

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ESTUDIO JURÍDICO  
SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL  
DAÑO MORAL CAUSADO A LA MADRE  
POR ACCESO CARNAL DELICTUOSO**

**JUVENTINO ROLDÁN MENDIZÁBAL**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ESTUDIO JURÍDICO  
SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DEL  
DAÑO MORAL CAUSADO A LA MADRE  
POR ACCESO CARNAL DELICTUOSO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

**JUVENTINO ROLDÁN MENDIZÁBAL**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2007

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avídan Ortíz Orellana

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

## INDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### **CAPÍTULO I**

1- Daño moral.....	1
1.1- Daño moral.....	1
1.2- Daño emocional.....	5
1.3- Imposibilidad de medir el daño moral.....	9
1.4- Indemnización.....	20

### **CAPÍTULO II**

2- El acceso carnal delictuoso de acuerdo a la ley civil.....	23
2.1- Definición.....	23
2.2- Antecedentes.....	28
2.3- Realidades sobre un ataque sexual.....	29
2.4- Reparación.....	35

### **CAPÍTULO III**

3- Entorno jurídico del daño moral al proyecto de vida, por acceso Carnal delictuoso.....	47
3.1- Legislación interna.....	47
3.2- Legislación internacional.....	48
3.3- Daño al proyecto de vida.....	59

### **CAPÍTULO IV**

4- Análisis del numeral 1. del artículo 226 ° del Código Civil.....	63
4.1- La concepción.....	63
4.2- Concepto de vida desarreglada.....	65
4.3- La autodeterminación y los derechos humanos.....	67
4.4- El comercio carnal.....	74

	<b>Pág.</b>
CONCLUSIONES.....	77
RECOMENDACIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81

## INTRODUCCIÓN

En plena alborada del Siglo XXI, época en la cual se suponen superados todas las ideas retrogradadas que se oponían al imperio pleno de los derechos humanos, y en donde los esfuerzos de las naciones por adecuar el contenido de su derecho interno al respeto de dichos derechos ha debido ponerse de manifiesto, así como su empeño por respetar, cumplir y mantener en vigencia los contenidos de las distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos, ya no es concebible la existencia y vigencia de normas jurídicas contenidas dentro de la legislación ordinaria guatemalteca orientadas a restar o disminuir los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala como en los diversos tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por nuestro país a nivel internacional de ningún sector de la población, menos el del sector femenino, el cual dicho sea de paso sufre actualmente importantes agravios y vejámenes en nuestra sociedad.

Estimo que en el Código Civil Guatemalteco específicamente en el artículo 226º. numeral 1., se desvalora la calidad de ser humano de la mujer, al vedársele la oportunidad de ser compensada por el hombre que con uso de fuerza física aprovecha su ventaja corpórea o la inexperiencia de la mujer por minoría de edad, que posteriormente da a luz producto de tal situación.

Para las organizaciones guatemaltecas de mujeres, ha sido una prioridad el impulso de reformas jurídicas debido a la vigencia de normas discriminatorias y a la ausencia de instrumentos legales que les permitan a las habitantes femeninas del país el goce de sus derechos, especialmente a una vida libre de violencia, asimismo, se han involucrado en procesos de fortalecimiento de la justicia con el fin de que la violencia contra las mujeres, en sus diversas manifestaciones, no quede en la impunidad.

Así también estimo que todo ser humano sea cual fuere su condición social o económica – y eso incluye desde luego a las mujeres – tiene derecho a aspirar a un proyecto de vida, entendido este como una condición natural del ser humano, es decir

que es intrínseca a sí mismo, es innata y personalísima; es una condición que nace en los primeros años de existencia y se va perfeccionando o ajustando con el normal transcurso de la vida, salvo que, en algún momento de la misma decidamos cambiarlo radicalmente.

Por otro lado esta acción cometida en la integridad física de la mujer abusada, irrumpe en lo que actualmente se ha denominado dentro del derecho como el proyecto de vida, el cual se trata de una potencialidad que nos permite decidir, elegir después de valorar, entre muchas posibilidades de vida, aquello que precisamente, llamamos proyecto de vida o proyecto existencial. Por ser libres somos también seres coexistenciales y temporales, es decir, sociales, históricos, estimativos, creativos, proyectivos y dinámicos. Carecería de sentido un ser libre que no fuera al mismo tiempo, un ser coexistencial y temporal.

El daño al proyecto de vida es la consecuencia de un colapso psicosomático el cual provoca en la víctima un vacío existencial, sumiéndolo en un estado vegetativo, de pérdida de la conciencia.

Es así como al integrar el contenido de la presente investigación, decidí incluir dentro del Capítulo I, al cual denominé Daño moral, todo lo relativo a: el daño moral, daño emocional, la imposibilidad de medir el daño moral, lo relativo a su indemnización y la determinación de la indemnización por daño moral; por su parte el Capítulo II, denominado El acceso sexual forzado de acuerdo a la ley civil, lo integré en su contenido de la siguiente manera: Definición, naturaleza jurídica, consecuencias y lo relativo a su reparación.

En el contenido del Capítulo III, incluí: lo relativo al entorno jurídico del daño moral al proyecto de vida por el acceso carnal delictuoso, incluyendo lo referente a la legislación interna, legislación internacional, así como legislación comparada. Así el contenido del Capítulo IV, quedó de la siguiente manera: Análisis del numeral uno del

Artículo 226º. del Código Civil, integrado por: El acto de la concepción, concepto de vida desarreglada, la autodeterminación y los derechos humanos y el comercio carnal.

Los métodos de investigación empleados dentro del presente trabajo fueron: el Analítico, sintético, deductivo, inductivo y científico de acuerdo a lo recomendado por el consejero de tesis. Finalmente las técnicas utilizadas fueron: el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos, se obvió la estadística por no existir un universo de casos frecuentes a mano dentro del Archivo de Tribunales.

Por último deseo expresar mi más grato agradecimiento a las autoridades de la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y a los docentes que me orientaron en la preparación y culminación del presente trabajo.

## DEDICATORIA

- A Dios: Por haberme concedido el favor y privilegio de la vida al permitirme llegar a este momento tan trascendental.
- A la santísima Virgen María: Por su intercesión ante Jesucristo.
- A mis padres: Domingo Roldán Canizales (Q.E.P.D.). Eleuteria Mendizábal Aguilar, como una pequeña recompensa a sus esfuerzos, al proporcionarme estudio, sus constantes oraciones y sabios consejos.
- A mi esposa: María Irene Aguilar Díaz de Roldán, con mucho amor y como un reconocimiento por su apoyo y comprensión.
- A mis hijos: Heralda Irene, Danilo Renato, Cecilia Mabel, fuente que me impulso esta visión, de alcanzar esta meta. Con mucho amor y esperanza de que sus logros sean superiores a los míos.
- A mi yerno: Jorge Estuardo Reyes Quiroa, Con mucho cariño, respeto, y aprecio.
- A mis hermanos (as): Marco Tulio, María Isabel (Q.E.P.D ), Blanca Estela, Dora, Irma Yolanda, Alba Ninoska, Mayra Florida. Con mucho cariño y aprecio.
- A mis amigos: Walter Arriola, Rafael Lisandro Santizo, Enrique Rolando Rodríguez Falla.
- A: Cooperativa de Ahorro Crédito y Servicios Varios Unión Progresista Amatitlaneca, Responsabilidad Limitada. Junta directiva y personal Administrativo: Porque gracias ha esta empresa he logrado mi desarrollo, formación, y superación personal.
- A los licenciados: Felipe de Jesús Godoy Díaz, José Efraín Ramírez Higueros, José Antonio Ovando Prado, Héctor Augusto Sánchez Ávila, Yvo Antonio Hernández, Hugo René Gómez Gálvez, Julio David Cuellar Ramos. Quienes me brindaron su apoyo y sin su ayuda no habría concluido esta etapa de mi vida.
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala: En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de formarme profesionalmente. Eterna gratitud.

## CAPÍTULO I

### 1- Daño moral

#### 1.1- Daño moral

Lato sensu, el término se refiere a toda suerte de mal material o moral.

Más particularmente, en derecho civil, la palabra daño representa al detrimento, perjuicio menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.

El daño puede provenir de dolo o de culpa, según el grado de malicia, negligencia, imprudencia, impericia que se de entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

Una primera definición de daño nos informa que es “1- Efecto de dañar o dañarse. 2- Perjuicio, detrimento, menoscabo...<sup>1</sup>”.

Por su parte Guillermo Cabanellas nos indica que daño es: “En sentido amplio, toda suerte de mal material o moral. Más particularmente el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos,

---

<sup>1</sup> Sopena, **Diccionario Enciclopédico Ilustrado**, Pág. 1306

dentro de la complejidad de esta materia...Irreparable: ...En materia penal por daño irreparable se entiende el mal que no es susceptible de ser enmendado ni atenuado; así el homicidio consumado, o la desfloración, si bien en esta cabe a veces la reparación simbólica por matrimonio del ofensor con la ofendida. DAÑO MORAL: La lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa entre otros<sup>2</sup>.

Fernando Gómez Pomar manifiesta que: “el daño no patrimonial o moral implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar<sup>3</sup>”. Utilizando a manera de ejemplo que todo el oro del mundo no bastaría para reemplazar el sufrimiento experimentado por el ciclista que queda cuadripléjico como consecuencia de un accidente provocado sobre su persona.

En relación a las definiciones anotadas, puedo afirmar entonces, que es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o emocional, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima.

Aún así queda por preguntarse ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos?, por lo que para contestar esta interrogante debe realizarse un análisis más allá del texto jurídico, ya que no es dentro del formalismo o letra muerta de éste que se pueda entender lo que tan subjetivamente un sujeto determinado puede padecer en su fuero interno. Así que si se analizan bien, podría decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, o la

---

<sup>2</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, Pág. 110

<sup>3</sup> Gómez Pomar, Fernando, **Daño moral**, Pág. 3

afrenta de que es víctima una mujer ultrajada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño, en tanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima.

El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

Bajo esta perspectiva la Profesora de derecho civil en la Universidad de Los Andes, en la República de Venezuela, Yoleida Vielma Mendoza, define el daño moral al indicar: "...podemos decir, que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico. La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado<sup>4</sup>".

Señala la profesora Yoleida Vielma Mendoza, que: "...es en base, a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no

---

<sup>4</sup> Vielma Mendoza, Yoleida, **Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual**, Pág. 2

puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial<sup>5</sup>.

La jurista argentina Andrea Fabiana Mac Donald, nos refiere que: “Por daño entendemos que es aquel mal provocado a una persona o bien. Moral sería la suma de elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo emotivo del ser humano. Daño moral sería entonces aquel perjuicio sufrido por una persona; sería el agravio que sufre en su dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad facultativa mental o espiritual<sup>6</sup>”.

Es decir que el daño moral sería el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a la víctima por el hecho dañoso, es decir sería una modificación en el desarrollo de su capacidad de entender, querer o sentir y que se encuentra anímicamente perjudicada . De aquí que surge el problema en cuanto a su determinación ya que a ciencia cierta no puede ser determinado dado que si bien es enteramente subjetivo no tiene un equivalente económico exacto; ello tendría que ser determinado por el juez en cuanto a sus consideraciones del agravio producido.

En cuanto a la naturaleza jurídica del daño moral nos refiere Andrea Fabiana Mac Donald que: “...es considerado totalmente subjetivo, es decir que depende del grado de reacción que pudiera ocasionar al sujeto en cuanto al estado psicológico del mismo. Para la jurisprudencia francesa el daño moral sería el dolor sufrido por

---

<sup>5</sup> **Ob. Cit.** Pág. 2

<sup>6</sup> Mac Donald, Andrea Fabiana, **El daño moral en el derecho laboral y su aplicación en el ámbito contractual y extracontractual**, Pág. 2

una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima produciendo una disminución en sus atributos o facultades morales. Por su parte la jurisprudencia argentina ha sostenido que el daño moral sería la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen en sus más gratos afectos<sup>7</sup>”.

## 1.2- Daño emocional

El Departamento de Servicios Sociales de Massachussets para el Cuidado a los Niños, establece la definición de daño emocional de la siguiente manera: “La disminución o desorden de las capacidades intelectuales o psicológicas de un menor, que se evidencia por la reducción observable y substancial de las capacidades de un niño para funcionar dentro de un rango normal de comportamiento<sup>8</sup>”.

