBERTO H., "*El daño moral*". Orbi; Buenos Aires, 1967. págs. 244 y 258.

de la estructura del delito se refleja en el ámbito civil sancionando sólo a aquel que causa un daño con su obrar antijurídico y culpable.

"El hombre, ser esencialmente libre debe reparar el daño causado a otro cuando ha violado el deber general y fundamental de no dañar (implícitamente establecido en los artículos 14 y 19 Constitucionales) o ha incumplido la obligación contractual voluntariamente convenida (como norma específica derivada de la potestad acordada a las partes por el ordenamiento jurídico). No debe extrañar entonces que la idea central sea la responsabilidad subjetiva fundada en la voluntad de la conducta humana".¹⁷

Esta forma de razonar implica establecer el vértice en el dañador y en su conducta antijurídica y reprochable, tanto en la órbita contractual como en la extracontractual.

Los elementos estructurales básicos de la responsabilidad civil subjetiva son la ilicitud y la culpabilidad, obviamente, también requiere de un hecho humano,- el daño- y que haya relación de causalidad.

La conducta voluntaria del dañador es abstraída por la normatividad legal, configurando una cierta forma de tipicidad, de tal manera que la calificación de esa conducta como ilícita y culpable es determinante para hacer surgir la responsabilidad y marcar la extensión de la indemnización.

El alcance de las consecuencias como parámetro de la indemnización enmarcado en los artículos 90 y 906 del Código Civil, va creciendo en uno y otro ámbito en la medida en que haya mayor intensidad en la culpabilidad de la conducta del agente dañador.

¹⁷ GHERSI, CARLOS ALBERTO; "*Teoría General de la Reparación de Daños*"; Editorial Astrea; Argentina 1997.

La idea central era la reparación como castigo, ya que si todos los hombres en la sociedad se lo presentaban formalmente como libres e iguales, el daño aparecía como una conducta desviada que debía ser reencausada por medio de la sanción al agente dañador y muy especialmente haciendo hincapié en el aspecto patrimonial de la problemática.

CAPÍTULO II MARCO LEGAL

2.1 Fundamento Constitucional Mexicano Vigente.¹⁸

La Ley Suprema respecto del tema en comento señala: por lo que hace a la reparación del daño como un derecho del ofendido y la víctima del delito, tenemos que el artículo 20 Constitucional en su apartado "B", fracción IV, que enmarca el catálogo de las garantías previstas en nuestra Constitución Política para la víctima o el ofendido en todo proceso de orden penal y que a la letra dice:

Artículo 20.- "En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:...

Apartado "B".- De la víctima o del ofendido: ...

Fracción IV.- Que se le repare el daño. En los casos que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de la reparación del daño..."

Como podemos darnos cuenta en los últimos años los legisladores han exteriorizado su gran interés en cuanto a la tutela de los intereses afectados del ofendido. Por lo que hace a la fracción IV del artículo en mención, hay que señalar que el derecho a la reparación existe frente a quien debe reparar, que es el infractor, y sobre el énfasis a cerca de la obligación del Ministerio Público a

¹⁸ "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", 144ª. Edición, Porrúa, México 2003, Pág. 24.

solicitar la reparación del daño siempre que sea procedente habla de la preocupación del Constituyente por seguir condenas a la reparación del daño –tomando en cuenta que en la práctica esta intención es contraria- de ahí que implementa ésta obligación al Ministerio Público, ahora refiriéndonos a la imperiosa exigencia de que el tribunal condene a reparación siempre y cuando se haya emitido una sentencia condenatoria en materia penal.

La última parte de esta fracción señala que el poder público debe legislar de manera que se repare el daño empleando procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias, sin embargo tal “agilidad” no sólo debe caracterizar la ejecución sino el procedimiento mismo, lo cual no sucederá si se conserva el sistema resarcitorio vigente.

2.2 Fundamento Civil Vigente.

2.2.1 Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.¹⁹

En materia de reparación del daño señala las siguientes disposiciones.

Artículo 1910.-“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Este artículo nos habla de la obligación que existe de reparar un daño que es causado dolosamente; así mismo nos indica que si se llegará a comprobar que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima desaparecerá la obligación de que se está hablando.

¹⁹ “CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO”, Editorial Sista, Págs. 138-139.

Artículo 1911.- "El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919 (los que ejerzan la patria potestad), 1920 (Cesa la responsabilidad de los que ejerzan la patria potestad, siendo los responsables los que se encuentren a cargo de la vigilancia y autoridad de los incapaces en el momento de realizar el hecho ilícito), 1921 (son responsables los tutores respecto de los incapaces que tienen bajo su cuidado), 1922 (Ni los padres, ni los tutores son responsables de los daños y perjuicios que puedan ocasionar los incapaces, sujetos a su cuidado si probaren que les ha sido imposible evitarlo)".

De lo anterior se desprende que el legislador prevé cualquier tipo de situaciones generadoras del daño, en este caso se habla de las personas incapaces, las cuales también deben de reparar el daño que causen, así como las personas que de ellos estén encargadas.

Artículo 1912.- "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Podemos señalar que este artículo se relaciona con nuestras garantías de libertad consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en donde tales garantías nos señalan que podemos ejercitar los derechos que la misma Ley Suprema nos confiere siempre y cuando no causemos un daño a terceros ya que en caso de causarlo de acuerdo al artículo en mención tendremos la obligación de indemnizarlo una vez que se demuestre que solo se ejercitó para causar ese daño.

Artículo 1915.- "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observaran en el caso del artículo 2647 de este código. "

De este artículo se desprende en su primer apartado que es a elección del ofendido que se le restablezca la cosa o se le indemnice por los posibles perjuicios ocasionados por actos ilícitos dentro de la empresa donde se labora.

En su segundo apartado nos habla de la aplicación supletoria de la Ley Federal del Trabajo en cuanto a sus disposiciones relativas cuando el daño no es posible de cuantificar, y se tomará en cuenta las disposiciones que tiene este ordenamiento legal para que el juzgador las visualice para el caso de indemnización.

Por lo que toca el último párrafo nos damos cuenta que los créditos no son transferibles y regularmente se pagan en una sola exhibición.

El artículo 1916 contempla perfectamente lo que es el daño moral y a la letra dice:

Artículo 1916.- "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativo que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original".

En el primer párrafo del artículo en mención encontramos que este precepto tutela los llamados derechos de personalidad y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar a la persona el goce de estas facultades y el respeto de su desenvolvimiento por lo que hace a su personalidad física y moral, atributos que todo ser humano posee inherentes a su condición, lo cual impone a los terceros una indicación del deber general del respeto, el cual dentro de este derecho privado se traduce en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación.

En cuanto al segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil, nos habla de la protección que existe hacia las víctimas en cuanto a que su patrimonio podrá ser restituido en una suma monetaria a la responsabilidad contractual como extracontractual; así como la culpa o imprudencia de quienes por su actividad utilicen mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas, por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzca o por otras causas análogas, esta obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, todo esto desprendido del artículo 1913 de dicho ordenamiento legal.

En este segundo párrafo se hace mención del artículo 1927 del Código Civil en vigor el cual establece: "El Estado tienen obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria, tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos."

Continuando con el análisis del Artículo 1916, en su tercer párrafo podemos apreciar que la titularidad de reparación del daño es única y exclusiva de quien se ve afectado, y únicamente cuando ya se haya hecho alguna acción legal en vida, el titular de ésta que por alguna circunstancia llegará a fallecer podrá pasar a posibles herederos, según así lo dispone nuestro ordenamiento legal, esto significa que solo la persona afectada podrá ejercitar acción civil cuando se vea afectado sus derechos de personalidad.

Así mismo, en su cuarto párrafo el artículo en comento nos menciona que se faculta al juez para fijar el monto de la indemnización, esto quiere decir que la cuantificación se sujeta a sistemas subjetivos o discrecionales de los jueces, y en lo que se refiere a la última frase de "...demás circunstancias del caso...", le da al juzgador la facultad de alguna decisión de equidad y que no desatiende las circunstancias del hecho generador de circunstancias legales.

Y en su última parte el legislador trata de proteger el honor y reputación de las personas que se desenvuelven públicamente y tratan de tener seguridad en su persona.

Artículo 1917.- "Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este capítulo."

De acuerdo a este artículo una vez que se compruebe que han intervenido dos o más sujetos en la realización de un daño estos serán responsables de forma solidaria, esto es, que las personas que intervengan en este ilícito deberán cumplir en su integridad el objeto de la obligación.

En términos generales la reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por lo tanto, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restituida si el daño se produjo por sustracción o

despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido. Solo cuando la reparación o restitución no son posibles o cuando se trata de una lesión corporal o moral, la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización, con la que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. Ya no se trata entonces de restituir o de reparar, sino de resarcir a través de una indemnización en numerario.

En mi opinión, la cuestión de resarcir el daño moral en una cantidad de dinero, no es efectiva, ya que si la víctima sufre daños psicológicos severos, el dinero no cumple en realidad una función reparadora, pues no es posible entender ni aceptar que al ser víctima y sufrir un daño moral, los padecimientos y afectaciones psicológicas que dejan este tipo de delitos, valgan o se traduzcan en una determinada cantidad de dinero.

2.3 Fundamento en materia Penal Vigente.

2.3.1 Código Penal para el Distrito Federal.²⁰

En un problema tan importante como es la Reparación del daño en el delito de violación, la opinión pública aún no se ha puesto de acuerdo respecto a dos puntos importantes o fundamentales: quien es responsable de un delito sexual y cómo tratar o castigar a los activos del delito.

La gravedad de la comisión de un delito es enorme, pues de su consumación se derivan diversos daños, afectando no sólo a la víctima o pasivo, ya sea en su persona, bienes o derechos, también se daña la estructura social, y el orden social que impera se ve roto, y a fin de restablecerlo y prevenir nuevas

²⁰ “AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y OTRAS DISPOSICIONES CONEXAS”, Editorial Ediciones Fiscales Isef, Octava Edición, México 2003, Pág. 10-13

conductas antisociales clasificadas como delitos, se debe actuar contra el activo en la comisión del delito y sancionarlo.

En este punto se analizarán los preceptos relacionados con la Reparación del Daño contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal en vigor.

En el Capítulo VI, se encuentra lo referente a la sanción pecuniaria y la reparación del daño que tiene que realizar el sujeto activo.

Dentro de las penas y medidas de seguridad que contempla el Código Penal se encuentra la sanción pecuniaria, comprendida en su artículo 37, que establece que “La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica”. Según el artículo 38 del mismo ordenamiento comprende los días de multa y dice:

“La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada por días multa. Los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular, los que no podrán ser menores a un día ni exceder de cinco mil, salvo los casos señalados en este Código.

El día multa equivale a la percepción neta diaria del inculpado en el momento de cometer el delito. El límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito.

Para fijar el día multa se tomará en cuenta:

El momento de la consumación, si el delito es instantáneo;

El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente; o

El momento de consumación de la última conducta, si el delito es continuado”.

Cabe destacar que las sanciones de los tipos penales de los delitos que atentan contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, prevén la pena privativa de la libertad, dejando fuera de ésta, conceptos tales como la multa, la reparación del daño en el aspecto moral, indemnizaciones, y en consecuencia, sus perjuicios, aún y cuando se encuentran comprendidos por el Código Penal para el Distrito Federal.

La reparación del daño es quizá el derecho más importante con que cuenta el ofendido en materia penal, y el artículo 42 comprende el alcance de la reparación del daño el cual expresa:

Artículo 42.- "La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

III. La reparación moral del daño sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión."

En cuanto hace a la fracción IV, que habla de la reparación moral del daño sufrido, podemos darnos cuenta que ésta reparación no solo es para la víctima directa sino también para aquellas que lo son de manera indirecta, a través del pago de medios curativos para la recuperación de los ofendidos. No obstante en la práctica, ésta reparación del daño moral no se da, ya que a juicio de los magistrados no se cuenta con los elementos que les permitan a los jueces condenar a la cuantificación en dinero para cubrir los tratamientos psicoterapéuticos, que deben tomar los ofendidos.

Artículo 43.- "(Fijación de la reparación del daño). La reparación será fijada por los jueces, según el daño o perjuicio que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso."

Artículo 44.- "(Preferencia de la reparación del daño). La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales.

En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y probar su monto, y el Juez a resolver lo conducente. Su incumplimiento será sancionado con cincuenta a quinientos días multa".

Lo antepuesto del artículo 44 del Código penal, al igual que el artículo 20 Constitucional apartado B, establece que por lo que hace a la reparación del daño, podrán coadyuvar el ofendido o la víctima junto con el Ministerio Público, así como el artículo 9 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal.

La coadyuvancia se caracteriza porque el interviniente sólo ingresará al proceso una vez que su solicitud sea aceptada; el coadyuvante es parte en el proceso, el coadyuvante toma el proceso en la situación en que se encuentre; no

puede modificar ni ampliar el objeto del litigio; no puede actuar en el proceso en contradicción con la parte coadyuvada; no puede interponer recursos que el coadyuvado no desea o en disconformidad con éste; puede ejecutar todos los actos procesales propios de las partes (obviamente dentro de la tercería promovida); no puede ser testigo ni perito; puede desistirse libremente de su intervención. Sin embargo esta coadyuvancia, resulta utópica en la práctica penal ya que el carácter de coadyuvante se encuentra con muy marcadas restricciones y limitaciones derivadas del monopolio acusador que detenta el Ministerio Público, pues para que la actuación y los elementos que aporten tengan plena validez es necesario que previamente el Ministerio Público los haya calificado de tener trascendencia jurídica en el asunto para posteriormente hacer suyos tales elementos y solicitando su desahogo, de no ser así, ningún acto o elemento aportado por el ofendido tendrá valor alguno.

Por medio de la coadyuvancia, el ofendido tienen la posibilidad de poner a disposición del Ministerio Público y del Juez del instructor, todos los datos o elementos de prueba conducentes a acreditar el cuerpo del delito y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, así como también para acreditar la procedencia, justificación y monto de la reparación del daño.

Artículo 45.- "Tienen derecho a la reparación del daño:

I. La víctima y el ofendido; y

II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones legales".

Como podemos observar la supletoriedad de la ley en materia civil que ya ha quedado analizado anteriormente, en donde se manifestaba que solo tenía derecho a la reparación del daño era la persona directamente afectada y en caso

de fallecimiento de la víctima, solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida (Artículo 1915 del Código Civil).

Artículo 46.- "Están obligados a reparar el daño:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y desempeño de sus servicios;

III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes sean procedentes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundo contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Queda a salvo el derecho del Gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable".

Artículo 47.- "Si se trata de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo".

Se ve claramente la aplicación supletoria de la Ley Federal del Trabajo, tal y como lo hace el Código Civil en materia común y para toda la República en materia Federal.

El Artículo 48 del Código Penal para el Distrito Federal menciona los plazos para la Reparación del daño, debiendo ser fijada por el Juez tomando en cuenta el monto de los daños y perjuicios, y de la situación económica del sentenciado, así mismo el juez fijará los plazos en que deba hacerse el pago, que en conjunto no excederá de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente. El pago se hará preferentemente en una sola exhibición.

El Artículo 49 del mismo ordenamiento penal explica la exigibilidad de la reparación del daño, la cual se hará efectiva en la misma forma que la multa, y en todo caso, el afectado podrá optar en cualquier momento por el ejercicio de la acción civil correspondiente.

La multa es una sanción pecuniaria. El término designa tanto la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero como la conducta o prestación obligatoria. Su naturaleza jurídica puede ser la de sanción administrativa, pena o medida de seguridad.

Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, en los términos de la legislación aplicable, tal y como lo establece el artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal.

Cabe hacer mención que el contenido de los artículos anteriormente analizados del Código Penal para el Distrito Federal Vigente, es el mismo que se encuentra en el Código Penal Federal, en su capítulo V.

2.3.2 La Reparación del Daño en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.²¹

En materia de Reparación del Daño se encuentran las siguientes disposiciones.

El artículo 9 establece que en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso; a comparecer ante el Ministerio Público para poner a su disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y de su reparación, a que el Ministerio Público integre dichos datos a la averiguación. También tiene derecho entre otras cosas a que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se le satisfaga cuando ésta proceda; éste mismo precepto añade que el sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Por su parte el artículo 9 Bis señala que desde el inicio de la averiguación previa el Ministerio Público tendrá la obligación de solicitar la reparación del daño en los términos de dicho Código.

Durante el proceso penal el ofendido tendrá derecho a ser restituido en aquellos derechos que se encuentren plenamente justificados, para lo cual el Juez o Tribunal que estén conociendo del caso en concreto deberán dictar las providencias necesarias para tal restitución, siempre y cuando ya se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, este derecho se encuentra plasmado en el artículo 28 de este ordenamiento.

²¹ Ibidem. Pág. 2-4

Cuando el ofendido, la víctima del delito o el Ministerio Público tengan el temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene bienes en que deba hacerse efectiva la reparación, podrán solicitar al Juez, el embargo precautorio de dichos bienes, siendo suficiente para que se dicte el embargo precautorio de dichos bienes, y de acuerdo con el artículo 35 la petición relativa y prueba suficientes para acreditar la necesidad de la medida.

Al respecto el artículo 411 manifiesta que no procederá ningún recurso interpuesto por personas que no estén expresamente facultadas por la ley para interponerlos, de tal precepto se deduce que el ofendido se encuentra facultado únicamente para interponer el recurso de apelación siempre y cuando se encuentre coadyuvando en la reparación del daño y en lo relativo a ésta, ya que cualquier otro recurso que interponga jamás procederá por no estar facultado por la ley para ello.

Por lo que hace a la reparación del daño exigible a terceros con fundamento en los artículos 32 y 34 párrafo cuarto del Código Penal para el Distrito Federal y 532 al 540 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dicha reparación tendrá el carácter de responsabilidad civil y deberá tramitarse en forma de incidente ante el Juez o Tribunal que conoce de la acción penal en cualquier estado del proceso, esta responsabilidad civil, solo podrá declararse a instancia de parte ofendida.

El incidente para resolver la reparación del daño exigible a terceras personas se inicia con un escrito de la parte ofendida ante el Juez que conoce de la causa penal, en este escrito deberá expresarse de manera sucinta y numerada los hechos y circunstancias que hubieran originado el daño, fijando con precisión la cuantía de este así como los conceptos por los que proceda. El Órgano Jurisdiccional con el escrito de promoción de incidente y documentos que se acompañen, en virtud de que la parte ofendida podrá presentar junto con su escrito de inicio, las documentales que acrediten su dicho y la cuantía del daño,

dará vista al demandado por un término de tres días, transcurrido el cual, se abrirá a prueba el incidente por el término de quince días, si alguna de las partes lo pidiere.

No compareciendo el demandado o transcurriendo el período de pruebas, en su caso, el Juez, a petición de las partes, o dentro de los tres días oírán en audiencia verbal, lo que estas quisieran exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia verbal, declarará cerrado el incidente, que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días si en este ya se hubiere pronunciado sentencia. El fallo en este incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso de apelación, las partes que en él intervengan. Las notificaciones y providencias precautorias que realicen durante dicho incidente se harán en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Cuando la parte ofendida no promoviere el presente incidente después de fallado el proceso, podrá exigir la responsabilidad por demanda puesta en la forma en que lo determine el Código de Procedimientos Civiles ante los Tribunales del mismo orden.

2.3.3 La Reparación del Daño en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y en su reglamento.

En materia de Reparación del Daño se encuentran las siguientes disposiciones.

De conformidad con el artículo 2 Fracción VIII, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal²², respecto al ofendido

²² Ibidem. Pág. 2-3

manifiesta que, la Institución del Ministerio Público en el Distrito Federal y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares: proporcionar atención a las víctimas o los ofendidos del delito y facilitar su coadyuvancia.

