



UNIVERSIDAD JUAREZ AUTÓNOMA DE TABASCO

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"

DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

TESIS

**"ESTUDIO DE CASO DE DAÑO MORAL POR
VIOLACIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR"**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN ESTUDIOS JURÍDICOS**

PRESENTA

CINTHIA KRISTELL JIMÉNEZ VÁZQUEZ

DIRECTOR DE TESIS

DRA. KARLA CANTORAL DOMÍNGUEZ

CODIRECTOR DE TESIS

DRA. GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES

TUTOR

DR. JOSÉ ALONSO RODRÍGUEZ CRUZ

Villahermosa, Tabasco mayo de 2018



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"



**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES**



Dirección

Villahermosa, Tabasco a 7 de mayo de 2018

Oficio no. DACSYH/PNPC/1211/2018

Asunto: Modalidad de Tesis

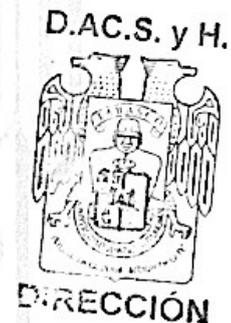
Lic. Cinthia Kristell Jiménez Vázquez
Egresada de la Maestría en Estudios Jurídicos
Presente.

En atención a su solicitud de autorización de modalidad de titulación, me permito comunicarle que con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente, se aprueba que pueda titularse mediante la modalidad de tesis con el trabajo recepcional "Estudio de caso de daño moral por violación al interés superior del menor", para obtener el grado de la Maestría en Estudios Jurídicos.

Sin otro particular, provecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

Atentamente
"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"

Dr. Fernando Rabelo Hartmann
Director



C.c.p. Dr. Angel Morales Velueta.- Coordinador de Posgrado de la DACSYH.

C.c.p. Archivo

DR. FRH/DRA. FSH/ckjv

Miembro CUMEX desde 2008



UN ALIANZA DE CALIDAD POR LA EDUCACIÓN SUPERIOR

PROLONGACIÓN PASEO USUMACINTA S/N
BOULEVARD BICENTENARIO
R/A GONZÁLEZ 1RA SECCIÓN, CENTRO TABASCO
TEL. (993) 358 15 00 EXT. 6501
CORREO DIRECCION DACSYH@UJAT.MX

www.ujat.mx

Facebook: DACSYH División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades/ twitter@DACSYH1_UJAT



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"



**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES**



Dirección

Villahermosa, Tabasco a 7 de mayo de 2018

Oficio no. DACSYH/PNPC/1212/2018

Asunto: Autorización de Impresión de tesis

Lic. Cinthia Kristell Jiménez Vázquez
Egresada de la Maestría en Estudios Jurídicos
Presente.

Con fundamento en el artículo 65 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente, y en atención a la tesis titulada "Estudio de caso de daño moral por violación al interés superior del menor", para obtener el grado de la Maestría en Estudios Jurídicos la cual ha sido revisada y aprobada por su Directora la Dra. Karla Cantoral Domínguez y la Codirectora la Dra. Gisela María Pérez Fuentes y la Comisión Revisora, me permito comunicar a usted que se autoriza la impresión de la misma, a efecto de que esté en posibilidad de presentar el examen respectivo.

Sin otro particular, provecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

Atentamente

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"

Dr. Fernando Rabelo Hartmann
Directora

D.A.C.S. y H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Dr. Angel Morales Velueta.- Coordinador de Posgrado de la DACSYH.
C.c.p. Archivo
DR. 'FRH/DRA. 'FSH/ckjv

CARTA AUTORIZACIÓN

La que suscribe, por medio del presente escrito autoriza a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco para que utilice tanto física como digitalmente la tesis de grado de Maestría en Estudios Jurídicos denominada "Estudio de caso de daño moral por violación al interés superior del menor", de la cual soy autora y titular de los derechos de autor.

La Universidad Juárez Autónoma de Tabasco tendrá el uso de la tesis antes mencionada, únicamente para difusión, educación y sin fines de lucro; autorización que se hace de manera enunciativa más no limitativa para subirla a la Red Abierta de Bibliotecas Digitales (RABID) y a cualquier otra red académica con las que la Universidad tenga relación institucional.

Por lo antes manifestado, libero a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de cualquier reclamación legal que pudiera ejercer respecto al uso y manipulación de la tesis mencionada y para los fines estipulados en éste documento.

Se firma la presente autorización en la ciudad de Villahermosa, Tabasco a los 7 días del mes de mayo del año 2018.

AUTORIZA



Cinthia Kristell Jiménez Vázquez

Agradecimientos

Esforzaos y cobrad ánimo; no temáis, ni tengáis miedo de ello, porque Jehová tu Dios es el que va contigo; no te dejará, ni te desampará.

Deuteronomio 31:6.

El día que decidimos unir nuestras vidas, lo hicimos con la sincera intención de caminar juntos y ser compañeros de retos, es por ello que agradezco a Dios que nos permitió terminar y seguir avanzando siempre juntos.

Gracias mami por enseñarme a enfrentar los retos y desafíos para ser mejor cada día, tu siempre has sido mi mayor ejemplo de perseverancia, te amo por estar siempre conmigo.

Agradezco a la Dra. Gisela María Pérez Fuentes y a la Dra. Karla Cantoral Domínguez por su gran apoyo y guía en mi vida académica. Gracias por ese gran compromiso que tienen por la investigación y por transmitirlo a sus alumnos.

A mis maestros agradezco el tiempo, por su dedicación que nos dieron en cada clase y su enorme compromiso de guiarnos en nuestras investigaciones.

Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) y al Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC), la oportunidad de lograr mi formación en el Programa Académico de Maestría en Estudios Jurídicos, impartido en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO PRIMERO. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	6
I. Planteamiento del problema.....	6
II. Pregunta de investigación	8
III. Objetivos de investigación.....	9
1. Objetivo General.	9
2. Objetivos Específicos.....	9
IV. Justificación	9
V. Hipótesis	10
1. Variables de la hipótesis	10
A. Variables dependientes.	10
B. Variables independientes.	11
VI. Marco teórico conceptual.....	11
1. Daño moral.....	14
2. Interés superior del menor.	15
3. Derechos de la personalidad.	17
4. Dignidad humana.	18
5. Seguridad jurídica	21
VII. Metodología	23
CAPÍTULO SEGUNDO. DAÑO MORAL: MARCO JURÍDICO Y ELEMENTOS DE COMPROBACIÓN.....	25
I. Derechos de la personalidad.....	25
A. Derecho al honor, intimidad, vida privada e imagen.....	26
B. Declaración Universal de los Derechos Humanos	27
C. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	28
a. Derecho a la honra	28
b. Derecho a la dignidad	29
c. Derecho a la vida privada	31
D. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	32
II. Origen y evolución del daño moral en México.	34

III. Marco jurídico sobre daño moral.....	37
1. Código Civil del Distrito Federal.....	37
2. Código Civil de Puebla.....	40
3. Código Civil de Tabasco	41
A. Breve reseña histórica.....	41
B. Código Civil vigente desde 1997.....	43
C. Evolución o involución del daño moral en Tabasco.....	48
4. Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en la Ciudad de México.....	50
A. Malicia Efectiva.....	52
IV. Elementos de comprobación del daño moral.....	55
CAPITULO TERCERO. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN MÉXICO: DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS Y NORMAS DE PROCEDIMIENTO.....	
	57
I. Concepto de interés superior del menor	57
II. Instrumentos jurídicos internacionales que protegen los Derechos de los Niños	61
1. Convención sobre los Derechos del Niño	61
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	64
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos	64
III. Interés Superior del Menor en la legislación mexicana.....	65
1. Constitución Federal	67
2. Ley reglamentaria del artículo 4º de la Constitución Federal.....	69
3. Ley de los Derechos de las Niñas y Niños de la Ciudad de México.....	72
4. Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.....	73
5. Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco.	75
IV. Daño moral en caso de niñas, niños y adolescentes.....	79
CAPITULO CUARTO. POLÍTICA JURÍDICA DEL DAÑO MORAL Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	
	87
I. Estudio de casos en el derecho comparado: España	87

1. Caso de las menores Casilda y Adriana.....	88
2. Caso del procesado por los juegos de peluches, objetos y sabores.	95
II. Valoración del interés superior del menor en juicios de daño moral: estudio de casos en México.....	101
1. Caso de daño moral de menor lesionado por su padre.....	102
2. Caso de daño moral a un menor por lesiones dolosas.....	110
3. Caso de daño moral a menor víctima de violación y abuso sexual.	112
4. Medidas de proteccion reforzadas	115
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA	119

INTRODUCCIÓN

La Maestría en Estudios Jurídicos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco ha impulsado la línea de investigación “Derechos de la persona”, en la cual se inscribe el presente trabajo de tesis. En México a partir de la reforma constitucional del artículo 1º en el que se reconoce la protección más amplia a la dignidad de la persona, se ha desmaterializado el daño moral, figura que en el ámbito procesal puede proteger los derechos que permiten la realización del ser humano, especialmente cuando se trata de un grupo vulnerable como son las niñas, niños y adolescentes. Por ello, el objetivo general de la presente investigación consiste en: “Estudiar el interés superior del menor para demostrar la necesidad de implementar medidas reforzadas en caso de daño moral cuando se afecta a un menor por la comisión de un hecho ilícito.”

Si bien es de reconocerse la incorporación de la teoría del principio *pro homine* en la Constitución mexicana, es insuficiente para proteger la dignidad de la persona, toda vez que se requieren procedimientos ágiles y novedosos del daño moral en nuestro sistema jurídico, esta tarea le corresponde al Derecho Civil, cuando se elevan a derechos fundamentales muchos derechos de la personalidad, en el que además los jueces deben tomar en cuenta el interés superior del menor para fundar sus decisiones cuando se trate de aquellos que son afectados por la comisión de un hecho ilícito. En ese sentido, la hipótesis que se propone es la siguiente: “La existencia de medidas reforzadas en caso de daño moral por violación al interés superior del menor víctima de delito es imprescindible para garantizar la seguridad jurídica de la niñez en el sistema jurídico mexicano.”

Para comprobar la hipótesis, el presente trabajo se compone de cuatro capítulos que a continuación se explican de forma concreta:

En el Capítulo Primero se presenta el diseño y la estructura de la investigación; contiene el planteamiento del problema, las preguntas de

investigación, la delimitación del tema, la justificación del proyecto y el marco metodológico.

En el Capítulo Segundo, titulado “Daño moral: marco jurídico y elementos de comprobación” se describe la evolución jurídica que ha tenido el daño moral en México.

En el Capítulo Tercero, nombrado “Interés superior del menor en México: derechos fundamentales, principios y normas de procedimiento” se identifica la posición que ocupa el interés superior del menor frente a otros derechos, así también se identifican los derechos lesionados y la legitimación ante casos de daño moral a menores víctimas de delitos.

En el Capítulo Cuarto, denominado “Política jurídica del daño moral y la protección del interés superior del menor” se analizan los elementos de política jurídica que toman en cuenta los jueces ante casos de daño moral por afectación a derechos de niñas, niños y adolescentes en España y México.

Los métodos de estudio utilizados en este trabajo, son la doctrina analítica, derecho comparado, sociología jurídica y el método de casos.

CAPÍTULO PRIMERO. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

I. Planteamiento del problema

La sociedad evoluciona minuto a minuto, pero estos avances al igual que generan beneficios, muchas veces también originan perjuicio en la sociedad. Según un trabajo publicado por el INEGI en 2016 a partir de los registros administrativos, entre 2010 y 2014, se encuentra que 6% del total de defunciones por homicidio corresponde a personas menor de edad; 17% en el caso de lesiones intencionales y 10% para víctimas registradas en investigaciones del Ministerio Público. Según estos registros en la región sureste Tabasco es el estado con mayor índice de lesiones en contra de menores.

Los menores son un grupo en situación de vulnerabilidad por razón de su falta de madurez y desarrollo, por lo cual el derecho debe brindarles una protección especial, además, los niños, niñas y adolescentes se encuentran situados en una posición de mayor riesgo, razón por lo cual se ven lesionados sus derechos fundamentales y sus derechos de la personalidad como su vida privada, el honor, buen nombre, y la intimidad, asimismo son víctimas de diversos delitos como, abuso sexual, pornografía infantil, estupro, violación, pederastia entre otros. abusos los cuales tienen un impacto negativo en su desarrollo integral y vida adulta.

En el caso del acoso escolar, el Annual Bullying Survey, publica el resultado de una encuesta realizada a 8.850 jóvenes de edades comprendidas entre los 12 a 20 años de edad de Reino Unido. Entre otros datos significativos, señala al respecto que el 44% de los jóvenes que han sido acosados o intimidados experimentan depresión; el 41% ansiedad social y el 33% de los que están siendo acosados tienen pensamientos suicidas. Se debe manifestar que todas estas conductas de abuso producen daños en su joven personalidad en formación,

situación que no admite matices. Siendo independiente el origen del daño. El concepto jurídico de daño civil resarcible es unitario.