La autora argentina María Carvajal nos refiere que: “Un avance significativo en la lucha contra la violencia hacia las mujeres dará la Cámara de Diputados al aprobar un proyecto de ley, que cuenta con el Respaldo de todas las bancadas. La iniciativa amplía la definición de violencia e incluye entre las conductas que podrán denunciarse aquellas que ocasionen daño emocional y disminuyan la autoestima, como tratos humillantes y vejatorios, vigilancia constante o frecuente, celos excesivos, intimidación o chantaje. Las mujeres podrán pedir protección judicial frente a actitudes violentas de novios o ex novios –actualmente las denuncias se limitan a cónyuges o concubinos –. Entre otras novedades, prevé que el juez pueda ordenar, en la sentencia, que el agresor indemnice los daños causados a la víctima

---

<sup>7</sup> Mac Donald, Andrea Fabiana, **Ob. Cit.**, Pág. 2

<sup>8</sup> Departamento de Servicios Sociales de Massachussets para el Cuidado a los Niños, **Reporte sobre abuso y negligencia en contra de los menores**, Pág. 1

por el maltrato, como gastos de mudanza, legales, médicos, psicológicos, de alojamiento, reparaciones de la propiedad, y también lucro cesante. Si el agresor no cumple las medidas ordenadas por el magistrado para proteger a la víctima, se le podrán imponer multas a favor de la víctima o su conducta violenta podrá ser dada a conocer en su lugar de trabajo, o en el gremio o la asociación profesional a la que pertenezca<sup>9</sup>”.

El proyecto de ley referido por María Carvajal tiene como objeto respaldar y dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la cual en Argentina es ley nacional, lo que sería el mismo caso para Guatemala.

Uno de los mayores avances de esta convención se manifiesta en su propio nombre, al establecer que se aplica a la violencia contra las mujeres. La característica principal de la violencia de género es, precisamente, que se inflige a las mujeres como y por ser tales y que se relaciona básicamente con el sistema social de jerarquías y subordinación entre los sexos. María Carvajal es de la idea de que ésta Convención, a diferencia de las legislaciones nacionales que se refieren a esta temática en América latina y el Caribe, ha rechazado la utilización de un lenguaje neutral en términos de género y determinó claramente quiénes son las víctimas que requieren protección, así como las causas sociales de la violencia contra las mujeres, partiendo de la realidad social de desigualdad de poder entre varones y mujeres. Así mismo la Convención establece con claridad que la eliminación de la violencia contra las mujeres es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

---

<sup>9</sup> Carvajal, María, **No más violencia contra la mujer**, Pág. 3

- Cabral y García citados por Teresa Salazar, Elizabeth Torres y Vítalia Rincón de la Universidad de Los Andes señalan que: "...las relaciones desiguales entre hombres y mujeres comienzan a visibilizarse al ser denunciadas, cuestionadas y desmontadas, en principio, por el movimiento feminista y las luchas de las mujeres por la igualdad y defensa de sus derechos, lo cual ha sido una lucha y práctica política, fundamentalmente cuando la acción se orienta a la transformación de las relaciones sociales entre los sexos; luego, cuando es incorporado a la academia, un trabajo de reflexión teórico sobre las desigualdades entre los sexos, el género se constituye en una categoría de análisis crítico.

En el marco de la cultura patriarcal, el concepto de dominación masculina se encuentra íntimamente vinculado al de violencia masculina, ya que la violencia es el instrumento interpersonal más expeditivo para controlar las situaciones e imponer la voluntad. La violencia, es decir el uso de la fuerza como método para la resolución de conflictos interpersonales es legitimada con más frecuencia cuando la emplean los varones, en función de un modelo que se apoya en la supremacía masculina<sup>10</sup>.

De acuerdo a estas autoras, la violencia contra la mujer y la familia adquirió relevancia internacional a raíz de los movimientos que surgieron en los años setenta y que ganaron terreno en los Derechos Humanos y se comienza la larga lucha para reivindicar e igualar los derechos y libertades del hombre y la mujer, gracias a los esfuerzos internacionales se ha logrado la creación de estrategias que protegieran a la familia y la mujer tales como: La Conferencia Mundial de la Mujer, en Beijing, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, en Viena, así como también los Informes de Las Naciones Unidas sobre la Violencia en el Hogar.

---

<sup>10</sup> Salazar, Teresa, Elizabeth Torres y Vítalia Rincón, **Violencia en la pareja**, Pág. 5

Me ha parecido oportuno señalar que estas autoras proponen las definiciones de violencia física, violencia psicológica y violencia sexual, por su importante relación con el tema que desarrollo por lo que me permito a continuación citarlas:

- a) “Violencia física: Se considera violencia física toda conducta que directa o indirectamente esté dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físicos sobre la persona, tales como heridas, hematomas, contusiones, excoriaciones, dislocaciones, quemaduras, pellizcos, pérdida de dientes, empujones o cualquier otro maltrato que afecte la integridad física de las personas. Igualmente se considera violencia física a toda conducta destinada a producir daño a los bienes que integran el patrimonio de la víctima.
  
- b) Violencia psicológica: Se considera violencia psicológica toda conducta que ocasione daño emocional, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer u otro integrante de la familia..., tales como conductas ejercidas en deshonra, descrédito o menos precio al valor personal o dignidad, tratos humillantes y vejatorios, vigilancia constante, aislamiento, amenaza de alejamiento de los hijos o la privación de medios económicos indispensables.
  
- c) Violencia sexual: Se entiende por violencia sexual toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la persona a decidir voluntariamente su sexualidad, comprendida en ésta no sólo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital<sup>11</sup>”.

---

<sup>11</sup> Salazar, Teresa, Elizabeth Torres y Vítalia Rincón, **Ob. Cit.**, Pág. 11

De estas definiciones me ha parecido importantísimo el hecho de que la violencia psicológica se defina en términos sumamente similares a los del daño emocional, título que en este momento nos ocupa, y que va dirigida a señalar que entraña un daño o una violencia a lo interno de la persona, y que por ese acto al igual que lo hago ver no son susceptibles de ser cuantificadas para un eventual resarcimiento a la víctima.

Así mismo deseo expresar que es acertado que se haga una diferenciación de la violencia psicológica de la sexual, ya que si bien es cierto ambas repercuten a lo interno de la mujer, para el caso de nuestro estudio una es consecuencia de la otra. Por supuesto esto me lleva a compartir el criterio de que corresponde a la autodeterminación de la mujer elegir no sólo el momento del acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual.

### **1.3- Imposibilidad de medir el daño moral**

Iniciaré indicando que de acuerdo a todo lo anotado anteriormente, se debe entender que existe por parte de los autores citados, un desacuerdo en cuanto a la denominación del daño que afecta el estado emocional o espiritual de la víctima, de allí que encontremos que unos se refieren a él como un daño emocional y otros como violencia psicológica. Para efectos del presente estudio me referiré a este tipo de afectación indistintamente a su calificación pues el propósito del mismo no es encontrar un consenso en el término.

El licenciado en psicología Ronald Lin Ching, quien labora para el Departamento de Psicología del Poder Judicial de la República de Costa Rica, manifiesta que: “Bajo la creencia, de que para establecer el daño psicológico aún en sus consideraciones más graves y su debido reconocimiento legal; deba

producirse una grave patología a ojo de cualquiera; y peor aún una patología permanente linealmente constante, y a sabiendas de que así no se comporta la enfermedad mental aún en algunas de las patologías más severas, y pese a que la institución médica más importante del país ha reconocido claramente lo incapacitante de los problemas psíquicos sin embargo el tema de daño psicológico es ausente en nuestra jurisprudencia – como lo es en Guatemala –, a pesar de que la integridad psíquica y física como unidad indisoluble de la persona, constituyen una dimensión reconocible y valiosa que debe ser objeto de protección jurídica y psicológico. Este ensayo llama la atención sobre el menoscabo en la tutela jurídica de la salud mental, especialmente en materia penal por causa de violencia doméstica y lesiones de género, ocasionadas por un hecho ilícito y ubicable, dentro de una relación de poder en detrimento de la mujer, justificada por los patrones culturales y la socialización e invisibilizadas por los operadores de justicia, más que por la ley<sup>12</sup>.

No comparto el criterio final del licenciado Ching, pues es un común denominador en cualquier parte del mundo que a falta de un cuerpo normativo que regule lo relativo a un delito específico – en este caso el daño moral – el operador de justicia se encuentra imposibilitado de impartir la misma, ya que es un principio del derecho penal que los jueces no pueden crear delitos o hacer una interpretación extensiva de la ley. Por lo demás creó que narra exactamente el mundo del agresor psicológico y su víctima.

Expone en su trabajo el licenciado Ching, que el concepto de daño psicológico ha sido un concepto precariamente tratado en nuestro medio. Su estudio ha sido encarado analítica y dicotómicamente – se produjo o no el daño – y con una increíble desatención en el verdadero alcance de las lesiones psicológicas, las

---

<sup>12</sup> Ching, Ronald Lin, **Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica**, Pág. 1

cuales deberían de producir consecuentes efectos jurídicos en el instituto de la indemnización o reparación del perjuicio causado.

Nos recuerda el autor que a pesar de que en la literatura y en la jurisprudencia se han incluido temas que en principio no son diagnosticables, tales como la importancia jurídica del honor, daño moral y otros, que no requieren imprescindible probanza; lo cierto del caso es que parecieran más objetivables que el daño psicológico que si es diagnosticable – omite el autor que el daño moral se encuentra integrado por aspectos emocionales sólo medibles en el campo psicológico – Las no pocas dificultades para establecer parámetros han construido un paradigma equivocado, bajo la creencia, de que para establecer el daño psicológico aún en sus consideraciones más graves y su debido reconocimiento legal; deba producirse una grave patología a ojo de cualquiera; y peor aún una patología permanente linealmente constante, a sabiendas de que así no se comporta la enfermedad mental aún en algunas de las patologías más severas.

Con esta primera aproximación quiero dejar manifiesto que el tema de daño psicológico o moral es ausente hasta la fecha en la legislación guatemalteca. La realidad objetiva señala que a pesar de que la integridad psíquica y física como unidad indisoluble de la persona, constituyen una dimensión reconocible y valiosa que debe ser objeto de protección jurídica, la reparación integral de los daños o la protección de los mismos en el ámbito de lo psicológico, ha adolecido de un terrible menoscabo en la posibilidad de reclamar protección e indemnización.

Es decir a pesar de la existencia de normas legales que contemplan bienes jurídicos que deben protegerse, no se ha cumplido su finalidad práctica, tal y como lo podemos extraer de los siguientes ejemplos, con protección expresa de lo psicológico o lo moral:

a) Convención Americana de Derechos Humanos

“Artículo 5º. Derecho a la integridad personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”.

b) Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003.

“Artículo 15º. Respeto. El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y espiritual del niño, niña y adolescente”.

c) Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém Do Pará.

“Artículo 1º. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

“Artículo 2º. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

El menoscabo en la tutela jurídica de la salud mental y su eventual reparación, ha sido particularmente mayor, en materia penal por causa de violencia doméstica, lesiones producidas en el contexto de género, aún cuando han habido significativas perturbaciones de carácter patológico, transitorias o permanentes del equilibrio psicológico, ocasionadas por un hecho ilícito, ubicable, dentro de una relación de poder de género especialmente en detrimento de la mujer, justificada por los patrones culturales o de socialización e invisibilizadas tanto por los operadores de justicia, como por los legisladores.

Tal es el caso del Título I (De los delitos contra la vida y la integridad de la persona) del Código Penal guatemalteco, el cual en su Capítulo V denominado, De las Lesiones, nos lista los diferentes tipos de lesiones y daño que se pueda producir por la comisión de un delito, pero jamás entra a resolver lo relativo a los daños y su posible compensación, mucho menos la forma de estimar dicha compensación o indemnización. Los casos de lesiones tipificados en la ley sustantiva penal son:

“Artículo 144°. Concepto.- Comete delito de lesiones quien, sin intención de matar, causare a otro daño en el cuerpo o en la mente.

Artículo 145°. Lesiones específicas.- Quien, de propósito castrare o esterilizare, dejare ciego o mutilare a otra persona, será sancionado con prisión de cinco a doce años.

Artículo 146°. Lesiones gravísimas- Quien causare a otro lesión gravísima, será sancionado con prisión de tres a diez años.

Es lesión gravísima la que produjere alguno de los resultados siguientes:

- 1°. Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable;
- 2°. Inutilidad permanente para el trabajo;
- 3°. Pérdida de un miembro principal o de su uso de la palabra.
- 4°. Pérdida de un órgano o de un sentido.
- 5°. Incapacidad para engendrar o concebir.

Artículo 147°. Lesiones graves.- Quien causare a otro lesión grave, será sancionado con prisión de dos a ocho años

Es lesión grave la que produjere alguno de los resultados siguientes:

- 1°. Debilitación permanente de la función de un órgano, de un miembro principal o de un sentido.
- 2°. Anormalidad permanente en el uso de la palabra.

3º. Incapacidad para el trabajo por más de un mes.

4º. Deformación permanente del rostro.

Artículo 148º. Lesiones leves.- Quien causare a otro lesión leve, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Es lesión leve la que produjere en el ofendido alguno de los siguientes resultados:

1º. Enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de diez días, sin exceder de treinta.