También respecto al ofendido y de acuerdo con el artículo 3, fracciones III y VI, corresponde a la Institución del Ministerio Público dentro de su función persecutoria de los delitos del orden común y durante la fase de averiguación previa: practicar las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad que corresponda, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, así mismo restituir provisionalmente y de inmediato al ofendido en el goce de sus derechos, siempre y cuando no se afecte a terceros y esté acreditado el cuerpo del delito de que se trate y, en caso de considerarse necesario, ordenarán que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, exigiendo el otorgamiento de garantías que de ejercitarse la acción penal se pondrán a disposición del órgano jurisdiccional.

Por lo que hace a las atribuciones del Ministerio Público a favor del ofendido, dentro de su función persecutoria de los delitos del orden común durante la consignación y durante el proceso, se encuentran en el artículo 4 fracciones IV, V y VI. Solicitar el aseguramiento precautorio de bienes o la constitución de garantías para los efectos de la reparación de los daños y perjuicios salvo que el inculcado los hubiere garantizado previamente; aportar los elementos pertinentes y promover las diligencias conducentes para la debida acreditación del cuerpo del delito de que se trate, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios y para la fijación del monto de su reparación, formular las conclusiones en los términos señalados por la Ley y solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y solicitar el pago de los daños y perjuicios y en su caso plantear las causas de exclusión del delito o las que se extinguen la acción penal, impugnar en los términos previstos por la Ley las resoluciones judiciales que a su juicio causen agravio a las personas cuya

representación corresponda al Ministerio Público que generalmente es el ofendido o la sociedad.

Conforme al Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal²³, en su artículo 2, dentro de la estructura orgánica de la misma, existirá una unidad administrativa denominada Dirección General de Atención a Víctimas del Delito, la cual se encuentra prevista en el artículo 66, donde señala que al frente de esta Dirección habrá un Director General que tendrá como funciones más importantes en beneficio del ofendido o víctima las siguientes: establecer en el ámbito de su competencia los lineamientos para auxiliar a las víctimas de delitos; así como a sus familiares encausándolas a las instituciones especializadas para su atención, establecer criterios para brindar apoyo jurídico, psicológico y social a las víctimas del delito y sus familiares, promover acciones de apoyo y coordinación ante organismos públicos y privados especializándolos a favor de las víctimas u ofendidos por el delito; coordinarse con las áreas competentes de la Procuraduría para promover que se garantice y haga efectiva la reparación de los daños y perjuicios a las víctimas u ofendidos por el delito.

En relación a los delitos contra el normal desarrollo psicosexual, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, cuenta con el Centro de Terapia de Apoyo a las víctimas de Delitos Sexuales, el cual se encuentra ubicado en la calle de Pestalozzi Número 115, en la Colonia del Valle, Delegación Benito Juárez, este Centro cuenta con dos áreas: la Psicológica y la Jurídica, brinda servicio a toda persona. Sin embargo el personal establecido ahí es poco, ya que cada día aumentan las cifras de las personas que han sido víctimas de este tipo de delitos, y los daños causados en las víctimas u ofendidos son severos, y las terapias deben ser consecutivas.

²³ Ibidem. 1, 2, 38 y 39.

CAPÍTULO III CONCEPTOS BÁSICOS.

3.1 Noción Jurídica del Daño.

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal establece:

Artículo 2108.- "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación".

Artículo 2109.- "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera hacerse obtenido con el cumplimiento de la obligación".²⁴

Estos preceptos se refieren a que se está ante el típico daño que recae sobre bienes jurídicos de naturaleza patrimonial y que no basta con agregarle el adjetivo "moral" a la definición dada en el precepto legal, para tener la idea exacta de lo que es un agravio de naturaleza extrapatrimonial.

Se ha dicho que "desde una perspectiva objetiva, el daño se describe como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"²⁵

En ese orden de ideas, dentro de los requisitos que debe presentar un daño para ser objeto de resarcimiento, se requiere que sea personal de quien pretende la indemnización.

²⁴ "CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO ", Editorial SISTA; Pág. 152

²⁵ DARAY, HERNAN; "Daño Psicológico "; 2a. Edición, Edit. Astrea , Buenos Aires 2000. Pág. 3

3.1.1 Clasificación de los daños.

La agrupación de los agravios en categorías permitirá dejar determinada y precisada la noción de algunas especies de daños cuya verdadera naturaleza no aparece bien aclarada en el terreno doctrinario o sobre cuya terminología no se han puesto de acuerdo los tratadistas ni los legisladores (por ejemplo, daño futuro, daño indirecto, daño cierto, entre otros.); y, sobre todo, al establecer la diferencia existente entre las dos clases fundamentales de agravios patrimoniales y morales, permitirá caracterizar a estos últimos de una manera correcta, evitando así, confusiones sobre lo que debe entenderse como daño moral.

a) Daño actual y daño futuro.

El Daño Actual es aquel cuya extensión aparece netamente determinada en el momento de efectuarse la reclamación judicial, *por haber cerrado el ciclo de consecuencias ocasionado por el hecho ilícito.*²⁶

En cambio, Daño Futuro es aquel cuya extensión y gravedad no aparecen precisadas en el momento de la demanda debido a que el hecho ilícito aún no ha producido todas sus consecuencias, repercusiones que pueden ser precisadas por ser las que razonablemente deben ocurrir de acuerdo a la sucesión normal de los acontecimientos y a las circunstancias especiales del caso.²⁷

Sin embargo, el Daño eventual es aquel cuya existencia dependerá de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio.²⁸

²⁶ BREBBIA, ROBERTO H., "El Daño Moral", Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1998, Pág. 64

²⁷ Ibidem. Pág. 65.

²⁸ Ibidem.

A diferencia del daño eventual, tanto el daño actual como el daño futuro deben ser ciertos, entendiéndose por ello que la existencia de los mismos debe constar de manera indubitable y no depender de otros acontecimientos que puedan o no producirse en el futuro.

Si el juez indemniza las consecuencias futuras de un daño es porque se halla capacitado para apreciar, partiendo de la existencia cierta de un agravio, en forma más o menos exacta, las repercusiones que el hecho ocasionará más adelante, cálculo que, en cambio, no puede en manera alguna efectuar, conjeturas, cuando la existencia del agravio depende de la producción de una serie de hechos contingentes y extraños al hecho ilícito en cuestión.

Por ejemplo, en consecuencia a lo anterior, podemos señalar que cuando se habla de daño cierto no se alude a una clase especial de daño, sino que se quiere expresar que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine consecuencias o efectos jurídicos, condición sobre la que no se hace necesario hacer mayor hincapié, puesto que todo hecho, para ser tenido en cuenta y surtir consecuencias, debe ser cierto.

b) Daño directo y daño indirecto.

Se entiende por daño directo el agravio sufrido por la víctima inmediata; y por daño indirecto el menoscabo soportado por otra persona distinta del damnificado inmediato. El daño que se ocasiona a los parientes de la víctima, fallecida como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, constituye el tipo clásico de daño indirecto.

c) Daño patrimonial y daño extrapatrimonial

De todas las clasificaciones que se formulan de los daños reconocidos por el Derecho, es, sin dejar lugar a dudas, la más importante, la diferencia que se realiza teniendo en cuenta lo que es el bien jurídico afectado.

La separación de los daños en dos grandes categorías: *daños patrimoniales* y *daños morales*, es aceptada por la gran mayoría de los autores y, de un modo tácito o expreso, aparece consagrado en todas las legislaciones de los países civilizados. La misma no es más que la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos patrimoniales y de los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad. La violación de algunos de los derechos pertenecientes a los del primer grupo engendra un daño patrimonial, mientras que la falta de algunos de los derechos integrantes a la personalidad, origina un daño extrapatrimonial o moral.

Con relación a los *derechos patrimoniales*, se entiende por tales aquellos derechos que tienen por objeto o finalidad la protección de aquellos bienes de una persona que poseen un valor pecuniario.²⁹

Varios autores reconocen al daño moral como derecho extrapatrimonial, sin embargo las opiniones se hallan divididas, ya que la minoría alude que es una forma negativa de llamarlos así debido a que comienzan a negar a los mismos el carácter de verdaderos derechos subjetivos. Se aduce, asimismo, que los distintos atributos de la personalidad no pueden ser objeto de derechos porque ella (la personalidad), es el sujeto de todo derecho.

²⁹ Ibidem. Pág. 68,

3.2 Concepto de Daño Moral.

En cuanto hace al *daño moral*, el tratadista Rafael Rojina Villegas lo define así: "El daño moral consistirá en toda la lesión a los valores espirituales de las personas originada por virtud de un hecho ilícito, o sea por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta, o en las esfera jurídica de otro que no este autorizada por la norma jurídica."³⁰

De este precepto que nos da el maestro se distinguen dos tipos de moral los que tocan el patrimonio moral de las personas, esto es que afectan su honor, su reputación, su prestigio y los que hieren su parte afectiva, o sea las sensaciones propias de cada individuo.

Del mismo modo el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, establece en su artículo 1916, el concepto fundamental del daño moral, que ya ha quedado expuesto en el Capítulo Segundo de este trabajo.

Con relación al daño moral nos encontramos en que se manifiesta de diversas formas como lo comenta el maestro Borja Soriano:

a) Molestias en la seguridad personal. Amenazas injustas de daños corporales, o de privación de la libertad, o de atentados al honor, o de perjuicios económicos, privación ilícita de la libertad; contagio culpable de enfermedades, etc.

³⁰ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL; "*Derecho Civil Mexicano*"; Tomo Quinto Vol. II; Quinta edición; Porrúa; México 1985; Pág. 137

b) Molestia en el goce de los bienes: Violación de domicilio, sustracción o destrucción o recuerdos de familia o de colecciones científicas o artísticas, colocación de carteles o leyendas en los muros de una propiedad, etc.

c) Ataques a las afecciones legítimas. El dolor provocado en la víctima o su familia por delitos contra la vida, la salud o la honestidad, la humillación causada a la persona por la revelación de un secreto afligente o deshonoroso; el sufrimiento derivado de una calumnia y en general el ataque de los sentimientos por actos contrarios o la inviolabilidad de la vida privada.³¹

En cuanto al primer inciso nos encontramos que el maestro Borja nos dice que es el daño causado puramente en la persona y su integridad física; en el segundo apartado se refiere al valor sentimental que cada persona tiene de sus objetos; y en el tercer párrafo nos remite a la víctima que sufre directamente el daño y a su familia que sufren el daño de forma indirecta.

3.3 Concepto de reparación.

El derecho privado, que busca sobre todo satisfacer el interés particular, utiliza preferentemente, como medio de acción para cumplir con esa función de seguridad que constituye la motivación radical de lo jurídico, *la reparación*. Con ella se desea restaurar al sujeto pasivo del agravio al estado de cosas anterior a la comisión del mismo; pero, este fin primordial y último de la reparación no siempre puede ser cumplido en toda su perfección. En la mayor parte de las veces el derecho no puede borrar en forma total los efectos dañosos del hecho ilícito y sólo trata de compensar, ó de atenuar los mismos.

³¹ BORJA SORIANO, RAFAEL; "*Teoría General de las Obligaciones*"; Séptima edición; Porrúa, México 1995; Pág. 285.

El diccionario enciclopédico del derecho usual define a la reparación del daño como "la obligación que el responsable de un daño por dolo; culpa o convenio o disposición legal, le corresponde, para poner las cosas al estado anterior, dentro de lo posible y compensar las pérdidas de toda índole que por ello haya padecido el perjudicado o la víctima.

Jurisprudencia: Declara que ésta obligación debe hacerse en primer término en forma específica, colocando la cosa que ha sido menoscabada en las mismas condiciones en que se hallaba antes de sufrir el daño, obligación que ha de cumplir el demandado o ejecutarse a su costa en el mismo sitio que se encuentra la cosa que se supone dañada, sobre todo si es un inmueble y solo en caso de ser eso imposible corresponde la indemnización³² (Sent.21/Octubre/1916)(V. Daño moral, daños y perjuicios, indemnización, obligación por culpa o negligencia, responsabilidad civil) ".

3.4 La Reparación del Daño Moral.

Los requisitos del daño para ser considerado como jurídicos son: causar un perjuicio, pérdida o menoscabo; recaer sobre bienes jurídicos de alguna persona y de ser de alguna forma, susceptibles de resarcimiento, los dos primeros caracteres se dan en el daño no patrimonial, el resarcimiento se encuentra en la indemnización pecuniaria, similar al tradicional resarcimiento de los daños patrimoniales.

También es cierto que se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero consiste en que se demuestre que

³² ALCALA LUIS- ZAMORA CATILLO; "Diccionario enciclopédico del Derecho usual"; V Vol. ,12ª edición; Edit. Heliasta. Pág. 1798

el daño se ocasiono y, el otro estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.

La configuración autónoma del daño moral desde el punto de vista de su reparación no tiene valor ni alcances.

La eventual satisfacción del daño moral se realizará de tal modo, o mejor, vendrían a eliminarse en lo posible, los dolores padecidos, pero estos resultados no son más que efectos indirectos y accidentales de la restauración del daño o de la recuperación del derecho. Por lo demás ha de pensarse que el dolor y los sufrimientos psíquicos no son susceptibles por su propia naturaleza de una reintegración en forma específica, a menos que se acuda a la expresión ya traída a cuento, de que el transcurso del tiempo mitiga todas las penas, pero aun entonces habría que pensar en que esto se presenta al margen del derecho. De la experiencia jurídica se obtiene también un dato de interés: siempre se ha planteado el problema de la importancia de los daños morales en términos de reparación pecuniaria, solo a través de la cual se considera posible brindar al lesionado una adecuada satisfacción compensatoria. Pero es evidente que en tal caso no se trata de la reparación del daño moral, sino mejor del resarcimiento en forma específica del daño ocasionado al honor o ánimo de la víctima, daño y reparación independientes del quebranto moral y de su resarcimiento en dinero.

El hombre y, por tanto, el Derecho, que es una creación del mismo, son impotentes para descartar lo acaecido en el transcurso del tiempo. Una vez realizado el hecho dañoso, el Derecho no puede menos de aceptar la violación de una de sus prescripciones normativas como un acontecimiento irrevocable y limitarse únicamente a dirigir sus esfuerzos hacia el futuro a fin de borrar, en la medida de lo posible, o bien atenuar, los efectos perniciosos del hecho ilícito.

La norma jurídica emplea dos clases de medios para obtener el restablecimiento del orden jurídico perturbado: *la pena*, con el fin de imponer una

sanción ejemplificadora al transgresor y restablecer así el equilibrio social alterado; y la *reparación*, con el objeto de enmendar, dentro de lo limitado del poder de las fuerzas humanas, el menoscabo sufrido por la persona que ha visto vulnerados sus derechos.

3.4.1 Distintas formas de Reparación de los Daños.

El derecho privado, que busca sobre todo satisfacer el interés particular, utiliza preferentemente, como medio de acción para cumplir con esa función de seguridad que constituye la motivación radical de lo jurídico, la reparación. Con ella se desea restaurar al sujeto pasivo del agravio al estado de cosas anterior a la comisión del mismo; pero, este fin primordial y último de la reparación no siempre puede ser cumplido en toda su perfección. En la mayor parte de las veces el Derecho no puede borrar en forma total los efectos dañosos del hecho ilícito y sólo trata de compensar, ó de atenuar los mismos.

a) Reparación Natural.

Cuando es posible la restauración al estado de las cosas anterior al evento dañoso y la reparación, en consecuencia, puede ver cumplida en forma perfecta e integral la finalidad que se tiene propuesta, ésta toma el nombre de reparación natural. Caso típico de reparación natural, por ejemplo, es el de devolución a la víctima de una substracción del objeto que le fuera robado.

Zannoni señala que: "Un modo de hacerlo es a través de lo que se denomina reparación natural o *in natura* que consiste en la reintegración en forma

específica, o reparación en especie; implica, literalmente, volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso”³³

Si bien es cierto que la reparación en especie puede ser factible en ciertos aspectos, no ocurre lo mismo en cuanto hace a los daños morales., como consecuencia de la pérdida de un interés extrapatrimonial de la víctima, por su propia naturaleza sólo es viable indemnizar.

b) Reparación pecuniaria.

En caso de que la reparación sea imposible, en razón de no poderse colocar al damnificado en situación idéntica a la que estaba antes del hecho ilícito, la norma jurídica busca compensar el perjuicio ocasionado, llevando al sujeto pasivo del mismo, sino a una situación igual, a una situación parecida a la que tenía anteriormente. Este modo de reparación toma el nombre de reparación por equivalencia, y el medio generalmente utilizado para obtener la compensación buscada es el pago de una suma de dinero o indemnización. La reparación por equivalencia puede cumplirse también por otros medios distintos a la entrega de una suma de dinero, como ser la entrega al damnificado de un objeto similar al destruido por el evento dañoso.

Cuando no hay otro camino para reparar el perjuicio ocasionado a un sujeto que el pago de una suma de dinero, se hace menester distinguir dos situaciones distintas manifiesta Brebbia³⁴: cuando el daño ocasionado es *susceptible de ser evaluado adecuadamente en dinero*, el pago de una indemnización revestirá un carácter *específicamente compensatorio*; no así cuando el agravio sufrido no admite una apreciación aproximada en dinero, pues, en tal supuesto, la entrega de una suma de dinero jugará, más que un rol estrictamente compensatorio, un rol de satisfacción.

³³ ZANNONI, “*El Daño en la Responsabilidad Civil*”; pág. 221 y 222.

³⁴ BREBBIA, ROBERTO H., “*El Daño Moral*”, Pág. 79

La norma jurídica establece el pago de una suma de dinero a la víctima u ofendido para que el mismo pueda proporcionarse mediante el empleo de la misma una satisfacción equivalente al daño sufrido.

Tratándose de daños extrapatrimoniales o morales, la indemnización en dinero no podrá tener otra función, necesariamente que la satisfactoria, toda vez que la esencia de los daños morales no pueden ser tasados en una suma de dinero.

La obligación de dar una suma de dinero a raíz de la comisión de un hecho ilícito puede ser impuesto también con otro fin que el de reparar el mal ocasionado. En algunas ocasiones la norma jurídica impone al sujeto activo o al responsable del delito, la obligación de pagar una cantidad de dinero como castigo por la falta cometida, más que con el objeto de reparar el daño sufrido por el sujeto pasivo de la acción.

c) Pena Privada.

La obligación de la reparación asume un carácter penal, pero como la misma no es impuesta, debe ser pedido en forma expresa del agraviado; es decir, no se busca de una manera directa compensar al sujeto pasivo, sino imponer un castigo al que ha violado una norma jurídica, tal castigo toma el nombre de pena privada.

La pena privada establece la gravedad de la falta cometida; en donde la pena se propone, en primer término, el castigo del culpable, soportándola siempre el autor del delito; la cual consiste en la disminución de un bien jurídico, generalmente se da con la privación de la libertad.

3.5 Teoría del delito en la reparación de daños.

Es sabido que la parte fundamental del sistema de responsabilidad penal está constituida por la teoría del delito.

Ésta se ha ido modelando como un conjunto de conceptos, de algún modo derivados de la ley penal, que definen otros tantos elementos cuya ocurrencia en la realidad sujeta a juzgamiento debe verificarse para poder declararla. Su pretensión es facilitar el análisis jurídico de un hecho acaecido, a través de la exigencia de esa verificación en pasos sucesivos, cada uno de los cuales presuponen el anterior y permite acceder al siguiente.

La constatación de que han ocurrido efectivamente los hechos que satisfacen los requerimientos conceptuales de cada elemento, conforme a la teoría, permite pensar y juzgar con mayor claridad y precisión la realidad que se reproduce durante la tramitación del proceso, ganándose en seguridad jurídica.

3.5.1 La Acción.

El primer elemento de la teoría del delito, aceptado como tal por la amplia mayoría de la doctrina, es la acción.

El concepto de acción se define como el mero actuar humano causalmente voluntario, externo, que culmina en una infracción a la ley.