En palabras de Poma Valdivieso:

...“La reparación civil como institución jurídica se constituye como el punto de conexión entre el Derecho penal y el Derecho civil, ya que de esta manera se aprecia la doble acción de las consecuencias jurídicas del delito: pena y reparación; en otros términos, una consecuencia jurídica dirigida a restablecer la paz en la sociedad (pena) y otra dirigida a reparar el daño ocasionado a la víctima (reparación civil). Para esta autora la reparación civil es una de las consecuencias jurídicas del delito, que se le impone – conjuntamente con la pena– a la persona que se encuentra responsable de la comisión de un delito. Si bien no es una consecuencia jurídica indispensable al momento de imponerse una pena, sí configura un mecanismo de satisfacción de intereses de la víctima, cuando se aprecie la existencia de un daño; en ese sentido, se debe mencionar que la reparación civil no siempre se determina con la pena, pues ésta solo requiere de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación de un daño”.¹

Sabemos que los daños materiales y patrimoniales son resarcibles. Lo que determina el contenido del daño civil es la lesión de un interés privado e individualizable, patrimonial o no patrimonial pero que sucede con los daños físicos/psíquicos y particularmente, daños morales.

Pero ¿qué afectaciones son consideradas como daño moral? El Derecho, no resarce cualquier dolor, padecimiento, envilecimiento o aflicción, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el que la víctima

¹ Poma Valdivieso, Flor de María Madelaine, “La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto” Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, p. 97.

tiene un interés jurídicamente reconocido, es decir, cuando se afecte un derecho de la personalidad, como el honor, la intimidad o la imagen.

Es evidente que delitos como violación, estupro, acoso sexual y pornografía infantil, causan en el menor una afectación en su salud física, psicológica y social, lo que genera un daño moral que debe ser reparado.

Aunque este tipo de conductas son de carácter delicado, es importante destacar la necesidad de compensación de los daños morales derivados de ellas, no sólo por el sufrimiento personal de las víctimas, sino especialmente, por el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el daño psicológico, la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad, y un largo etcétera de padecimientos que ningún ser humano tiene obligación de soportar, menos aún, cuando se producen en la infancia y adolescencia.

En consecuencia, en esta investigación nos enfocaremos a realizar un estudio de casos sobre el daño moral derivado de la comisión de delitos en contra de menores (estupro, violación, abuso sexual, pornografía infantil) y la falta de medidas reforzadas que garanticen el interés superior del menor.

II. Pregunta de investigación

¿Qué medidas se implementan para garantizar la compensación por daño moral en delitos en contra de menores en el sistema jurídico mexicano?

¿Qué medidas de acción reforzadas se emplean para garantizar el interés superior del menor y los derechos de la personalidad?

¿Qué medidas jurídicas son necesarias para proteger los derechos de la personalidad del menor ante la comisión de un delito que los afecte?

III. Objetivos de investigación

1. Objetivo General.

Estudiar el interés superior del menor para demostrar la necesidad de implementar medidas reforzadas en caso de daño moral cuando se afecta a un menor por la comisión de un hecho ilícito.

2. Objetivos Específicos

- a. Analizar la figura del daño moral y los derechos de la personalidad, para identificar su evolución en el sistema jurídico mexicano.
- b. Distinguir los derechos de la personalidad que se ven lesionados en los delitos cometidos en contra de menores para determinar las medidas que deben implementarse para garantizar una reparación del daño moral en armonía con el interés superior del menor.
- c. Examinar mediante estudio de casos, las políticas jurídicas existentes sobre la protección del interés superior del menor para proponer las medidas que son necesarias ante casos de reparación del daño moral a un menor víctima de delito.

IV. Justificación

La necesidad de intimidad es inherente a la persona humana ya que para que el hombre se desarrolle y gesticule su propia personalidad e identidad es menester que goce de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de la intromisión de extraños. Así pues, debemos entender que todos los seres humanos tenemos una vida

“privada” conformada por aquella parte de nuestra vida que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y en donde en principio los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia, ni les afectan.

Es por ello que cuando estas intromisiones en la vida privada, el honor, la imagen y la intimidad transgreden a un menor, las condiciones de protección deben ser mayor, toda vez que el interés superior del menor se debe ponderar en virtud que se debe cuidar el libre desarrollo del menor, es por ello que en esta investigación se pretende comprobar mediante un estudio de casos, la necesidad de las medidas reforzadas en la protección del daño moral en menores víctimas de delitos en el sistema jurídico mexicano.

V. Hipótesis

La existencia de medidas reforzadas en caso de daño moral por violación al interés superior del menor víctima de delito es imprescindible para garantizar la seguridad jurídica de la niñez en el sistema jurídico mexicano.

1. Variables de la hipótesis

A. Variables dependientes.

- a) **Daño moral:** es la alteración profunda que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, producida por hecho ilícito.

- b) **Interés superior del menor:** un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así

como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

B. Variables independientes.

- a) **Medidas reforzadas:** Son aquellas que permiten vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.

- b) **Seguridad jurídica:** es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

VI. Marco teórico conceptual

En el sistema jurídico mexicano, uno de los principios fundamentales consagrados en la Constitución Federal y en la jurisprudencia, es el interés superior del menor, lo que significa que los menores son destinatarios de un trato preferente, por su carácter jurídico de sujetos de especial protección, es decir, son titulares de un conjunto de derechos que deben valorarse de acuerdo con sus circunstancias específicas.²

² Al respecto véase la tesis 1a. LXXXII/2015, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1398, bajo el rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONSTITUYE UN PRINCIPIO RECTOR DE TODAS LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS RELACIONADOS CON MENORES. Además de su carácter tuitivo, el principio de interés superior del menor constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos de los menores y los coloca como sujetos prevalentes de derechos. Se trata entonces de considerar la especial situación en que se encuentran ciertos derechos humanos cuando el titular es un menor, atendiendo a que el derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos con pleno respeto a sus derechos fundamentales. Desde esta óptica, los menores son destinatarios de un trato preferente, por su carácter jurídico de sujeto de especial protección, lo que implica que son titulares de un conjunto de derechos que deben valorarse de acuerdo con sus circunstancias

Para garantizar este principio la normativa federal cumple con los tratados internacionales en relación a la protección de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, en los que se incluye sus derechos a la intimidad personal y familiar, así como a la protección de datos personales, según se ha definido en varias leyes tanto a nivel nacional como local, entre las que destaca la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,³ en adelante LGDNNA.

México ha firmado importantes instrumentos internacionales de protección a los menores, entre los que se encuentran: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 15 de julio de 1989, la Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias de 24 de mayo de 1984, entre otros.

El artículo 4º Constitucional eleva al rango de los derechos fundamentales, temas tratados en el área del derecho privado, por ejemplo: "En todas las

específicas. De ahí que el interés superior del menor constituye un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con menores. Así también véase la tesis: 1a. CCCLXXIX/2015, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, diciembre de 2015, Tomo I, p. 256, bajo el rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO. De la jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de título y subtítulo: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS." (1), deriva que el interés superior del menor es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, c) como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles.

³ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, última reforma publicada el día 9 de marzo de 2018.

decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”⁴

La importancia de las normas constitucionales en todo el ordenamiento jurídico y su vinculación con el Derecho Civil se convierten en decisivas, a tal extremo que la distinción tradicional entre Derecho Público y Privado, ha dejado de tener trascendencia y es casi insostenible en un Estado democrático de Derecho que está relacionado a la dignidad de la persona.

La constitucionalización del Derecho Civil se fundamenta en la protección de la persona y la familia,⁵ hace años se han realizado intentos desde un enfoque positivista con la defensa de un derecho de familia separado del Derecho Civil normativamente, ahora a partir de la Constitucionalización del derecho civil en relación a la persona implica, entre otras cosas que las instituciones típicamente civiles han pasado a alcanzar rango constitucional, como la teoría de los derechos de la personalidad,⁶ la familia, el matrimonio y la protección de los menores; se produce además una derogación de figuras jurídicas, propias del Derecho Penal, así como la promulgación de leyes especiales, que reforman sin duda el Código Civil; se manifiesta en el ámbito judicial una reinterpretación constitucional de las

⁴ Párrafo adicionado mediante reforma publicada en el DOF el 18 de marzo de 1980, reformado el 07 de abril del 2000 y el 12 de octubre de 2011.

⁵ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla, Daño moral y derechos de la personalidad del menor, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 25 – 31.

⁶ Se pueden definir los derechos de la personalidad como categoría especial de derechos subjetivos que, fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto. Cfr. Pérez Fuentes, Gisela María, Voz “Derechos de la personalidad”, en Villanueva, Ernesto (coord.), Diccionario de Derecho de la Información, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I, pp. 563-572

normas civiles,⁷ sin embargo se analizan las formas de reparación a través del daño moral ante casos de menores víctimas de delitos, tales como el abuso sexual o la violación.

En el caso de México se estaba produciendo un tránsito lento de incorporación de los derechos fundamentales de primera generación, que son precisamente, los tipos más cercanos en contenido a los derechos de la personalidad. Sin embargo, la reforma del artículo 1º y la incorporación del principio *pro homine*,⁸ ratifica la teoría de la constitucionalización del Derecho Civil en el ámbito de los derechos de la personalidad.⁹

1. Daño moral

Lo importante en determinar la figura del daño moral es reconocer la fuente que lo produce, es decir la índole de los derechos afectados, y eso son derechos de la personalidad, considerando éstos como una categoría especial de derechos subjetivos que fundados en la dignidad de la persona garantiza el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de la persona.¹⁰

⁷ Maluquer de Motes y Bernet, Carlos, "Derecho civil constitucional", en Perlingieri, Pietro; *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, traducido y coordinado por Luna Serrano, Agustín y Maluquer de Motes y Bernet, Carlos, Madrid, Ed. Dykinson, 2008, pp. 537 – 566.

⁸ Mediante reforma a la CPEUM publicada en el DOF el 10 de junio de 2011, se adicionó un segundo párrafo al artículo 1º, para quedar: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

⁹ En otros países al que no escapa México, la constitucionalización del derecho privado ha sido un proceso de intervención de los derechos fundamentales en escenarios donde ha predominado la autonomía de la voluntad, sobre la problemática suscitada al respecto, cfr. Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Universidad del Rosario – Universidad de los Andes - Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2013.

¹⁰ Pérez Fuentes, Gisela María, "Derechos de la personalidad", en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I, p. 565.

Vergara Bezanilla, define al daño moral como la “lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia.”¹¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterio jurisprudencial ha sostenido que el daño moral es la alteración profunda que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada.

“...daño moral debe entenderse la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.”¹²

2. Interés superior del menor.

De los integrantes del núcleo familiar, el menor¹³ es quien requiere mayor protección y garantía por parte del Derecho, por lo cual el concepto de interés superior del niño:

“Interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en Derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser

¹¹ Vergara Bezanilla, José Pablo: “Mercantilización del daño moral”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°1, año 2000, p. 70.

¹² Tesis: I.3o.C. J/71(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 5, Enero de 2012, Pág. 4036.

¹³ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen, et. al., Sociología General y Jurídica, México, Porrúa, 2013, pp.162-174.

interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es.”¹⁴

El objetivo principal del denominado interés superior del menor “es salvaguardar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.”¹⁵

Aunque según el Comité de los Derechos del Niño, se concibe de forma tripartita como un derecho sustantivo, un principio jurídico indeterminado y una norma de procedimiento, concepciones que analizaremos en el capítulo correspondiente.¹⁶ Entonces, el propósito del interés superior del menor es proteger los derechos de los menores y buscar que se adopten en todo momento medidas que le proporcionen un mayor grado de bienestar.

En relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos después de la reforma en materia de derecho humanos el 12 de octubre de 2011, se reforma el artículo 4º, el cual se reconoce el interés superior del menor en su párrafo noveno, que a la letra dice:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”¹⁷

¹⁴ Ravetllat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2 · 2012, pp. 89-108.

¹⁵ *idem*

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General no14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013 p.3.

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo noveno adicionado el 18 de marzo de 1980 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, con su última reforma el 12 de octubre de 2011.

En virtud de este principio que se encuentra reconocido en la Constitución y en diversas leyes especiales, analizaremos a través de un estudio de casos la forma en que se ha tratado de garantizar los derechos de la personalidad de los menores víctimas de delitos a través del juicio de daño moral.

3. Derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad son aquellos que protegen civilmente la esencia física y moral de la persona. Esto permite que el sujeto de derecho despliegue la plenitud de valores que reclama su status y por sí mismo conforman la máxima garantía que supone la condición plena de ser persona.¹⁸

El derecho de la personalidad constituye la esencia y la protección de la persona en el ámbito del derecho privado. Su estudio y protección permiten un ejercicio efectivo de la dignidad humana en su máximo esplendor.