2º. Pérdida e inutilización de un miembro no principal.

3º. Cicatriz visible y permanente en el rostro.

Artículo 149º. Lesión en riña.- Cuando en riña tumultuaria se causaren lesiones, sin que pueda determinarse al autor o autores de las mismas, se aplicará la pena correspondiente a las lesiones, rebajada en una tercera parte, a quienes hubieren ejercido alguna violencia en la persona del ofendido.

Artículo 150º. Lesiones culposas.- Quien causare lesiones por culpa, aun cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, será sancionado con prisión de tres meses a dos años.

Si el delito culposo de lesiones fuere ejecutado al manejar vehículo en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o fármacos que afecten la personalidad del conductor o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental,

volitiva o física, se impondrá al responsable, además, una multa de trescientos a tres mil quetzales.

Si el hecho se causare por piloto de transporte colectivo, la pena respectiva se aumentará en una tercera parte

Artículo 151º. Contagio venéreo. - Quien, conociendo que padece de enfermedad venérea, expusiere a otro al contagio, será sancionado con multa de cincuenta a trescientos quetzales.

Si el contagio ocurriere, además, se le impondrá prisión de dos meses a un año. Este delito sólo es perseguible a instancia de parte.

Como se puede apreciar de las ocho figuras delictivas ninguna se refiere al daño moral o espiritual de la agresión, menos a su indemnización.

Por si esto fuera poco y en cuanto al tema que nos ocupa en la presente investigación, nuestra legislación vigente en materia civil – ya susceptible de ser revisada – contiene normas ya caducas a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos adquiridos por Guatemala como la específica de este trabajo:

Manifiesta nuestra ley civil que por acceso carnal delictuoso la madre tiene derecho a ser indemnizada, y esto está bien ya que obviamente se le ha inferido una ofensa, un daño físico, moral y espiritual, sin embargo nada manifiesta en cuanto a la forma en que debe ser cuantificado dicho daño moral, veamos la cita textual:

“Artículo 225°. Indemnización a la madre. La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso, o de minoridad al tiempo de la concepción”.

El horror jurídico con respecto a la norma citada, se encuentra contenida en la siguiente, la cual contempla algunos casos en los cuales no procede la acción indemnizatoria.

“Artículo 226°. Improcedencia de la acción. La acción concedida en el artículo anterior y la declaratoria a que se refieren los incisos 3°. y 4°. del artículo 221° no proceden en los casos siguientes:1°. Si durante la época de la concepción, la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre; y 2°. Si durante la época de la concepción fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre.

1. Si durante la época de la concepción, la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre”.

Obviamente el legislador en el año 1963, estimaba que una conducta desarreglada – la cual no definió – o la prostitución, por llamar por su nombre a lo que él escondía con el nombre de comercio carnal, despojaban a una mujer de su condición de ser persona con aspiraciones, sentimientos y con capacidad para decidir cuando, como y con quien tener relaciones sexuales.

¿Cómo es posible que el legislador estime al aprobar una norma jurídica, que debe castigarse el acceso carnal delictuoso de las mujeres decentes, pero en la siguiente norma establezca que no debe afectarse al hombre que cometa acceso carnal delictuoso con una mujer por ser esta prostituta o llevar una vida desarreglada, como le llamó?

Pareciera ser que quiso exculpar a aquella parte de sus congéneres masculinos, que no pudiendo reprimir sus instintos animales, se valen de la indefensión en que se encuentre una mujer para asaltarla sexualmente.

Así que de estos datos se desprenden interrogantes fundamentalmente en dos sentidos:

En el primero de ellos vale preguntarse: ¿Se ha invisibilizado la protección de un bien -el psicológico- a pesar de estar tutelado en la ley, o han faltado instrumentos o parámetros para valorar el daño? Respondiéndonos podríamos indicar que muy posiblemente ha sido una combinación de ambas.

En el segundo sentido, nace la interrogante: ¿Si los daños más evidentes no son reconocidos jurídicamente, serán reconocidos los daños menos evidentes en la dimensión que lo pretende la ley? El problema por lo visto no parece de aplicación de la ley, sino de una adecuada formulación o reforma de la misma.

Por supuesto es importante dar respuesta satisfactoria a estas interrogantes prioritariamente en un momento coyuntural donde la estructura judicial ha incorporado profesionales en la salud mental que realizan labores de peritaje. En este sentido se debe proceder a plantear como necesidad, la elaboración de un proyecto de investigación y capacitación forense que optimice la peritación del daño psicológico, de manera que contribuya a la correspondencia que debe imperar entre el espíritu de la ley – protección de los bienes jurídicos que pretende tutelar como lo es el caso de las lesiones en la salud mental – y el mejor aprovechamiento del recurso humano – calidad de la intervención profesional psicológica, psiquiátrica y jurídica – con el objetivo de desarrollar a corto y mediano plazo herramientas claves de la especialización jurídica desde una perspectiva de género, en el contexto de las relaciones sexuales forzadas.

Considero que dentro de las razones más importantes por las que se debe plantear este proyecto de investigación y capacitación se puede citar las siguientes:

- 1- No se cuenta con una normativa jurídica clara y definida – la cual pudiera estandarizarse – de lo que la autoridad judicial solicita de la labor pericial psicológica;
- 2- No existen parámetros sobre los alcances y limitaciones interdisciplinarias, con respecto del daño psicológico;
- 3- No existe un abordaje especializado más allá de la identificación general del daño emocional como definición general contemplada en el Código Civil guatemalteco.
- 4- No se aplican instrumentos que permitan una cuantificación más precisa del daño psicológico – valoración de la intensidad y calidad del trauma – de acuerdo a una alteración o agravamiento psicológico pre-existente, fundada en el tipo de vínculo de la víctima con el agresor, para los efectos que la autoridad judicial pueda establecer las medidas de protección correspondientes según cada caso. Es decir no se han construido y estandarizado instrumentos de evaluación de manera que permitan una más adecuada cuantificación del daño psicológico producido.

Por las razones expuestas, considero que se hace necesario desarrollar un proyecto de investigación y capacitación, que optimice la peritación del daño psicológico en fiel consonancia con las demandas de la autoridad judicial desde una perspectiva de género. Fundamentalmente que pueda dar respuesta positiva ante la inexistencia de normas específicas que valoren el daño moral o psicológico y la gradación de sus consecuencias.

A mi criterio, debieran establecerse las normas legales que propongo con una graduación por las consecuencias psicológicas y no por otros determinantes físicos, es decir lo que en el fondo manifiesto es que los ataques sexuales no deben concentrarse en determinantes físicos, porque se entiende que estos cumplen un papel probatorio que puede ser fundamental, pero lo que se trata de tutelar no es de índole físico, sino psicológico o moral.

Por otro lado, es conveniente comentar que en este tipo de ataque – sexual – la carga de la prueba se concentra en la víctima, aspecto que bajo mi particular punto de vista debe revertirse. Por otro lado la prueba no debe concentrarse en los sujetos de prueba (víctima o victimario), sino en los medios de prueba, es decir la validez de los instrumentos.

Debo anotar también que se requiere que el proyecto que contribuya a superar los deslices de un razonamiento basado en la aritmética cronológico temporal de la legislación – días de incapacidad – que presume un daño o discapacidad, tal y como se entiende en el modelo médico – y que es referido al daño físico –, el cual no siempre corresponde, a un análisis adecuado de la patología psicológica, aún en algunos de los casos más graves, es decir, un proyecto de investigación psicológica forense que permita al derecho conformar la medición del daño moral, entendida esta como la propiedad de una norma jurídica para provocar una reacción de cumplimiento en los obligados frente a la misma, y en donde la función pericial cumpla un papel dinámico.

#### **1.4- Indemnización**

Con respecto a la indemnización por acceso carnal forzado, no existe casos documentados en Guatemala, por lo que me parece apropiado ilustrar el punto de la indemnización con el presente artículo del periodista costarricense Ronald Moya:

“El Estado deberá pagarle cincuenta y tres millones de colones a una mujer que en 1992, cuando tenía doce años de edad, fue víctima de tres violaciones perpetradas por el director de la escuela donde cursaba la primaria.

Los hechos ocurrieron en la escuela de Sábalo de Golfito, en la zona sur del país. Como consecuencia del ataque, la escolar dio a luz a una niña que ahora tiene trece años de edad.

La obligación estatal de pagarle esa suma a la mujer, la dictó la Sala Primera de la Corte mediante una sentencia del veintiséis de mayo pasado. El fallo, cuyo contenido trascendió ayer mediante un boletín del poder judicial, declaró con lugar un recurso de casación que interpuso la afectada.

De acuerdo con la sentencia, el Estado debe pagarle a ella treinta millones de colones por daño moral y ocho punto seis millones de colones por daño patrimonial. Además, los magistrados concedieron una indemnización de quince millones de colones por daño moral a favor de la hija de la ofendida.

La violación de la escolar llevó a la cárcel al director de la escuela, de apellido Gutiérrez, a quien el Tribunal de Juicio de Golfito le impuso una condena de dieciocho años de prisión en el año 1993. La condena quedó en firme el seis de octubre de 1994 mediante un fallo de la Sala Tercera de la Corte.

Plazo tortuoso. El caso llegó a la Sala Primera después de que el Juzgado Contencioso declaró que el reclamo estaba prescrito porque habían transcurrido más de tres años desde que la Sala Tercera dejó en firme la sentencia, en octubre de 1994. Este fallo fue confirmado por el Tribunal Contencioso.

Tras el estudio del caso, los magistrados de la Sala Primera anularon las decisiones del juzgado y del tribunal contencioso. Para los jueces, el reclamo de la afectada no estaba prescrito porque una reforma a la Ley de administración pública amplió de tres a cuatro años el plazo para gestionar indemnizaciones.

El daño. De acuerdo con los magistrados, la violación de la menor alteró su vida pues ella debió abandonar la educación primaria para atender deberes maternos. Al mismo tiempo, su familia tuvo que mudarse de pueblo pues en el sitio sufrió la burla de vecinos por su embarazo. Sobre el daño a la hija, los jueces señalan que sufrió una afectación de orden emocional al saberse concebida por un acceso carnal forzado al que se vio sometida su madre<sup>13</sup>.

Por supuesto todo lo anteriormente expuesto, de ninguna manera informa la manera en que ha de llevarse a cabo el acto indemnizatorio, derivado del embarazo provocado por el acceso carnal delictuoso.

En el caso específico de Guatemala, no existe hasta el momento la norma legal que defina los parámetros en que debe cuantificarse o calcularse la indemnización, por supuesto tampoco existe el menor asomo por parte del legislador de querer reconocer que el acceso carnal delictuoso es generador de daños psicológicos los cuales pueden alcanzar la esfera espiritual.

Por otro lado, dentro de la evolución de la doctrina relativa al daño moral, actualmente la misma reconoce el daño al proyecto de vida, el cual de manera de esbozo no es sino el perjuicio causado en los proyectos de autorrealización que una persona pueda haberse trazado con anterioridad al hecho generador del daño.

---

<sup>13</sup> Moya, Ronald, **Estado deberá pagar 50 millones de colones por violación de niña**, Pág. 1

## CAPÍTULO II

### 2- El acceso carnal delictuoso de acuerdo a la ley civil

#### 2.1-Definición

De acuerdo con Luis Arturo Zúñiga Flores, citando a Rosa Mavila León, en relación al acceso carnal, establece que: "La peculiar forma de tipificar la conducta delictiva se origina con la posición que sostiene: "Solo el varón es susceptible de ser sujeto activo. Es decir se afirma, la propia índole de la cópula sexual determina la condición del varón en agente, titular del instrumento penetrante que accede y con el que, con naturalidad y violencia, limita la libertad sexual del agraviado<sup>14</sup>". Considero que en la parte final de esta definición se refiere al agraviado en lugar de agraviada por la posibilidad de que pudiese existir un acceso carnal forzado con un hombre.

De esta definición Ramiro Salinas refiere: "sólo el varón puede ser el único que puede penetrar carnalmente; la mujer puede ser participe del delito de violación en cualquiera de sus formas, excepto como autor principal<sup>15</sup>".

Por su lado Ricardo Núñez, sostenía que el sujeto activo puede ser cualquier varón que no este imposibilitado por su edad, impotencia o defecto físico, para introducir su miembro en el vaso de la vagina<sup>16</sup>"

Debo indicar que es la doctrina tradicional la que concebía solamente al hombre como potencial sujeto activo. Así por ejemplo encontré que para Manuel Espinoza Vásquez este delito: "...únicamente se comete y consuma materialmente

---

<sup>14</sup> Zúñiga Flores, Luis Arturo, **Concepciones del término acceso carnal**, Pág. 1

<sup>15</sup> Salinas Siccha, Ramiro, **Derecho Penal Parte Especial**, Pág. 544

<sup>16</sup> **Ibid**

por el acceso carnal mediante la introducción del órgano sexual masculino, el pene (intromisión pene), en el órgano sexual femenino, la vagina<sup>17</sup>”. Sin embargo, este propio tratadista ya refería que no faltaban autores respetables que pretenden incluir a la mujer como sujeto activo del delito de violación sexual en agravio de un menor de edad cuando lo inicia en la práctica sexual prematura mediante la fuerza, o la intimidación o halagos para que se relacione con su persona de agente activo o con otra mujer.