(Del latín *actio*, movimiento, actividad, acusación.) Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede

concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

Savigny, estima a la acción como el derecho que nace de la violación de un derecho subjetivo y como el ejercicio del derecho material mismo, al argumentar que si no existe un derecho sustancial no puede haber su violación y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción.

La acción significa tener una pretensión reconocida por el derecho. La acción es un derecho a la eliminación de la violación.

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, lo cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, personas, animales, etc. La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios.

La acción cuenta con los siguientes elementos:

La Voluntad.- es el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito. "Propiamente es la intención".

La Actividad.- consiste en el hacer o actuar. Movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

El Resultado.- Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la Ley penal.

Nexo de causalidad.- Es el ligamen que une a la conducta con el resultado (causa-efecto).

3.5.2 La Tipicidad.

El segundo de los elementos, es la tipicidad, que ha sido diseñada como el "principio de legalidad", que consagra el apotegma *nullum crimen nulla pena sine lege*. Ella corresponde a lo que los teóricos denominan tipo garantía, y solo se satisface con la exhaustiva, perfecta y completa adecuación del hecho, a la abstracta descripción efectuada por el legislador constitucionalmente habilitado, en su formulación legal.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo. Es el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Cada tipo legal señala sus propios elementos.

El tipo consiste en la descripción legal de un delito. Es la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

La segunda característica de la tipicidad tiende a satisfacer necesidades concretas del modelo teórico de delito y se vincula con la necesidad, que resulte relevante para el juicio de antijuricidad, al ser recreado por el juez en el proceso se pueda describir consistentemente con la clase de palabras que utiliza el legislador en los tipos penales. Para ello debe de tomar en cuenta que la descripción de lo ejecutado por el agente en el mundo externo objetivo que resulte relevante para el juicio de antijuricidad, se corresponda con su recreación de lo que iba ocurriendo en el momento del hecho, en el plano subjetivo.

3.5.3 La Antijuricidad.

Los actos que generan responsabilidad penal deben ser contrarios al derecho. Esto es lo que expresa el tercer elemento del modelo, la antijuricidad: contrariedad al derecho.

La especificidad en materia penal resulta de la exigencia de tipicidad en los términos tratados en el párrafo anterior. Así solo ésta clase de acciones podrán ser penalmente antijurídicas y generar responsabilidad en este sistema, aunque puedan generarlo en otros.

La antijuricidad es lo contrario a derecho. En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuricidad) pero excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica, con lo cual desaparece la antijuricidad. El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal las denomina causas de exclusión del delito.

3.5.4 La Culpabilidad.

Las exigencias que impone el respeto a este cuarto elemento del modelo teórico conceptual de delito, tal vez hayan sido las que más diferencien al sistema de responsabilidad penal del civil.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

La naturaleza de la culpabilidad consiste en:

- a) Teoría psicológica.- Funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo.
- b) Teoría normativa.- La base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma.

Los tipos de culpabilidad son los siguientes:

- a) **El Dolo**.- consistente en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuricidad del hecho.
- b) **La Culpa**.- ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producir, se ocasiona por imprudencia, falta de cuidado o de precaución debiendo ser previsible y evitable.

Los cuatro elementos que han quedado expuestos: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, conforman el núcleo central de la teoría jurídica del delito. En general, cuando ellos se constatan, esto es, cuando puede afirmarse consistentemente que ocurrieron en un hecho, la responsabilidad penal puede declararse y aplicarse la pena.

En la exposición realizada se ha tenido en cuenta, fundamentalmente, una de las cuatro formas de aparición del hecho punible, quizá las más frecuente y clásica: la que corresponde al delito doloso de comisión. Pero debe tenerse en cuenta que la doctrina ha elaborado adaptaciones de este modelo a las otras formas posibles de aparición de hechos punibles.

3.6 Concepto de Víctima y Ofendido.

Para tener un conocimiento más preciso del tema, es necesario distinguir algunos términos que se emplean comúnmente como sinónimos. Tales términos son: sujeto pasivo del delito, ofendido y víctima.

Sujeto pasivo es un término propio del derecho penal y tienen una connotación muy reducida; es entendido generalmente, por los iuspenalistas como el titular del bien jurídico protegido en el tipo, bien jurídico que es lesionado o puesto en peligro al cometerse el delito.

El término ofendido, en el ámbito del derecho penal, es empleado en la normatividad referente a la reparación del daño. En el derecho procesal penal el ofendido es la persona que resiente los efectos del delito. En algunas ocasiones se le identifica con la víctima. Para efectos de querella, se dice que se reputará parte ofendida a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado.

Santiago Oñate anota que “el ofendido es quien ha recibido en su persona, bienes, o, en general, en su status jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato, injuria”.³⁵

El término víctima es propio de la criminología y tiene una amplia connotación: abarca al sujeto pasivo y a otras personas afectadas por el delito.

Sergio García Ramírez señala que víctima “es tanto (el) mismo ofendido como cualesquiera otras personas que sufren – pero no a título de sujetos pasivos

³⁵ OÑATE SANTIAGO; “*Diccionario Jurídico Mexicano*”, México, Porrúa- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

del ilícito- las consecuencias dañosas generadas por el delito; así, los familiares o dependientes económicos de ambos sujetos, activo y pasivo".³⁶

Para Rodríguez Manzanera, "víctima del delito es toda persona física o moral que sufre un daño por causa de una conducta típica, antijurídica y culpable"³⁷

3.6.1 Garantías Constitucionales otorgadas a la Víctima u Ofendido.

La víctima o el ofendido tienen las siguientes garantías que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le otorga en todo proceso penal en su artículo 20:

"I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal."

En términos generales "asesorar" significa, en este contexto, proporcionar información a la víctima sobre los derechos que la ley le concede y proporcionar, también, asistencia técnica a partir de la denuncia o querrela, y durante todo el procedimiento, hasta la sentencia final con el rango de cosa juzgada.

En este sentido José Colón considera:

Así como el inculcado desde la averiguación previa tiene derecho a asistencia jurídica y legal, sea particular o de oficio, la víctima debe contar con el

³⁶ "Temas y problemas de justicia penal, "; México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996, Pág. 184

³⁷ "Derecho Victimal, justicia y atención a víctimas del delito", 50º. Curso internacional de criminología, México, Universidad la Salle, 1995, Pág. 78.

Ministerio público, no como un mero asesor sino como un verdadero asistente legal, que le ilustre, le aconseje, y le patrocine gratuitamente.³⁸

Se dice que las funciones del Ministerio Público son, únicamente, las de representante de la sociedad y de ninguna manera las de asesor de la víctima. Respecto a esto, los especialistas en criminología, establecen que se debe crear la figura de “defensor de la Víctima”, para garantizar, de manera integral, los derechos de las víctimas y acabar con el desequilibrio que en esta materia se presenta entre el delincuente y la víctima. El acusado, en todos los casos, cuenta con un defensor, ya sea particular o de oficio, que lo asiste en todo momento procedimental; en cambio, la víctima ha quedado plenamente desprotegida y hasta desinformada sobre el camino que sigue su proceso penal.

Por otra parte se piensa, de manera muy generalizada, que es la Institución del Ministerio Público la que debe tener, entre sus atribuciones, la responsabilidad de asistir jurídicamente a la víctima y a los ofendidos por el delito y, obviamente, la de informarles sobre sus derechos y sobre el desarrollo del procedimiento penal. Esta encomienda ha de abarcar tanto la etapa de averiguación previa, en la que el Ministerio Público lleva el control de las investigaciones, como la del proceso penal, en la que el Ministerio es sólo una de las partes. Es decir, la actividad de asesoramiento debe empezar en la averiguación previa y concluir con la sentencia y, en su caso, hasta lograr el pago de la reparación del daño.

“II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia deberá fundar y motivar su negativa.”

³⁸ COLÓN JOSÉ, “*Los Derechos humanos de las víctimas del delito*”; Revista de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Estado de México; México. Pág. 343.

La coadyuvancia con el Ministerio Público es una figura muy conocida en el derecho procesal mexicano; sin embargo, en la práctica, ese derecho está bastante limitado. No existe una verdadera relación entre la víctima y el Ministerio Público. En ocasiones, el Ministerio Público actúa por su cuenta, sin proporcionar ninguna información a la víctima; en otras, su pasividad es tan acentuada que deja a la víctima en estado de indefensión o, en el mejor de los casos, la víctima se ve obligada a buscar y proporcionar las pruebas al Ministerio Público.

“III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia.”

En cuanto a la atención específica de las víctimas del delito se establece, de manera general, que los integrantes del Sistema Nacional de Salud deberán dar atención preferente e inmediata a quienes hayan sido sujetos de la comisión de delitos que atenten contra la integridad física y mental o el normal desarrollo psicosomático de los individuos.

En lo que hace a la atención médica y psicológica de la víctima u ofendido, ha de ser de “urgencia” cuando se presenta cualquier problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata (artículo 72 del Reglamento General de Salud).

“IV. Que se le repare el daño. En los casos que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido sentencia condenatoria.

La Ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño”.

La reparación del daño es un derecho que se le ha reconocido a la víctima del delito desde tiempos remotos.

Con la reparación del daño se busca no solo reprimir al delincuente, sino, también, resarcir a la víctima del daño sufrido por el delito cometido. Sin embargo, la reparación del daño considerada como pena pública, no ha traído consecuencias provechosas para la víctima u ofendido; muy por el contrario, puede afirmarse que ha sido un fracaso, en virtud de que el Ministerio Público, en la mayoría de los casos, por descuido no logra hacerla efectiva, y el ofendido nada puede hacer porque está al margen de la reclamación, es decir, está desvinculado del proceso. Por otra parte, en las pocas ocasiones en que se consigue su pago, éste se efectúa hasta después de pronunciada la sentencia condenatoria firme.

De ésta forma la víctima tiene que esperar hasta que termine el procedimiento y se dicte la sentencia condenatoria, para poder obtener los beneficios inherentes a la reparación del daño.

“V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos se llevará a cabo las declaraciones en las condiciones que establezca la Ley”.

Careo significa, en términos generales, enfrentar a una persona con otra, con el fin de esclarecer la verdad de sus declaraciones sobre hechos que son materia de controversia en el procedimiento penal.

Es razonable considerar que la víctima puede tener motivos válidos para no someterse al careo cuando éste significa un peligro serio para su seguridad o la de su familia o, simplemente, por ser demasiado desagradable el enfrentamiento con el ofensor tratándose, de los delitos de violación o secuestro. Ante esta situación, cuando la víctima se sienta justificadamente amenazada en su seguridad, son razonables las excepciones para la realización del careo. Es de todos conocida la inseguridad que se padece, así como el incremento de los delitos graves y

violentos, cometidos, en muchas ocasiones, por la delincuencia organizada, situación que atemoriza más a la víctima y a la sociedad.

“VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio”.

La seguridad y auxilio que merece la víctima del delito son medidas absolutamente indispensables, sobre todo en un país, como el nuestro, donde reina la inseguridad en todos los rincones. No cabe discutir si la víctima una vez efectuado el delito, merece o no una protección plena por parte de las autoridades. Sin embargo, como puede advertirse, la garantía que se consagra es sumamente vaga. No está expresada en el sentido de que se deba proporcionar seguridad y auxilio a la víctima u ofendido por el delito, cuando éstos sean necesarios, de acuerdo con los hechos y las circunstancias de los mismos. El derecho de las víctimas se ajusta a la posibilidad de solicitar tales medidas y providencias; es decir, el texto constitucional se concreta a señalar que la ley deberá dictar medidas y providencias para la seguridad y auxilio a las víctimas, y éstas podrán solicitarlas. La Constitución no prescribe ninguna línea que deba seguir el legislador al elaborar las leyes.

3.7 Proceso General.

El Daño originado por todo acto atentatorio de los derechos de la personalidad, doctrinariamente se le llama daño moral, y por clasificación en cuanto al objeto no puede considerarse daño moral aquel que se proyecta sobre bienes de naturaleza material. El daño, en su concepción teórica, no puede existir considerado éste como daño puro, porque no existe daño si no existe un sujeto agraviado. Es decir, si no hay sujeto dañado, no puede existir el daño por sí mismo para efectos teóricos y procesales no se integra la relación jurídica de responsabilidad civil, entre la existencia del daño y el sujeto agraviado. Este criterio es aplicable íntegramente al Daño moral.

Como ya hemos dejado mencionado, el daño moral directo es aquel que lesiona o afecta bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, y el daño moral indirecto, se da cuando por la afectación de un bien de naturaleza material, o cuando de la afectación de un bien de naturaleza patrimonial se lesionan bienes del patrimonio inmaterial o moral de la persona.

Manifiesta Salvador Ochoa que "el agravio moral es fuente de obligaciones, porque su reparación, en último análisis, desemboca en el derecho al cobro de daños y perjuicios. El patrimonio moral de una persona se puede definir como: el conjunto de bienes de naturaleza extrapatrimonial, los cuales, por su naturaleza inmaterial, no son susceptibles de valoración directa en dinero y su afectación provoca la reparación por equivalente y con un fin satisfactorio".³⁹

3.7.1 Demanda por Daño Moral.

El órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda por daño moral son los jueces civiles, que pueden ser del fuero común o del fuero federal cuando alguna de las partes del conflicto sea la Nación.

Generalmente en los juicios demandantes de una reparación moral, la mayoría de estas demandas se refiere a una condena genérica por daño causado, esto es, no se especifica al momento de la presentación de la demanda, un monto exacto que por concepto de suerte principal se demanda, ya que se deja al arbitrio judicial y a juicios de peritos en caso de daño patrimonial causado por un agravio extrapatrimonial, el monto de la condena por reparación moral.

Entonces ¿qué juez conocerá del asunto en caso de cuantía indeterminada? Esto es muy importante, ya que los jueces en todo asunto civil, lo

³⁹ OCHOA OLVERA, SALVADOR; *"La Demanda por Daño Moral"*; Escuela Libre de Derecho; edit. Monte alto, México 1995, Pág. 96

primero que revisan de las demandas presentadas, es el monto de las prestaciones reclamadas, para así determinar su competencia por cuantía.

A pesar del problema que se presenta, para evitar malas interpretaciones; el demandante o parte actora puede provocar la competencia del órgano jurisdiccional de primera instancia, al establecer en el capítulo de prestaciones las siguientes consideraciones:

1) Cuando se trate sólo de la reparación moral, y sabiendo que el monto de la indemnización lo establecerá el juez, se puede, de manera propositiva y provisional, pedir el pago determinada cantidad de dinero, sin perjuicio de que el Juez Civil incremente el monto de dicha condena.

2) Si la demanda por daño moral es genérica y no se quiere influir en el ánimo del juzgador para determinar el monto de la indemnización extrapatrimonial se puede especificar cuál es el costo de las publicaciones a que se refiere el último párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, lo cual determinará la competencia por cuantía, sin perjuicio de que el día de la ejecución de la sentencia, dicha cantidad hubiere modificado su precio.

3) Cuando se causa un daño moral y en virtud de este agravio, se causa también un daño de naturaleza material se puede precisar, en el capítulo de prestaciones la suma de dinero que por este concepto se reclama, sin perjuicio de que en la secuela procesal y a juicio de peritos, dicha suma se incremente.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el Título Especial de la Justicia de Paz, se encuentra un artículo que es oportuno citar:

Artículo 3°. Si se dudare del valor de la cosa demandada o del interés del pleito, antes de expedirse la cita para el demandado, el juez oirá un dictamen del perito que él mismo nombrará a costa del actor.

Aun cuando esto se hubiere hecho, el demandado, en el acto del juicio, podrá pedir que se declare que el negocio no es de la jurisdicción de paz, por exceder su cuantía del monto a que se refiere el artículo anterior.

De lo anterior se desprende que no se refiere de manera expresa a los casos de cuantía indeterminada, entendiéndose ésta como aquella que al momento de la presentación de la demanda no puede apreciarse una cantidad líquida. Sólo se refiere a cuestiones de duda sobre el valor de la cosa demandada, pero no a cantidades que serán determinadas al final del procedimiento.

Por otra parte, cuando en una demanda por daño moral exista reconvención por el mismo concepto, las reglas que se observan para determinar la competencia por cuantía son las que establece el artículo 160 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y que se resume en lo siguiente:

El Juez competente para la reconvención, será el Juez que conoce de la demanda principal, aunque la cuantía reconvencional sea inferior al monto de su competencia.

La tramitación del juicio por daño moral es en la vía ordinaria civil; no existe para este proceso ninguna tramitación especial, y por tanto todas las formalidades del juicio ordinario civil, tanto en el Fuero Común como en el Fuero Federal, se aplican a este tipo de demandas.

3.7.2 Etapa Probatoria del Daño Moral.

Alsina explica que se entiende "... por medio de prueba el instrumento cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción".⁴⁰

Para Pallares: "... se entiende por medio de prueba, todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que puedan producir en el ánimo del juez certeza sobre los puntos litigiosos. Y, sobre los motivos de prueba nos dice: los procesalistas entienden por motivos de prueba, las razones, argumentos o instituciones de las cuales el juez o tribunal tiene por aprobado o por no aprobado, determinado hecho u omisión".⁴¹

Los medios probatorios que rigen la demostración positiva o negativa del daño moral o psicológico, son los que prevé el ordenamiento legal, con algunas características especiales, que será necesario tomar en cuenta en la etapa de su obtención y valoración definitiva.

De los tipos de probanza que pueden señalarse al juicio, existe una que reviste fundamental trascendencia, que es el dictamen pericial; hay otra que, por lo general, puede tener poca incidencia, como es la confesional; finalmente, existen las intermedias, que serían todas las demás y que eventualmente accederían a una función corroborante del informe del experto.

1. Pericial.- La prueba pericial será procedente cuando la demostración de los hechos litigiosos requieran conocimientos especiales con alguna ciencia, arte u oficio, industria o actividad técnica especializada.

La prueba de dictamen pericial consiste en que en virtud de que el juzgador no puede ser un especialista en todas las ramas del saber humano, sea entonces

⁴⁰ HUGO ALSINA; "*Tratado Teórico Práctico del derecho procesal civil y comercial*"; EDIAR, Buenos Aires, 1963, Pág. 230

⁴¹ PALLARES EDUARDO; "*Derecho Procesal civil*"; Porrúa, México 1998, Pág. 373.

asesorado e ilustrado por peritos, por conocedores de las diversas materias del conocimiento humano. El dictamen pericial, por regla general, contiene una opinión técnica referida a determinado asunto.

La determinación del estado anímico de una persona y la posibilidad de la existencia del daño psicológico, así como su intensidad y pronóstico, exceden el marco de competencia de la abogacía, siendo de incumbencia de los expertos profesionales del campo de la salud mental, autorizados por la ley.

Dentro de este grupo corresponde distinguir diversas especialidades, como potencialidades diferentes para tratar el tema que nos ocupa.

En primer lugar están los médicos, tanto los que practican la clínica general, como los legistas, o los psiquiatras.

En cambio, el otro grupo de expertos que pueden realizar un peritaje son, los psicólogos, deben cumplir para recibirse con un circuito de materias, que enfocan la problemática de la mente, desde un amplio aspecto que abarca la teoría psicoanalítica como las técnicas de evaluación de los conflictos concretos. También en este caso resulta sumamente frecuente que los psicólogos concurren a cursos sobre la problemática de lo orgánico, como etiología o manifestación de una enfermedad, para evitar los riesgos que el desconocimiento de lo biológico implica.

Pero cualquiera que sea el interés o el sentido de responsabilidad de médicos o psicólogos, su inscripción en las listas de peritos disponibles en los juzgados no contiene un detalle del currículo de las personas incluidas. No se otorga, por otra parte, puntaje alguno por los antecedentes académicos, ni se los exige, bastando con tener cierta antigüedad en la profesión.

El panorama descrito impone, entonces, una elección del tipo del peritaje para la prueba del daño psicológico, tanto por parte del litigante como del juzgador, quien además está obligado a designar un experto mediante un sorteo entre los peritos que figuren en la lista.