Cabe señalar que los derechos de la personalidad no son lo mismo que los derechos humanos, puesto que el primero constituye la protección civil de los derechos de la persona y el segundo configuran la protección de los derechos de la persona frente al Estado.

El derecho de la personalidad nace de la intención de garantizar la protección de la persona humana frente a las ofensas de las que puede ser objeto en los diferentes aspectos de su personalidad.¹⁹

La teoría de los derechos de la personalidad ha sido tratada sin duda alguna a partir de la reforma de 1982 al Código Civil del Distrito Federal,²⁰ pero en

¹⁸ Domínguez Guillén, María Candelaria. Sobre los derechos de la personalidad. *Díkaion* 17, 2003.

¹⁹ Jourdain, Patrice, Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 362.

la propia jurisprudencia se ha ido perfeccionando la teoría a la vez que de igual forma se ha ido consolidando la teoría de los derechos humanos. Los tribunales mexicanos han reconocido a los derechos de la personalidad como derechos subjetivos del ser humano, en tanto que son inseparables de su titular, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos. El Poder Judicial de la Federación los reconoce indistintamente como bienes o derechos que recaen sobre la personalidad de los individuos, y los identifica caracterizándolos en: *Generales* porque corresponden a todos los seres humanos, y no pueden considerarse renunciables, transmisibles o prescriptibles, porque son inherentes a la persona misma, es decir, son *intrínsecos al sujeto* quien no puede vivir sin ellos.

Algunos autores señalan que los derechos de la personalidad se han recogido como derechos fundamentales pero no todos de tal manera que no pueden equipararse ambas categorías de forma plena.²¹ En realidad, como refieren las doctoras Pérez Fuentes y Cantoral Domínguez,²² en un Estado democrático el reconocimiento de la dignidad y la libertad del ser humano se fundamentan en la dignidad personal así que si los derechos de la personalidad se caracterizan por ser manifestaciones directas de la personalidad, no es aceptable que en un Estado de Derecho la enumeración de los derechos fundamentales no se puede justificar desde el mismo sistema jurídico que los derechos de la personalidad, al no tener reconocida la protección máxima del ordenamiento jurídico mediante su elevación a rango fundamental.

4. Dignidad humana.

La dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado. En este contexto, la dignidad de la

²⁰ Reforma al artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

²¹ García Pérez, Carmen; Titulares de los bienes de la personalidad: Legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982, Valencia, España, 2001 pp. 32-33

²² Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla, op. cit., pp. 33-34.

persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse.²³

Del punto anterior se resalta que todos tenemos dignidad por el solo hecho de ser seres humanos, cualidad inherente y propia desde nuestro nacimiento, en cuanto somos seres humanos racionales y libres.

Algunos de los principales valores jurídicos que permiten analizar el derecho positivo y orientan la interpretación y aplicación de las normas son la justicia, la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, seguridad y bien común.²⁴

En el caso nos centraremos en la dignidad, misma que se considera como principio, base y condición de todos los derechos del ser humano, así se encuentra reconocido en México en el último párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²⁵

El Poder Judicial de la Federación sostiene que la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de

²³ Aparisi Miralles, Ángela, “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global” Cuadernos de Bioética, España, vol. XXIV, núm. 2, mayo-agosto, 2013, p. 211.

²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, Introducción al Estudio del Derecho, Ediciones Nostra, México, 2009, pp. 219 – 220.

²⁵ Cfr. Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el día 15 de septiembre de 2017.

serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.²⁶

Como sostiene Jaime Cárdenas, en nuestro tiempo se concibe a la dignidad a partir de la relación del ser humano con otros seres humanos, sin entenderlo en una esfera puramente individual. Si el ser humano tiene derechos fundamentales es precisamente en razón de su dignidad y si la democracia constituye una forma de gobierno en la que las decisiones colectivas se adoptan con algún grado importante de intervención de los propios sujetos que quedarán luego vinculados por ellas, es igualmente en razón de la dignidad que a esos sujetos se reconoce.²⁷

Así también, se ha resuelto mediante sentencia que el derecho a la dignidad humana, del que deriva la integridad física y psíquica, el honor y libre desarrollo de la personalidad, son inherentes al ser humano como tal, por lo que las personas morales no gozan del derecho a la dignidad.²⁸ Si bien es cierto que no gozan del derecho a la dignidad, las personas jurídicas pueden reclamar en determinado momento la reparación por daño moral cuando demuestre la afectación que le causen a su prestigio derivado de su actividad profesional.

En México a partir de la reforma constitucional de 2011, se incorporó el principio *pro persona* o *pro homine*, el cual implica que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, sea ésta la que se aplique, cumpliendo desde luego con los principios rectores de la labor jurisdiccional que a su vez son previstos como derechos humanos y desarrollados en la legislación secundaria, porque si

²⁶ Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 37/2016, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, p. 633.

²⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 224.

²⁸ Tesis: 2a./J. 73/2017, Décima Época, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, p. 699

no se hiciera, se generaría una vulneración a la seguridad jurídica, principio básico en todo Estado constitucional y democrático de derecho.²⁹

Cabe destacar que la aplicación del principio *pro persona* o *pro homine* en la Constitución es únicamente para la interpretación de normas con el objeto de establecer el contenido y alcance de los derechos humanos y dar un sentido protector a favor de la persona humana. Lo anterior - ha resuelto la Corte - no significa que en cualquier caso el órgano jurisdiccional deba resolver el fondo del asunto, sin que importe la verificación de los requisitos de procedencia previstos en las leyes nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, ya que las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución.³⁰

5. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica ha sido considerada “como garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y produciendo que éste responda a la realidad social en cada momento”.

La existencia de la seguridad jurídica constitucional se encuentra en el artículo 1o. de la CPEUM, en el cual ordena: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”³¹

²⁹ Tesis: I.5o.C.9 K, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, Junio de 2015, Tomo III, p. 2363, bajo el rubro: PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN NO JUSTIFICA QUE EN LA TUTELA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE VULNEREN OTROS.

³⁰ Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 10/2014, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 487.

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo primero, reformado el 10 de junio del 2011 y publicado en el Diario Oficial de la Federación.

A través de la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica reconocidos por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se respetan por el legislador cuando las normas que facultan a las autoridades para actuar en determinado sentido encauzan el ámbito de esa actuación a fin de que, por un lado, el gobernado conozca cuál será la consecuencia jurídica de los actos que realice, y por otro, que el actuar de la respectiva autoridad se encuentre limitado, de manera que la posible afectación a la esfera jurídica de aquél no resulte caprichosa o arbitraria.³²

Un elemento a destacar en la LGDNNA es el catálogo de derechos humanos³³ que se establece de forma enunciativa más no limitativa para la protección de niñas, niños y adolescentes, entre los que se encuentra el derecho a la seguridad jurídica, no obstante mediante este trabajo de investigación analizaremos de qué forma se garantiza este derecho a los menores víctimas de delitos ante casos de reparación de daño moral.

³² Tesis: 2a./J. 106/2017, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo II, p. 793, bajo el rubro: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. SU CONTRAVENCIÓN NO PUEDE DERIVAR DE LA DISTINTA REGULACIÓN DE DOS SUPUESTOS JURÍDICOS ESENCIALMENTE DIFERENTES.

³³ Cfr. Artículo 13 de la LGDNNA: I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; II. Derecho de prioridad; III. Derecho a la identidad; IV. Derecho a vivir en familia; V. Derecho a la igualdad sustantiva; VI. Derecho a no ser discriminado; VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; VIII. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; XI. Derecho a la educación; XII. Derecho al descanso y al esparcimiento; XIII. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; XIV. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; XV. Derecho de participación; XVI. Derecho de asociación y reunión; XVII. Derecho a la intimidad; XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; XIX. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

VII. Metodología

1. **Doctrina analítica:** En la presente investigación se desarrollará el método de doctrina analítica porque se realizará un estudio de la figura del daño moral y su evolución jurídica en el derecho mexicano, de igual manera se estudiarán los derechos de la personalidad, el interés superior del menor especialmente ante casos en los que es víctima de delito.
2. **Sociología Jurídica:** Con este método se pretende observar los efectos sociales y la evolución de daño moral en el sistema nacional mexicano, de igual manera estudiar los derechos de la personalidad, tales como el daño a la dignidad, el honor, la intimidad y la propia imagen que se pueden ocasionar a un menor. De igual manera se realizará un estudio de tipo interdisciplinario porque no sólo se estudiará la protección jurídica del interés superior del menor y la figura del daño moral sino también los delitos de los que pueden ser objetos los menores.
3. **Derecho comparado:** Este método pretende realizar el análisis del marco doctrinal y jurisprudencial de un país distinto a México, como es el caso de España, así también es importante el estudio en algunos organismos internacionales reconocidos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los derechos de los niños, marco constitucional y marco normativo nacional y estatal para poder realizar un estudio de caso sobre las medidas de protección reforzadas que se debe emplear en menores víctimas de delitos.

4. **Método de casos:** Con el presente método se realizará el estudio de casos para identificar las medidas de protección reforzadas que se han aplicado en casos concretos de menores víctimas de un delito, por lo que se debe proponer los tipos de medidas reforzadas que se deben considerar para garantizar la protección más amplia del interés superior del menor ante la presencia de delitos.

CAPÍTULO SEGUNDO. DAÑO MORAL: MARCO JURÍDICO Y ELEMENTOS DE COMPROBACIÓN

Antes de analizar la figura del daño moral se debe definir que son los derechos de la personalidad. El derecho de la personalidad constituye la esencia y la protección de la persona en el ámbito del derecho privado. Su estudio y protección permiten un ejercicio efectivo de la dignidad humana en su máximo esplendor.

I. Derechos de la personalidad

Cabe señalar que los derechos de la personalidad no son lo mismo que los derechos humanos, puesto que el primero constituye la protección civil de los derechos de la persona y el segundo configuran la protección de los derechos de la persona frente al Estado.

El derecho de la personalidad nace de la intención de garantizar la protección de la persona humana frente a las ofensas de las que puede ser objeto en los diferentes aspectos de su personalidad.³⁴

Los derechos de la personalidad son la máxima garantía de la persona en el ámbito del derecho privado, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos.

Esta investigación también dispone que las normas relativas a los derechos humanos serán interpretadas de conformidad con la Constitución y con los tratados en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia y cuando se tratare de un menor ponderando el interés superior del menor. Asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus

³⁴Jourdain, Patrice, Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 362.

competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Es por ello que gracias a la protección que brinda el contenido de este artículo en su conjunto, el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar, por mencionar alguno —pero no restringiéndolo solamente a éste—, se garantiza por esa vía en este país.

Los derechos humanos que han sido positivados en las Constituciones de los distintos países, de acuerdo con la teoría del garantismo, son aquellos que pueden considerarse fundamentales. La Constitución mexicana, en Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, ha reformado la denominación de su primer capítulo como "De los derechos humanos y sus garantías", por ello, cuando se haga alusión al reconocimiento constitucional de estos derechos, tendremos en cuenta este punto.

A. Derecho al honor, intimidad, vida privada e imagen

Los derechos al honor, a la vida privada, a la intimidad y a la propia imagen, catalogados como derechos de la personalidad, con el transcurso del tiempo han recibido reconocimiento de su condición de derechos humanos que merecen una regulación del más alto nivel, ya que las intromisiones y perturbaciones a estos derechos, se han convertido en amenazas, especialmente cuando se trata de grupos vulnerables como son los infantes.

Según la teoría de los derechos fundamentales en particular la del garantismo,³⁵ de Luigi Ferrajoli, los derechos humanos que han sido positivados

³⁵ De este modo, Ferrajoli explica que "en el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las Constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y correctamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto corresponde a la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos

constitucionalmente son aquellos que pueden definirse como fundamentales. Uno de los atributos esenciales de esos derechos, según su origen y elementos filosóficos inspiradores, es su universalidad. De ahí que aparezcan reflejados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en otros similares, aunque la nominación de estos otros cuerpos jurídicos no integre el adjetivo universal.

En este sentido, la universalidad conlleva una fuerte influencia iusnaturalista del primer constitucionalismo. Es así que se pensaba que si los derechos enunciados eran, justamente naturales, entonces tenían que ser reconocidos a todas las personas, teniendo en cuenta que todas ellas conllevan idéntica naturaleza. En palabras de Rials, citado por Carbonell, "si existe un orden natural racional cognoscible con evidencia, sería inconcebible que fuera consagrado con variantes significativas según las latitudes".³⁶

B. Declaración Universal de los Derechos Humanos

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, se busca la protección de la persona humana en términos sustanciales y no meramente formales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 constituye un parteaguas al establecer en su preámbulo que los derechos del hombre son iguales e inalienables y que la dignidad humana constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz.