Por supuesto el problema se complica cuando entramos a determinar al sujeto activo potencial en el injusto violatorio. Muñoz Conde, citado por Raúl Carnevali por ejemplo, percibe que: “...la restricción de sujetos activos al hombre no es coherente con el paradigma de la libertad sexual como bien jurídico protegido. Refiere que gramaticalmente el Código Español utiliza el pronombre masculino para sindicarse al sujeto activo: el que; sin embargo, manifiesta que si bien es difícil de imaginar por condicionamientos culturales un acceso carnal con sujeto activo femenino, ello no es imposible en tanto el sujeto pasivo puede ser un enajenado o un menor<sup>18</sup>”.

Así mismo refiere que: “...la ampliación del término acceso carnal para sustituir al anterior del yacimiento ha significado que la posibilidad del sujeto activo femenino se incluya en el raciocinio penal. Gramatical o lingüísticamente, para este investigador, tanto el hombre como la mujer son iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de la relación sexual pero formula que en el Derecho Penal es sujeto activo sólo la persona que realiza materialmente la acción típica del delito y es una cuestión valorativa, no puramente gramatical, decidir si en el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo del mismo. Sin embargo, informa que en la legislación española se admiten todas las posibles combinaciones; hombre-mujer; mujer-hombre; hombre-hombre; mujer-mujer<sup>19</sup>”.

---

<sup>17</sup> **Ibid**

<sup>18</sup> Carnevali Rodríguez, Raúl, **La Mujer como Sujeto Activo en el Delito de Violación**, Pág. 112

<sup>19</sup> **Ibid**

Es así como Muñoz Conde, sostiene que esta consideración ha variado significativamente. Por ejemplo en España, el proceso de reforma legal implicó el cambio de la descripción contenida en el tipo penal, el cual era más amplio que el anterior, el cual se reducía conceptualmente al acceso vaginal heterosexual forzado en el que el sujeto pasivo es femenino. ahora los sujetos pasivos pueden ser tanto la mujer como el varón, lo que ha significado superar concepciones que discriminaban a éste último y que eran incongruentes con los dispositivos constitucionales que prohíben expresamente cualquier forma de discriminación por razones de sexo.

Siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquier persona que imponga la unión carnal o acceso carnal sexual lesionando con ello la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito de violación sexual. En consecuencia si la que impone el acceso carnal sexual por medio de la violencia o amenaza grave es la mujer, también se configuraría el delito de violación sexual.

Por lo que al vulnerarse, limitarse o lesionarse la libertad sexual de la víctima, resulta intrascendente verificar quien accede a quien. Mucho más ahora cuando puede materializarse el delito de violación sexual con la introducción de objetos o partes del cuerpo. Así por ejemplo, estaremos ante un hecho punible de violación sexual cuando una mujer, haciendo uso de la violencia o amenaza, somete a un determinado comportamiento a su víctima (hombre).

Considero que para la interpretación de los delitos sexuales, podemos decir que los tiempos actuales tanto el hombre como la mujer pueden constituir el papel de sujetos activos o protagonistas de un acceso carnal forzado.

Estimo así mismo que también quedan sin sustento, aquellas ideas que suponen, que existe mayor gravedad en la violación de un varón sobre una mujer que a la inversa. La gravedad de esta conducta se ha de valorar a tenor del

atentado a la libertad sexual, más no de las eventuales lesiones producidas, que en su caso supondrían un concurso real de delitos con lesiones ya sean leves o graves, ello dependiendo de la magnitud del daño ocasionado a la víctima.

Concluyó entonces que la mujer también puede ser una posible autora del acceso carnal forzado, lo cual en nuestra interrelación social es ya una realidad insoslayable, que no puede negarse. En efecto, se presenta como argumento sólido para considerar a la mujer como sujeto activo del delito de violación, la situación que el bien jurídico que se pretende proteger lo constituye la libertad sexual de la persona natural, sin distinción de sexo. Aquella es una conquista significativa del derecho penal moderno, pues se ajusta a las exigencias y lineamientos del Estado social y democrático de derecho al que le es consustancial la igualdad de todos ante la ley; también por reflejar debidamente una realidad en la cual la mujer no es un mero sujeto pasivo, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa al varón en el ámbito sexual.

Resulta interesantísimo para el desarrollo del presente tema la posición de Rodríguez Devesa citado por Miguel Bajo: quien manifiesta que: "...el sujeto pasivo puede ser de uno u otro sexo, siendo indiferente que la persona haya alcanzado o no madurez sexual, sin embargo, precisando que fisiológicamente a de ser una persona apta para una forma de cópula, aunque fuere solo víctima de acceso carnal bucal. En donde cabe la pregunta si es exigible al sujeto pasivo de la violación la honestidad. Para lo cual la respuesta es que ese elemento ya no es necesario sin embargo la víctima a de acreditar una resistencia seria porfiada y denodada durante el curso de la acción violenta<sup>20</sup>".

En contraposición a lo anterior Marco Rodríguez citado por Raúl Peña Cabrera; opina que: "...nunca puede acreditarse el delito de violación de una mujer o un hombre sea cual sea su edad, ya que por fuerza la mujer al realizar la cópula

---

<sup>20</sup> Bajo Fernández, Miguel, **Compendio de derecho penal parte especial**, Pág. 108

no tiene miembro viril, en algunos códigos penales de los Estados Unidos menciona que la cópula es la introducción del miembro viril, por tanto la mujer no tiene miembro viril. Violación, cópula del delito; el elemento cópula que precisa el delito de violación queda plenamente acreditado con cualquier forma de ayuntamiento carnal, homosexual o heterosexual, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril, por parte del agente.<sup>21</sup>”

Así mismo manifiesta este autor que: “Tratándose del delito de violación, el elemento cópula, entendiéndose como conjunto sexual, con eyaculación o sin ella, puede verificarse con la concurrencia de tres hipótesis: a) Cópula de hombre a mujer por vía normal; b) Cópula de hombre a mujer por vía contra natural y c) Cópula homosexual<sup>22</sup>”. Este autor cree que si la penetración se realiza con objeto distinto al miembro viril, es abusos deshonestos y no violación.

Rodríguez es del criterio de que si la mujer tuvo cópula introduciéndose el miembro de un menor de edad, entonces el delito que se puede configurar es el de "corrupción de menores", habida cuenta de que el menor no fue violado, es decir, que el menor no sufrió una introducción de un miembro o de un objeto que hiciera las veces del pene.

Informa el autor que al emplearse la voz accede solo se esta refiriendo a una conducta activa, esto es a quien efectúa la función penetradora, siendo autor material de violación un hombre, pues sólo este puede acceder carnalmente.

En un informe elaborado en Argentina, expresa que: "la nueva redacción del delito de violación sexual ya no centra la conducta típica en el obligar a practicar el acto sexual (u otro análogo), sino en el obligar a tener acceso carnal, dando cabida

---

<sup>21</sup> Peña Cabrera, Raúl, **Tratado de derecho penal parte especial**, Pág. 629

<sup>22</sup> **Ibid**

a numerosas modalidades de ataque al bien jurídico protegido libertad sexual: acceso carnal por vía vaginal, o realización de otros actos análogos: introducción de objetos por vía vaginal, implicaría conforme al nuevo artículo 170 CP, la introducción del pene u otra parte del cuerpo, y análogamente la introducción de objetos, en determinada cavidad, orificio o conducto corporal, de modo tal que se vulnere la libertad sexual<sup>23</sup>".

## 2.2- Antecedentes

Los siguientes antecedentes lo he tomado del trabajo del doctor Luis Alarcón Flores, quien es Director de la Revista Licenciados en Derecho, del Centro de Altos Estudios Jurídicos y Sociales, de Argentina, el cual indica que La violación entendida como acceso carnal ha sido contemplada por las legislaciones antiguas así:

- a) En Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras.
- b) En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica, la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era pena de muerte mediante ahorcamiento en público.
- c) El derecho Hebreo tenía penas más drásticas, se sancionaba con la pena de muerte al violador, así como a los familiares más cercanos.
- d) El derecho Canónico también sancionaba este delito con pena de muerte, pero tenía como requisito que la víctima fuera virgen y ser

---

<sup>23</sup> División de Estudios Legales, **La gaceta jurídica**, Pág. 18

desflorada y si ésta no reunía esas características no se consideraba como tal, sancionándose con penas mas leves.

- e) En las leyes españolas, el Fuero Juzgo castigaba al hombre libre de 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. El Fuero viejo de castilla determinaba la muerte de quien forzaba a una mujer virgen o no.
- f) Las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o viviere con algunas de ellas por la fuerza.
- g) En el Perú, los incas sancionaban al violador con expulsión del pueblo; el linchamiento, sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.
- h) En la época de la Colonia la cifra negra de la criminalidad aumenta debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestras indígenas.

### **2.3- Realidades sobre un ataque sexual**

Las siguientes anotaciones constituyen las condiciones que a las víctimas de un ataque sexual les toca pasar, La oficina de la Unidad Especial de Vinculación con Víctimas (NYPD Special Victims Liaison Unit), ha hecho circular un trifoliar entre los ciudadanos del Estado de New York, relativo a los ataques sexuales, el cual lleva por nombre: "Qué hacer si ha sido víctima de un ataque sexual", en el mismo se ofrece información importante relativa a las principales verdades sobre este hecho y aspectos a tener en cuenta para evitarlos, así como la forma de

reaccionar después de un eventual ataque sexual. La única diferencia que a mi criterio encuentro es la geográfica y la organización institucional que el Estado norteamericano tiene preparado frente a este hecho que por demás está decirlo constituye delito.

- a) Que la mayoría de los ataques sexuales son cometidos por alguien que la víctima conoce, no por extraños.
- b) El ataque sexual es una forma de abuso usada en muchas relaciones.
- c) Una de cada cuatro mujeres en los Estados Unidos dicen haber sido abusadas física o sexualmente por su pareja íntima en algún momento de sus vidas.
- d) Los efectos del ataque sexual pueden incluir: la depresión, recuerdos recurrentes de lo que ocurrió, ansiedad, pesadillas y cambios en los hábitos de descanso y alimentación. Para evitarlo, deberá buscar ayuda y orientación.
- e) Se estima que los ataques sexuales producen más de 32,000 embarazos por año.
- f) Los hombres que abusan sexualmente y que les pegan a sus parejas tienen mas probabilidad de causarles heridas graves a sus parejas. La violencia puede escalar y puede eventualmente conducir a la muerte.
- g) Haberse sometido a un ataque sexual no significa que la victima haya dado su consentimiento.

- h) No es necesario haber recibido heridas graves (como fracturas de huesos, pérdida de sangre, moretones) para que haya existido el ataque sexual.
- i) La práctica de reembolso que utiliza La Junta de Víctimas de Delitos (Crime Victims Board) permiten que se les reembolse a los hospitales la atención que se les ofrece a las víctimas después de un ataque sexual aun cuando la víctima no tiene cobertura médica.
- j) Es política pública del Departamento de la Policía de la Ciudad de New York (New York City Police Department) no preguntar sobre la condición migratoria de las víctimas de un delito, testigo u otros que buscan ayuda.

Que debe hacer la víctima de un ataque sexual en los Estados Unidos de Norte America:

- a) Llama a la policía al 911. El ataque sexual es un delito. La policía puede ayudarle a conseguir atención médica si es necesario y referirá su caso a un miembro del Special Victims Squad (Unidad Especial de Servicio a Víctimas). Los oficiales de estas unidades están entrenados especialmente para responder con sensibilidad a las víctimas de abuso sexual.
- b) Debe ir al hospital. El hospital puede documentar y curar las heridas. Podrá resultar más fácil ir al médico si alguien la acompaña. Los hospitales de la Ciudad de Nueva York también cuentan con especialistas en abuso sexual que pueden ayudarle a través del proceso.

- c) Llama a una de las líneas directas enumeradas a continuación. La agencia a la que llame podrá responder el teléfono en inglés. Si no habla inglés, diga en inglés el idioma que habla. Les ayudará a encontrar un traductor para conversar con usted.

Con respecto a los mitos y hechos que deben considerarse:

- a) Mito: No puede ser atacada sexualmente por su esposo o novio.

Hecho: Muchos de los hombres que cometen este delito están casados o involucrados en relaciones con sus víctimas. Cualquiera puede cometer un ataque sexual.

- b) Mito: El sexo no deseado o las caricias no deseadas no son un problema.