A ello se suma la enorme dificultad que presenta la configuración del perjuicio y su relación con un evento dañoso, a tal punto que el peritaje puede arribar a un resultado meramente conjetural, aunque debe ser fundado; si bien la conclusión puede carecer de certeza tienen que brindar un alto grado de probabilidad.

Al principio de congruencia también se encuentra sometido el juzgador, quien deberá respetar el dictamen producido por el experto que designe, aunque no comparta los principios teóricos en los que se apoya. Por otra parte, las prescripciones procesales, de carácter dispositivo, le impiden designar un tipo de profesional distinto del que los litigantes propongan. La única posibilidad de cambiar la especialidad en juego, se concretaría exclusivamente en el caso en que la pericia presentada careciera de fundamentación y la ley facultara al juez a designar otro perito.

La forma en que se vaya concretando la relación jurídico-procesal será determinante de la calidad y cantidad de ítems sobre los que versará el peritaje. Ello es así, pues las pretensiones esgrimidas en el reclamo de la parte actora y las negaciones de su adversaria, constituirán la materia a decidir con respecto al daño psicológico.

Resulta de vital trascendencia para la delimitación de los puntos de pericia la circunstancia de que el reclamante solicite la indemnización de este perjuicio en forma autónoma o integrando la compensación correspondiente a la incapacidad sobreviviente.

En este último caso deberá encuadrarse el perjuicio psíquico dentro de los parámetros elaborados por la jurisprudencia en la determinación de la discapacidad derivada de un hecho antijurídico. Según se ha resuelto reiteradamente corresponde establecer el nexo causal con el evento dañoso, y computar cómo y cuánto han mermado en el sujeto las posibilidades de producir ingresos, y las alteraciones de su vida de relación.

La traducción monetaria del daño psicológico, al igual que la problemática de la elección de las modalidades de la pericia, dependerá de la forma en que se pida su reparación.

En ese orden de ideas será determinante para el procedimiento de cuantificación el hecho de que se o haya reclamado como integrante de la incapacidad sobreviviente o en forma autónoma. El litigante se encuentra hoy con la disparidad de los criterios jurisprudenciales que ponen en riesgo la procedencia de su reclamo. A fin de evitarlo, pareciera que no exista impedimento legal como para que se pida indemnización del daño psicológico en forma autónoma y subsidiariamente, como generador de incapacidad sobreviviente.

2. Confesional.- En esta prueba consiste en someter a una de las partes en el proceso, a la otra, a un interrogatorio especial. Al efecto la parte cuya parte se desahogará la prueba confesional se denomina parte absolvente y debe ser expresamente citada para comparecer ante el tribunal a contestar el interrogatorio respectivo.

Esta prueba se desahoga mediante la exhibición de un pliego de posiciones, el cual contiene un determinado número de preguntas planteadas a la parte absolvente por la parte articulante; sin embargo, pueden formularse posiciones adicionales, de forma verbal, que no hubieren estado comprendidas en el pliego respectivo.

Esta prueba aparece como más deficiente para la demostración del daño psicológico, salvo en el único supuesto en que el reclamante negara su existencia o la disminuyera, y esta actitud no fuera producto de la misma enfermedad psíquica.

Es decir que el medio probatorio en cuestión tiene que versar sobre hechos personales del absolvente. No parece que este rango pueda reunirse, en principio, en el supuesto de determinación del daño psicológico que requiere una cercanía o un trato frecuente con el damnificado, como para tener al menos un conocimiento personal del perjuicio en cuestión, cosa que excepcionalmente puede ocurrir con el responsable del ilícito.

"La confesión ficta (deducido de un hecho que la ley presume) no tiene un valor absoluto, pues esta norma autoriza al juez a tenerlo por confeso teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, lo que conduce a valorarla juntamente con los otros medio producidos. Es así que su fuerza de convicción será mayor cuando encuentre respaldo en ellos".⁴²

Sin perjuicio de lo antedicho la probanza mencionada no está, en principio, prohibida por la ley para acreditar el extremo del perjuicio psíquico, dado que no implicaría un derecho irrenunciable, ni su implementación estaría expresamente vedada por algún texto legal.

3. Testimonial.- Consiste en las declaraciones de terceros a quienes les consten los hechos sobre los que se les examina. Esta declaración de terceros ajenos a la relación sustancial del proceso, se les hace por medio de preguntas contenidas en interrogatorios, los cuales formula la parte que ofrece el testigo. El testigo debe ser conocedor directo de las cuestiones sobre las cuales se le interroga y, además, debe de tener la característica de imparcialidad, es decir, no tener un interés particular en el negocio y de no estar en posición de una relación íntima o de enemistad, con alguna de las partes en el juicio.

⁴² DARAY HERNAN; "Daño Psicológico"; 2ª. Edición; Buenos Aires 2000. Pág. 96

Con relación a la prueba testimonial, quizá sea en términos generales el medio con mayor potencial de corroboración del menoscabo psíquico, la que crecerá en caso de que el testigo técnico (perito en psicología), o sea, la declaración de una persona con conocimientos especiales en el ámbito de las ciencias de la salud mental.

En lo que se refiere a los deponentes que normalmente son juzgados como de atendibilidad restringida, este rasgo en opinión de Hernan Daray⁴³ debe ser atemperado en algunos casos. A título ejemplificativo señala el parentesco lejano, la amistad o la relación de trabajo, ya que son justamente aquellos que se encuentran en una vinculación estrecha con el reclamante los que verdaderamente pueden testimoniar sobre sus estados anímicos.

La importancia del testigo aumenta cuando ha tenido trato con la víctima del daño desde antes del ilícito, especialmente si aporta datos precisos, dando una adecuada y convincente razón de sus dichos.

Documental.- Es aquella que se hace por medio de documentos, públicos o privados, o por algún otro elemento material susceptible de facilitar la de algún hecho o acto.

El documento es de carácter público, cuando es producido por un órgano de autoridad en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

Son documentos privados todos aquellos que no son públicos, es decir, son producidos o elaborados por particulares.

Las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

⁴³ Ibidem. Pág. 99

Estás últimas se encuentran sometidas a la verificación de su autenticidad; también se procura detectar si se han producido deliberadamente para ofrecerlas en el litigio. En caso de resultar con un alto grado de credibilidad, estos medios probatorios pueden arrojar indicios acerca del equilibrio emocional del demandante.

Otro aspecto importante es que la acción para reclamar la reparación moral prescribe en el lapso de dos años, contados a partir del día en que se causó el daño o en que terminó de causarse, y la prueba de la existencia del daño moral es de carácter objetivo, ya que tiene las siguientes características:

a) Debe de probarse la relación de causalidad, que vincula al sujeto activo o agente dañoso, con el sujeto pasivo o agraviado;

b) Se debe de acreditar la existencia del hecho u omisión ilícitas que causaron un daño moral, lesionando uno o varios de los bienes que tutela esta figura, y

c) El daño moral desde el aspecto subjetivo, no requiere ser demostrado.

3.7.3 Indemnización Moral.

El derecho a la reparación moral es un derecho personalísimo, ya que no puede transmitirse a terceros por acto entre vivos y tal derecho se extingue con la muerte de su titular. Esta singularidad sufre una excepción, cuando la acción de reparación, por disposición de la ley, pasa a los herederos del agraviado, siempre que éste haya intentado la acción en vida. Si no se cumple esta condición, dicha transmisión no opera.

El órgano jurisdiccional tiene facultad discrecional para determinar el monto de dinero que se entregará al sujeto pasivo por concepto de reparación moral.

Esta facultad discrecional deberá apreciar lo siguiente: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos del sujeto activo y el sujeto pasivo. Pero el hecho de que el juzgador tenga en cuenta los anteriores aspectos, no implica ninguna limitación al monto de la condena, sino que el arbitrio judicial debe nutrirse de dichas singularidades para fundar y motivar su resolución.

En el derecho mexicano, es momento de que este tipo de responsabilidad civil se despoje de atavismos y se comprenda que la responsabilidad moral es una condena civil, tan importante y grave como las demás responsabilidades civiles y penales ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, y que nuestros jueces civiles no tengan temor en condenar por cantidades considerables de dinero a los agentes dañosos o sujetos activos de la causación del un daño moral.

Bajo el principio general de que los bienes morales jamás podrán ni perfecta ni aproximadamente ser evaluados en dinero, ya que no existe traducción adecuada en dinero, es necesario precisar que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria, así mismo el monto de la indemnización no debe de constituir un enriquecimiento sin causa, siendo éste uno de los principio que debe observar el Juez al dictar su resolución condenatoria.

Se ha dicho que la suma de dinero que se entrega al agraviado a título de reparación moral cumple una función satisfactoria por el dolor moral causado, por lo que el aspecto económico tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo, se refiere a que la cantidad se considera equivalente para satisfacer el daño causado.

El Juez, deberá, si así lo acredita la controversia, evaluar todo elemento extraño al daño causado, y que sea de una importancia tal que incluya directamente en el aumento o disminución del monto de la reparación. Incluso aquí es donde puede valorar circunstancias que destruyan la ilicitud de la

conducta o irrealidad del ataque, o aclaren la magnitud y extensión del daño, recordando que todos los medios de prueba son permitidos por nuestra ley procesal pueden ser utilizados para acreditar que existe o no agravio moral, o bien, que el monto de la reparación debe ser significativo, reducido o simbólico.

Uno de los criterios rectores que se sustenta en la doctrina, en los cuales no debe fundamentarse el juzgador para dictar su resolución condenatoria sobre agravio extrapatrimonial, será el que la suma de dinero entregada al agraviado no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

CAPÍTULO IV REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.

4.1 Definición legal del delito de violación.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su Título Quinto, en relación con los delitos contra la libertad y la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, establece en su capítulo I, el delito de violación:

Artículo 174.- “Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de a violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela”.

Artículo 175.- “Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que:

I. Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no puede resistirlo; o

II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad".

Como antecedentes históricos Salvador Viada y Vilaseca⁴⁴ dice que la violación es un verdadero acto de barbarie; es a la vez un atentado feroz contra la mujer y contra la libertad de la misma; de ahí que en todos los tiempos y en todas las legislaciones se haya castigado con particular severidad.

En las épocas bíblicas al violador se le cegaba y castraba siguiendo el sistema talional de "ojo por ojo y diente por diente, rotura por rotura".

En el derecho romano se castigó por la *Lex iulia de vi publica*, con la pena de muerte.

El derecho canónico dedicó gran atención al *stuprum violentum*.

El fuero juzgo castigaba al hombre que "*hiciera por fuerza fornicio o adulterio contra la muller libre*"; sancionaba la violencia carnal con la pena de azotes, si el violador era un hombre libre y con la de ser quemado vivo, si era un siervo.

En las partidas se aplicaba la pena capital para el violador y la confiscación de sus bienes en favor de la mujer ofendida, si ésta era casada o viuda de buena fama, virgen o religiosa. En los demás casos la pena quedaba al criterio del Juez.

⁴⁴VIADA Y VILASECA, SALVADOR Op. Cit. REYNOSO DÁVILA, ROBERTO; "*Delitos sexuales*"; 2ª. Edic., México 2001, pág. 110

Las primeras leyes inglesas castigaban la violación de una mujer virgen con la castración y extracción de los globos oculares.

En los Estados Unidos, Thomas Jefferson propuso en 1776 que la Ley del Estado de Virginia sancionara con castración a quienes cometieron sodomía, violación o poligamia. Hacia 1915, trece Estados tenían considerada la castración forzada en su legislación.

Fue Antonio Martínez de Castro quien cambio la concepción, establecida en otras, de que únicamente la mujer pudiera ser sujeto pasivo y el hombre sujeto activo del delito al prever en el artículo 795 del Código Penal de 1871 que *"comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo"*.

Como podemos observar en este delito el concepto de cópula comprende una ampliación mucho mayor que el que se asigna a los demás delitos sexuales en los cuales la cópula constituye un electo típico, cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios en éste caso lo son la violencia física o moral o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo, es decir, que sea menor de edad o de otras circunstancias que le impidan producirse voluntariamente o resistir, lo cual adquiere un realce de antijurídico y significación típica.

4.2 Problemática de la víctima del delito de violación.

Los elementos que constituyen el delito de violación son:

a) La cópula, que es cualquier forma de o unión carnal o sexual, con eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo;

b) Empleo de fuerza física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal violencia que obligan a la víctima, contra, su voluntad, a dejar que exista cópula; o bien de violencia moral, que no es otra cosa más que el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir tal delito, y

c) Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para que exista la cópula.

d) Que la víctima haya presentado su querrela de forma casi inmediata.

Cabe señalar que existen algunas presunciones para determinar la violación y entre ellas son:

1. Que la resistencia de la víctima fuere constante y siempre igual.

2. Que entre la fuerza del agresor y la de la agredida existiera una evidente desigualdad.

3. Que la víctima pida auxilio.

4. Que en ocasiones la víctima presente en su cuerpo huellas y señales que atestiguaran el empleo de la fuerza.

Para que pueda estimarse que hay delito de violación mediante el empleo de la fuerza física sobre la víctima, es preciso que ésta haya ejercido una contra-fuerza de resistencia, pues una fuerza a la que nada se le opone no es fuerza. La magnitud de una fuerza se mide en función de la fuerza de resistencia que es capaz de vencer.

Si no existe una insistencia de ambos extremos, violencia-resistencia, no se configura el delito de violación, y aun cuando ambos concursaran, si la resistencia simultánea de la violencia no se opusiera al designio sexual del violador, tampoco se configuraría. Entre la violencia y la resistencia debe mediar una relación respecto del objetivo sexual del autor.

La fuerza física empleada por el agresor, debe implicar un sometimiento de la víctima.

En relación a la fuerza moral, consistente en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores impiden resistir la acción del agresor que no ha querido.

Es de advertir que los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o el afecto pueden integrar casos de violencia moral cuando estén encaminados a producirle intimidación que la obligue a aceptar la relación sexual para evitar males mayores en seres queridos o en su propio ser.

Sin embargo, la víctima puede ceder ante lo inesperado del ataque, puede hacerlo por cansancio físico después de haber resistido largo tiempo y puede ceder, en fin, para evitar que el sujeto activo de la acción, llegando a la violencia más extrema, atente contra su vida, por lo cual deben apreciarse con cuidado los distintos casos, ya que una cosa es lisa y llana aceptación y otra el sometimiento forzado a la cópula de quien ya nada puede hacer para evitarla; ya que lo que constituye este delito es más bien la falta de consentimiento que la violencia implica.

El Código penal establece que sí existe el delito de violación entre los cónyuges, pero en la doctrina algunos autores manifiestan lo contrario, alegando que no existe tal delito ejecutado por uno de los cónyuges con violencia o sin consentimiento, pues aquél, al disponer sexualmente del otro, esta obrando en un ejercicio legítimo de un derecho, pero además la presunta víctima no puede invocar en el caso de resistencia violenta, legítima defensa, pues no existe tal. Podrá éste, en ciertos casos, ser responsable en vías de hecho de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación.

El maestro Rafael Rojina Villegas⁴⁵, distinguido tratadista en el campo del derecho civil, dice que, "desde el punto jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio".

En forma similar al matrimonio la doctrina considera la situación de los concubinos, no en cuanto al deber de cohabitar, pero sí en cuanto a la prestación general del consentimiento para la cópula. En la actualidad el concubinato no crea obligaciones jurídicamente exigibles ni derechos jurídicamente protegidos al respecto; pero es admisible aceptar que existe consentimiento, aun en los casos en que se practicara la cópula estando la mujer privada del sentido, profundamente dormida o en estado de intoxicación etílica, u otras alteraciones.

En relación a lo que establece el artículo 175 del Código Penal para el Distrito Federal; independientemente de la edad de la víctima, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sola cópula carnal: porque incluso existe debate en que puede también encuadrarse al delito de corrupción de menores una vez que al menor se la induzca a realizar tal acto de violación.

⁴⁵ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL; "*Derecho Civil, Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*", Volumen I; Pág. 387

4.2.1 Autonomía del agravio moral.

El segundo párrafo del actual artículo 1916 del Código Civil, dice:

“Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913. Así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código”.

Como se deja apuntado, la materia en este punto a tratar lo será la autonomía del agravio extrapatrimonial.

La hipótesis normativa describe perfectamente la conducta que, de actualizarse, producirá un daño moral. Fuera de los casos expresamente legislados, no puede existir ningún daño moral. Podría decirse que se consigna de manera específica los casos en que existe un daño inmaterial, donde no cabe la analogía, y en el propio artículo consigna si tiene relación o dependencia respecto de otra figura del derecho civil o penal. En este caso, si no realiza la hipótesis normativa, no existe agravio extrapatrimonial, y el mismo precepto legal determina también la sanción en el caso de su realización. Por tanto, el Juez se limita a establecer si la conducta prevista en la norma se realizó y, como consecuencia, imponer la reparación que el mismo precepto legal ordena.

Respecto a la determinación judicial en el sentido de que ha existido una conculcación en la esfera de los derechos a la “intimidad, de las afecciones legítimas, del honor, la sexualidad, y demás valores jurídicos afines.”, cada resolución es particular y concreta. La controversia se inicia con los hechos manifestados por el agraviado y las pruebas que ofrece con el fin de demostrar

que existe un agravio de naturaleza extrapatrimonial, además de acreditar su relación jurídica con el sujeto activo, y por último la indemnización que pretende a título de reparación moral. El juzgador, atendiendo a las particularidades de la controversia resolverá qué cantidad de dinero será cubierta por concepto de indemnización extrapatrimonial.

El párrafo que se escribió al inicio de este tema, es el fundamento de la autonomía del daño moral en nuestro derecho, con cualquier otro tipo de responsabilidad, sea, civil, sea penal.

4.2.2 Por la naturaleza del bien lesionado.

Un criterio más acertado que define a los daños morales teniendo en cuenta la naturaleza del bien jurídico lesionado es cuando el agravio recae en el lado íntimo de la personalidad; la vida, la honra, la libertad sexual, u otros aspectos similares.

Caracteriza a tal especie de daños aquellos constituidos por la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor importante en la vida del ser humano y que son: la paz, la tranquilidad, la libertad individual, la integridad física y los demás sagrados afectos; pues todo acto ilícito ataque tanto a un bien patrimonial como a un bien extrapatrimonial produce la mayor parte de las veces una turbación en la tranquilidad espiritual del sujeto pasivo del agravio, por los demás lo que caracteriza la noción del daño no es la lesión a un bien sino la trasgresión a la tutela otorgada por la norma al sujeto poseedor del bien menoscabado.

4.2.3 Características especiales del daño moral causado por el delito de violación.

Cabe recordar que daño moral es aquella especie de agravio constituida por la violación a algunos de los derechos inherentes a la personalidad. En cierta manera determinan las cualidades jurídicas que revisten los daños morales, pues evidente que estos no podrán menos que ejercer determinadas características especiales a aquellos derechos inherentes a la personalidad y por ende aquellos bienes personales que constituyen el objeto de la finalidad de la protección jurídica de acuerdo a esa clase de derechos.

I. El atributo que más salta a la vista - y también el más engañoso entre los daños morales- es la característica de extrapatrimonialidad que generalmente se les asigna, pero ésta afirmación es exacta solo desde un determinado punto de vista y merece una aclaración previa. Se entiende que el carácter extrapatrimonial asignado a los daños morales, significa que ésta especie de daños no incide sin manera alguna en el patrimonio del sujeto pasivo del agravio no podemos menos de considerar de errónea tal calificación.

La extrapatrimonialidad de los daños morales debe entenderse en el sentido de que los mismos solo inciden de una manera individual en el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal incluido en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio, la distinción entre valor económico y valor pecuniario, viene a constituir la clave de la de la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales, los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien, es decir, de un bien patrimonial, en cambio los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen apreciación adecuada en dinero y por tanto carecen de valor pecuniario, pero en cambio son susceptibles de tener valor económico, porque suelen incidir en la capacidad productiva del sujeto, los

agravios patrimoniales inciden en una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formados exclusivamente por bienes de valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman en uno mismo solo se ven influidos por la lesión a un bien personal en la medida que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto pasivo para producir o conservar esa clase de bienes.