En cuanto a su protección, se establece en este documento la garantía en el proceso, la prohibición de detenciones arbitrarias, y de interferencias con la vida privada, con la familia, con el domicilio, con la correspondencia, así como la protección del honor y de la reputación.

constitucionalmente reconocidos" (Ferrajoli, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales", en Revista Cuestiones Constitucionales, No. 15, 2004, p. 115).

³⁶ Carbonell, Miguel. "Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina", en *Pensamiento Constitucional*, No. 14, 2008, p. 13.

Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.³⁷

C. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Uno de los principales documentos internacionales que vinculan a México en la protección de los derechos fundamentales, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José). Fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que tuvo lugar en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de México el 3 de febrero de 1981. Este instrumento especifica en su artículo 11, sobre "Protección de la honra y de la dignidad", que:

Art. 11. Toda persona tiene Derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de la familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o esos ataques.³⁸

a. Derecho a la honra

La honra de la persona implica la estima, reputación y responsabilidad propia que emana de ésta y hace a su dignidad, desde la esfera de su conciencia y sentimiento hasta la valoración que tienen de ellas los demás. El derecho al honor se gana con una actitud moral frente al prójimo y el desarrollo de las

³⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por México el 03 de febrero de 1981.

actividades profesionales. Este derecho es susceptible de restricción y reglamentación.³⁹

b. Derecho a la dignidad

El derecho a la dignidad consiste en que cada hombre debe ser respetado por su condición humana. En uno de los primeros fallos dictado por la Corte Interamericana⁴⁰, acerca de las desapariciones forzadas de personas, se sentaron varios principios respecto de la dignidad.

La Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona⁴¹. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁴². Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable⁴³.

³⁹ Pretrino, Romina, *La Convención Americana de Derechos Humanos en el Derecho Argentino*, Regueira Alonso, Enrique M. (Coord.) editorial Buenos Aires, 2013.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez, 29 de septiembre de 1988.

⁴¹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 53, 54 y 60; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164, y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133.

⁴² Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra nota 417, párrs. 56, 57 y 60 y caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, supra nota 417, párr. 134.

⁴³ Cfr. CEDAW, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6 y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, supra nota 417, párr. 134.

En primer lugar que, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.⁴⁴ Esto implica que el derecho a la dignidad es el valor más importante a respetar, por más despreciable que sea el delito cometido por la persona, su conducta o sus actitudes. El derecho a la dignidad está por sobre la potestad estatal y el Estado no puede vulnerar este valor, ni restringirlo.

Describe las formas lesivas a la dignidad inherente al ser humano, tales como toda forma de tratamiento cruel o inhumano, que lesione la integridad física, moral o psíquica de la víctima o todo tipo de humillación o menosprecio a un ser humano, o cualquier tipo de tratos o modos que puedan menoscabar su estima.⁴⁵

Allí se definió también, el concepto de Dignidad Inherente, es decir, aquella inseparable, por su naturaleza, del ser humano; pues, el derecho a la dignidad lo tiene el hombre por su condición de humanidad. Esta afirmación es intuitivamente verdadera, por lo que no necesita ser probada.

En Argentina, en el caso “Bahamondez”⁴⁶ los ministros Fayt y Barra aludieron a la idea de dignidad humana y consideraron que había “un señorío del hombre a su vida” y un “señorío a su propio cuerpo”, que legitimaba su negativa a aceptar una transfusión de sangre. Los jueces Belluscio y Petracchi manejaron tal concepto al decir que cada uno tiene el derecho a determinar acerca de su cuerpo, en tanto no aparezca un interés público relevante, o derechos de terceros que impongan una solución distinta. Hicieron alusión explícita a los principios de autonomía de la conciencia y voluntad personal.

Al respecto, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis jurisprudencial sostiene que: ... la *dignidad humana* no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un Derecho

⁴⁴ CIDH, op cit párrafo 154.

⁴⁵ CIDH, op cit párrafo 156

⁴⁶ Corte Suprema de la Nación de Argentina, Bahamondez, Marcelo, s/medida cautelar, 1993,fallo 316:479.

Fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la *dignidad* de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.⁴⁷

c. Derecho a la vida privada

La CADH reconoce expresamente que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...”. En dicho párrafo se hace mención a dos derechos diferentes: el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad (que contempla las injerencias en el domicilio y en la correspondencia), ya que existe una diferencia conceptual y significativa entre ambos en la doctrina.

La privacidad implica la posibilidad irrestricta de los individuos de realizar acciones que no afectan a terceros, es decir que no generan un daño directo e inmediato a terceros, y son privadas aunque no haya limitaciones para el acceso público a su conocimiento y sólo penetrable por su libre voluntad, libre de toda injerencia estatal. Pero puede ser interferida por los demás individuos como ocurre con toda crítica que se realiza a una conducta privada.

Etimológicamente, la palabra "intimidad", proviene del latín *intus*, que da idea de algo interior, algo recóndito, lo más profundo del ser, y por lo mismo, oculto, escondido; de manera tal que podemos decir que se trata de un ámbito individual de existencia personal, en el cual el sujeto decide su forma de ser, de estar, de verse él mismo para gozar de su soledad o convivencia, de manera pacífica; con el fin de encontrarse en aptitud de reflexionar, de analizar, de pensar,

⁴⁷ Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I octubre de 2014, p. 602.

de crear, de trabajar, de amar, de soñar, en fin, para sentirse anímicamente dueño de sí, y mantener su libertad como suprema aspiración humana.⁴⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis aislada ha sostenido la diferencia en entre lo íntimo y lo privado, al establecer lo siguiente:

La vida se constituye por el ámbito privado reservado para cada persona y del que quedan excluidos los demás, mientras que la intimidad se integra con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento se reserva para los integrantes de la unidad familiar. Así, el concepto de vida privada comprende a la intimidad como el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad -como parte de aquélla- lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad, se agravia a la vida privada.⁴⁹

D. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nos señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.⁵⁰

⁴⁸ Hernández Ledesma, Claudia Carla, “Derechos de la personalidad. Derecho a la privacidad” en praxis de los derechos de la personalidad, México, UNAM, 2017,p.86

⁴⁹ Tesis: 1a. CXLIX/2007, novena época, semanario Judicial de la Federación, y su gaceta, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 272.

⁵⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma ratificado y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución

En España, por ejemplo, la situación es distinta en cuanto al reconocimiento pleno del derecho a la intimidad y no sólo de elementos que pueden formar parte de éste, como son los que hemos mencionado hasta el momento en el caso mexicano. Se reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen en su artículo 18 constitucional. Es así que con esto se "eleva a rango de derechos fundamentales los derechos de la personalidad reconocidos y protegidos hasta entonces por el derecho civil".⁵¹

En el caso mexicano, el Código Civil Federal no reconoce ninguno de los derechos de la personalidad que hemos mencionado, con lo cual existe una gran asignatura pendiente al respecto. El único desarrollo que se puede mencionar es la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal,⁵² actualmente Ciudad de México evidentemente sólo de orden local, la cual se analizará más adelante.

Ahora bien, la importancia en determinar la figura del daño moral es reconocer la fuente que lo produce, es decir la índole de los derechos afectados, y eso son a nuestro entender los derechos de la personalidad, considerando éstos como una categoría especial de derechos subjetivos que fundados en la dignidad de la persona garantiza el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de la persona.⁵³

2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobada por el Senado el 24 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial, el 20 de mayo de 1981.

⁵¹ Arenas Ramiro, Mónica. "El reconocimiento de un nuevo derecho en el ordenamiento jurídico español: el derecho fundamental a la protección de datos personales", *El iusinformativismo en España y México*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UMSNH, México, 2009, p. 46.

⁵² Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, publicada en la gasetta oficial el 19 de mayo de 2006, con su última reforma del 28 de noviembre de 2014.

⁵³ Pérez Fuentes, Gisela María, voz "Derechos de la personalidad", en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I, p. 565.

En este sentido, la definición de los derechos de la personalidad tiene implicaciones prácticas trascendentales vinculadas a la protección jurídica de los mismos a través del daño moral.

II. Origen y evolución del daño moral en México.

Como sostiene la doctora Pérez Fuentes,⁵⁴ la figura del daño moral en México, nació de forma indirecta en el Código Civil de 1928, en una primera etapa, transitando por cinco etapas en su desarrollo hasta la fecha. No fue hasta 1982 donde se produce una reforma que admite el daño moral de forma independiente al daño patrimonial (segunda etapa) sin embargo después de varias quejas de la opinión pública por una falsa creencia de limitación a la libertad de expresión, se aprobó solamente una adición al artículo 1916.⁵⁵

La segunda reforma que aprobó el Decreto que reformó el Código Civil Federal, fue publicada el 31 de diciembre de 1982, mediante la cual se reformaron los artículos 1916, 2116 y se adicionó el artículo 1916 bis. Los argumentos jurídicos presentados ante el Congreso de la Unión, que debatió la incorporación del artículo 1916,⁵⁶ son técnicamente cuestionables, por ejemplo, en la exposición de motivos se utiliza indistintamente la figura de derechos de la personalidad y atributos de la personalidad.⁵⁷

⁵⁴ Pérez Fuentes, Gisela María, “Responsabilidad por daños a la persona: daño moral” en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *Temas actuales de responsabilidad civil*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2018, p.102.

⁵⁵ Véase desarrollado en Pérez Fuentes, Gisela María, *Panorama de la Responsabilidad Civil en México (Estudio de derecho comparado)*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, México, 2006, pp. 85 – 90.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ En la propia doctrina mexicana dentro de los autores que tratan tanto uno como otro tema, se establece la distinción entre atributos y derechos de la personalidad, Baqueiro y Buenrostro por ejemplo, definen: Por atributo entendemos cada una de las cualidades o propias características del ser, que lo distinguen de los demás, y respecto a las personas o todas aquellas situaciones jurídicas que nos permiten identificar, individualizar y situarla dentro de la sociedad y el orden jurídico. Cfr. Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y Personas*, Editorial Oxford, 2ª edición, 8ª reimpresión, 2016, p. 186.

En el sistema jurídico mexicano, se confunde la teoría de los derechos de la personalidad, con lo que la doctrina internacional denomina bienes corporales o psíquicos secundarios como los sentimientos, creencias, así se mencionan entonces, como derechos de la personalidad, según sentencia del Poder Judicial de la Federación, al decoro, honor, creencias, sentimientos, configuración y aspectos físicos. El concepto legislativo confunde también la teoría de los derechos de la personalidad como fuente de daño moral cuando cita entre sus fuentes tanto a determinados derechos propios de la persona como el honor o vida privada e incluye a otras consecuencias psíquicas o físicas del hecho ilícito que afecta a la persona como fuentes del daño moral dentro de la teoría de los derechos de la personalidad.

En el Derecho mexicano han primado dos posiciones sobre la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad como fuentes de daño moral, la primera; opina que deben ser objeto de estudio en la parte relativa al patrimonio,⁵⁸ ampliando así el contenido de la institución, de forma tal que el patrimonio no forme parte únicamente de los derechos valorizables en dinero sino del llamado patrimonio moral.

La segunda posición, defiende que el patrimonio abarca derechos de contenido económico y los derechos de la personalidad deben ser estudiados con independencia al patrimonio, ubicando su estudio doctrinal y su regulación legislativa dentro del Derecho de la Persona, por ser parte integrante de la personalidad del sujeto, inalienable e irrenunciable en el ser humano.⁵⁹

La teoría de los derechos de la personalidad como fuente del daño moral se encuentra incorporada a algunos Códigos Civiles de las entidades federativas. A

⁵⁸ En esta línea Gutiérrez y González desde su punto de vista sostiene: Los derechos de la personalidad deben considerarse en el ámbito patrimonial y eludir ese estrecho anticuado, caduco, anacrónico y poco jurídico concepto de que el patrimonio se reduce sólo a lo pecuniario. Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio: el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Editorial Porrúa, México, 10ª edición, 2016, p. 769.

⁵⁹ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 14ª edición, 2016, p. 263.

partir de 1982, algunos Estados empezaron a independizarse en relación a perfeccionar la teoría de los derechos de la personalidad y la violación de los mismos como fuentes de daño moral, de esta tercera etapa se destacan los estados de Coahuila, Puebla y Quintana Roo.⁶⁰ Además, en el año 2006, una nueva fase del daño moral comenzó con la derogación del último párrafo del artículo 1916 y del artículo 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, esto como consecuencia de la expedición de la ley especial sobre responsabilidad civil.⁶¹

Por su parte, como sostiene la doctora Pérez Fuentes,⁶² el Código Civil Federal optó por otra fórmula, ésta consistió en incorporar los párrafos sexto con cuatro fracciones, séptimo y octavo al artículo 1916 y el párrafo tercero al artículo 1916 bis, como consecuencia de la despenalización de los delitos vinculados con el honor, reforma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007. La quinta etapa del daño moral, se identifica con la eliminación de los topes máximos y mínimos en la cuantificación del daño moral.