Hecho: El ataque sexual es un delito grave. Las personas pueden sufrir consecuencias físicas, psicológicas y emocionales a corto y a largo plazo después de sufrir un ataque sexual.

- c) Mito: Las personas que visten ropa provocativa se merecen el ataque sexual.

Hecho: Nadie merece el ataque sexual. Hombres y mujeres de todas las edades, razas, clases, religiones, profesiones y estilos de vestimenta han sido víctimas de ataques sexuales.

- d) Mito: Nadie puede ser atacado sexualmente contra su voluntad.

Hecho: El temor y las amenazas de violencia pueden inmovilizar a las personas.

e) Mito: No me defendí entonces no fue violación o ataque sexual.

Hecho: Todo acto sexual obligado se considera violación – sin considerar si la persona se defendió.

f) Mito: La presentación de un informe – denuncia en el caso de Guatemala – producirá el arresto de la persona que haya cometido el delito.

Hecho: Para que se pueda realizar un arresto, en la mayoría de los casos, la policía y los Viceprocuradores – para el caso de Guatemala los fiscales – del Distrito necesitarán su cooperación.

g) Mito: No dispongo de ayuda si no soy ciudadana estadounidense.

Hecho: Hay muchos servicios, legales y de asesoramiento, disponibles para los ciudadanos y para los que no lo son. Llame a la Línea Directa para Ataques Sexuales, en todos los idiomas, durante las 24 horas, (212-227-3000) o la NYPD Special Victims Liaison Unit (Unidad Especial de Vinculación con Víctimas del NYPD) (212-267-7273) para solicitar ayuda. Oficiales mujeres especialmente entrenadas que comprenden todos los tipos de ataque sexual le ayudarán de buena forma. Todas las llamadas son confidenciales.

Como reaccionar frente a un ataque sexual:

a) Llama a la policía al 911. La llevarán a un hospital donde se puedan tratar las lesiones y se pueda recoger la evidencia del ataque. Se le asignará su caso a algún miembro del Special Victims Squad

(Escuadrón de Víctimas Especiales). Los miembros del escuadrón están especialmente entrenados para responderles sensiblemente a las víctimas de ataques sexuales.

- b) Busque atención médica lo antes posible si ha sido víctima de un ataque sexual. El médico puede tratarle las lesiones, las infecciones de transmisión sexual que pueda haberse contagiado y prevenir un embarazo no deseado. Será examinada en privado sin la presencia de un oficial de policía. Si piensa que le dieron drogas antes del ataque sexual, se debe realizar un análisis de orina lo antes posible.
- c) No se limpie, duche, cepille los dientes, peine, lave las manos o arroje a la basura ninguna pieza de ropa. Es importante que le permita al examinador recopilar la evidencia del ataque. Su cooperación podrá ayudar a evitar que esto le pase a cualquier otra persona.
- d) No tenga miedo de hacer preguntas. No dude en pedirle a la policía o personal médico que le explique todo lo que usted desea saber. Están allí para ayudarle.
- e) Considere el asesoramiento o respaldo profesional. Contar con alguien con quien hablar sobre lo sucedido y cómo se siente podrá ayudarle a manejar los efectos del ataque sexual. Llame a la Línea Directa de Ataque Sexual para que la refieran a una agencia local.
- f) Considere sus derechos legales y sepa cuáles son los servicios que tiene a su disposición. Cuando llame al 911, la policía le ayudará a presentar el informe, a encontrar ayuda médica y le referirán a los recursos de orientación. Recuerde que el ataque sexual es un delito independientemente de su relación con el perpetrador.

## **2.4- Reparación**

Como se puede inferir de lo ya anotado es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Estos estados de la persona podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño, estados de algún modo variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

En este sentido puedo decir, que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico. La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

El problema analizado por la doctrina de este siglo, ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. Problema que a la postre de las doctrinas modernas resulta estéril, toda vez que se ha afirmado, que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento.

Así que al entrar el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que encierra su reparación.

Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños que como el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial.

Sin embargo hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnización del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del derecho privado.

La reparación del daño moral ha experimentado un curioso proceso. En otros tiempos eran muchos los juristas que la rechazaban, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que de ser admitida ésta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales.

Paradójicamente, este pensamiento ha tenido gran arraigo en los países anglosajones, tan respetuosos con los valores y la dignidad del individuo.

Así he podido constatar como el Código Civil Alemán siguen una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales, el cual admite la

indemnización del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que el daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Sería por ejemplo, el caso de un comerciante que es objeto de una campaña injusta de ofensa a su honor. Esta afectará tanto a su prestigio o estima social – bien moral – como a la explotación de su negocio – pérdida de clientela, de crédito, etc. en suma, intereses materiales –. Estos son los denominados en la doctrina italiana como daños patrimoniales indirectos, que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo.

La resarcibilidad del daño patrimonial, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar con un valor similar al dañado o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común.

El vigente Código Civil italiano ha resuelto el problema en la práctica, con una solución esencialmente de carácter negativo de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales. Así, el Artículo 2059 establece que “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”; y tales casos se reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, como lo manifiesta el Artículo 185. numeral dos del Código Penal italiano.

En España la totalidad de la práctica en la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial. En tal sentido, nos dice De Castro: “El reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general<sup>24</sup>”. Por su parte el jurista Hernández Gil utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón<sup>25</sup>.

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia moderna del resarcimiento, se postula por parte de algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

- a) El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

En relación con esta objeción García López señala: “Que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa<sup>26</sup>”. El mantenimiento de esta teoría podría resultar válido desde

---

<sup>24</sup> De Castro, Francisco, **Temas de derecho civil**, Pág. 9

<sup>25</sup> Hernández Gil, Alejandro, **Derecho de obligaciones**, Pág. 115

<sup>26</sup> García López, René, **Responsabilidad civil por daños morales**, Págs. 146 y 147

un esquema estrictamente patrimonialista en el que se identificaría toda la teoría general del derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegerían los derechos o bienes patrimoniales.

Actualmente semejante argumentación carece de base, porque admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho civil. Es el mismo García López quien cita a Brebbia como sustentador de la tesis conforme a la cual la reparación del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa, argumentando este autor que afirmar la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc., de ese sujeto se hallan fuera de la protección del Derecho, lo que no puede menos de constituir y constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador. Sin embargo, para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento de semejante postura no significaría en modo alguno que el Derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues el hecho de que escapen al ámbito del derecho privado no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del Derecho penal.

Sin embargo puedo decir, que es inexacta la conclusión del autor español respecto a la posición del autor de referencia. Brebbia no dice que la admisión de la indemnización del daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que señala es que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor

del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin causa. Es clara su postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto.

- b) Otros fundan la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales, en la idea de que intrínsecamente es imposible y es contra la razón y al sentimiento, reducir en dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es monetizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que los compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño patrimonial, cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero contribuye a esta finalidad en una doble dirección. Doble dirección que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos

supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales derivados del fallecimiento o de daños corporales graves.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados.

- c) Por otra parte, se ha dicho que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

Tal objeción se funda en un sentido demasiado restringido del concepto reparar, los partidarios de la teoría negativa del resarcimiento de los daños morales han afirmado que reparar significa hacer desaparecer el perjuicio, reemplazar aquello que ha desaparecido, lo que, en último término, les lleva a no admitir la posibilidad de reparación en la mayor parte de los daños morales, y, en definitiva, a negarla en todos aquellos supuestos en que la reparación in natura no puede ser obtenida.

Sin embargo, la necesidad de la reparación pecuniaria del daño moral, subsiste incluso, en aquellos supuestos en los que se contempla por el

ordenamiento jurídico lo que buena parte de la doctrina ha calificado de reparaciones en forma específica de los daños morales, y que consiste, fundamentalmente, en la publicación en la prensa de la sentencia condenatoria del culpable o de la retractación de quien lesionó el honor del demandante; si bien, en estos supuestos, más que de una reparación del daño moral, se trata del resarcimiento en forma específica del daño causado al honor. Me permito traer a manera de ejemplo la Sentencia del siete de febrero de 1962 del Tribunal Supremo Español, publicada en la Gaceta Jurídica de dicho año, la cual con este mismo espíritu, señala que. La tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado.

Pero habrá casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido.

Como ya se ha advertido, la tesis sostenida de forma generalizada en el ordenamiento jurídico español, es la favorable al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales o morales, tesis que han sustentado a su vez, en diversas concepciones de la misma.

Así, se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, ya que sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. Para lo cual cito a continuación el sentido de la sentencia comentada del Tribunal Supremo español, donde expresa: “El dinero no puede

aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”.

Tal teoría defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no es sostenida de igual modo en el ordenamiento jurídico italiano. Giuseppe Bonilini, a pesar de reconocer la autoridad de las opiniones expuestas señala, que: “...la tesis enunciada no se muestra siempre adecuada para explicar la verdadera realidad y complejidad del fenómeno. Tal afirmación la fundamenta señalando que es extraño que las personas dañadas por la muerte de un familiar puedan eliminar el sentimiento de desasosiego obligando al responsable a reconocerse como tal ante ellos, siendo probable que una suma de dinero pueda, en ocasiones, causar placer en quien la recibe. Sin embargo este placer no podrá nunca o, al menos, en la mayoría de los casos, no sólo equipararse al daño sufrido, sino que ni siquiera podrá acercarse a una especie de contraprestación, a un restablecimiento del equilibrio que el hecho ilícito ha roto<sup>27</sup>”.

Considero que en este sentido acoger la tesis de la satisfacción, implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes.

---

<sup>27</sup> Bonilini, Giuseppe, **Daños no patrimoniales**, Pág. 268

Por lo que para alejar el peligro de una extrema subjetivización se puede avanzar en la idea, de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales.

Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina francesa Viney se ha pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o techos en materia de indemnización de este tipo de daños. La autora francesa considera que: “Es indispensable afrontar sin prevención la idea de una tarificación de estos daños, sobre bases objetivas que vengán a colmar una de las lagunas más graves que se encuentra en el sistema francés de responsabilidad civil, y ello porque, en última instancia se hace necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un determinado país y en un determinado momento, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, pues el sistema indemnizatorio puede perturbar el dinamismo económico<sup>28</sup>”.

Por otra parte, es necesario que señale que incluso aquellos autores que se muestran reacios a la admisión de baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas, los aceptan en el concreto ámbito de los daños no patrimoniales.

En los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de baremos indemnizatorios oficiales garantizarían un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatorio al criterio de cada juez en un terreno

---

<sup>28</sup> Viney y Markesinis, **La reparación del daño moral**, Pág. 102

especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos.

Debo comentar que la doctrina española es unánime al afirmar, que dado que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la reparación integral del daño que es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada. Este hecho explica, además, la tendencia de la jurisprudencia a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado perjuicio social, el denominado perjuicio juvenil o el daño a la capacidad matrimonial.



## **CAPÍTULO III**

### **3. Entorno jurídico del daño moral al proyecto de vida por el acceso carnal delictuoso**

#### **3.1 Legislación interna**

En relación a este tema, diré que es el Decreto 106, el cual contiene el Código Civil guatemalteco, el que nos refiere la normativa relativa al trabajo en estas páginas desarrolladas, mismas que en relación a la indemnización a la madre establece:

“Artículo 225°. Indemnización a la madre. La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso,...”

Como se desprende del texto del Artículo citado, el legislador comprendió y reconoció que la mujer que producto de un asalto sexual, resultare en situación de embarazo, debía ser indemnizada – compensada – por el daño moral que de dicho ataque derivara.

Sin embargo ocurrió también que en nuestra legislación civil, no se estableció nada respecto a la forma en que debía de ser compensado dicho daño moral. Por lo que se constituyó un derecho que la mujer ofendida no tendría la oportunidad de hacerlo efectivo.

Así mismo no corresponde a los jueces establecer los parámetros dentro de los cuales debe indemnizarse a la víctima, ya que dicha tarea es propia del legislador.

Tal y como ya lo expuse, el horror de este instituto jurídico, lo constituye la excepción que dejó plasmada el legislador dentro del Código Civil relativa a la no procedencia de la indemnización en determinados casos. Refiere el Artículo 226º. lo siguiente:

“Artículo 226º. Improcedencia de la acción. La acción concedida en el artículo anterior... no proceden en los casos siguientes:

- 1º. Si durante la época de la concepción, la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre;...”