II. Consecuencia directa de que los bienes personales no admitan una valoración adecuada en dinero es la que los daños sufridos en tal especie de bienes ostente la misma característica. Los daños morales no son susceptibles, de una apreciación adecuada en dinero, por lo que la reparación del perjuicio ocasionado nunca podrá revestir un carácter absoluto de equivalencia.

Es esta característica de los daños morales la que ha motivado, el mayor número de impugnaciones contra la Resarcibilidad de los mismos, a la vez que también ha servido como argumento para determinar o demostrar la ineficiencia jurídica de tal especie de agravios.

Se ha pretendido calificar a los daños morales aludiendo a la particular repercusión de un orden psíquico o físico que ésta especie de perjuicio originaría en el individuo que la sufre, según la doctrina el daño moral podrá ser individualizado como el dolor sufrido por una persona como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito del que es víctima, que no tiene ninguna repercusión patrimonial. El término dolor se haya considerado en un sentido amplio que comprende el miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionada por el hecho dañoso.

Se entiende que la repercusión física o psíquica producida por un hecho ilícito en el sujeto pasivo del agravio, no puede ser tenida en cuenta en derecho para caracterizar una determinada especie de perjuicios. Todo agravio, aún el

mismo perjuicio patrimonial, puede llevar aparejado una conmoción desagradable de orden físico o psíquico del sujeto pasivo del agravio.

En el caso del delito de violación los daños psicológicos o morales son peculiarmente graves, ya que dejan serias secuelas psicológicas, producen importantes cambios de personalidad, de conducta de vida, y provocan una notable deficiencia tanto social como individual en su comportamiento.

Por esto la víctima debe ser atendida y tratada especialmente, y debe ponerse gran cuidado en la prevención, sobre todo en lo referente a niños, toda vez que no repercute el daño psicológico en la misma magnitud; aunado a lo anterior y no dejando de lado la importancia que tiene la naturaleza jurídica del delito sexual, el grado psicológico es distinto en grado.

Un punto que puede olvidarse es la asistencia (y en ocasiones tratamiento completo a la víctima), a las víctimas indirectas, pues es común que los padres, hermanos, esposo o novio de la víctima la repudien y no la comprendan.

También es necesario contemplar el delicado problema de las consecuencias posteriores, como enfermedades venéreas o embarazos. No podemos olvidar el patético caso de la víctima que queda embarazada como resultado de violación y que, aunque la ley lo permita, las instituciones de salud se niegan a realizar el aborto.

En México se atiende el problema de la agresión sexual, pero aún falta mucho en lo referente al personal capacitado, en instalaciones adecuadas, necesarias y obligatorias.

Realmente son escasos los informes acerca de los efectos psicológicos que sufre la víctima, los pocos autores que lo citan, lo hacen de una manera general y breve. A diferencia de los efectos físicos, que son fáciles de comprobar

por su propia naturaleza, los efectos psicológicos son difícilmente verificables, por lo cual no es posible encontrar todavía investigaciones metodológicas intachables.

La víctima del delito de violación, requiere de mayor cuidado, es por eso que el tratamiento que se le otorga a esta víctima debe ser dado por personal especializado, desde los médicos legistas, hasta los mecanógrafos, para evitar la sensación de vergüenza al momento de practicar el examen médico o al redactar el hecho.

4.3 Reparación del daño moral en el delito de violación.

Los requisitos del daño para ser considerados como jurídicos son: causar un perjuicio, pérdida o menoscabo; recaer sobre bienes jurídicos de una persona y ser de alguna forma, susceptibles de resarcimiento, los dos primeros caracteres se dan en el daño no patrimonial, y el resarcimiento se encuentra en la indemnización pecuniaria, similar al tradicional resarcimiento de los daños patrimoniales.

También es cierto que se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero consiste en que se demuestre que el daño se ocasiono y, el otro estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.

La gravedad de la comisión de un delito es enorme, pues de su perpetración se derivan diversos daños, afectando no solo a la víctima o pasivo, ya sea en su persona, bienes o derechos, también se daña la estructura social, y el orden social que impera se ve roto, y a fin de restablecerlo y prevenir nuevas conductas antisociales clasificadas como delitos, se debe actuar contra el activo en la comisión del delito y sancionarlo.

Cabe destacar que las sanciones de los tipos penales de los delitos que atentan contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, prevén la pena

privativa de libertad, dejando fuera de ésta, conceptos tales, como la reparación del daño en el aspecto moral, indemnizaciones, y en consecuencia, sus perjuicios, aún cuando se encuentran comprendidos dentro del Código Penal para el Distrito Federal.

De lo anterior se desprende que el pago de una suma de dinero a raíz de la perpetración de un hecho delictuoso, puede revestir las siguientes funciones:

- a) Un rol de compensación, propiamente dicho;
- b) Un rol de satisfacción (daños morales)
- c) Una función punitiva.

La primera finalidad la cumple cuando el daño sufrido puede ser evaluado pecuniariamente de una manera aproximadamente exacta; la segunda, cuando tal evaluación no es posible; y la tercera, cuando no se busca de una manera directa compensar al damnificado, si no imponer un castigo al que ha violado una prescripción normativa.

Tratándose de daños extrapatrimoniales o morales, la indemnización en una suma de dinero, no podrá tener otra función, necesariamente, que la satisfactoria toda vez que es de la esencia de esta especie de daños el que no pueden ser tasados en dinero.

La determinación de la existencia de un daño moral puede efectuarse de una manera tan objetiva como la comprobación de un agravio patrimonial. Se hace necesario a tal fin, sólo confrontar un hecho con la norma jurídica, que otorga a favor de un sujeto un derecho inherente a la personalidad, para comprobar si el primero constituye o no la violación de lo preceptuado en la segunda.

Para que se indemnice el agravio moral emergente de un delito contra la honestidad, no será menester la prueba especial de que los delitos sexuales han

determinado una reacción bio-psíquica especial en la víctima, sino bastará la simple demostración de que el hecho configura un delito señalado en el código como lesionador de la honestidad de las personas, para dar por acreditada simultáneamente la existencia del daño extrapatrimonial.

4.3.1 La acción de reparación moral en el delito de violación.

El derecho de la acción de la reparación del daño moral ocasionado por el delito de violación corresponde principalmente a la víctima o damnificado del hecho o ilícito.

Como dejamos explicado en el capítulo tercero de este trabajo, víctima es la persona que se ha sentido lesionada en algunos de sus derechos inherentes a la personalidad por el hecho ilícito. Generalmente, es la persona directamente afectada por el hecho agravante.

La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquél a quien el delito haya afectado directamente, sino respecto de toda persona que lo haya sufrido aunque sea de una manera indirecta, admite expresamente las dos clases de agravios y damnificados: indirectos y directo.

Se ha delegado, que ciertas personas como los menores e incapacitados son idóneos para sentir el sufrimiento íntimo característico de tal especie de daño moral, por lo tanto también son susceptibles de exigir la reparación del daño moral ocasionado a estos, siendo las personas que ejerzan su patria potestad los capacitados para poder exigir de forma judicial la reparación del daño moral ocasionado por el delito de violación.

La acción destinada a obtener la reparación de tal agravio, deberá llevar impresa necesariamente las características particulares del derecho subjetivo desconocido. De acuerdo a la clasificación que se efectuó en doctrina de las

acciones en relación con el derecho que protegen, la acción de reparación de un agravio moral debe ser incluida entre el goce de las acciones personales.

Ello implica que la acción de reparación del daño moral no puede ser entablada por otra persona que el damnificado y se extingue con dicha persona.

4.3.2 Titulares de la acción de la Reparación moral.

a) Directos.

Sujeto pasivo o agraviado.- El titular en esta acción lo puede ser cualquier persona física, en pleno goce y disfrute de sus derechos. En términos generales, toda persona física puede sufrir un agravio extrapatrimonial y ser titular directo de la acción de reclamación.

b) Indirectos.

Los padres que tiene la patria potestad sobre los menores.- Precisamente serán éstos los que ejerzan la patria potestad sobre los menores, quienes en todo caso ejercerán la acción de reparación, en virtud de que el menor no cuenta con capacidad de ejercicio para ello. Son titulares indirectos, porque el menor es el que soporta el daño, pero quien ejerce la acción de reparación será el padre o quien ejerza en el momento del acontecimiento dañoso la patria potestad.

El derecho tutela a estas personas en sus bienes morales, como sujetos que directamente sufren un agravio moral y que pueden obtener su reparación de manera indirecta.

Tutores.- como se dijo en líneas anteriores, el incapaz natural o legal que sufre un daño moral, tendrá acción de reparación de manera indirecta a través de

su tutor, quien se encuentra obligado a reclamar el resarcimiento del agravio extrapatrimonial causado.

4.3.3 La prueba del daño moral en el delito de violación.

El verdadero problema radica en que la prueba del daño moral no es subjetiva – otra situación es la admisión de todos los medios de prueba permitidos por la ley-, si no que tiene que acreditarse su existencia de una manera objetiva. A primera vista se piensa o se cree imposible de demostrar de una manera directa que una persona ha sido afectada en su honor, sentimientos, creencias, intimidad, u otros aspectos equiparables, porque no sabemos con certeza si el hecho ilícito le causó un dolor moral.

La demostración de la existencia del daño moral es objetiva y resulta de la violación de alguno de los bienes que tutela el derecho sobre agravio extrapatrimonial, realizados por una conducta ilícita. En ningún momento se podría hablar de prueba subjetiva, porque nos encontraríamos ante lo que podríamos denominar lo eterno de la prueba del daño moral.

Existen dos ciencias importantes encargadas de calificar el daño psicológico sufrido por la víctima cuando ésta ha sufrido una agresión, la primera es la psicología, entendida como aquella parte de la filosofía que trata del alma, sus facultades y operaciones, encargada de estudiar la manera de sentir de una persona; y la segunda es la psiquiatría, que es una parte de la medicina que trata del estudio de las enfermedades mentales.

Considero que el encargado de determinar el daño psicológico sufrido por una víctima de violación y de otros delitos sexuales, lo debe ser en primera instancia, el psicólogo. Derivado de lo anterior, son ellos quienes califican la existencia de la agresión de tipo sexual, pues cabe destacar, que en la práctica

existen denuncias por supuestas agresiones de tipo sexual que encierran hechos distintos a los descritos en las denuncias o querellas en las agencias.

Es el perito en psicología el especialista que por medio de un estudio dictamina, evalúa y predice la sintomatología asociada al hecho investigado, lo anterior a través de una valoración psicológica que se hace de la víctima de un delito sexual.

Lo anterior se esboza en cinco apartados, mismos que constituyen dicha valoración psicológica, y que arrojarán la determinación concreta de la existencia del daño moral, y son los siguientes:

1. *Ficha de identificación.* Misma que contendrá los generales de la víctima, como son: nombre, edad, sexo, estado civil, escolaridad, religión, ocupación, lugar de nacimiento, domicilio, teléfono, tipo de vivienda, ingreso mensual y la especificación de agresiones sexuales anteriores.

2. *Actitud durante la entrevista.* Si ésta es accesible, cooperadora, apática, tranquila, defensiva, nerviosa, inquieta u otro; orientación en tiempo, persona, espacio y circunstancia; atención concentrada o dispersa; tono de lenguaje normal, bajo, alto u otro; ritmo lento, rápido, normal u otro; expresión convencional u otro; memoria conservadora o alterada; nivel de pensamiento concreto, funcional o abstracto; curso coherente, congruente u otro, y forma normal, recurrente (sobre los hechos) u otro.

3. *Descripción de los hechos u *modus operandi*.* Mismos que serán proporcionados por la víctima.

4. *Sintomatología asociada a los hechos.* La cual determina si existe; alteración de la alimentación, alteración del sueño, encopresis, enuresis, ideación suicida, intento suicida, sensación de suciedad, regresiones conductuales,

demandas de afecto, vergüenza, agresividad, cefalea, diarrea, bajo rendimiento escolar o laboral, sentimientos de vulnerabilidad, negación, angustia, miedo, temblor, decepción, autocompasión, sentimiento de frustración, aislamiento, enojo, náuseas, sentimientos de estigmatización, depresión, sentimientos contradictorios, tristeza, autodevaluación humillación, irritabilidad, inseguridad, sentimiento de culpa, impotencia, tensión muscular y sudoración, y por último, si existe afectación en la sexualidad, de qué tipo y por qué.

5. *Conclusiones.* Mismas que describirán la condición general de la víctima, su procedencia familiar, la impresión clínica y las alteraciones cognitivas, conductuales y emocionales.

Es importante aclarar que los efectos psicológicos varían dependiendo de la edad y sexo de la víctima, es decir, en virtud de que no está psicológicamente comprobado que si la primera reacción sexual es frustrante, la vida sexual de este sujeto será poco satisfactoria, además de que en adelante, su vida tendrá problemas de socialización.

En el caso de la violación el perito en psicología realiza un interrogatorio a la víctima y tiene gran importancia por lo siguiente:

1. El perito sabe, y ello le consta por el fundamento del ejercicio profesional, que el interrogatorio se basa en una buena relación médico-paciente, pues como en medicina legal no existen pacientes sino personas por examinar también se busca una buena relación medicolegal entre la persona por examinar. Esa buena relación tomará varias direcciones, la primera de las cuales es una buena y fluida comunicación, en un estar y sentirse bien del examinado, hecho que se reflejará en un intercambio de datos de relevante validez medicolegal y jurídica.

2. De ese modo, la persona examinada depositará en el perito médico toda su confianza, todas sus expectativas, le hará partícipe de todas sus vivencias y le

transmitirá todas sus dudas. En fin, hará saber el perito todo aquello que le ha sucedido en virtud del delito, que lo cuenta como víctima. Así el médico legista podrá saber cosas, datos y hechos que sólo a él, por su condición de tal, le suministrará la presunta víctima. Adquiere así suma importancia la condición de médico, ya que una persona a quien nunca ha visto con anterioridad, sólo a él le revelará situaciones íntimas, complejas y problemáticas, como a ninguna otra persona.

3. El interrogatorio servirá para conocer el nivel intelectual y las particulares características psíquicas del examinado o examinada, para poder tener una idea aproximada acerca de su estado psiquiátrico. El perito sabrá rápidamente si está en presencia de un débil mental, si lo que le refiere es producto de un delirio, si se trata de una maniaca, etc.

4. El interrogatorio será de suma utilidad para que la supuesta víctima se sienta cómoda y entre en confianza. No como sucede con el médico legista, que lo primero que hace es decirle a la presunta víctima que se desvista y se ponga en posición ginecológica, para realizar en forma inmediata el estudio genitoanorrectal.

5. El perito al interrogar a la presunta víctima, conocerá datos diferentes que, en el momento del examen y posteriormente, cuando debe llegar a las conclusiones periciales, servirán para ver si concuerdan con los datos recabados en el examen anatómico directo de la persona. Dicho profesional podrá saber si los hechos referidos han ocurrido tal como se le manifiestan o sí, por el contrario, no ha sucedido así. En ciertos casos podrá llegar a concluir si está frente a un impostor o impostora.

El interrogatorio consta de siete preguntas claves:

1. ¿Qué ocurrió?
2. ¿Cuándo ocurrió?
3. ¿Dónde ocurrió?

4. ¿Quién o quiénes fueron el agresor o agresores?
5. ¿Cómo ocurrió?
6. ¿Por qué ocurrió?
7. ¿Qué sintió?

En la primera cuestión, la presunta víctima del ilícito narrará que es lo que realmente le ha ocurrido. En la casi totalidad de los casos refiere que, mediante la fuerza o intimidación, ha tenido sobre ella acceso carnal.

Mediante la formulación de la segunda pregunta, se conocerán exactamente el día y hora en que sucedió el hecho denunciado. En ciertas ocasiones, se debe examinar a las víctimas, días, semanas y hasta meses después de acaecido el hecho. Ante estos casos, lo primero que se le pregunta es a qué se debe el atrasado en realizar la correspondiente denuncia. En la mayoría de los casos es que pudo ocurrir que hubo amenazas del autor o autores del hecho, existencia de temores, miedos, vergüenza o cualquier otro motivo. Pero también pudo ocurrir, y no debe nunca descartarse, que se pretenda legitimar, mediante denuncia un estado de embarazo que, merced a la causal de justificación que acredita el artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal, permitirá la práctica del aborto autorizado por el juez interviniente.

En la tercera cuestión, se busca conocer el lugar físico donde se desarrolló el ilícito: si fue en lugar abierto o cerrado, y en este último caso, si fue en lugar público o privado. Además, se preguntará si la presunta víctima se hallaba en el lugar o si fue llevada al mismo. Si se encontraba en dicho lugar, cuáles fueron las causas por las que ahí estaba.

Por medio del interrogatorio de ¿quién o quiénes fueron el agresor o agresores?, se sabrá si éstos son conocidos o desconocidos. En caso de ser conocidos, de quién o quiénes se trataba, si de un familiar, amigo, compañero de

trabajo, novio u otras personas. Además, des cuánto tiempo existía la relación y las características de la misma.

En caso de tratarse de desconocido (s), deberá indagarse todo tipo de referencia sobre su (s) persona(s), tanto físicas como psíquicas y de cualquier otro orden; asimismo, si la presunta víctima podría llegar a conocerlo en caso de volver a verlo.

En todos los casos debe preguntarse a la presunta víctima cuál ha sido el comportamiento del autor(es) hasta el momento de cometerse el ilícito.

¿Cómo ocurrió?, aquí se sabrá cuales fueron las características del acceso carnal ocurrido; si fue por vía anterior o vaginal, o por vía posterior o anorrectal, o por ambas sucesiva y/o alternadamente; si fue obligada a realizar *fellatio in ore*; o si el autor o autores hicieron *cunnilingus*; si la presunta víctima debió masturbar al autor o autores del delito, o bien si el mismo o coautores se masturbaban mientras era accedida carnalmente, si la presunta víctima debió adoptar posiciones sexuales no comunes, etc.; si para llegar al acceso carnal debió ser amenazada por medio de un arma (de fuego, blanca u otras, así como con cualquier otro objeto) o si, por lo contrario, se le intimidó, en cuyo caso lo fue.

Se le debe de pregunta a la víctima si se le suministro algún tipo de bebida, inyecciones o algún medicamento, y por qué vía. En caso de referir pérdida del conocimiento, si recuerda el tiempo de de duración de la misma, así como su estado inmediatamente ulterior al recobrar el sentido.

Además, mediante el interrogatorio se sabrá si la presunta víctima fue sujeta, golpeada, atada o se le haya realizado cualquier tipo de amagos.

En la sexta interrogante, muchas veces al ser violadas son obligadas por el delincuente de la causa móvil que lo(s) guía a cometer el ilícito; ya que de un

tiempo a esta parte, se ha estado observando con interés el tipo de caos de las denominadas violaciones sádicas, consistentes en causar lesiones a la víctimas.

¿Qué sintió?, se pregunta a la examinada si sintió dolor al ser accedida carnalmente, en qué lugar, su intensidad y toda otra característica. Si ese dolor continuó, si se mantiene en el momento del examen ginecológico, en cuyo caso si ha aumentado o disminuido en relación con el inicio. Se averiguará si la presunta víctima sufrió alguna pérdida de sangre y sus características. Si realmente tuvo sensación de ser penetrada (*immissio penis*). Si existió eyaculación del agresor o agresores; si la misma fue intravaginal, vulvar, interfemoral, en el monte de Venus o en las ropas. También se averiguará debidamente sobre cualquier otro dato o cuestión.

En otras consideraciones, mediante el interrogatorio se ha podido aclarar diversas situaciones, entre ellas, se ha descartado casos en que se trataba de falsas denuncias, infundadas, por no haber existido el ilícito que se denunciaba.