Como refiere Lucía Mendoza,⁶³ en cuanto al daño moral y su reparación, se pueden clasificar los Código Civiles en diversos modelos:

1. Los que reconocen el daño moral con independencia del material, que son copia del código federal.
2. Los que sujetan la reparación moral al resultado material.
3. Los que incluyen los dos sistemas anteriores o modelo mixto

⁶⁰ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla, *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 87-88.

⁶¹ Al respecto véase artículo segundo transitorio de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006, última reforma publicada el 28 de noviembre de 2014.

⁶² Pérez Fuentes, Gisela María, "Responsabilidad por daños a la persona: daño moral", *op. cit.*, p. 104.

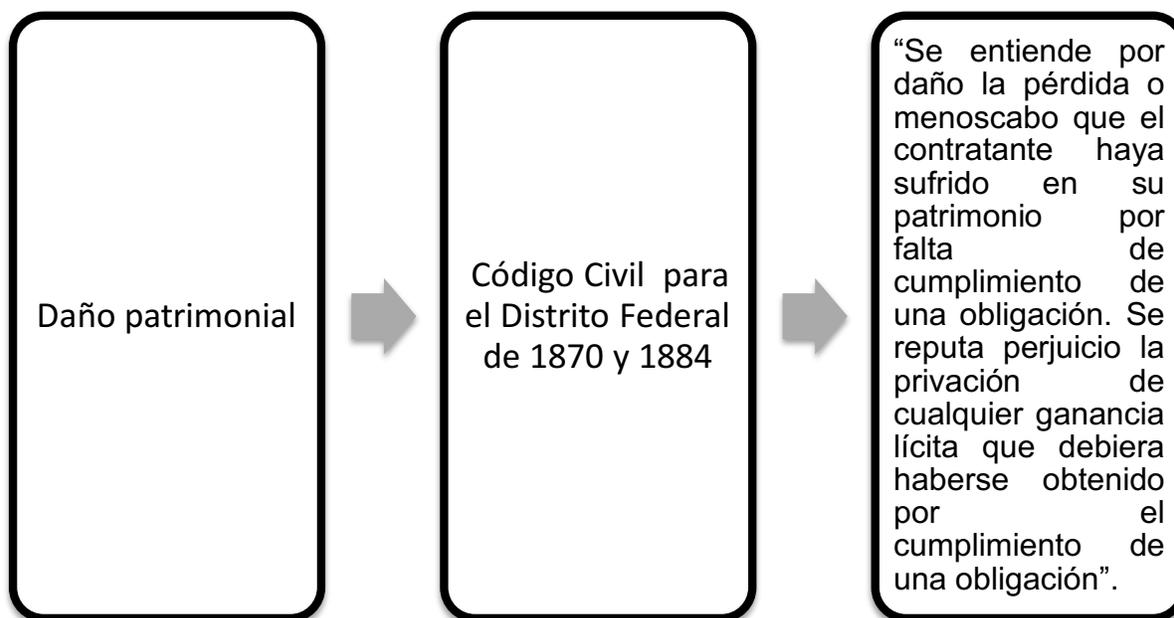
⁶³ Mendoza Martínez, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2014, pp. 73 – 74.

4. Los que consideran la violación a los derechos de la personalidad como fuente de daño moral, es decir, de corte más avanzado, es el caso de Coahuila, Jalisco, Estado de México, Puebla, Querétaro, Quintana Roo y San Luis Potosí.

III. Marco jurídico sobre daño moral

1. Código Civil del Distrito Federal

En México puede señalarse que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no existió la figura del daño moral, solo se hacía referencia al daño patrimonial⁶⁴ es a partir del Código Civil de 1928, donde se contempla la figura de forma indirecta y genérica.⁶⁵ Las características de esta primera etapa fueron superadas a partir de la reforma de 1982.⁶⁶



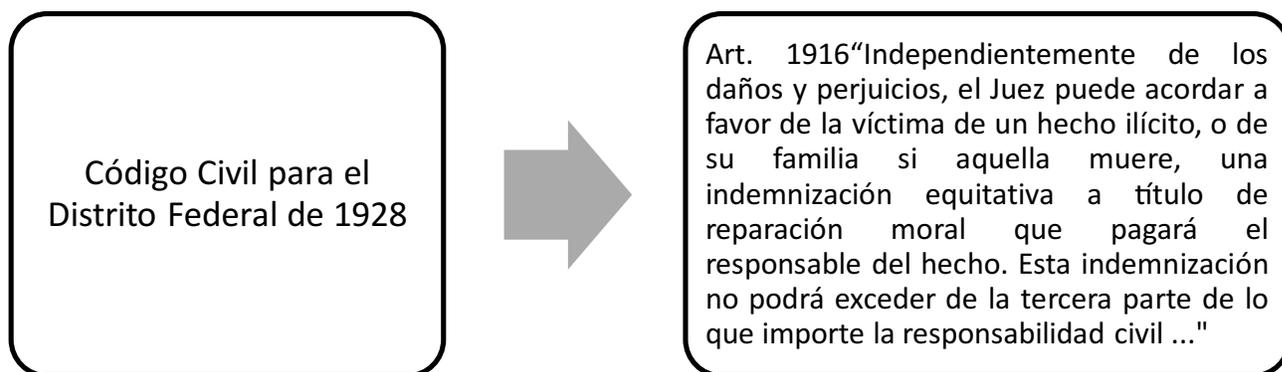
⁶⁴ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Dominguez “la orfandad del daño moral: caso Tabasco, Mexico”, Revista Boliviana de Derecho No. 21, enero de 2016, pag. 52.

⁶⁵ En la primera etapa legislativa del daño moral en México, la figura se introdujo en el artículo 1916 con la siguiente definición: “Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.

⁶⁶ Pérez Fuentes, Gisela María y Gallegos Pérez, Nidia del Carmen, “Evolución legislativa y jurisprudencia del daño moral en México” en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), El daño moral en Iberoamérica, op. cit., pp. 138 – 182.

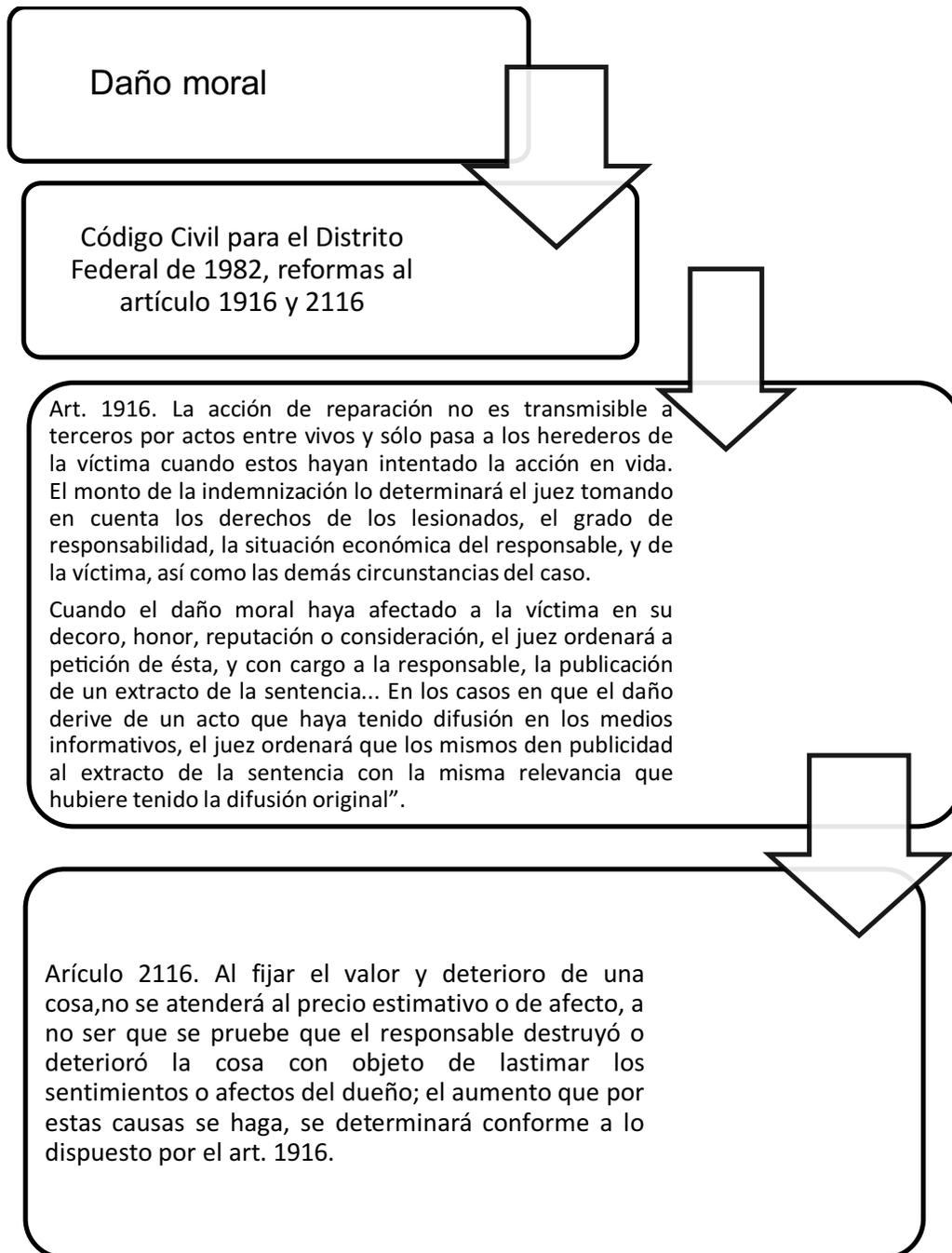
En el Código Civil de 1870 y de 1884 sólo se contemplaba como daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.

La incorporación del artículo 1916 en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 fue cuando se reconoce la figura del daño moral en México, aun que seguía dependiendo del daño patrimonial, toda vez que la existencia del daño moral si existía daño patrimonial y su cuantía de indemnización no podía exceder la tercera parte de lo que importaba a la responsabilidad civil.



El 2 de diciembre de 1982 el Código Civil para el Distrito Federal tuvo una reforma importante sobre la figura del daño moral en su artículo 1916 y 2116. En la reforma no se contempló la acción de reparación transmisible a terceros por actos entre vivos en caso de fallecimiento, siendo posible que sólo pasara a los herederos de la víctima cuando estos hayan intentado la acción en vida.⁶⁷

⁶⁷ Pérez Fuentes, Gisela María, *op cit.* pág. 54.



Al incorporar el artículo 1916 se cree que se limita el derecho a la libertad de expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución, por lo que se agrega el artículo 1916 bis que a la letra dice: “No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de

los artículos 6 y 7 de la Constitución... En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta”.

Actualmente en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México,⁶⁸ se derogó el artículo 1916 bis, en que hacia referencia “...no estará obligado la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos de los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República... En ningún caso se consideran ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se consideran ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en el cumplimiento de un deber ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reservas no tengan un propósito ofensivo”.

2. Código Civil de Puebla

En el Código Civil del Estado de Puebla contempla la figura del daño moral en los artículos 1958, 1958 bis y 1958 ter. Este código es muy claro en precisar que el daño moral es la violación de los derechos de la personalidad.⁶⁹

Código Civil del Estado de Puebla
Artículo 1958.- El daño moral resulta de la violación de los derechos de la personalidad. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del

⁶⁸ Código Civil para el Distrito Federal, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, con su última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 04 de agosto de 2017.

⁶⁹ Código Civil para el estado libre y soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985, cuya última reforma se publicó el 17 de marzo de 2016.

mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, determinada por el juez, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

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

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Dicho monto no excederá de tres mil días de salario mínimo vigente.

Artículo 1958 Bis.- Toda persona física o jurídica que publique cualquier tipo de escrito, tendrá la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades o particulares quieran dar a las alusiones que se les hagan en artículos, editoriales, columnas, párrafos, reportajes o entrevistas y similares, siempre que la respuesta se dé dentro de los ocho días naturales siguientes a la publicación; que su extensión no sea mayor al triple del párrafo o artículo en que se contenga la alusión que se contesta, tratándose de autoridades, o del doble, tratándose de particulares; que no se usen expresiones contrarias a la dignidad de quien las publicó o a terceras personas y que no se cometa algún hecho prohibido por ley.

La publicación de la respuesta, se hará en el mismo lugar y con la misma clase de letra y demás particularidades con que se hizo la publicación del artículo, editorial, columna, párrafo, reportaje o entrevista y similares a que la rectificación o respuesta se refiere.