### **3.2 Legislación internacional**

Así también como ya quedó escrito anteriormente existen instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección del abuso sexual en contra de la mujer quien es en el presente trabajo la persona que nos interesa. Pasaré entonces a enumerar dichos instrumentos internacionales, los cuales son:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos: Manifiesta en su Artículo 3º. que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

El Artículo 6º. Establece que: “Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Obviamente el acceso carnal delictuoso, representa a mi criterio una clara forma de infligir un trato degradante a la mujer, el cual como ya se ha expuesto es conductor de secuelas morales y psicológicas imposibles de estimar y cuantificar para su eventual indemnización. Lo que nos trae la respuesta a la pregunta que

formuláramos supra relativa a: ¿si la condición de prostituta de una mujer faculta al sujeto agresor para tomarla por la fuerza y hacer uso sexual de ella?, Este instrumento jurídico establece como condición para gozar de este derecho la de ser un ser humano, sin importar su sexo, edad, religión, etc. Es decir que el hombre que asaltare a una mujer sexualmente y sobre eso resultare el embarazo de esta, sea cual sea la condición de la misma su actuar, se encuentra en abierta oposición a esta declaración.

- b) Convención Americana de Derechos Humanos: la cual en su Artículo 5º. dedicado al Derecho a la integridad personal, en su numeral primero manifiesta que: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

En su numeral segundo establece que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...” Este último numeral reafirma lo ya anotado relativo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Este pacto establece en su Artículo 7º. Lo siguiente: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”. Nuevamente este instrumento vuelve a ser referencia a tratos degradantes, tal y como lo constituye el delito de acceso carnal delictuoso.

- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mismo que dispone en su artículo 12º. numeral 1 que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Es decir que las consecuencias psíquicas, morales, espirituales o como se le quiera denominar, posteriores al acceso carnal delictuoso son responsabilidad del Estado; aspecto que nos lleva a

determinar que la regulación legal de la forma de determinar la indemnización por acceso carnal delictuoso, debe llevarse a cabo a lo interno del organismo legislativo, con lo cual el Estado encontrará mecanismos tangibles de hacer efectiva la prestación de esa salud mental a que se refiere la norma internacional.

e) Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém Do Pará. Este instrumento internacional – firmado por Guatemala el veinticuatro de junio de 1994 –por ser específico de las agresiones de que es objeto el sector de las féminas, merece que por mi parte cite una variedad más extensa de su articulado, encontrándose dentro de ellos los siguientes:

“Artículo 1º. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Obviamente el acceso carnal delictuoso, constituye un tipo de violencia aplicado sobre la persona de la mujer.

“Artículo 2º. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”: (esta parte reafirma mi comentario para el artículo anterior)

- “Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual”;

Es decir que para efectos de mi estudio, debe considerarse el hecho de que quien lleva a cabo el acceso carnal delictuoso, puede o no ser miembro del grupo familiar, con lo cual eliminé cualquier cuestionamiento respecto a si

constituye una violación o una practica ilegítima de un derecho la copula forzada obtenida por el marido.

- “Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”;

El artículo comentado no establece ninguna excepción sobre la calidad de vida que pudiera estar llevando la mujer atacada, por lo que debe entenderse, que este es un derecho susceptible de ser gozado por cualquier mujer, y que nuestro derecho interno civil es opuesto a esta norma, la cual de acuerdo al Artículo 46°. de la constitución política de la República de Guatemala, posee la calidad de ser preeminente sobre nuestro derecho interno:

“Artículo 46°. de la Constitución política de la República de Guatemala, Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

- Al tener vigencia el artículo 226°. Del código civil el Estado de Guatemala en forma tacita tolera esos hechos punibles contra la victima.

“Artículo 3°. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito publico como en el privado”. Este artículo es el que nos concede la capacidad de indicar que el acceso carnal delictuoso es susceptible de ser cometido tanto por el cónyuge como por sujeto extraño.

“Artículo 4°. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a) El derecho a que se respete su vida;
- b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c) El derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d) El derecho a no ser sometida a torturas;
- e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f) El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;...”

Este artículo establece los aspectos de que tiene necesidad el sector femenino de que se tutelen con especial énfasis por el derecho interno nacional, y que son motivo de protección de otros instrumentos internacionales ya firmados y ratificados por Guatemala, en materia de Derechos Humanos, tal y como lo anoté al principio de este título. La interrogante que a la mente me viene ante esta norma jurídica es: ¿Cuál es la razón por la cual ha sido necesario que la protección a la dignidad y persona de la mujer, se vea regulada de manera tan reiterada por el derecho internacional?

“Artículo 6º.- El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

El inciso b de éste artículo establece con claridad, el valor legal y por que no decirlo humano de la mujer como ser pensante y propietaria de cualquier tipo de derecho o facultadas dictadas para seres humanos dentro del contexto social de los derechos humanos.

Es decir que a partir del año 1994, si es que no se quisieran tomar en cuenta los otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por Guatemala, con la convención de Belém Do Pará, se habrá una estructura de respeto específico a la condición de ser mujer.

Dentro del Capítulo denominado Deberes del Estado, la Convención establece:

“Artículo 7º. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”;

Éste inciso establece una obligación para el Estado guatemalteco, pues conmina al mismo a incluir dentro de sus diferentes normas jurídicas, aquellas propias para resguardar la seguridad sexual de la mujer objeto de un acceso carnal delictuoso por ejemplo – pues lo que de momento existe en nuestra legislación civil es incompleto y viciado –.

- d) “Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”;

Como comentario a este inciso, deseo agregar que el contenido del mismo sería un seguimiento que podría reglarse a efecto de terminar con cualquier nuevo intento del agresor.

- e) “Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”;

Más clara no puede estar la obligación del Estado Guatemalteco para llevar a cabo la labor legislativa que reforme y amplíe el instituto que protege la integridad de la mujer por acceso carnal delictuoso.

- f) “Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”;

Con el contenido de este inciso, se determina que la mujer que ha sufrido de acceso carnal delictuoso, es merecedora de toda clase de facilidades que le ayuden a resarcirse del daño moral, psicológico y material que del ilícito se deriven.

- g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y,

Podríamos considerar aquí que esos mecanismos de acceso efectivo al resarcimiento, reparación y compensación, bien pueden ser por ejemplo la existencia de un departamento judicial o forense que se encargue de establecer la dimensión del daño moral y psicológico sufrido así como la forma y monto de la indemnización.

- h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Con respecto a la voluntad de los Estados Parte de este último instrumento internacional citado, deseo a manera de ejemplo, por los importantes cambios que realiza a la jurisprudencia de aquella nación – con perdón de lo extenso del texto, pero como ya indique es importante – citar el caso de la República de Argentina, comentado por Mariana Carvajal, quien al respecto nos comenta:

“El proyecto de ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres ya tiene dictamen de la Comisión de Familia. Es una propuesta de la diputada del ARI Marcela Rodríguez, que viene batallando por la sanción de esta normativa desde 2002. La kirchnerista Juliana Di Tullio es otra de las diputadas que impulsan la sanción...

El texto en discusión mejorará la ley nacional 24.417 de violencia doméstica... que tiene varios aspectos cuestionados por especialistas en el tema: en primer lugar su abordaje, ya que considera la situación de violencia como un conflicto familiar y no como una violación de derechos humanos. La iniciativa de Rodríguez apunta a proteger a las mujeres. En la práctica, propone dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que en el país es ley nacional.

Uno de los mayores avances de esta convención se manifiesta en su propio nombre, al establecer que se aplica a la violencia contra las mujeres. La característica principal de la violencia de género es, precisamente, que se inflige a las mujeres como y por ser tales y que se relaciona básicamente con el sistema social de jerarquías y subordinación entre los sexos. La convención, a diferencia de las legislaciones nacionales que se refieren a esta temática en América latina y el Caribe, ha rechazado la utilización de un lenguaje Neutral en términos de género y determinó claramente quiénes son las víctimas que requieren protección, así como las causas sociales de la violencia contra las mujeres, partiendo de la realidad social de desigualdad de poder entre varones y mujeres. Entiende que la eliminación de la violencia contra las mujeres es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida, señalan los fundamentos de la iniciativa...

El proyecto de Diputados tiene varios aspectos novedosos. Por un lado, amplía la definición de violencia y entre ellas incluye la violencia psicológica, a la que considera como toda conducta que directa o indirectamente, sea por acción u omisión, ocasione daño emocional, degrade o controle las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de las mujeres, disminuya la autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo; tales como las conductas ejercidas en deshonra, descrédito o menosprecio al valor personal o dignidad, tratos humillantes y vejatorios, vigilancia constante o frecuente, aislamiento, amenaza de alejamiento de los hijos, celos excesivos, burla, desvalorización, crítica permanente, ridiculización, indiferencia, abandono, hostigamiento, acoso, intimidación y/o chantaje u otras conductas análogas.

En todos los casos, las causas se tramitarán en el fuero civil, en los tribunales de familia. En lo referente a las modificaciones al procedimiento judicial, la ley tendrá vigencia en la ciudad de Buenos Aires y las provincias podrán aprobar su adhesión.

Además, el proyecto crea el Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y Asistencia a las Víctimas en el ámbito del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, que será su autoridad de aplicación, pero que desarrollará sus objetivos en forma coordinada con el Consejo Nacional de la Mujer y otros ministerios como el de Desarrollo Social y el de Educación. Sus funciones son extensas, entre otras:

- Asistir, por un lado, a las víctimas y, por otro, promover la sanción social y la reeducación de los victimarios.
- Impulsar la capacitación de funcionarios y agentes públicos que intervengan en el tratamiento de los hechos de violencia contra las mujeres.

- Promover campañas de divulgación e información para sensibilizar a la población e informar sobre los recursos que el Estado garantiza a las víctimas.
- Recabar información y producir informes estadísticos (hoy inexistentes) fiables respecto de esta temática.
- Fomentar la igualdad de oportunidades y promover la autonomía de las mujeres.
- Celebrar convenios con el fin de facilitar líneas de créditos destinadas a mujeres víctimas de violencia.
- La importancia fundamental de este proyecto radica en que dice con precisión clara qué hechos configuran violencia, para que no haya dudas, y las mismas mujeres que la sufren sepan que pueden denunciarlas. La naturalización de la violencia ha hecho que no siempre las mujeres puedan identificar esas conductas como generadoras de violencia. Esta función educativa de la ley es clave. Pero además establece políticas públicas para prevenir la violencia contra las mujeres, asistir a las víctimas y modificar patrones socioculturales”,... La cantidad de muertes de mujeres en manos de conocidos, en el marco de relaciones interpersonales, es mucho mayor que el número de muertes de mujeres por delitos callejeros o desconocidos. Muchas de estas muertes podrían evitarse con políticas públicas y respuestas judiciales adecuadas”, agregó la legisladora, que se especializó en la temática cuando dirigió el Centro de la Mujer del municipio de Vicente López y desarrolló en ese ámbito un modelo de asistencia y tratamiento a víctimas de violencia que recibió múltiples reconocimientos<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Carvajal, Mariana, **Argentina: Un proyecto instauro la violencia psicológica además de la física. Contra el maltrato en todas sus formas**, Pág. 1

### 3.3- Daño al proyecto de vida

Existir significa, potencialmente, construir proyectos en los que el hombre despliega sus aptitudes y recursos. Anticipa un futuro en el que la meta de la autorrealización despierta y sostiene ese despliegue.

Dichos proyectos giran de modo especialmente destacado en torno de dos grandes cuestiones, el amor y el trabajo.

Para que el hombre pueda construir su proyecto de vida, debe cumplir con ciertas condiciones básicas, de tal suerte que asegure la conservación y el desarrollo de sus potencialidades. Esas condiciones surgen de la interacción hombre-mundo.

Carlos Fernández Sessarego manifiesta que es preciso: "...por su relevancia sistemática y conceptual, destacar desde nuestra perspectiva la nítida distinción entre la genérica noción de daño a la persona y el específico concepto de daño moral, así como poner de manifiesto la relación de ambos conceptos con la novísima noción de daño al proyecto de vida y su vinculación con el daño psíquico. Consideramos que tratándose de una materia novedosa y en constante evolución, como es la referente al daño a la persona en su más amplia acepción, es imprescindible deslindar y delinear los alcances y las relaciones existentes entre los anteriormente mencionados conceptos los que en la actualidad, según nuestro criterio, deben ser sometidos a un redimensionamiento conceptual para evitar confusiones, imprecisiones o innecesarias superposiciones ante los desarrollos alcanzados por la más avanzada doctrina y por la lúcida jurisprudencia en los días que corren<sup>30</sup>".

Agrega Fernández Sessarego que el proyecto de vida, es posible en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una

---

<sup>30</sup> Fernández Sessarego, Carlos, **El daño al proyecto de vida**, Pág. 1

decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal.

El proyecto de vida, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Es decir consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser.

Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra cotidiano existir.

El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. El acompañarlo de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al mencionar medios nos referimos, en general, a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, para convertir en acciones o conductas el proyecto existencial.

Entre estos instrumentos contamos con nuestro cuerpo, nuestra mente, las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones pero, también, de traumáticas frustraciones.

La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión externa, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin.

Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con posibilidades, empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso es necesario recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos que agobian a la persona.