Sin embargo, en los casos en que si ha existido tal ilícito, el perito es la persona ideal y competente, para poder determinar el daño moral que se le ha causado a la víctima y éste podrá proporcionar las pruebas suficientes para la comprobación de tal daño; estas pruebas consistirán en una impresión diagnóstica.

4.3.4 Personas obligadas a reparar moralmente.

a) Directas.

El sujeto activo o agente dañoso del agravio moral.- Lo puede ser toda persona física, y como se explico en el capítulo tercero, es aquella a quien se le imputa que por un hecho u omisión ilícitos afecta a otra persona en sus derechos de la personalidad, lesionando uno o varios bienes que tutela el daño moral; es

decir, será la persona a quien directamente se le reclama por haber cometido un agravio extrapatrimonial y que por consecuencia deberá de indemnizar al sujeto pasivo.

b) Indirectas.

Los padres de los menores.- queda señalado que dicha responsabilidad es indirecta, ya que no son ellos quienes cometen el daño, pero sí quienes se encuentran obligados a repararlo.

Los tutores.- de igual forma, debe destacarse que existe la obligación del tutor cuando el incapaz cause daño moral y recaiga la responsabilidad en el primero -ya que el inhabilitado puede cometer el daño en un momento de lucidez-, siempre y cuando se encuentre bajo su tutela y habite con el tutor, y no pruebe éste que observó el cuidado y vigilancia necesaria para evitarlo. Esto es independiente del caso de que, sin responsabilidad para el tutor el incapaz cause daño, el cual tiene la obligación directa de repararlo.

4.4 Elementos que debe tener en cuenta el juez para determinar el monto de la reparación.

El órgano jurisdiccional tiene facultad discrecional para determinar el monto de dinero que se entregará al sujeto pasivo por concepto de reparación moral. Esta facultad discrecional deberá apreciar lo siguiente: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos del sujeto activo y el sujeto pasivo. Pero el hecho de que el juzgador tenga en cuenta los anteriores aspectos, no implica ninguna limitación al monto de la condena, si no que al arbitrio judicial debe nutrirse de dichas singularidades para fundar y motivar su resolución.

Sabemos que las condenas por daño moral, en nuestro derecho, están vías de perfección, por lo nuevo de la figura y la ausencia de casos que sirvan de comparación de criterios judiciales.

Bajo el principio general de que los bienes morales jamás podrán ni perfecta ni aproximadamente ser valuados en dinero, ya que no existe traducción adecuada en dinero, ¿cómo se va a establecer el monto de la indemnización?

Para contestar lo anterior es necesario precisar que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria. De conformidad con esto vemos, que de acuerdo con nuestro derecho, el monto de la indemnización lo fijará el órgano jurisdiccional, pero antes tiene que valorar situaciones previas a la determinación de la cantidad.

Rezzonico y Marty⁴⁶, dicen que el monto de la indemnización no debe de constituir un enriquecimiento sin causa, siendo éste uno de los principios que debe observar el Juez al dictar su resolución condenatoria.

Requisitos previos:

a) El juez deberá de hacer un análisis de los derechos lesionados, es decir, si el agravio moral transgredió la honra, de una persona solamente o también su reputación, sentimientos, etc.

De acuerdo con lo que se dijo en párrafos anteriores, no hay relación de la prueba de la existencia del daño moral con el número de bienes lesionados, si no que esto sólo lo debe tomar en cuenta el juzgador para determinar la gravedad del daño causado en atención a los bienes afectados. Que influirá determinadamente en el incremento o disminución de la suma que se entregará por concepto de reparación moral.

⁴⁶ MARTY, G; "*Derecho Civil*"; tomo I; (traductor: José M. Cajica, hijo); Puebla-México 1982, Pág. 292

b) El grado de responsabilidad se relaciona directamente con el vínculo jurídico que existe entre el sujeto activo y el agraviado, ya sea de responsabilidad directa o indirecta. El juzgador tiene que tomar en cuenta, los presupuestos anteriores, del sujeto activo en la comisión del daño, ya que el grado de responsabilidad se esta refiriendo a si directamente causó el daño o se encuentra indirectamente obligado a resarcirlo.

c) La situación económica de la víctima y del responsable. El Juez debe analizar este punto, descartando la idea de que, si el sujeto activo es muy rico, la reparación deberá ser generosa o que si el agraviado carece de recursos económicos se le entregará una gran suma de dinero por concepto de indemnización, y de la misma forma a contrario sensu.

Se ha dicho que la suma de dinero que se entrega al agraviado a título de reparación moral cumple una función satisfactoria por el dolor moral causado, por lo que el aspecto económico tanto el sujeto activo como del sujeto pasivo, se refiere a que la cantidad se considera equivalente para satisfacer el daño causado.

d) Circunstancias genéricas del caso. El juez, una vez que haya analizado y considerado los incisos anteriores, deberá, si así lo acredita la controversia, evaluar todo elemento extraño a lo mencionado, y que sea de una importancia tal que incluya directamente en el aumento o disminución del monto de la reparación. Incluso aquí es donde puede valorar circunstancias que destruyan la ilicitud de la conducta o irrealidad del ataque, o aclaren la magnitud y extensión del daño, recordando que todos los medios de prueba permitidos por nuestra ley procesal pueden ser utilizados para acreditar que existe o no agravio moral, o bien, que el monto de la reparación debe ser significativo, reducido o simbólico.

Salvador Ochoa⁴⁷ manifiesta que “uno de los criterio rectores en los cuales no debe fundamentarse el juzgador para dictar su resolución condenatoria sobre agravio extrapatrimonial, será el que la suma de dinero entregada al agraviado no constituya para éste un enriquecimiento sin causa”.

4.5 El problema del daño moral.

El problema del daño moral distingue dos categorías en el ámbito de los daños: el daño patrimonial y el daño moral, o sea, en su orden, el perjuicio económico propiamente dicho, y los sufrimientos psíquicos o morales, el dolor, etc. Pero mientras la doctrina se mantiene en lo general, y a la importancia del daño patrimonial, se muestra áspera, estática y permanente controversia en cuanto al sentido y validez jurídica de los daños morales; ya que los daños morales debe ser reparado en los casos expresamente señalados por la ley y única y exclusivamente al arbitrio del Juez, no existiendo así una base firme y fundada en que pueda estimarse el monto a la reparación del daño moral.

Y para mejor aclarar el contenido del problema debe decirse que no se trata de satisfacer por esta vía simples exigencias de carácter teórico de una exacta determinación del daño moral, que habría de permitir una distinción segura entre el daño genéricamente previsto en la ley y que siempre es resarcible y el daño moral concebido como no patrimonial, y por lo tanto no resarcible, que adquiere importancia solo en casos excepcionales.

Esto nos lleva a determinar la noción de daño moral y el significado de su resarcimiento, a través de una adecuada investigación sistemática; así como resolver los principales problemas de su reglamentación.

⁴⁷ OCHOA OLVERA, SALVADOR: “*La demanda por daño moral*”; Escuela Libre de Derecho, Monte alto; México 1995, Pág. 115

4.5.1 Su liquidación.

Establecer la existencia concreta del daño moral no equivale ciertamente a determinar su medida y menos aún a liquidarlo. Ha de afrontarse entonces otro problema que presenta dificultades todavía mayores y, en cierto sentido, insolubles.

Conforme a todo lo que se ha sostenido, cabe la posibilidad de suministrar una prueba bastante aproximada de la ocurrencia del daño moral, no se entiende con la misma sencillez con base en cuáles elementos será posible la determinación de la entidad del daño, según un criterio que permita además su liquidación en dinero. No sirve para el caso de recurrir a una medida, por así decirlo, subsidiaria y satisfacciones idóneas para compensar el dolor.

La posibilidad de una compensación —que se refiere a la función satisfactoria del dinero— constituye, apenas una justificación de la solución acogida por el legislador para el resarcimiento, pero no un elemento que la ley considere para los fines de la determinación del daño. Y por lo demás no soluciona nada, pues apenas difiere del punto esencial de la investigación, dada la imposibilidad misma de determinar en forma cuantitativa la satisfacción que de modo idóneo podrías compensar el dolor.

En este como en otros casos, la única solución prevista por la ley, consiste en dejar al juez la valoración equitativa. Por esta vía siempre habrá posibilidad de dar un contenido preciso a la pretensión indemnizatoria, el que será señalado ciertamente por el juzgador. Pero si de tal manera se dejan a salvo los resultados, deben enseguida analizarse los instrumentos que sirvan para ejecutar la valoración del mejor modo posible.

4.6 Derecho Comparado.

El principio de la reparación de los daños morales se haya consagrado en la actualidad por todas las legislaciones de los países civilizados, difiriendo únicamente las mismas en la amplitud que otorgan a dicha regla. Teniendo en cuenta la extensión cualitativa acordada a la regla que ordena a la reparación de los daños morales, los sistemas jurídicos comparados los he dividido por continentes, dejando como un tema en conjunto a Estados Unidos e Inglaterra, ya que su legislación es idéntica.

4.6.1 Continente Americano

4.6.1.1 Brasil

Sobre el tema de los daños morales puede notarse una dicotomía similar a la que se presenta en el derecho argentino. Mientras la interpretación sistemática de los textos legales parecería consagrar de manera amplia y general el principio de la reparación de los daños morales, sino hacer distinción entre las fuentes contractual o aquiliana del perjuicio.

La jurisprudencia se ha quedado muy atrás en la aplicación del mismo y admite solo en los casos de delitos penales el resarcimiento del agravio moral sufrido. Fundamentan, la tesis amplia los preceptos legales contenidos en los artículos, 79, 159 y 1553 del Código Civil. El primero de ellos establece que "para intentar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral", el segundo de ellos expresa que: "aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia causa un perjuicio a otro, esta obligado a reparar el daño"; y en el tercero se prescribe que: "en los casos no previstos en este capítulo (se refiere a los casos de muerte, lesiones y delitos contra la honestidad) se fijará por arbitrio judicial la indemnización".

Fuera del ilustre jurista Bevilaqua⁴⁸, quien sostiene que el daño moral en el derecho positivo brasileño es siempre resarcible, con la sola excepción de los casos de homicidio, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha mostrado reacia, a la consagración de la tesis amplia y ha admitido únicamente la procedencia de la reparación en los casos señalados específicamente por los artículos 1538, 1539, 1548, 1549 y 1540 del Código Civil que se refieren a los casos de lesiones, delitos contra la honestidad y ataque a la libertad personal.

4.6.1.2 Uruguay

La jurisprudencia de los tribunales civiles uruguayos, anterior a la sanción del código penal de 1924 habían interpretado el texto del artículo 1319 del Código Civil que dice: "todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño impone a aquél que por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo", de una manera amplia dejando comprendidos en sus términos el daño patrimonial y moral.

Con posterioridad al entrado en vigencia el Código penal que en su artículo 104 establece: "todo delito que se traduzca directa o indirectamente por un mal patrimonial apareja una responsabilidad civil", la situación pareció variar pero pronto a los fallos de la justicia civil retomaron el antiguo camino aunque con ciertas vacilaciones, la tesis de reparación amplia de los agravios morales parece fundada en el derecho uruguayo en los argumentos:

1. El Código Civil establece en su artículo 105, la responsabilidad se rige por lo dispuesto en el Código Civil en consecuencia dentro de la jurisdicción civil no sería de aplicación directa a la disposición del artículo 104 del Código Penal.

⁴⁸ BEVILAQUA CLOVIS, "*Código Civil, dos E.U. do Brasil*", 5ª. Edic., Rio de Janeiro, Pág. 1586

2. Que en la citada disposición del código represivo se habla de mal patrimonial indirecto y tal locución debe considerarse como comprensiva de situaciones en las que existe agravio moral.

4.6.1.3 Chile y Ecuador

Idénticas disposiciones legales se hayan consignadas en los Códigos Civiles de Chile y Ecuador sobre daño. El artículo 2314 del Chileno y 2331 del Código ecuatoriano prescriben que: "el que a cometido un delito o cuasidelito que ha inferido un daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de las penas que le impongan las leyes por delito o cuasidelito". Sobre la base de ésta disposición la jurisprudencia ha establecido que procede la reparación de los daños morales en los casos de hechos ilícitos.

La identidad anotada persiste en legislarse en especial sobre atentados contra el honor o la consideración de las personas. El artículo 2331 del Código chileno y el artículo 2313 Código ecuatoriano prescriben que las imputaciones injuriosas no dan derecho a demandar reparación pecuniaria, a menos que se pruebe el daño emergente o el lucro cesante, con lo que se viene a establecer así una excepción al principio general deducido de los artículos anteriormente citados.

4.6.1.4 Perú

El Código Civil peruano de 1936 admite expresamente el principio de la reparación de los daños morales, al prescribir el artículo 1148 que el juez puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima al fijar la indemnización.

A mi opinión lo único criticable de la regla a dicha disposición legal es el carácter potestativo y discrecional con que el juez puede ordenar o no la

indemnización del daño extrapatrimonial sin siquiera hallarse obligado a considerar, como lo debería hacer el juez suizo la gravedad del daño de la falta cometida.

4.6.1.5 Venezuela

En el nuevo código de Venezuela promulgado el 13 de agosto de 1942, se prescribe también de manera general la obligación de resarcir el daño moral ocasionado por un hecho ilícito artículo 1196, pero, al referirse al perjuicio de afección otorga al juez una facultad discrecional para conceder la indemnización: "...el juez puede, igualmente, conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuges, como reparación al dolor sufrido, en caso de muerte de la víctima" (último apartado del artículo 1196).

4.6.1.6 Bolivia, Colombia, Cuba, Panamá, Costa Rica y Honduras.

En ninguno de los códigos de estos países se hace mención expresa al daño moral, pero el hecho de que en todos se hable simplemente de daño permite declarar comprendido dentro de éste concepto el agravio no patrimonial.

4.6.2 Continente Europeo

4.6.2.1 Francia

El estudio de la forma en que se haya reglamentado el daño moral, en Francia debe hacerse a través de las decisiones judiciales de sus distintos tribunales. En realidad la reglamentación de todo lo atinente, el agravio moral no es más que la existencia ya de la construcción efectuada por la jurisprudencia.

En el campo de la doctrina de la jurisprudencia fue objeto de ardua discusión, en un comienzo, el punto de si el artículo 1382 comprende el agravio

moral, hacen hincapié en dos clases de argumento: uno de carácter histórico y otro de carácter lógico, el primero se apoyaba en los trabajos operatorios del código, en especial, en lo expresado por los tribunales; de cuyos términos parece desprenderse que al redactarse el artículo 1382, no se quiso dejar ninguna clase de daños en reparación.

En el estudio de numerosos fallos dictados por la corte de tasación y tribunales inferiores en Francia, sugieren que el agravio moral debe ser reparado tanto en los casos de responsabilidad aquiliana como en los casos de responsabilidad contractual. En este último terreno la jurisprudencia tardó más tiempo en afirmarse pero a partir aproximadamente del año de 1924, puede afirmarse categóricamente que los tribunales civiles franceses no establecen ningún género de diferencias entre ambas clases de responsabilidad.

La jurisprudencia administrativa a seguido por su parte una evolución distinta de la observada por los tribunales civiles hasta hace relativamente pocos años el consejo de Estado se mostró sumamente reacio a admitir el principio de la reparación de los daños morales, declarando solo procedente el resarcimiento en los casos de daños patrimoniales. Sin embargo como lo muestra Givord⁴⁹, la jurisprudencia del consejo de Estado ha sufrido en los últimos años, una evolución que si bien, no lo ha llevado a consagrar de una manera franca y amplia la reparación de los agravios morales, por lo menos ha atenuado bastante la rigidez del principio contrario. Así por ejemplo a acordado indemnizaciones simbólicas en casos de ataques al honor de las personas y verdaderas indemnizaciones por el dolor sufrido como consecuencia de una lesión física. En los casos "d'afecction", se esta obligado a pagar indemnización cuando las víctimas del hecho ilícito estaban colocados en una situación de dependencia, con respecto al muerto. Ante fallos más recientes no resulta aventurado vaticinar que en un futuro próximo, la jurisprudencia administrativa identificará sus conclusiones en la jurisprudencia de

⁴⁹ GIVORD, Op. Cit. BREBBIA, ROBERTO H., "El Daño Moral", Pág. 130

los tribunales civiles, consagrándose como regla de carácter general el principio amplio de reparación de los daños morales.

Francia ocupa hoy el primer ramo dentro de los países civilizados en los que se refiere a la tutela civil de los bienes extrapatrimoniales. No excesivo afirmar, en consecuencia, que la jurisprudencia relativa a los daños morales constituyen "un verdadero monumento de honor de los tribunales franceses".

4.6.2.2 España

Como la mayoría de los Códigos redactados bajo la inspección del Código Napoleónico, el Código Civil español en su artículo 1902 establece: "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo con su negligencia, esta obligado a reparar el daño", no haciendo mención expresa en ningunas de sus exposiciones al agravio moral.

Un fallo del tribunal Supremo del año 1912, por el cual se rectificara la orientación contraria consagra en otra sentencia del año de 1882, dejó establecido que el honor, la honra y la fama constituyen bienes sociales de mayor estima y su menoscabo debe dar lugar a la responsabilidad civil, la que deberá ser apreciada por el arbitrio prudente del Tribunal. Posteriormente, nuevos fallos del Tribunal superior confirmaron esta orientación de la jurisprudencia española.

4.6.2.3 Alemania

El concepto de daño dentro de la legislación civil alemana no tiene un contenido exclusivamente patrimonial sino que abarca también el agravio extrapatrimonial o moral, cuando por ello el artículo 823 apartado 1° del Código Civil de 1900, establece que: " todo el que, con dolo o con culpa, infiera a otra persona un daño contrario a derecho, en su vida, en su persona, salud o libertad,

o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualesquiera, queda obligado a reparar el daño producido", debe considerarse cubierto por la obligación de reparar prescripta también el daño moral.

No resulta ajustado a la verdad afirmar en consecuencia como generalmente se hace que el Código Civil alemán, no ordena la reparación del agravio moral, sino en los casos de excepción. Lo que ocurre es que dentro del régimen de la ley civil germana, los conceptos de reparar e indemnizar aparecen netamente diferenciados, el primer deber del obligado es reparar el daño ocasionado restableciendo el estado de cosas que hubiera existido, de no haber ocurrido el hecho que genera la obligación (artículo 249) y recién cuando ésta especie de reparación efectiva es imposible, se lo constriñe a indemnizar a la víctima, o sea, hacerle entrega de una suma de dinero como reparación (artículo 251).

Pero como los casos de agravio moral la mayor parte de las veces la reparación afectiva o natural es imposible, no cabe otro remedio que acudir al pago de una indemnización para resarcir o compensar el daño extrapatrimonial sufrido y aquí entonces es donde entra a regir la restricción que caracteriza al Código alemán pues el artículo 156 ordena que: "solamente los casos previstos por la ley, podrá reclamarse indemnización en metálico si el daño inferido no tiene carácter patrimonial".

Resumiendo diré que el Código Civil alemán establece como regla de carácter general, la reparación natural de los daños morales y como regla de excepción, la indemnización de los mismos, solo en los casos expresamente determinados en los artículos 343, 847 y 1300 del Código Civil, se declara exigible el pago de una indemnización, como reparación del daño moral, en el caso del artículo 343 se contempla casos de responsabilidad contractual: el de una cláusula penal por la que se había fijado una suma excesiva en concepto de

indemnización, en cuya redacción debe tenerse en cuenta no solo el interés patrimonial sino cualquier otro interés legítimo del acreedor.

Los casos más importantes de procedencia del Schmerzengelnd o indemnización son los contemplados en el artículo 847 que dispone: "la persona que sufra un quebranto en su cuerpo, salud o a quienes se prive de libertad, puede reclamar la indemnización que se ajusta por los daños sufridos, en que no afectan su patrimonio. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos, a menos que se haya reconocido contractualmente o deducido en juicio, el mismo derecho existe en la mujer en contra de quien se abuse con delito o con falta de su moralidad o las deduzca valiéndose de fraude o amenazas o abusando en la superioridad de que goza sobre ella".