La rectificación o respuesta se publicará al día siguiente de aquel en que se reciba, si se trata de publicación diaria o en el número inmediato, si se trata de otras publicaciones periódicas. Si la respuesta o rectificación se recibe cuando ya no pueda publicarse en los términos indicados, se hará en el número siguiente.

A la persona física o jurídica que se niegue a publicar la rectificación o respuesta en los términos referidos, el Juez le impondrá una multa por el importe de cien a mil quinientos días de salario mínimo vigente.

Artículo 1958 Ter.- Toda sentencia que se pronuncie con motivo de daño moral, se publicará a costa del responsable si así lo exigiere el agraviado

3. Código Civil de Tabasco

A. Breve reseña histórica.

Fue en el Código Civil del estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial el día 30 de mayo de 1938, cuando apareció por primera vez en la

legislación civil tabasqueña la figura del daño moral, con las características similares al Código Civil del Distrito Federal:

Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil...

El Código Civil de Tabasco de 1938 estuvo vigente hasta el primero de enero de 1952,⁷⁰ conservando la normativa que vinculaba al daño moral con el hecho ilícito penal. Observe en la siguiente tesis la dependencia del daño moral al ilícito penal y al carácter genérico de su fuente, al señalar que el dolor no tiene precio, tema por cierto real:

No es simbólica la pena pública al quejoso por concepto de reparación del daño moral, porque el legislador tabasqueño, siguiendo el lineamiento del Código Penal del distrito, la establece con toda nitidez en los artículos 28 y 29 del código local, al decir que la reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública y comprende tanto la restitución de la cosa obtenida por el delito lo que es imposible en el estupro, como la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, situación ésta última que si es factible establecer, dado que el daño material es improbable fijarlo en atención a que el honor de la mujer y su integridad sexual son difíciles de determinar por los medios legales en cuanto a su valor económico, con respecto a los conceptos de castidad y honestidad. En cambio, por la índole misma del ilícito, el daño moral que se le causa a la estuprada si es hacedero precisarlo por cuanto que sufre una merma sensible en su reputación ante la sociedad y sobre todo, el acto

⁷⁰ Sobre daño moral, trató el artículo 1817 del Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado de 1952.

lesivo perpetrado en su persona le acarrea, como se expone en anterior ejecutoria de esta suprema corte página 1363, tomo XCIV del semanario judicial de la federación, un sentimiento de devaluación de si misma, que puede producir infinidad de variantes en su conducta, desde una actitud de aislamiento, con las resultantes de celibato o enclaustramiento pseudo místico, hasta un proceder disipado que puede llevarla a la perdida absoluta de todo sentimiento ético; en otros términos, el daño moral ocasionado a la víctima del delito es trascendente y debe ser reparado, no siendo violatoria de garantías la sentencia que así lo determine, sin que sea necesario que la ofendida pruebe el monto de la reparación, por razón de la materia a probar, quedando al criterio del órgano jurisdiccional el señalamiento respectivo dentro de los lineamientos generales que establece la Ley Punitiva, como son la capacidad económica del obligado a pagarla y el daño que sea preciso reparar.⁷¹

En el segundo ejemplo histórico, el juzgador dejaba plasmada en su sentencia concerniente a Tabasco:

La fracción II del artículo 25 del Código Penal vigente en el Estado de Tabasco claramente determina que la reparación del daño comprende la indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia. Sin que para nada se requiera prueba sobre la dependencia económica.⁷²

B. Código Civil vigente desde 1997.

⁷¹ Tesis, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXIII, p. 262, bajo el rubro: ESTUPRO, REPARACION DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL (LEGISLACION DE TABASCO).

⁷² Tesis, Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Volumen XLIII, Segunda Parte, p. 84, bajo el rubro: REPARACION DEL DAÑO (LEGISLACION DE TABASCO).

La autonomía del daño moral entró en vigor en el Código Civil de 1997,⁷³ en los mismos términos de la reforma de 1982, es decir, los siguientes:

- 1) Se independiza el daño moral del ilícito penal.
- 2) No depende la cuantía de la indemnización de la reparación material.
- 3) El daño moral tiene como fuentes algunos de los derechos de la personalidad.

El artículo incorporado al Código Civil de 1997 en relación al tema quedó de la manera siguiente:

Artículo 2051 Daño Moral.- El daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás.

La reforma incorporada al Código Civil de Tabasco fue acompañada por otras temáticas vinculadas con la figura en cuestión, que en definitiva se desarrollaron en el artículo 2058, vinculado con los artículos 2043 y 2044, analicemos a continuación la trascendencia de estas modificaciones en la legislación tabasqueña.

¿Puede implicar el daño moral una indemnización en dinero? La legislación civil tabasqueña incorpora la posibilidad de una indemnización en dinero⁷⁴ de carácter satisfactoria e independiente del daño material.

Para calcular el monto de indemnización por daño moral deben considerarse varios factores: 1) los derechos lesionados; 2) el grado de

⁷³ Código Civil para el Estado de Tabasco (CCT), publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 5 de julio de 2017.

⁷⁴ Artículo 2058 del CCT.

responsabilidad; 3) la situación económica del responsable y de la víctima; y, 4) las demás circunstancias del caso. Luego, si los familiares de quien perdió la vida demandan la reparación del daño moral al responsable del deceso, el tribunal debe atender a la afectación sufrida por aquéllos, no a la cantidad de dinero que dejaron de percibir a raíz de la muerte de uno de sus integrantes. Esto, porque de proceder así, el juzgador estaría cuantificando el perjuicio, identificado como lucro cesante; es decir, la privación de la ganancia lícita que pudo haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Además, llevaría a concluir que si la víctima no era económicamente activa, entonces, no habría daño moral que calcular.

Lo anterior porque la cuantificación del daño moral no implica un beneficio lucrativo, no puede limitarse a multiplicar el ingreso del difunto por su expectativa de vida. En todo caso, la fijación del salario de la víctima, si ésta percibía alguno, forma parte del tercer aspecto del cálculo, es decir, la situación económica. Lo anterior, conduce a concluir que el daño moral debe distinguirse del perjuicio y que el primero no busca garantizar el nivel de vida de los familiares de la víctima, sino reparar los derechos afectados a partir de su deceso, aunque sí es materia de ponderación para determinar su cuantía.⁷⁵

¿El daño moral puede ser reclamado en una relación contractual?⁷⁶ El Código Civil de Tabasco, incluye la reparación de daño moral en una relación contractual, cuando establece los siguientes principios:

1. El responsable a que se refiere el artículo 2051 del CCT, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia

⁷⁵ Tesis: I.3o.C.995 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 619, bajo el rubro: DAÑO MORAL. SU CUANTIFICACIÓN NO DEBE LIMITARSE AL CÁLCULO DEL PERJUICIO, IDENTIFICADO COMO LUCRO CESANTE.

⁷⁶ La respuesta definitiva la ofrece el artículo 2061 del CCT: El precio del bien será el que tenía al tiempo de haberse perdido o de haber sufrido el deterioro grave... Al estimarse el deterioro de un bien se atenderá no solamente a la disminución que se causó en el precio de él, sino a los gastos que necesariamente exija su reparación. ...Si por la pérdida o deterioro del bien de que se trate, también se causare daño moral, se reparará éste conforme lo dispone el artículo 2058.

de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

2. Si por la pérdida o deterioro del bien de que se trate, también se causare daño moral, se reparará éste conforme lo dispone el artículo 2058 del CCT.⁷⁷

Así que de los principios anteriores presentes en la legislación civil tabasqueña se infiere la procedencia de una indemnización en dinero, sea cualesquiera de las clases de responsabilidad que dieran lugar a ese tipo de daño, y el responsable deberá pagar una indemnización en dinero a quien corresponda recibir la misma, a no ser que se demuestre, que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En caso de responsabilidad objetiva ¿se responderá por daño moral? Uno de los avances del Código Civil de 1997 fue la incorporación del concepto de responsabilidad objetiva:

Artículo 2070. Cuando una persona utilice como poseedor originario o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos, substancias o bienes peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, o por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima [...]

⁷⁷ Se refiere exactamente al cuarto párrafo del artículo 2058 del CCT: El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta la afectación producida, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

En el caso de la legislación tabasqueña casi siempre se vincula la responsabilidad extracontractual con la objetiva, vale la pena recordar el caso que narra la doctora Cantoral⁷⁸ en su capítulo del daño moral en Tabasco:

Una persona demanda daño moral a una compañía de transporte de frutas, toda vez que un día al ir conduciendo en una carretera, se le atravesó un tráiler de la citada compañía, por lo que se salió de la carretera y como consecuencia de este accidente quedó incapacitado físicamente en sus extremidades de por vida.

Para demostrar la existencia del daño moral, tenía que comprobar que se actualizaban los elementos previstos por el Código Civil de Tabasco,; la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiera causado, en aquel caso la parte afectada ofreció las copias certificadas de las averiguaciones previas, así como la certificada legalmente expedida de la autoridad judicial en términos del artículo 269 fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de Tabasco.

..se valoró esta documental junto con la pericial en tránsito terrestre emitida por el perito designado en el expediente en la que se dictaminó que el tráiler de la compañía al pretender rebasar al vehículo del demandante, fue el causante de la colisión de los vehículos...tales probanzas fueron suficientes para demostrar que se hizo uso de mecanismos peligroso (vehículo automotor) por la velocidad que desarrolla, mismo que al pretender rebasar al vehículo del actor ocasionó un daño al colisionar con el segundo vehículo antes referido, donde viajaba el demandante.

El segundo elemento referente al daño causado, quedó acreditado... se anexó copia fotostática del certificado de fe de lesiones practicado por el médico legista, el cual concluyó que las lesiones que describe en dicho certificado referente al demandante si ponen en peligro la vida y tardan en sanar más de 60 días, dejan secuelas e incapacidad laboral hasta total

⁷⁸ Cantoral Domínguez, Karla, "Evolución del daño moral en Tabasco" en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *El daño moral en Iberoamérica*, op. cit., pp. 221 - 254.

*sanidad y las cicatrices a nivel de cara dejan como secuelas inmediatas cicatrices perpetuamente notables.*⁷⁹

Como podemos observar, el CCT involucra en casos de esta naturaleza el daño por responsabilidad objetiva.

¿Es la acción de reparación por daño moral transmisible a terceros por actos entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida? El artículo 2058 del CCT determina que la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado acción en vida.

¿Debe considerarse lícito entonces admitir el ataque a la dignidad y consideración de la persona fallecida? Los valores de la personalidad dignos de protección perdurarán más allá de la capacidad jurídica de la persona y que el respeto a la persona del fallecido obliga a abstenerse de manifestaciones que la demeriten, aún y cuando se admita que el derecho de la personalidad se extingue con la muerte de su titular; ello permite así a los familiares más cercanos, la facultad de defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido.⁸⁰

C. Evolución o involución del daño moral en Tabasco.

El Estado de Tabasco, reformó su Constitución Política local,⁸¹ en el que se incorporó un catálogo de derechos humanos,⁸² algunos ya reconocidos en otros preceptos de la propia Constitución, se incorporan además otros de la Convención

⁷⁹ *Ibíd*em, pp. 230 y ss.

⁸⁰ Pérez Fuentes, Gisela María, "Protección de los derechos de la personalidad post mortem. Un análisis en el derecho mexicano desde la perspectiva del derecho comparado", en González Pérez, Luis Raúl y Villanueva, Ernesto (Coord.), *Libertad de expresión y responsabilidad social. Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, Editorial Oxford – UNAM, México, 2013, pp. 212 – 224.

⁸¹ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, publicada por bando solemne el 5 de abril de 1919, cuya última reforma se publicó en el Periódico Oficial del Estado el día 31 de julio de 2015.

⁸² Reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 13 de septiembre de 2013.

Americana sobre Derechos Humanos que todavía no habían sido recogidos expresamente por la Constitución mexicana, sino que se encontraban en el derecho jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y demás tribunales federales. En la Constitución queda garantizado el derecho a la información⁸³ y en la Ley de Derechos Humanos del Estado de Tabasco incorpora una definición de derechos de la personalidad.⁸⁴

El daño moral, es “el menoscabo o lesión de intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico”⁸⁵

Los elementos de la teoría de los derechos de la personalidad para configurar el daño moral que afirma la Doctora Pérez Fuentes son tres:⁸⁶

- a) La existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona
- b) Que produzca una afectación a la persona en cualquiera de los bienes tutelados y,
- c) Que exista una relación de causa-efecto entre el daño moral y el hecho u omisión ilícitos.

Actualmente, el Código Civil de Tabasco señala que el daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una

⁸³ Artículo 2º, fracción XVI: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La manifestación de las ideas no será objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; Adicionado mediante reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 13 de septiembre de 2013; así también, en el artículo 4 bis, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 2007, prevé: El derecho a la información es inherente al ser humano y por lo tanto el Estado tiene la obligación primigenia de reconocerlo y garantizarlo [...]