## CAPÍTULO IV

### 4- Análisis del numeral uno del artículo 226°. Del Código Civil

#### 4.1- La concepción

De acuerdo al Centro de Enseñanza del Embarazo el proceso de la concepción ocurre así: “Catorce días antes del primer día de la menstruación los ovarios de la mujer liberan un óvulo. Esto ocurre todos los meses y el fenómeno se llama ovulación. Cuando una pareja tiene relaciones sexuales (y no usan métodos anticonceptivos) durante el momento de la ovulación, el esperma de un hombre nada hasta encontrarse con el óvulo de la mujer. Uno de los espermias penetra el óvulo. A este proceso se le llama fertilización o concepción. El óvulo fertilizado, o embrión, viaja al útero de la mujer (matriz), se adhiere a la pared del útero y crece<sup>31</sup>”.

Sin embargo dentro de nuestro trabajo, la concepción que nos interesa es aquella que deriva de un acceso carnal delictuoso, en donde las funciones fisiológicas de los sujetos involucrados en el hecho jurídico que estudiamos, actúan de igual manera que en el caso de una relación sexual normal, sana o convenida – como mejor quiera llamársele y es aquí donde se observan posturas encontradas con respecto a la concepción.

De lo anotado inferimos pues que el resultado de un acceso carnal bajo las condiciones fisiológicas necesarias es el embarazo. Y dicho embarazo de acuerdo a nuestra ley civil guatemalteca, en los casos de acceso carnal delictuoso, genera un derecho indemnizatorio en la mujer, que como ya lo he hecho conocer la ley civil

---

<sup>31</sup> Centro de Enseñanza del Embarazo, **Antes de quedar embarazada**, Pág. 1

no contempla formas ni parámetros bajo los cuales dicha indemnización será otorgada.

Así mismo, la concepción por acceso carnal delictuoso ha generado posiciones encontradas con respecto al producto de ese embarazo no deseado, el cual rompe con el proyecto de vida de la mujer afectada. Por un lado existen quienes protegen dicha concepción, mientras que por el otro están aquellos que se pronuncian en contra, para ello baste citar el siguiente ejemplo:

La UNICEF, a través de su artículo electrónico denominado Voices of Youth, recoge las opiniones del público con respecto a la pregunta ¿Por qué sí al aborto?, de la cual se desprenden opiniones tales como:

De acuerdo a Juan Cruz de la República de Argentina: “Estamos promoviendo la muerte: el aborto es un homicidio. El que llaman feto es considerado un humano en tanto esté instalado en el útero. Nos estamos dejando llevar por una creencia vacía y sin fundamento, que es la máscara para reducir el trabajo de las organizaciones de niños, tal y como es esta. – se refiere a la UNICEF – Estamos promoviendo una forma de control de población, que bien sabemos que no es necesaria. Hay falta de jóvenes en el mundo: ¿por qué matar más? Además pongámonos a pensar: nosotros podríamos haber sido abortados. Y no es algo con lo que, creo yo, que estaríamos de acuerdo”.

En contraposición a lo manifestado por Juan Cruz, encontré la opinión de Arlen una ciudadana nicaragüense quien al respecto de la opinión anterior manifiesta: “Hola Juan: Me parece bien que tengas firmes tus ideas y que las defiendas con esa fuerza y argumentos, pero me gustaría que consideraras algunas situaciones.

En mi país, Nicaragua, se generó una batalla en los medios de comunicación por el llamado caso Rosa, de una niña nicaragüense violada en Costa Rica.

Producto de la violación, la niña a la que solo se llamó Rosa, quedó embarazada. El debate en los medios fue si debía o no abortar. Por un lado había que proteger el derecho a la vida del bebé, pero por otro el derecho a la vida de la pequeña. Al final se le practicó el aborto, fundamentando que una niña de ocho años, no tenía las condiciones físicas, ni psicológicas para ser mamá. Cuando el aborto es para salvar la vida de las madres se le llama aborto terapéutico. ¿Qué opinas de este caso?”

Como nuestro trabajo no consiste en establecer la conveniencia o no del aborto producto de un acceso carnal delictuoso, basten estos dos ejemplos para meditar que las consecuencias derivadas de dicho delito ocasionan como ya lo hemos señalado daños físicos, psicológicos y morales, los cuales deben obligatoriamente generar una indemnización substancial a la madre afectada, sin importar su condición de vida.

#### **4.2- Concepto de vida desarreglada**

El concepto de vida desarreglada es en realidad un término de uso religioso – católico –, por medio del cual se ha tratado de denominar un tipo de vida en oposición a los valores que enseña la iglesia. Así por ejemplo cito a continuación lo que ha este respecto opina Sergio Nuño, quien citando al padre Francisco García Velarde manifiesta: “Una vida desarreglada fácilmente oscurece el entendimiento y nubla la razón, dificultando la aceptación de Dios. Cuando se llega a la etapa de la juventud, surgen a menudo las ganas de cuestionar todo lo que existe: Las instituciones, las normas, las personas, etcétera, ya que, al enfrentarse el joven cara a cara con la realidad, busca un sentido y una explicación de la misma. Por ello, no es causa de escándalo el que también cuestione la fe en Dios. Todos alguna vez nos hemos planteado ciertas dudas sobre Dios, y es que no podemos conocerlo a simple vista; pero no todos llegan a responder satisfactoriamente a

esas preguntas; algunas veces por ignorancia, y otras, por falta de orientación y malas influencias. De esta forma es como muchos jóvenes llegan a refugiarse en una postura atea<sup>32</sup>”.

Agrega Nuño que la parte más compleja de la moral es la moral sexual, debido a que aquí es donde hay más problemas. Cuando se dice que la moral es relativa, muchas veces es un eufemismo para justificar libertades sexuales. Los eufemismos están hechos para disimular la crudeza de la realidad y, desde luego, hacen más amable la convivencia, pero confunden el pensamiento. No se puede pensar bien con eufemismos : conviene destaparlos.

La moral sexual tiene algunos aspectos en común con las otras dos partes. Por ejemplo, en toda relación sexual con otra persona, hay aspectos de justicia, a veces, muy graves. Prometerse o tener un hijo genera obligaciones y deberes muy graves, que van mucho más allá que el capricho y la opinión personal. Como hemos visto, el conjunto de la humanidad considera repugnante al egoísta que pone sus placeres e intereses por encima de sus deberes con los demás. Abandonar una mujer o unos hijos sólo por enamorarse de otra persona es, por ejemplo, una evidente manifestación de egoísmo a la vez que una grave injusticia. Aunque se puede entender que, después de hacerlo, alguien quiera construir una moral nueva.

En la sexualidad también hay aspectos de dominio de sí, que tienen que ver con la segunda parte de la moral. Dejarse arrebatar por los caprichos sexuales es tan indigno y genera tantas injusticias y daños como dejarse conducir por la bebida o la droga. El placer sexual necesita ascetismo. Y mayor que otras cosas, precisamente porque tira más. También en esto el acuerdo de los sabios es prácticamente universal. Valga, como ejemplo, una cita de Epicteto: En cuanto a

---

<sup>32</sup> Nuño, Sergio, **Se duda de Dios**, Pág. 1

los placeres sexuales, en lo posible, hay que conservarse puro antes de la boda y al unirse, compartir el gusto legítimo”.

El placer y la pasión sexual es, muchas veces, lo más aparatoso de la sexualidad. Y tiene su dignidad y su función. Pero es el aspecto menos importante. Si no se pone en su sitio, no se puede hacer una moral sexual. Porque no se puede superar un planteamiento egoísta. Hay que situarlo en su marco real.

#### **4.3- La autodeterminación y los derechos humanos**

De acuerdo al Center for Reproductive Rights: “La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing define la violencia contra la mujer como todo acto de violencia por razones de género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. La violencia contra la mujer es una de las más graves consecuencias de las desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales que existen entre hombres y mujeres. También es perpetrada por sistemas legales y políticos que han discriminado a la mujer a través de la historia<sup>33</sup>”.

La comunidad internacional ha reconocido que la violencia sexual contra la mujer constituye una violación contra sus derechos humanos y contra sus libertades fundamentales. La violencia sexual también constituye una violación contra los derechos reproductivos de la mujer, en particular contra su derecho a la integridad corporal y al control de su capacidad sexual y reproductiva. La violación, la circuncisión femenina/mutilación genital femenina, y la esterilización forzada se encuentran entre los tipos de violencia que violan los derechos de la salud reproductiva de la mujer.

---

<sup>33</sup> Center for Reproductive Rights, **Violencia sexual**, Pág. 1

La violencia sexual ocurre tanto en la esfera de la vida privada como en la esfera de la vida pública de la mujer. Constituye una violación de los derechos humanos ya sea perpetrada por un agente del estado como por un particular. La violencia sexual puede suceder contra individuos de cualquier edad, dentro de la familia o en otro tipo de relación, dentro de la comunidad o en el lugar de trabajo, en un establecimiento educativo o en un centro de asistencia médica, durante situaciones de conflicto armado o en cualquier otro momento o lugar.

En diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la comunidad internacional ha reconocido específicamente el derecho de mujeres y de niñas a vivir sin sufrir violencia sexual. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención de la Mujer) compele a los estados a prohibir el tráfico de mujeres. La Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe el abuso y la explotación sexual de los niños y niñas. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de la Mujer protegen el derecho de la mujer a la salud, incluida su salud física, psicológica, reproductiva y sexual. Además, por primera vez en el derecho internacional, el Estatuto de Roma de 1998 (que creó la Corte Penal Internacional) estipula que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual, deben ser considerados como crímenes contra la humanidad y como crímenes de guerra.

Adicionalmente, también por primera vez, este instrumento reconoce las violaciones a la autodeterminación reproductiva de la mujer como uno de los crímenes más atroces a los ojos del derecho internacional humanitario. Dentro de los casos de violación a la autodeterminación reproductiva de la mujer están, entre otros, el embarazo forzado, caso en el cual la mujer se ve obligada a dar a luz un

niño contra su voluntad, y la esterilización forzada, que le impide a la mujer dar a luz.

Importantes resultan a este trabajo las palabras contenidas en el trabajo de Mónica Quiróz, quien manifiesta que: “Como sujetas sociales, las mujeres hemos sido convertidas en cuerpos magnificados sexualmente,... subespecializándonos en la maternidad y la procreación, en la reproducción de otros seres y en la satisfacción de sus necesidades eróticas. Por eso el cuerpo es un espacio privilegiado e intenso en la condición de la mujer, y por eso las mujeres somos reducidas muchas veces a solo cuerpos.

...En el caso de las mujeres jóvenes el cuerpo es el espacio destinado para vivir la mayor cantidad de hechos en nuestras vidas, existe una obsesión con respecto a éste. Se moviliza gran cantidad de recursos para atender el cuerpo, sin embargo, no se trata de un cuidado amoroso de éste, sino el cumplimiento estricto del deber ser cuerpo-objeto.

Se vuelve un paradigma para vivir, ser el cuerpo bello, sensual para otros. Es un deseo de ser apreciadas como cuerpo objeto sexual; y también del cuerpo materno; no solo del cuerpo erótico. Para las jóvenes, el erotismo está ubicado en el rango de peligro. El erotismo es idealizado y fantaseado como una experiencia grata y de goce, siempre tiene inmediatamente incorporado el peligro del embarazo entre otros.

...se intenta profundizar en la capacidad de decisión que tienen las jóvenes sobre su capacidad reproductiva y el conocimiento que manejan sobre sus cuerpos. Con todo lo expuesto anteriormente, se plantea que la sexualidad de las mujeres y de los hombres es una construcción socio-cultural que determina la manera en que está será ejercida. En el caso específico de las mujeres somos construidas en una sexualidad fragmentada (erótico-materno) y para los otros, no para el disfrute propio, lo que ocasiona que sean violentados constantemente

nuestros derechos sexuales y reproductivos; lo que no permite un desenvolvimiento pleno e integral en la vida cotidiana, ni social<sup>34</sup>”.

Por otro lado para Violeta Bermudez, Abogada, experta en temas de género, políticas públicas y Derecho Constitucional, Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Perú; los alcances de los derechos sexuales y reproductivos no son sino: “Otro tema de preocupación de la comunidad internacional, por la dramática situación por la que atraviesan muchas mujeres como resultado de las restricciones al libre ejercicio de su sexualidad y de sus capacidades reproductivas. En efecto, si bien no existen instrumentos internacionales específicos que vinculan a los Estados respecto al reconocimiento y respeto de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, las Conferencias de El Cairo de 1994 y Beijing en 1995 han tenido un impacto importante en la ruta hacia el reconocimiento de los mismos. Incluso, se afirma que desde entonces, por primera vez, los órganos y agencias del sistema de Naciones Unidas han comenzado a trabajar, aunque en diverso grado, en la manera de integrar los derechos sexuales y los derechos reproductivos. Así lo vienen haciendo, al menos, el Fondo de Población de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud. Los documentos de El Cairo y Beijing han aportado en delinear una base conceptual sobre el contenido de estos derechos y a la vez han avanzado en plantear recomendaciones para que éstos tengan concreción en la realidad. El párrafo siete punto tres del Programa de Acción de El Cairo afirma que: los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Este mismo texto añade que los derechos reproductivos comprenden: el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más

---

<sup>34</sup> Quiróz, Mónica, **Autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres jóvenes**, Pág. 2

elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos<sup>35</sup>”.