El último supuesto en que se acuerda el Schmerzengelnd es el del artículo 1300 que dice así: "si una mujer sin tacha se entrega a su prometido concurriendo los requisitos de los artículos 1298 y siguientes puede exigir que se le indemnice en dinero en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido en consecuencia de aquella acción éste derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos a menos que se hallare conocido contractualmente o reconocido en juicio".

4.6.2.4 Austria

Pese a los términos amplios del artículo 1993 del Código Civil que establece: "debe entenderse por daño todo perjuicio causado a un sujeto en su fortuna, derechos o persona, el daño moral solo es indemnizado en Austria en los casos de lesiones o injuria, en sus artículos 1325 y 1330. La revisión del año 1916 no acordó mayor extensión al principio de la reparación de los daños morales. Al estar a lo afirmado por Fischer⁵⁰ se nota en la doctrina austriaca la hostilidad contra la interpretación restrictiva del artículo 1293, lo que permite esperar una evolución gradual de la jurisprudencia y una solución más amplia.

⁵⁰ FISCHER HANS, A.; *"Los daños civiles y su reparación"*; Madrid 1998, Pág. 252

4.6.2.5 Polonia

El Código de las obligaciones de Polonia, puesto en vigor el 1 de julio de 1934, concede la reparación de los agravios morales en los mismos casos que el Código Civil chino: el de lesiones corporales o ataque a la salud (artículo 165) y el de muerte (artículo 166).

En ambos casos establece la obligación de pagar a la víctima directa o a los familiares una suma adecuada en concepto de satisfacción por el perjuicio moral sufrido; a la vez que se faculta a los damnificados a exigir que la indemnización sea abonada directamente a la situación que los mismos designen.

4.6.2.6 Portugal

El artículo 2382 del Código Civil establece una diferencia entre perjuicio sufrido en los derechos originarios y el perjuicio recibido en los derechos adquiridos. El artículo 2683 aclara que: "los daños resultantes de la violación de los derechos originarios pueden tener atinencia con la personalidad física o con la personalidad moral", mientras que "los daños provenientes de la violación de derechos adquiridos no conciernen más que intereses materiales".

4.6.2.7 Italia

Durante la vigencia del Código italiano de 1865, cuyo artículo 1151 constituye la reproducción exacta del artículo 1382 del Código Francés, fue materia de ardua discusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si tal disposición y otras complementarias consagraban el principio de los agravios morales y la extensión acordada al mismo.

El artículo 38 del Código Penal vino a consagrar expresamente el derecho al resarcimiento en los casos de delitos penales contra el honor de la persona o de la familia, aunque también en el terreno doctrinario fue discutido si la reparación que el mismo obligaba a acordar cubría o no el daño moral.

La jurisprudencia nunca decidió el pleito de manera tajante, pudiendo citarse en materia de reparación de daños morales abundantes fallos a favor de ambas disposiciones extremas, lo que no hizo más que contribuir a aumentar la incertidumbre sobre el contenido de la ley civil.

El Código Penal de 1931 aclaró y confirmó el principio de la reparación de los agravios morales en materia penal, al establecer en el artículo 185 que: "...todo delito que ha ocasionado un daño patrimonial o extrapatrimonial obliga al resarcimiento...".

En suma se puede afirmar que en derecho italiano actual el principio de resarcimiento de los daños morales se limita solo a los casos de delitos penales, con lo que la legislación peninsular ha quedado a la zaga de la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes en los países europeos y americanos en lo que a esta materia se refiere.

4.6.2.8 Bélgica

El derecho y jurisprudencia belga marchan en un todo al unísono con el derecho francés en lo que se refiere a la materia de los agravios morales. La consagración del principio amplio de la reparación de los daños morales ha llegado también en Bélgica por vía de la jurisprudencia, interpretado a la palabra daño, contenida en un texto idéntico al artículo 1382 francés como comprensiva del agravio moral.

4.6.2.9 Suiza

La legislación suiza en lo referente a la materia que tratamos puede ser considerada como la más completa de todas porque en este país el principio de resarcimiento de los daños morales no constituyen una creación pretoriana de la jurisprudencia, sino que se hayan consagrados directamente en textos legales expresos y categóricos que evitan toda duda al interprete. El código federal de las obligaciones de 1883 admitía, al principio la reparación de los daños morales en los casos de lesiones o de muerte ocasionados con dolo o culpa grave, en caso de grave atentado a la condición de una persona y en los casos de mutilación o desfiguración.

El nuevo código suizo de las obligaciones de 1911, consagro de una manera más general y amplia el principio del resarcimiento de los agravios extrapatrimoniales. El artículo 49 del citado código prescribe que: "el que haya recibido un agravio en sus intereses personales puede reclamar en caso de falta, daños e intereses además un suma de dinero en concepto de reparación moral, cuando la misma se encuentre justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. El juez puede subsistir o añadir a la indemnización o acordar otro modo de reparación".

El artículo 47 del mismo cuerpo de leyes establece que: "el juez puede teniendo en cuenta las circunstancias particulares acordar a la víctima de lesiones corporales o, en caso de muerte, a la familia como una indemnización equitativa en concepto de reparación moral".

Por imperio de lo establecido en el artículo 99, esta expreso que lo que se refiere a la reparación de los daños sufridos por la comisión de hechos ilícitos se hacen extensivas en el campo de la responsabilidad contractual.

Fuera de los dominios del código de las obligaciones el código civil suizo admite la indemnización por daño moral solo en los casos previstos. Numerosos textos, sin embargo, acuerdan reparación en concepto de daño moral: el artículo 29 que trata de la usurpación de nombre, artículo 93 que se refiere a la ruptura de esponsales, artículo 134 que legisla sobre nulidad de casamiento, artículo 151 en caso de divorcio y el artículo 318 en caso de paternidad natural cuando ha habido seducción.

No creo que la suma de dinero que se entreguen a raíz de una producción de un agravio moral haya sumado una función penal en el derecho suizo.

El artículo 47 del código de las obligaciones ordena tener en cuenta, la gravedad si en tanto los actores de la falta cometida para acordar la indemnización pero ello no puede significar que la indemnización tenga el carácter de una pena privada, pues al lado de tal circunstancia se prescribe también que deberá considerarse la gravedad del perjuicio, por lo demás la gravedad de la falta y la gravedad del perjuicio se hayan casi siempre en una relación directa.

4.6.3 Continente Asiático.

4.6.3.1 Japón

Dentro del campo de la responsabilidad aquiliana, el derecho japonés consagra ampliamente el deber de resarcir los agravios morales causados.

El artículo 710 dispone a tal efecto que: "aquél que en virtud de las disposiciones del artículo precedente deje daños de intereses, están obligado a reparar, también, el daño no patrimonial que ha causado, sin distinguirse la lesión que ha tenido por objeto el cuerpo, la libertad o el honor de una persona, o si la misma ha atacado sus derechos patrimoniales".

El artículo 711 legisla sobre el perjuicio de afección, expresando: "aquel que ha causado daño a la vida de otro esta obligado a abonar daños e intereses al padre, madre, cónyuge e hijos de la víctima, en cuanto estos no hubieren sufrido alguna lesión en sus derechos patrimoniales".

Como se puede apreciar a través de la simple lectura de los dos artículos queda asentado claramente que lo que debe repararse es el daño moral propiamente dicho y no el daño patrimonial indirecto.

4.6.3.2 Turquía

El código turco de las obligaciones sancionado en el año 1926 constituyó una reproducción casi exacta del código de las obligaciones suizo de 1911 no habiendo variado al ser insertados en la ley turca la redacción de los artículos 47 y 99 del código helvético que trata de la reparación de los agravios morales son aplicables al derecho turco las mismas consideraciones efectuadas al pasar revista a la legislación suiza.

4.6.3.3 Líbano

El código de las obligaciones de Líbano de 1934 que fuera redactado por el ilustre jurista francés M. Jossierand⁵¹, establecen en el artículo 134 el principio de la reparación integral del daño sufrido por la víctima de un delito o de un cuasidelito, dejando constancia expresa en los párrafos 2º y 3º del mismo artículo que: "el daño moral deberá ser tenido en la misma cuenta que el daño material" y que "el juez puede considerar el interés de afectación cuando el mismo se haya justificado por un lazo de parentesco o anexos".

⁵¹ JOSSEAND, M.; Op. Cit. BREBBIA, ROBERTO H., "El Daño Moral", Pág. 135

4.6.3.4 China

El código civil chino, siguiendo la técnica impuesta por el código alemán estableció expresamente en el artículo 18 que no se puede exigir indemnización por daño moral si no en los casos especialmente previstos por la ley.

Dichos casos son los contemplados en los artículos 194 y 195 del Código Civil, que admiten la procedencia de la acción por reparación del daño moral en los supuestos de muerte causada por actos ilícitos y agravio sufrido en el cuerpo, la salud, a favor de los familiares del difunto, y de víctima, respectivamente.

4.6.3.5 Rusia

El artículo 403 del Código Civil Soviético, consagra como norma general el principio de la responsabilidad objetiva al establecer que: "el que ha causado un daño a la persona o al bien de otra deberá reparar el daño. Se liberará de esta obligación si prueba que no podía prevenir ese daño o que tenía poder legal para causarlo, o que el daño se ha producido a consecuencia de premeditación (voluntad reflexiva e intencional) o de negligencia torpe de la propia víctima".

Pero, tanto en este artículo como en las disposiciones contenidas en los artículos 410 y 411, que prescriben:

Art. 410.- "la reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en cuanto esta no sea posible, en la compensación de la pérdida causada".

Art. 411.- "Para determinar el monto de la indemnización el Tribunal deberá tener en cuenta, en todos los casos, la situación de la fortuna de la víctima y la del autor del daño".

No se menciona expresamente al daño moral.

4.6.4 Inglaterra y Estados Unidos.

Lo que caracteriza primordialmente el derecho de los países anglosajones en materia de daños morales, es la exigencia de una característica subjetiva especial (intención injuriosa o culpa muy grave) en la comisión del hecho generador de responsabilidad para que surja la obligación de reparar el daño no patrimonial.

La reparación de los agravios morales, que toma el nombre particular de *Exemtlary damages*, al igual que otras instituciones de derecho privado ha tenido su origen en la facultad de acuerdo de los jueces para guiar sus decisiones por los preceptos judiciales (régimen del *common law*).

En el caso especial que tratamos, el nacimiento y evolución de la institución se ve facilitado enormemente por la circunstancia de que el jury, desempeñaba las veces de árbitro inapelable en todo lo que se refería a la fijación del monto de la indemnización.

Los *exemtlary damages* se concede generalmente en los casos en que el autor de la ofensa ha obrado maliciosamente o con máxima negligencia. No basta que haya existido la violación de un derecho sino que exige que tal violación haya sido efectuada con un ánimo ultrajante.

En Inglaterra, antes de las *judicature acts*, que prohibieron dictar fallos sin que hubiera condenación principal, tuvieron aplicación frecuente en caso de agravio moral, los *nominal damages*, indemnizaciones mínimas constituyen verdaderas indemnizaciones.

4.7 Jurisprudencia.

A) Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Noviembre de 2002

Tesis: 1a./J. 51/2002

Página: 160

REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPRENDE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DE MANERA DIRECTA POR LA COMISIÓN DEL DELITO. En los artículos 33, fracción II, del Código Penal para el Estado de Baja California, y 27, fracción II, del Código Penal del Estado de Campeche, se regula la figura de la reparación del daño, referida también a los perjuicios sufridos por la víctima; por lo que, conforme a estos dispositivos, al resolver sobre dicha reparación, de ser procedente, el Juez deberá sentenciar al sujeto activo a la indemnización de los perjuicios causados de manera directa a la víctima por la comisión del delito; pues de considerarse que dicha indemnización debe ser reclamada en la vía civil, se limitaría la interpretación de los mencionados preceptos legales en perjuicio de la víctima, dejándose de lado la amplia protección que el legislador pretendió darle en el proceso penal; consecuentemente, si en el delito de lesiones las infligidas al sujeto pasivo fueron de tal magnitud que impidieron el desarrollo de su actividad laboral cotidiana, dejando de percibir la remuneración correspondiente, este perjuicio resulta ser un efecto directo de la comisión del ilícito, a cuya reparación debe sentenciarse al procesado, independientemente de que en la legislación ordinaria civil de esos Estados se regulen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, toda vez que tal regulación se dirige a una relación jurídica caracterizada por exigencias entre particulares, que podrán demandarse por la víctima cuando no desee formular querrela, pero tampoco se encuentre dispuesta a absorber los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita; o bien, en contra de terceros que tengan el carácter de subsidiarios responsables del sujeto activo; pero que de

ningún modo puede ser excluyente de la obligación que en materia penal el legislador impone al Juez y al Ministerio Público. Corrobora lo anterior, el texto vigente del artículo 20, apartado A, fracción I, y apartado B, fracción IV, de la Constitución Federal, en el que se ha elevado a rango de garantía individual el derecho que tiene la víctima a que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, obligando al Ministerio Público a actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía; y lograr así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños, como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito; debiéndose considerar, además, que fue el propio Constituyente el que reguló, con estrecha vinculación, los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculcado una caución suficiente que garantice la reparación de daños y perjuicios, lo cual confirma que, actualmente, en todo procedimiento penal se debe tutelar como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, con lo cual se logra reconocer una importancia del mismo rango a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculcado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito.

Contradicción de tesis 2/2002-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. 8 de mayo de 2002. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz.

Tesis de jurisprudencia 51/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de diez de julio de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

B) Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Diciembre de 2001

Tesis: 1a./J. 103/2001

Página: 112

REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA. Si de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el derecho del ofendido o de la víctima de algún delito a obtener la reparación del daño, fue elevado a rango de garantía individual y toda vez que la protección de ésta debe ser inmediata, resulta inconcuso que la autoridad jurisdiccional está obligada a respetarla y, por tanto, en contra de las resoluciones dictadas en segundo grado o en los incidentes de reparación o de responsabilidad civil que afecten aquel derecho, el ofendido o la víctima de algún delito que tengan la expectativa legal de dicha reparación están legitimados para promover el juicio de amparo, únicamente por lo que al aspecto de la afectación se refiere y siempre que contra ellas no exista medio ordinario alguno de defensa. Lo anterior se robustece si se toma en consideración que conforme al criterio de este Alto Tribunal contenido en la tesis P. CLXVI/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, página 111, de rubro: "ACCIÓN PENAL. LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, SON SUSCEPTIBLES DE VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO.", el espíritu que impulsó el

decreto de reformas al diverso artículo 21 de la citada Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estuvo inspirado en la necesidad de crear instrumentos regulados por normas y criterios objetivos, a fin de controlar la legalidad de los actos de autoridad sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, que afectaren los derechos del ofendido o de la víctima de algún delito, entre los que se encuentra el de obtener la reparación del daño.

Contradicción de tesis 94/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Penal del Primer Circuito, Primero del Vigésimo Tercer Circuito y Segundo del Segundo Circuito. 12 de septiembre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco.

Tesis de jurisprudencia 103/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de catorce de noviembre de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

C) Novena Época

Instancia: OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: I, Mayo de 1995

Tesis: I.8o.C.10 C

Página: 401

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACIÓN POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VALIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO. Si bien es cierto que la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal no requiere para la procedencia de la acción correspondiente la realización de una conducta ilícita, y de que en contraposición el daño moral que refiere el numeral 1916 del propio cuerpo normativo sí exige la realización de un hecho u omisión ilícito para que opere el resarcimiento respectivo, no lo es menos que el ejercicio conjunto de tales acciones no se contraponen y pueden válidamente coexistir en el mismo procedimiento, en virtud de que no existe obstáculo ni se incurre en incongruencia legal alguna por el hecho de que se demande la indemnización del daño por concepto de la responsabilidad civil objetiva al haberse usado substancias o instrumentos peligrosos, así como por el daño moral ocasionado en la configuración y aspectos físicos de una persona por la realización de una conducta ilícita, pues lo que no está permitido según jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenida en la publicada en la página dos mil seiscientos setenta y dos, de la Segunda Parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de rubro: **"RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO IMPLICA LA REPARACION MORAL."** es que con motivo de la actualización de la responsabilidad objetiva, como consecuencia se considere ilícito el daño correspondiente y por ende también se condene a la reparación por daño moral, pero no que ambas acciones se ejerciten al mismo tiempo y, probados los elementos que las integran, proceda la indemnización respecto de cada una de ellas; tan es así que el segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil, en la parte conducente, dispone "...Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913...".

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 574/94. Petróleos Mexicanos. 2 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Benito Alva Zenteno.

D) Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, CII

Página: 40

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, FIJACION DEL MONTO DE LA. DELITOS SEXUALES. La reparación del daño moral es una cuestión subjetiva que no es posible acreditar, ni mucho menos estimar su monto mediante elementos de prueba corpóreos, tangibles, comunes como los establecidos por la ley procesal; pero, tratándose de delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, siendo facultad propia del juzgador apreciarlo según su prudente arbitrio, y, como consecuencia, la de imponer la sanción pecuniaria que estime adecuada por dicho concepto.

Amparo directo 3578/65. Inocencio Aguirre Jiménez. 7 de diciembre de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo Fernández.

Sexta Época, Segunda Parte: Volumen XC, página 19. Amparo directo 3901/63. Flavio Reyes Martínez. 7 de agosto de 1964. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo Fernández.

Nota: En el Volumen XC, página 19, esta tesis aparece bajo el rubro "DAÑO MORAL. SU PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES."

E) Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XC

Página: 19

DAÑO MORAL. SU PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES.

En tratándose de los delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, aun cuando no se aporte en este respecto elemento alguno de prueba en los autos, dado que va implícito en la consumación del acto carnal realizado en la persona de la víctima, quien indudablemente resiente perjuicios al ser lesionados su honor y dignidad, que constituyen valores morales de los máspreciados para la mujer ante sí misma y ante la sociedad y que indefectiblemente afectan su vida de relación, quedando el problema de la fijación del monto de la reparación correspondiente a la prudente apreciación del juzgador, teniendo en cuenta la capacidad económica del acusado y las condiciones materiales de la ofendida.

Amparo directo 3901/63. Flavio Reyes Martínez. 7 de agosto de 1964.
Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo Fernández.

F) Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XCIV

Página: 1364

DAÑO MORAL. "Entendemos por daño moral aquel que sufre la víctima de un delito con resultado no en su patrimonio, de manera directa ni en sus bienes materiales, sino en otros órdenes jurídicos, de naturaleza subjetiva como la reputación, la integridad sexual, la paz y seguridad de las personas, etc. En el caso de autos, la Corte considera que la menor, (ofendida), como consecuencia de su desfloración, a sufrido un daño moral; las consecuencias del referido daño si bien no pueden predecirse o anunciarse con toda exactitud, sí son susceptibles de preverse, si se tiene en cuenta, dado el criterio moral de nuestra sociedad, que la desfloración de una mujer produce en ella un sentimiento de devaluación de sí misma, cuyo concepto puede producir infinidad de variantes en su propia

conducta; desde una actitud de aislamiento que podría terminar en el deliberado propósito de permanecer soltera o en la dedicación a la vida mística, hasta un proceder disipado que puede llevar a la pérdida absoluta de todo sentimiento ético ante la reflexión de la afectada, cuando piensa que perdida la virginidad en forma censurable ya nada tiene que cuidar. En las condiciones anteriores, estimamos al daño moral originado por el hecho de autos y creemos conveniente fijar una indemnización por tal concepto cuyo monto no equivaldrá en modo alguno al perjuicio causado, pero sí tiene que regularse atendiendo a las posibilidades económicas del causante del hecho y al medio social a que pertenecen tanto aquél como la ofendida. Así hemos resuelto condenar, (al quejoso), por concepto del daño moral causado, al pago de la cantidad de cuatro mil pesos que deberá entregar a (la menor ofendida), ...". Las consideraciones anteriores, que hace la autoridad, son correctas, se ajustan al espíritu e interpretación jurídica de los artículos 30 y 31 del Código Penal del Distrito Federal, pues si bien es cierto que en casos de esta naturaleza, es difícil presentar pruebas del daño material, es inconcuso que los daños de índole moral son trascendentes, y por tanto, deben repararse atendiendo a las posibilidades económicas del causante, la posición social de la parte ofendida, y demás circunstancias que muy atinadamente se invocan en las consideraciones de la autoridad responsable; por lo que el acto que se reclama, no vulnera las garantías individuales que se invocan, y procede el beneficio de la condena condicional por estar reunidos los extremos del artículo 90 del Código Penal, siendo perfectamente constitucional la disposición contenida en la última parte del inciso d), del artículo 90, que establece que el beneficio se concede cuando se otorgue fianza, que garantice el cumplimiento de la reparación del daño.