⁸⁴ Ley de Derechos Humanos del Estado de Tabasco, publicada en el Periódico Oficial el 5 de febrero de 2014, establece en el artículo 78: Los derechos de la personalidad son aquellos fundados en la dignidad de la persona, que garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de esa persona. El objeto del derecho de la personalidad es la propia existencia y las demás facultades humanas, como la identidad, el honor, la intimidad, la imagen o la libertad ambulatoria.

⁸⁵ Pérez Vallejo, Ana María y Pérez Ferrer, Fátima. *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, España, Dikynson, 2016, p. 218.

⁸⁶ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez Karla, *Daño Moral y derechos de la personalidad del menor*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p.88.

persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás.⁸⁷

Como podemos observar, las reformas que han ido realizando algunos estados en aplicación de las recomendaciones emitidas por la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la despenalización de ciertas figuras⁸⁸ se intentó realizar en el 2014 en el estado de Tabasco, sin embargo no deben quedar lagunas que permitan el uso abusivo de la libertad de expresión,⁸⁹ por tanto, la reforma en comento es ineficaz para proteger los derechos de la personalidad.

Otro argumento por el cual se sostiene la ineficacia del daño moral, ha sido el tipo de procedimiento elegido, un juicio ordinario, dilatado y con la falta de medidas precautorias con el propósito de evitar que se realice la violación a los derechos de la personalidad o que cese la que se esté realizando, si se efectúa por actos de tracto sucesivo, como si se encuentra regulado en Quintana Roo.⁹⁰

4. Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en la Ciudad de México.

El 19 de mayo de 2006 fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, hoy ciudad de México, la Ley de Responsabilidad Civil para la protección

⁸⁷ Cfr. Artículo 2051 del Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 31 de diciembre de 2014.

⁸⁸ En 1999 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, junto con su homólogo de la OSCE, el Relator sobre Libertad de Medios de Comunicación, y el Relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se manifestaron a favor de la despenalización de los delitos contra el honor.

⁸⁹ En el mismo sentido véase Gómez Gallardo, Perla, *Libertad de expresión. Cuaderno de trabajo*, Fundación para la Libertad de Expresión, México, 2011, p. 142.

⁹⁰ Artículo 679 del Código Civil para el estado libre y soberano de Quintana Roo, aprobado en el salón de sesiones el 30 de septiembre de 1980, última reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el 30 de mayo de 2016.

del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen⁹¹, la presente ley cuenta con 44 artículos, la cual tuvo su última reforma el 28 de noviembre del 2014.

Sobre esta ley, podemos decir que sus disposiciones son de orden e interés público y observancia en el territorio de la Ciudad de México, y se inspira en la protección de los Derechos de la Personalidad⁹² a nivel internacional reconocidos en los términos de los artículos 1º y 133 de la Constitución, con lo que en dicho estado de la República se pretende estar a la vanguardia mundial. Es importante destacar también que el propósito de la ley es salvaguardar los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen, pensando en un equilibrio entre éstos y otros derechos de orden fundamental.

La presente ley está integrada con cinco títulos de la siguiente manera:

Título primero: Disposiciones comunes

Capítulo I.- Disposiciones Generales

Título segundo: Vida privada, honor y propia imagen

Capítulo I.- Vida privada

Capítulo II.- Derecho al honor

Capítulo III.- Propia imagen

Título tercero: Afectación al patrimonio moral

Capítulo I.- El daño al patrimonio moral

Capítulo II.- Afectación en cuanto a propia imagen

Capítulo III.- Malicia efectiva

Título cuarto: Medios de defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen

Título quinto: Responsabilidad y sanciones.

⁹¹ Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, publicada en la gaseta oficial el 19 de mayo de 2006, con su última reforma del 28 de noviembre de 2014.

⁹² La ley especial de la Ciudad de México define a los derechos de la personalidad como aquellos "bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas" (artículo 7).

Con esta ley se pretende tutelar de una manera más concreta los derechos de la personalidad, sin embargo, no se encuentra de manera específica cuando se trate de la afectación a un menor, ni las medidas de acción reforzadas para garantizar la protección de su interés superior.

A. Malicia Efectiva

De acuerdo a la Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal en su artículo 28 señala un concepto de malicia efectiva.

“Artículo 28.- La malicia efectiva se configura en los casos en que el demandante sea un servidor público y se sujetará a los términos y condiciones del presente capítulo.”

Ante el ejercicio de la libertad de expresión, la malicia efectiva no solo requiere que la información difundida haya sido falsa, sino que se haya difundido a sabiendas de su falsedad o con la intención de dañar. La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un concepto de la real malicia o malicia efectiva:⁹³

La "malicia efectiva" es el criterio subjetivo de imputación adoptado para resolver los casos de responsabilidad civil por ejercicio de la libertad de expresión. Esto significa que para poder condenar civilmente a una persona en este tipo de asuntos, debe verificarse la existencia de todos los elementos que tienen que estar presentes en cualquier esquema de responsabilidad civil extracontractual que no sea de naturaleza objetiva: (i) la ilicitud de la conducta (vulneración del derecho a la vida privada); (ii) el criterio subjetivo de imputación (dolo o negligencia); (iii) la existencia de un daño (afectación al patrimonio moral de la persona); y (iv) una relación de

⁹³ Tesis: 1a. CXXXVIII/2013 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 558, bajo el rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. "MALICIA EFECTIVA" COMO PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR EXPRESIONES NO PROTEGIDAS POR AQUEL DERECHO.

causalidad entre la conducta ilícita y el resultado dañoso. Así, con independencia de que el artículo 36 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, no contemple entre sus fracciones a la "malicia efectiva", es evidente que la actualización del criterio subjetivo de imputación, ya sea dolo o negligencia (dependiendo de quién sea la persona afectada y el derecho que esté en juego), es un presupuesto indispensable para poder adscribir responsabilidad civil a una persona por la emisión de una expresión no cubierta por la libertad de información.

Como podemos observar, la malicia efectiva se vincula con una acción por difamación que debe contener según Eduardo Bertoni cuatro elementos.⁹⁴

1. Una afirmación falsa de hechos relacionados con quien acciona.
2. Realizada a un tercero sin ningún privilegio.
3. Haber lesionado el honor de quien acciona, y
4. Haber causado perjuicio.

Lo interesante de este razonamiento jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos es que si la difamación es escrita o aparece publicada, se llama libelo, y el perjuicio se presume; si la manifestación es verbal puede surgir claramente de las palabras (slander per se) o se necesita conocer algo más para entender el sentido difamatorio se denomina (per quod).⁹⁵

La doctrina de la real malicia como explica Bertoni implica problemas tales como:

- a) Calidad de la figura pública sujeto de imputación.
- b) La temeraria despreocupación sobre la falsedad de la manifestación

⁹⁴ Cfr. Bertoni, Eduardo Andrés; "New York Times VS Sullivan" y la malicia real de la doctrina, en *Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV; Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 121 - 150 y Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y estado de derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

⁹⁵ Idem.

- c) Distinción entre afirmaciones de hechos, en contraposición a la manifestación de opiniones,⁹⁶
- d) Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa –en caso del derecho a la información- o que haya sido producida con "real malicia" – aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión. El estándar de "real malicia" requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención.
- e) Por último en la teoría de la malicia efectiva es necesario diferenciar entre expresión de hechos y expresión de opiniones.⁹⁷
- f) A partir de la sentencia del New York Times, es tan importante, que se le da a los dichos sobre los hechos tanta relevancia como la opinión en cuanto a la libertad de expresarlos.⁹⁸
- g) La teoría de la real malicia a criterio de algunos autores norteamericanos,⁹⁹ no ha logrado una verdadera protección de la libertad de expresión porque quien acusa al medio periodístico, tiene la justificación de que no pudo probar la malicia efectiva, obviando la verdad o falsedad de lo publicado.

Como afirman las doctoras Pérez Fuentes y Cantoral Domínguez,¹⁰⁰ la traslación de la malicia efectiva del sistema anglosajón al nuestro, es decir a sistemas jurídicos distintos, no sirve para interpretar el sentido de la Suprema Corte estadounidense en cuanto a lo que en su contexto jurídico estaba implementando y fue desarrollado en otras sentencias.

⁹⁶ Cfr. Bertoni, Eduardo Andrés, op. cit., p. 135.

⁹⁷ Según el Juez Powell, en el caso de Gertz, cuando se interpreta la Primera Enmienda, no hay posibilidad de entender que existan ideas falsas, ni existe protección para expresiones falsas, por lo que la expresión de opiniones siempre es libre.

⁹⁸ Cfr. Schauer, Frederick F.; "Language, Truth, and the First Amendment..." *Virginia Law Review*, Volumen 64, p. 169.

⁹⁹ Cfr. Post, Robert, "Defaming Public Officials", en *American Bar Foundation Research Journal*, Volumen 1987, p. 554.

¹⁰⁰ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez Karla, *Daño Moral y derechos de la personalidad del menor*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 101-102.

IV. Elementos de comprobación del daño moral.

La cuantificación del daño moral debe fijarse o cuantificarse con base en los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso, en una cantidad de dinero concreta y única, con el fin de resarcir a ésta, de inmediato, por el menoscabo en su integridad física y psíquica.¹⁰¹

El responsable de un daño moral tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero; lo que significa que debe resarcirse a una persona, con una cantidad monetaria, por un daño o perjuicio que se le originó por negligencia o descuido y, de esa manera, compensarla por las afectaciones físicas y emocionales que sufrió, con el fin de enmendar, corregir o remediar en lo posible, el perjuicio que se le profirió; y para cuantificarla, según lo establecido en dichos numerales, será menester atender a los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso; lo que deberá efectuarse en una cantidad concreta y única, con el fin de resarcirla de inmediato, por el menoscabo en su integridad física y psíquica, y no en forma periódica, como si se tratara de una pensión, como lo sería, por ejemplo, en casos de jubilación, viudez, orfandad, incapacidad u otras análogas, que se traducen en derechos de seguridad social de los individuos y que deben satisfacerse en forma temporal o vitalicia.¹⁰²

¹⁰¹ Pérez Fuentes, Gisela María, “Responsabilidad por daños a la persona: daño moral” en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *Temas actuales de responsabilidad civil*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2018, p.105.

¹⁰² Tesis: XXII.1o.1 C, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXIV, septiembre de 2013, Tomo 3, p. 2589, bajo el rubro: INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL. SU MONTO DEBE CUANTIFICARSE CON BASE EN LOS DERECHOS LESIONADOS, EL GRADO DE RESPONSABILIDAD, LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL RESPONSABLE Y DE LA VÍCTIMA, ASÍ COMO LAS DEMÁS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, EN UNA CANTIDAD DE DINERO CONCRETA Y ÚNICA, CON EL FIN DE RESARCIR A ÉSTA, DE INMEDIATO, POR EL MENOSCABO EN SU INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO).

En el Código Civil Federal y otros códigos estatales se han fijado criterios de cuantificación que ha desarrollado el Poder Judicial de la Federación, estos son: a) Los derechos lesionados, b) Grado de responsabilidad, y c) Situación económica del responsable y de la víctima. Es importante definir el tipo de derecho lesionado para determinar su forma de prueba, por ejemplo, si se afecta la vida de una persona, no se necesita prueba sobre este derecho lesionado, otra cosa es la afectación del honor, imagen e intimidad, así que los elementos de cuantificación como los calificadores de intensidad, son meramente indicativos.¹⁰³

El juzgador, al ponderar cada uno de ellos, puede advertir circunstancias particulares relevantes. Su enunciación simplemente pretende guiar el actuar de los jueces, partiendo de la función y finalidad del derecho a la reparación del daño moral, sin que ello signifique que estos parámetros constituyen una base objetiva o exhaustiva en la determinación del cuántum compensatorio. Lo que se persigue es no desconocer que la naturaleza y fines del daño moral no permiten una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador.¹⁰⁴

En el capítulo cuarto se analizará la forma en que se ha valorado el daño moral ante casos de afectación a menores cuando son víctimas de delitos, tanto en el derecho español como en el de México, así también se presentarán los elementos de comprobación que utilizan los operadores jurídicos para la cuantificación respectiva.

¹⁰³ Pérez Fuentes, Gisela María, "Responsabilidad por daños a la persona: daño moral", op. cit., p. 105.

¹⁰⁴ Tesis: 1a. CCLV/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, Tomo I, p. 158, bajo el rubro: PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. FACTORES QUE DEBEN PONDERARSE.

CAPITULO TERCERO. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN MÉXICO: DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS Y NORMAS DE PROCEDIMIENTO.