Por su parte, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, amplió esta definición al establecer que: los derechos sexuales incluyen el derecho humano de la mujer a tener control respecto de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y a decidir libre y responsablemente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. En atención a estos compromisos políticos, Alda Facio afirma que no se puede hablar de derechos humanos de las mujeres sin hablar de derechos reproductivos, ya que éstos son una parte integral de aquellos. Teniendo en cuenta estos avances conceptuales, muchos derechos humanos que se encuentran reconocidos en distintos tratados internacionales cobran otra dimensión. Así, la Federación Internacional de Planificación Familiar analiza doce derechos humanos vinculados al campo de la sexualidad y reproducción en el documento que ha denominado Carta de Derechos Sexuales y Reproductivos. Estos derechos son: a la vida, a la integridad física y mental, a no ser sometido a tortura, a la libertad y seguridad personales, a la salud física y mental y al cuidado de la salud, a la igualdad y no discriminación, a casarse y fundar una familia y a la igualdad en ella; a la libertad de pensamiento y de religión, a la privacidad y a la vida familiar, a la información y educación, a los beneficios del progreso científico y a la participación política. Todos estos derechos están contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención para la

---

<sup>35</sup> Bermudez, Violeta, **La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos: Develando Conexiones**, Pág. 8

Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer. En el mismo sentido, el estudio introductorio del libro *Cuerpo y Derecho* enumera hasta diez derechos que comprenden el universo de derechos reproductivos: el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y estar libre de violencia; a estar libre de explotación sexual; a decidir el número e intervalo de hijos; a la intimidad; a la igualdad y a la no discriminación; al matrimonio y a fundar una familia; al empleo y a la seguridad social y a la educación. Desde otra aproximación señala que Marcela Huaita indica que estos derechos podrían ser clasificados en dos grandes grupos: aquellos relativos a la salud sexual y reproductiva, y aquellos relativos a la autodeterminación sexual y reproductiva. Dentro de los primeros, es decir aquéllos relacionados con el derecho a gozar de salud sexual y reproductiva, se encuentran el derecho a: Servicios de salud sexual y reproductiva integrados y comprensivos; cuidado de la salud materna; maternidad segura; tratamiento y prevención de vih/sida; anticonceptivos; atención por complicaciones de aborto y en el post aborto y calidad en atención de la salud. Dentro de los segundos, estarían comprendidos aquéllos relativos al derecho a la autodeterminación: unirse conyugalmente o en convivencia; tener hijos, su número, espaciamiento y oportunidad; acceder a tratamiento en casos de infertilidad; tener relaciones sexuales; expresar libremente su sexualidad; consentir informadamente sobre la base de una educación sexual y preservar su integridad corporal, no sufrir violencia, violación, coerción, prácticas dañinas como matrimonios forzados de menores, etc.

En general, al abordar el problema de violencia contra la mujer, éste es relacionado con la vulneración del derecho a la vida, la integridad física o psicológica, la seguridad personal, la salud y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, al igual que los instrumentos internacionales, la realidad de decenas de miles de mujeres en el mundo, indica que muchas de las manifestaciones de violencia contra la mujer afectan también sus derechos sexuales y reproductivos.

Así, en la esfera de la violación de la autodeterminación sexual tenemos a los denominados delitos sexuales o delitos contra la libertad sexual, la trata de personas y la explotación sexual, entre otros. En estos casos, la sexualidad se utiliza como un medio de ejercer poder sobre la víctima; por tanto, al igual que otros actos de violencia, lo que se propone el agresor es someterla, degradarla y humillarla. De otro lado, existen situaciones que implican además de la trasgresión de su libertad sexual una vulneración de sus derechos reproductivos, tales son los casos de la anticoncepción forzada o bajo amenaza, los abortos contra la voluntad de la mujer, los embarazos y maternidad forzados, la mutilación/ablación genital de la mujer y el matrimonio forzado.

Es necesario tener presente también que, en el derecho internacional de los derechos humanos, la violencia sexual constituye un acto de tortura o trato cruel, inhumano o degradante cuando es perpetrado por un agente del estado o toda otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento. Igual sucede con los crímenes de violencia cometidos por miembros de grupos alzados en armas.

Una de las agresiones más encubiertas es quizá la violencia sexual que se produce en los lechos matrimoniales o de convivencia. Sus expresiones pueden ser de diverso tipo desde imposición de actividades de naturaleza sexual contra la voluntad de la mujer, obligarla a utilizar atuendos determinados para la práctica sexual, por ejemplo, hasta la violación sexual, es decir la práctica coercitiva del acto sexual u otro análogo.

#### **4.1.4- El comercio carnal**

En relación con todo lo anteriormente expuesto, y del análisis del numeral primero del Artículo 226º. del Código Civil, puedo arribar a la determinación de que en el año 1963 – cuando el esfuerzo del mundo por hiperdinamizar los derechos humanos y sobre todo los de la mujer no habían cobrado el realce que hoy día conocemos – el legislador guatemalteco al realizar un análisis de una propuesta legislativa importada como lo fue en su momento el contenido del actual Código Civil, no dimensionaba los esfuerzos que en el futuro se realizarían para equiparar los derechos de la mujer con respecto a los del genero masculino.

En tal virtud la aprobación del Artículo 226º. y específicamente el numeral primero, se dirigía a eximir de culpabilidad a un hombre que eventualmente fuera demandado con el objeto de buscar un resarcimiento por acceso carnal delictuoso, por una mujer de dudosa reputación o que en el peor de los casos ejerciera la prostitución.

Así que la denominación comercio carnal, etiquetaba a aquellas mujeres que mediante el cobro de una cantidad económica, sostenían una relación sexual eventual con un hombre. Es decir el legislador en ese momento histórico otorgó la calidad de mercancía al cuerpo femenino y la calidad de transacción comercial al acuerdo entre hombre y mujer por el cual acordado un precio, se llegaba al acto sexual.

Lo celebre del caso, es que si éste hecho, constituye una transacción comercial, el legislador debió proteger a ambas partes como sujetos de una relación contractual, y no dejar en estado de indefensión a una de ellas.

Por otro lado, es de hacer notar que si el cobro por sostener relaciones sexuales es una actividad comercial, realizada por algunas mujeres, es de suponer que las mismas en su calidad de comerciantes, lo que menos desean es la

disminución de sus rentas mercantiles, es decir una merma en sus utilidades netas, como sin lugar a dudas lo sería el hecho de quedar embarazadas.

Y si el embarazo no forma parte de la transacción comercial que construyó el legislador, a este sólo se podría llegar por la falta de previsión en el uso de métodos anticonceptivos o por acceso carnal delictuoso.

En el primero de los casos podría caber que si la falta de previsión en el uso de métodos anticonceptivos es imputable al hombre, este deberá responder ante el daño provocado – el cual sería el embarazo no deseado por la mujer – daño que entiendo podría ser medido objetivamente desde punto de vista físico, alcanzando el embarazo a la persona del ser concebido en todos sus derechos civiles.

En el segundo de los casos, no existe acuerdo de voluntades para la celebración contractual, mucho menos consentimiento para su otorgamiento, lo que devendría en la comisión de un delito generador de una indemnización por todos los daños causados.



## CONCLUSIONES

- 1- El daño no patrimonial, moral o psicológico es precariamente tratado en nuestro medio. Su estudio ha sido encarado analítica y dicotómicamente; con una increíble desatención en el alcance de las lesiones psicológicas, las cuales deberían de producir consecuentes efectos jurídicos indemnizatorios.
- 2- El Decreto Ley Número 106, en el numeral primero del Artículo 226°. vulnera el derecho constitucional de los ciudadanos guatemaltecos a percibir del Estado la protección y garantía a su persona así como a su integridad, entendida esta última como el componente físico, mental y espiritual de todo ser.
- 3- El acceso carnal delictuoso constituye un daño que afecta el proyecto de vida, al cual tiene derecho por naturaleza todo ser humano sin importar su condición de vida, afectando la autorrealización trazada con anterioridad al hecho generador del daño.
- 4- La improcedencia indemnizatoria establecida en el numeral primero del Artículo 226°. del Código Civil, es una exclusión de género, en donde además de alentar el delito de acceso carnal delictuoso, deja en estado de indefensión a la víctima así como al ser concebido bajo estas condiciones.



## RECOMENDACIONES

- 1- Todo esfuerzo por reformar la normativa supra indicada, debe considerar plantear una acción de investigación y capacitación, que implemente a los órganos jurisdiccionales de insumos legales de sus solicitudes dentro de la labor pericial psicológica para determinar el daño emocional sufrido, así como construir y estandarizar instrumentos de evaluación que permitan una adecuada cuantificación del mismo.
- 2- Corresponde al Estado guatemalteco, establecer un programa permanente de orientación a la mujer, que le brinde información relativa a un ataque sexual delictuoso, las principales verdades sobre este hecho, como evitarlos y forma de reaccionar frente al mismo.
- 3- Para la atención de las víctimas de acceso carnal forzado, debe establecerse una fiscalía específica, con personal altamente especializado para responder sensiblemente a las víctimas, orientar su atención médica, responder las preguntas de las afectadas así como brindar el asesoramiento legal que corresponda.
- 4- El Estado guatemalteco de acuerdo al Artículo 7 inciso e) de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém Do Pará, se encuentra obligado a Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, que permitan la tolerancia de la violencia contra la mujer.



## I- BIBLIOGRAFÍA

### A) AUTORES

- BINDER, Alberto Martín, Política criminal, Derecho Penal y Sociedad Democrática, Guatemala, Impresores Unidos, 2004.
- BODENHEIMER, Edgar; Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. Undécima Edición, México. 1989.
- CABANELLAS, Guillermo; Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta S. R. L. Décima Edición, Argentina, 1980.
- CARVAJAL, Mariana, Argentina: Un proyecto instaura la violencia psicológica además de la física. Contra el maltrato en todas sus formas, Argentina, 2007, [www.mujereshoy.com/secc\\_n/3600.shtml](http://www.mujereshoy.com/secc_n/3600.shtml)
- CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario; Constitución Política de la República de Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas de Guatemala, Cuarta Edición, Guatemala, 2002.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal DE LEON VELASCO, Derecho Penal Guatemalteco, Editorial Crockmen, Décima Tercera Edición Guatemala, 2002.
- Departamento de Servicios Sociales de Massachussets, Cuidando a los Niños, [www.mass.gov/Eeohhs2/docs/dss/can](http://www.mass.gov/Eeohhs2/docs/dss/can), 2007.
- GHERSI, Carlos Alberto, El Delito Emocional, Colombia. Ediciones Doctrina y ley ,1995.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires. Ed. Losada. 1,950.
- MOYA, RONALD, Sala Primera - Corte Suprema de Justicia, Nicaragua, 2007 [www.poder-judicial.go.cr/salaprimerana/noticias/noticia001.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimerana/noticias/noticia001.htm)
- NUÑO, Sergio, Jóvenes, Venezuela, 2005, S/Ed., s/ed. [www.semanario.com.mx/2005/414-09012005/jovenes.html](http://www.semanario.com.mx/2005/414-09012005/jovenes.html)

- PRIETO CASTRO, Leonardo, Tratado de derecho procesal civil, Tomo I, 2ª. Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona 1985.
- PUIG PEÑA, Federico, Compendio de derecho civil español, Ediciones Pirámide, 3ª. Edición, Madrid, 1976.
- SALAZAR, Teresa, Elizabeth TORRES y Vítila RINCON, Violencia en la Pareja. Maracaibo, 2005, vitaliarincon@yahoo.com
- VÁZQUEZ SMERILLI, Gabriela J. La reparación del daño producido por un delito, Hacia una justicia reparadora, Guatemala: Editores Siglo veintiuno 2001.
- VEHILS RUIZ, Juan Xavier, Daño Moral, Argentina, Revista Jurídico Electrónica [www.ambito-jurídico.com.br/aj/dcivil0005.htm](http://www.ambito-jurídico.com.br/aj/dcivil0005.htm)
- ZUÑIGA FLORES, Luis Arturo, Concepciones del Término Acceso Carnal, 2006, [www.monografias.com/trabajos35/acceso-carnal/acceso-carnal.shtml](http://www.monografias.com/trabajos35/acceso-carnal/acceso-carnal.shtml)

## **B) LEGISLACIÓN**

- 1- Constitución Política de la República de Guatemala, Corte de Constitucionalidad, (y su interpretación).
- 2- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 3- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- 4- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 5- Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém Do Pará.
- 6- Decreto Número 106 Código Civil.