Amparo penal directo 4538/47. Pérez García Jenaro. 21 de noviembre de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Ángeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

CONCLUSIONES

Como consecuencia de la investigación realizada y por todo lo expuesto se llega a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Daño es sinónimo de detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia y lesiona el bien jurídico de un sujeto mediante un comportamiento contrario al previsto en la norma.

La doctrina señala entonces que debe entenderse por daño la violación de alguno o algunos de los derechos subjetivos que configuran la personalidad jurídica de los sujetos de derecho. En mi conclusión no todo perjuicio o menoscabo sufrido en la esfera o conjunto de los derechos subjetivos de una persona constituye daño para el derecho, ya que para que exista perjuicio jurídico y para que nazca la obligación de reparar el daño causado, se necesita que esa violación sea la consecuencia de una acción dolosa e ilícita y que la misma pueda imputarse jurídicamente al sujeto activo.

SEGUNDA.- La reparación de un perjuicio por el responsable, puede efectuarse en especie (restablecimiento de la cosa a la situación anterior) o a través del pago de una suma de dinero, en concepto de daños y perjuicios, se habla de reparación civil para diferenciarla de la condena penal que por el mismo hecho implica el delito.

Sin embargo infiero, que dicha cuantificación no es una reparación propiamente dicha, sino que cumple como una simple compensación por el sufrimiento moral padecido, olvidándose en realidad de la recuperación psicoemocional de cada una de las víctimas y ofendidos.

TERCERA.- Existen dos tipos de daños, el moral y el físico, por el primero se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, integridad sexual, paz, la libertad individual, la libertad sexual,

el honor, la reputación, la seguridad de las personas, la vida privada y los más sagrados afectos, también la consideración que de sí misma tiene y tienen los demás de ella. Con el resultado no solo en el patrimonio o bienes materiales sino también en el orden jurídico de naturaleza subjetiva. El daño físico es objetivo, se manifiesta en lesiones que pueden ser contusiones, heridas, fracturas, dislocaciones quemaduras, violación, mordeduras y demás alteraciones físicas.

Luego de haber considerado ese tipo de daños, concluyo que el daño moral se encuentra con deficiencia tanto en la teoría como en la práctica, ya que de alguna forma es fácil (en cierta forma) cuantificar un daño físico, debido a que existen tabuladores específicos para cada una de las partes del cuerpo, sin embargo para la cuantificación en reparación de un daño moral es difícil, porque no existen tabuladores oficiales en los cuales la autoridad competente pueda basar y fundamentar su actuación.

CUARTA.- Históricamente los delitos que atentaban contra la libertad sexual como la violación, el estupro o el incesto se consideraron como hasta la actualidad actos aberrantes y objeto de repudio social, a lo largo de la historia en diversos países se fueron proveyendo medidas tales como la pena de muerte que lograron aminorar la criminalidad, pero sin lograr la erradicación de los mismos.

Desgraciadamente en la actualidad no se ha podido aminorar este delito, sino que cada día va en aumento y muy pocas víctimas se deciden a denunciar, por la poca atención que los servidores públicos prestan además de que no es fácil, volver a recordar los hechos de frustración y vergüenza.,

QUINTA.- Es evidente que contra el principio de reparación de los daños morales, en relación a la imposibilidad para demostrar en la práctica, la existencia de tal especie de agravios. Estar de acuerdo con dicha postura, sería tanto como considerar que la víctima de un daño moral, no podría acreditar la existencia del

perjuicio no patrimonial sufrido, porque el juzgador, con simples indicios exteriores fáciles de simular, que emanan de la misma víctima. Carecería de elementos de juicio eficaces para dar por demostrado el daño.

Luego entonces, está fuera de discusión que los daños morales no pueden ser tasados adecuadamente en dinero, pero tal circunstancia no puede constituir un impedimento para la reparación de los perjuicios morales.

Por tanto, la persona que sufre un daño en su patrimonio moral, tiene derecho a su reparación, lo cual no implica que el número de agraviados por ese hecho pueda ser infinito y el legislador se vea obligado por tal causa a no plasmarlo en las leyes.

SEXTA.- Las víctimas del delito de violación principalmente son las mujeres en segundo lugar quedan los menores sean estos niños o niñas, y respecto de la agresión brutal que sufren no siempre la consecuencia es el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a través de la indemnización de un daño material, pues en todos los casos se producen daños morales y a las víctimas no le son reparados, en virtud de que la legislación no prevé tal daño.

SÉPTIMA.- Existen trabas legales que la víctima tiene que superar y que tienen relación con la insensibilidad de las autoridades responsables de la administración de justicia lo que representa de alguna manera limitaciones para acceder a la justicia.

OCTAVA.- Dentro de la legislación vigente en nuestro sistema penal, hay que hacer concientes a los legisladores para que se siembre la preocupación en ellos de brindar un marco protector en materia de los derechos humanos de la mujer. Si bien es cierto que hay normas que reconocen el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia o como las que determinan responsabilidades a los funcionarios encargados de su aplicación, no obstante al no considerarlos en

cierta forma son partícipes del delito. Es por ello que al dolor y la impotencia de la mujer que ha sido víctima de algún ataque sexual, se suma el tener que enfrentarse al sistema penal imperante en nuestro país, consecuentemente al maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que suele ser mucho más grave: "la revictimización", entendido como exposición de la víctima a un crudo procedimiento penal.

Ello se origina principalmente por el criterio de interpretación de cada una de las pruebas que existen. Interpretación que va desde la posible provocación inicial por parte de la víctima hasta la aplicación del "beneficio de la duda" a favor del inculpado al momento de emitir una sentencia, es posible detectar la aplicación de criterios discriminatorios, que posteriormente se traducen en el razonamiento con el que se estructura dicha sentencia. Donde se traduce que hay que adicionar y reformar nuestra actual legislación de manera que los funcionarios encargados de administrar justicia unifiquen criterios y de esta forma no dejen en total estado de indefensión a las víctimas de delitos sexuales.

NOVENA.- Tratándose de la reparación del daño moral en la comisión del delito de violación considero erróneo delegar como facultad propia del legislador, el apreciarla según su prudente arbitrio, y, como consecuencia la de establecer la sanción pecuniaria, que estime adecuada por dicho concepto, pues ello implica hasta cierto punto irracionalidad y arbitrariedad en la aplicación del derecho a los casos del citado delito sexual, ya que la persona de la víctima, quien indudablemente recibe perjuicios al ser lesionados en su honor y dignidad, mismos que forman parte de los valores morales más preciados para la mujer o el menor ante sí mismos y la sociedad y que indudablemente afectan su vida de relación, quedando el problema de la fijación del monto de la reparación correspondiente a la prudente relación del juzgador, teniendo en cuenta la capacidad económica del acusado y las condiciones materiales de la ofendida.

DÉCIMA.- Por otra parte, creo que al ser otorgada la indemnización por concepto de reparación del daño moral, no garantiza que la víctima pueda recuperarse de su afectación moral o psicológica. Por lo cual considero que tal indemnización se otorgue con la finalidad de obtener tratamiento especializado para su recuperación psicoemocional de cada víctima y ofendido.

PROPUESTAS.

Como resultado de la investigación realizada se plantean las siguientes propuestas.

PRIMERA.- Realizar adiciones y reformas al artículo 20 Constitucional vigente, donde se incluya la reparación del daño moral, principalmente en los delitos sexuales.

SEGUNDA.- Adicionar un artículo en el Código Penal para el Distrito Federal, en donde se incluya que a los hijos nacidos como consecuencia de la comisión del delito de violación, el Estado garantice una ayuda económica para la manutención y educación de los mismos.

TERCERA.- Que se cree un Fondo de Apoyo para la Atención a Víctimas de Delitos Sexuales, el cual tenga como propósito subsidiar Centros de Terapia para el tratamiento psicoterapéutico especializado a la problemática particular de cada víctima u ofendido, para así satisfacer su recuperación emocional.

CUARTA.- Que dentro del pago de la reparación del daño ya sea material o moral, se incluya lo correspondiente por gastos médicos originados por el ilícito, incluyendo el pago del tratamiento psicoterapéutico no solo de la víctima, sino también de los familiares de ésta, que lo requieran.

QUINTA.- Se establezca legalmente un tabulador oficial, en el cual los peritos en psicología puedan basarse para poder determinar y proporcionar al Juez el quantum de la reparación del daño moral, que deben resarcir los sentenciados, y así las víctimas puedan acudir a las sesiones psicoterapéuticas en forma individual, para obtener tratamiento especializado a la problemática particular de cada ofendido y así favorecer a su recuperación psicoemocional.

SEXTA.- Se le dé mayor valor probatorio a la prueba pericial psicológica, para que se compruebe de manera fehaciente el daño moral causado a la víctima.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Achával, Alfredo; ***"Delito de violación, estudio sexológico, médico-legal y jurídico"***; 2ª. Edición; Abeledo-Perrot; Buenos Aires 1980.
2. Achával, Alfredo; ***"Delito de violación"***; 3ª. Edición; Edit. Abeledo-Perrot, Argentina 1998.
3. Alonso Pérez, Francisco; ***"Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (perspectiva jurídica y criminológica)"***; Edit. Dykinson, España 2001.
4. Arellano Rabiela, Sergio C.; ***"Derechos Humanos y Daño Moral en la Procuración de Justicia"***; Ediciones Delma; México 1999.
5. Barquín Sanz, Jesús; ***"Delitos contra la integridad moral"***; Edit. Bosch, España 2001.
6. Batiza, Rodolfo. ***"Las fuentes del Código Civil de 1928"***. Porrúa, México 1979.
7. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús; ***"Historial del derecho romano y de los derechos neorromanistas"***; 7ª. Edición; Porrúa; México 1997.
8. Bernhard Villmow; ***"La Compensación de la víctima en algunos países Occidentales"***; Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
9. Borja Soriano, Manuel; ***"Teoría General de las Obligaciones"***, Tomo II, Porrúa, México 1974.
10. Brebbia R. H.; ***"El Daño Moral"***, México 1998.
11. Caro Coria, Dino Carlos; ***"Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal"***; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM; México 2002.
12. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl; ***"Derecho penal mexicano"***; Parte General, 19ª. Edición; Porrúa, México 1997.

13. Colin Sánchez, Guillermo; **"Derecho mexicano de procedimientos penales"**; 16ª. Edición; Porrúa, México 1997.
14. Colón José, **"Los Derechos humanos de las víctimas del delito"**; Revista de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Estado de México; México.
15. Concepción Rodríguez, José Luis; **"Derecho de daños"**; 2ª. Edición, España, 1999.
16. Consejo General del Poder Judicial; **"Delitos contra la libertad sexual"**; España 1999.
17. Creus, Carlos; **"Reparación del daño producido por el delito"**; Argentina 1995.
18. Cuello Calón, Eugenio; **"Derecho penal, parte especial"**; Tomo II; Vol. II, 14ª. Edición; edit. Bosch, España 1975.
19. Daray Hernan; **"Daño psicológico: Caracterización, diferencia con el agravio moral, reclamación, fijación, monto indemnizatorio, prueba, técnicas de evaluación, jurisprudencia sistematizada"**; 2ª. Edición; Buenos Aires 2000.
20. **"Daño y protección a la persona humana"**; Buenos Aires 1993.
21. **"Derecho Victimal, justicia y atención a víctimas del delito"**, 50°. Curso internacional de criminología, México, Universidad la Salle, 1995.
22. Donna, Edgardo Alberto; **"Delitos contra la integridad sexual"**; 2ª. Edición; Edit. Rubinzal-Culzoni; Argentina 2001.
23. Edwards, Carlos Enrique; **"Delitos contra la integridad Sexual"**; De Palma; Argentina 2001.
24. Fischer Hans, A.; **"Los daños civiles y su reparación"**; Madrid 1998.
25. Galeana, Patricia; **"La condición de la mujer mexicana"**; Tomo I; UNAM, Gobierno de Puebla 1992.
26. García López, Rafael; **"Responsabilidad Civil por Daño Moral"**.
27. Ghersi, Carlos Alberto; **"Cuantificación Económica: Daño Moral y Psicológico. Daño a la Psiquis"**; Editorial Astrea; Argentina 2002.

28. Gherzi, Carlos Alberto; **"Teoría General de la Reparación de Daños"**; Editorial Astrea; Argentina 1997.
29. González Blanco, Alberto; **"Delitos sexuales: en la doctrina y en el derecho positivo mexicano"**; Porrúa, México 2001.
30. González de la Vega, Francisco; **"Derecho penal mexicano. Los delitos"**; 23ª. Edición, Porrúa; México 1990.
31. Henao, Juan Carlos; **"El Daño"**; Universidad Externado de Colombia 2001.
32. Hercovich, Inés; **"El enigma sexual de la violación"**; Edit. Biblos, 2ª. Edición, serie bibliografía de mujeres, Argentina 1997.
33. Hugo Alsina; **"Tratado Teórico Practico del derecho procesal civil y comercial"**; EDIAR, Buenos Aires, 1963.
34. Islas de González Mariscal, Olga; **"Derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito"**; UNAM; CDHDF, México 2003.
35. Kaisal; Michael; **"Protección a la víctima y fortalecimiento de su posición en el procedimiento penal"**; Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; México 2003.
36. Kart Modlener; **"compensación, restitución, sanción pecuniaria y otras formas y medios de los tribunales para el pago de daños a las víctimas del delito"**; Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; México 2003.
37. Kvuitko, Luis Alberto; **"La violación, peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito"**; Trillas; México 2002.
38. **"La víctima en el proceso penal"**; Argentina, Ediciones De Palma; 1997.
39. Lapuerta Montoya, Dora De; **"Derecho romano"**; España 1999.
40. Lencioni, Leo Julio; **"Los delitos sexuales: Manual de investigación Pericial para Médicos y Abogados"**; 1ª. Edición; Trillas, México 2003.
41. López Betancourt, Eduardo; **"Delitos en particular"**; Tomo II; 4ª. Edición; Porrúa, México 1998.

42. López Betancourt, Eduardo; ***"Teoría del delito"***; 2ª. Edición, Porrúa, México 1999.
43. López Ramos, Neófito, ***"El Daño Moral"***; 2001.
44. Machado Schiaffino; ***"Pericias"***; La Rocca; Buenos Aires 1995.
45. Marcelo Tenca; Adrián; ***"Delitos sexuales: abuso sexual, corrupción y prostitución, rufianería, publicaciones y exhibiciones obscenas, trata de personas, rapto, avenimiento"***; Buenos Aires 2001.
46. Martínez Roaro, Marcela; ***"Delitos Sexuales, sexualidad y derecho"***; 3ª. Edición; Porrúa; México 1985.
47. Martínez Roaro, Marcela; ***"Derechos y delitos sexuales y reproductivos"***; Porrúa; México 2000.
48. Martínez Roaro, Marcela; ***"Delitos sexuales"***; Porrúa, México 1975.
49. Marty, G; ***"Derecho Civil"***; tomo I; (traductor: José M. Cájica, hijo); Puebla-México 1982.
50. Navia Arroyo, Felipe; ***"Del Daño Moral"***; Universidad Externado de Colombia 2000.
51. Neuman, Elías, ***"Victimología. El rol de la víctima en los delitos"***; Edit. Cárdenas; México 1992.
52. Ochoa Olvera, Salvador; ***"La demanda por Daño Moral"***; México 1999.
53. Olivera Toro, Jorge; ***"El Daño Moral"***; Editorial Themis; México 1996.
54. Orgaz, Alfredo; ***"El daño resarcible, Actos ilícitos"***; Buenos Aires 1960.
55. Orts Berenguer, Enrique; ***"Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"***; España 2001.
56. Pallares Eduardo; ***"Derecho Procesal Civil"***; Porrúa, México 1998.
57. Porte Petit Candaudap, Celestino; ***"Ensayo dogmático sobre el delito de violación"***; 5ª. Edición; Porrúa; México 1990.
58. Reynoso Dávila, Roberto; ***"Delitos sexuales"***; 2ª. Edición; México 2001.
59. Rodríguez Collao, Luis; ***"Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley"***; Santiago Chile 2000.

60. Rodríguez Manzanera, Luis; ***"Victimología"***; 6ª. Edición, Editorial Porrúa; México 2000.
61. Roig Torres, Margarita; ***"La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)"***; España 2000.
62. Rojina Villegas, Rafael; ***"Derecho Civil Mexicano"***; Tomo Quinto Vol. II; 5ª. Edición; Porrúa; México 1985.
63. Sainz-Cantero Caparro, Ma. Belén; ***"Reparación del Daño: ex delicto entre la pena privada y la mera compensación"***; Granada 1997.
64. Scognamilio, Renato; ***"El daño moral; Contribución a la teoría del Daño Moral Extracontractual"***; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM.
65. Sproviero, Juan H.; ***"Delito de violación"***; Argentina 1996.
66. ***"Temas y problemas de justicia penal"***; México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996.
67. Tenca, Adrián Marcelo; ***"Delitos sexuales"***; Argentina 2001.
68. Vázquez Sánchez, Rogelio; ***"El ofendido en el delito y la Reparación del Daño"***; Tesis Doctoral; México 1980.
69. Villada, José Luis; ***"Delitos contra la integridad sexual"***; Argentina 2000.
70. Zannoni, ***"El Daño en la Responsabilidad Civil"***; (Acervo del Instituto de Investigaciones Jurídicas).

LEGISLACIÓN.

1. ***"Agenda Penal del Distrito Federal y Otras Disposiciones Conexas"***, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, Octava Edición, México 2003.
2. Bevilacqua Clovis, ***"Código Civil, dos E. U. do Brasil"***, 5ª. Edic., Río de Janeiro.
3. ***"Código Civil del Distrito Federal en materia común y de toda la República en materia federal"***. 3ª. Edición. Porrúa; México 1983.

4. **"Código Civil del Distrito Federal en materia común y de toda la República en Materia Federal, Comentado"**, Editorial SISTA; México 1996.
5. **"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"**, 144ª. Edición, Porrúa, México 2003

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

1. Alcalá Luis- Zamora Castillo; **"Diccionario enciclopédico del Derecho usual"**; V Vol. , 12ª edición; Edit. Heliasta.
2. **"Diccionario Jurídico Mexicano"**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México 2000.
3. Oñate Santiago; **"Diccionario Jurídico Mexicano"**, México, Porrúa UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
4. Pina Vara; **"Diccionario de derecho"**; Porrúa, México 2001.

OTRAS FUENTES.

FUENTES INFORMÁTICAS.

1. **"IUS2003"**; Jurisprudencias y Tesis aisladas. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
2. Navegador Jurídico Internacional:
www.ecouncil.ac.er/discapacidad/Metaíndice
Discapacidad/juridicogeneral/htm
3. www.juridicas.unam.mx
4. Instituto de Derecho comparado: imgp@der.pu.uc3m.es. Tel. (34) 916-249-714.
5. www.cndh.org.mx/Principal/document/províctima/mdex/.htm