Los niños son considerados un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que por su falta de entendimiento y madurez son propensos a ser afectados en sus derechos. Con las reformas a la Constitución Mexicana en materia de derechos humanos de 2011 se incluyen una serie de valores y principios que buscan la protección en igualdad de todos los miembros de la sociedad, como es el principio del interés superior del menor en su artículo 4o.¹⁰⁵

I. Concepto de interés superior del menor

El comité de los Derechos del niño en su observación número 14,¹⁰⁶ establece que el interés superior del menor debe considerarse un concepto jurídico indeterminado, ya que puede concebirse según 3 aspectos: como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁰⁷ sostiene que en el ordenamiento jurídico mexicano el interés superior del menor es un concepto que se proyecta en tres dimensiones, a saber: a) como derecho sustantivo, en cuanto el menor de edad tiene el derecho a que su interés superior sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una

¹⁰⁵ Artículo 4.- Párrafo Nóveno.- En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

¹⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Nueva York, 2013.

¹⁰⁷ Véase Amparo Directo en Revisión 1072/2014.

interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva sus derechos y libertades a la luz del interés superior del menor; y c) como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, se deberá incluir en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones en el menor. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles¹⁰⁸.

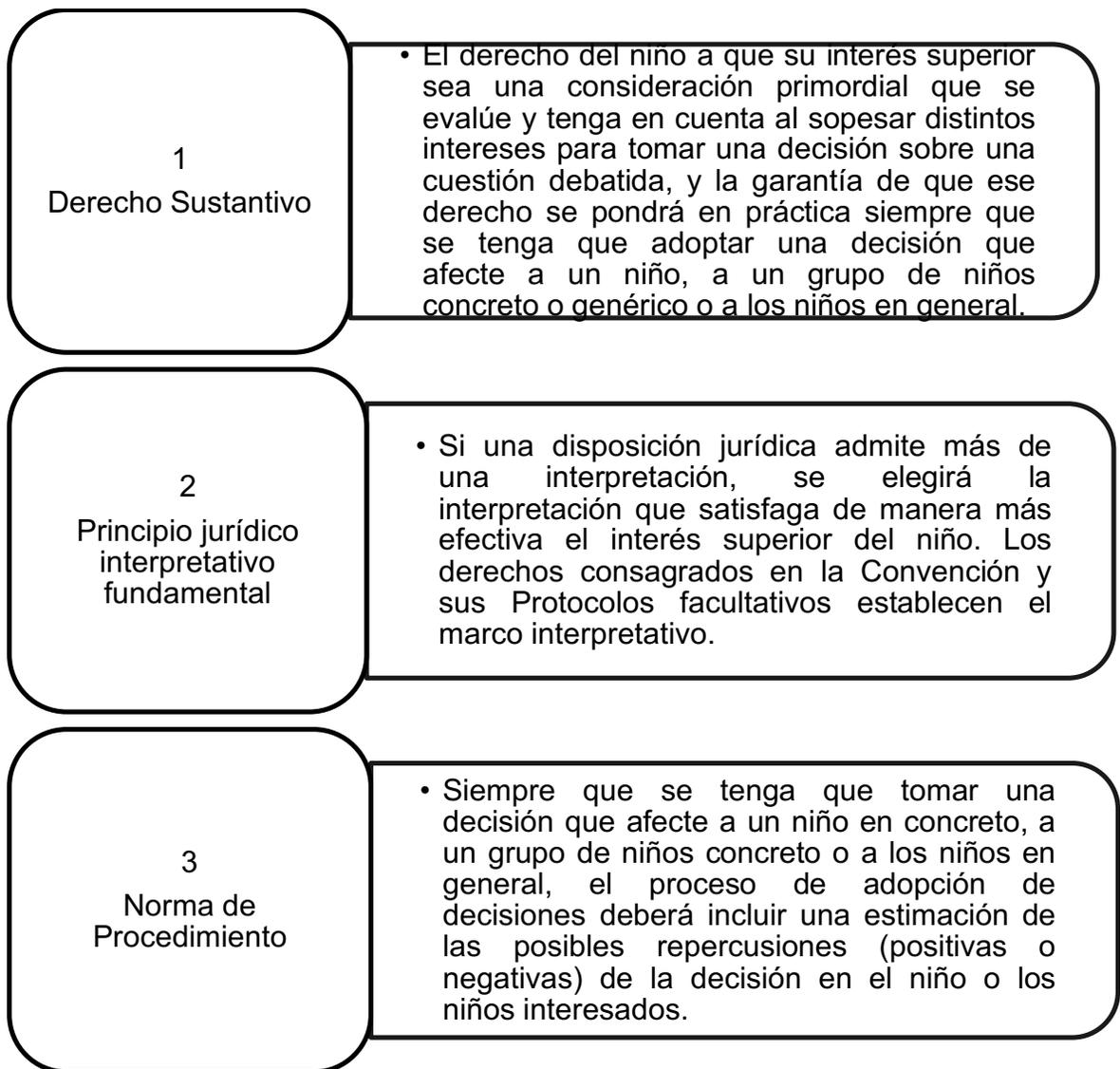
En definitiva, el interés superior del menor es un principio vinculante en la actividad jurisdiccional, para todos aquellos casos en que intervengan menores o que puedan verse afectados sus intereses, a fin de garantizar su pleno desarrollo y la efectiva protección de sus derechos.

Así, es de notarse que, los alcances de dicho principio no se limitan a las controversias del orden familiar, sino que permean cualquier materia en la que se afecten los derechos de un menor, como es el caso de los asuntos de naturaleza penal¹⁰⁹.

Cuadro 1. Definición de interés superior del menor

¹⁰⁸ Estas tres dimensiones han sido reconocidas por el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General N°14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1, Convención sobre los Derechos del Niño), CCPR/C/21, aprobada por el Comité sobre los Derechos del Niño en su 62° periodo de sesiones, página 4, §6 (en lo sucesivo "Observación General N°14").

¹⁰⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el alcance del principio del interés superior del menor a todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en los que se discuta algún derecho de un niño en su Opinión Consultiva OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", de 28 de agosto de 2002, página 73, §95 y página 86, §2 (en lo sucesivo "Opinión Consultiva 17/2002"). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que en la vía penal, el interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley, véase *Observación General 14*, páginas 8 y 9, §27-28. En el mismo sentido véase, Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, Resolución 2005/20, 36ª Sesión Plenaria de 22 de julio de 2005, anexo1, §8 (en lo sucesivo "Directrices ONU").



Para González Contó este principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente como los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida

administrativa o una decisión de tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan directamente.¹¹⁰

Respecto a la definición del interés superior del niño en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció y lo definió de la siguiente forma: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".¹¹¹

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, el desarrollo holístico del niño y garantizar la dignidad de este grupo de personas. El Comité de los Derechos de los Niños de la ONU espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.¹¹² Es decir, la interpretación del interés superior del infante debe hacerse con un razonamiento jurídico profundo, una reflexión que vaya más allá del contenido de las normas, que nos de pautas sobre cómo lograr la total protección de los derechos de los menores, para no cometer el error de quedarnos con una interpretación limitativa que por ende no conduzca a la satisfacción de sus derechos.

¹¹⁰ González Contró, Mónica et al., *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, Serie doctrina jurídica Núm. 649, p. 89.

¹¹¹ Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro XV, Tomo 1 diciembre de 2012, p. 334.

¹¹² Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, [en línea], 2013, p. 3, Formato pdf, Disponible en Internet: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf

Se puede concebir el interés superior del menor como aquella protección especial que debe existir en favor de la niñez, priorizando sus derechos en todos los procesos donde sea parte.

II. Instrumentos jurídicos internacionales que protegen los Derechos de los Niños

1. Convención sobre los Derechos del Niño

El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹³ es precisamente el niño. El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable.

Para la Convención sobre los Derechos del Niño tiene algunos principios rectores por lo que es importante destacar y que se tengan en cuenta ciertos principios rectores que establece la CDN sobre los cuales se apoya el resto de los derechos, estos son los principios de interés superior, no discriminación, ser oído y participación, y derecho a la vida y desarrollo.

Interés superior del niño: Si bien la Convención no ofrece una definición precisa de este principio, el interés superior debe siempre ser la consideración primordial para todas las acciones que afecten a los niños y niñas, sean tomadas por actores públicos como instituciones sociales, tribunales, autoridades administrativas y cuerpos legislativos o por actores privados como organizaciones sociales.

¹¹³ El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de la ONU aprobó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño ratificado por México el 21 de septiembre de 1990, en adelante CDN.

Para el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño se refiere a las medidas que tomen tanto las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos y exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura.¹¹⁴

En su reciente Observación General 14, el Comité de los Derechos del Niño aborda el significado del interés superior desde una triple perspectiva:

1. Como un derecho sustantivo. Es decir, el derecho del niño y niña a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño o niña, a un grupo de ellos y ellas concreto o genérico o a la niñez en general.

2. Como un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

3. Como una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o niña en concreto, a un grupo de niños o niñas o a la niñez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en niñas o niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice. La legislación debería garantizar que se tenga en cuenta explícitamente el interés

¹¹⁴ CDN. Artículo 3:1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

superior del niño, y establecer criterios para la decisión y ponderación de los intereses de la infancia y la adolescencia frente a otras consideraciones.

La Convención de los Derechos del Niño garantiza en su artículo 12 el derecho a opinar, ser oído y tenido debidamente en cuenta¹¹⁵: Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos en que tengan interés y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su madurez y desarrollo. En los últimos años se ha ido extendiendo el entendimiento de este principio como también de "participación", aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12¹¹⁶. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesario para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

Igualdad y no discriminación: Se trata de la igualdad de niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, origen social o étnico, discapacidad, apariencia física, o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres, de su grupo familiar, representantes legales o responsables en su caso¹¹⁷

¹¹⁵ CDN. Artículo 12: Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

¹¹⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 del 20 de julio de 2009.

¹¹⁷ CDN. Artículo 2:1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹⁸

El primer instrumento jurídico que reconoció ese principio fue la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño de 1959, que en su segundo principio dispuso: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Dicho principio fue incorporado en diferentes instrumentos internacionales relacionados con la persona menor de edad.

Si bien desde 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos señalaba que la infancia y la maternidad tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, y que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social, sería hasta la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1959, que se establecieron los derechos concretos de la infancia esfuerzo que se cristalizaría con la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención es el primer tratado internacional de derechos humanos que combina, en un instrumento único, una serie de normas universales relativas a la infancia y el primero en considerar los derechos de la niñez como una exigencia con fuerza jurídica obligatoria.

Asimismo, se encuentran derechos de la infancia en otros instrumentos internacionales y recomendaciones que complementan la protección de los mismos. En la Declaración Universal de Derechos Humanos protegen los Derechos de los niños y su derecho a que se tomen medidas especiales para el cuidado de los menores.¹¹⁹

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹¹⁸ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

¹¹⁹ Artículo 25.- 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH)¹²⁰. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. En este instrumento jurídico también se protege el derecho al niño a una protección especial por su condición de menor. (Artículo 19)¹²¹

III. Interés Superior del Menor en la legislación mexicana.

Desde antes que se publicara en el Diario Oficial de la Federación la reforma del 12 de octubre de 2011, el interés superior de la niñez ya era reconocido como un principio constitucional implícito, además que se encontraba tutelado en tratados internacionales que son parte del ordenamiento jurídico mexicano, un ejemplo claro de su aplicación lo encontramos en algunos criterios jurisprudenciales en los cuales se hace mención del interés superior del menor, entre los que se destaca:

El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el

¹²⁰ Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978

¹²¹ Artículo 19. Derechos del Niño.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.¹²²

De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.¹²³

¹²² Tesis de jurisprudencia: II.3o.C. J/4, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, Octubre de 2002, p. 1206, bajo el rubro: GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

¹²³ Tesis de jurisprudencia: VII.2o.C. J/15, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, Agosto de 2003, p. 1582, bajo el rubro: MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ

1. Constitución Federal

En el reconocimiento tácito de este principio podemos asegurar que surge en el numeral primero de la Carta Magna, con el principio de no discriminación por razón de edad – prosigue el artículo - o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas¹²⁴, entendiendo de lo anterior que la infancia y adolescencia tiene los mismos derechos fundamentales que los mayores de edad, pues si no estaríamos discriminando a este grupo de personas por razón de su edad.

Después de la citada reforma en el artículo 4º constitucional se declara como centinela al Estado Mexicano, por lo que debemos entender en sus tres órdenes de gobierno (Federal, Estatal y Municipal), del mencionado principio correspondiente a la niñez. Siguiendo esta misma línea, el Interés Superior de la niñez tiene tres aspectos, pues a decir de nuestra constitución en el ejercicio de esta primicia:

1. Se garantizará en todo momento y de forma plena los derechos de los menores, incluyendo
2. La satisfacción de las necesidades inherentes a estos para su correcto desarrollo integral; por ultimo,
3. Se comprende como una directriz guía de las políticas públicas del Estado hacia la niñez y adolescencia.

Formulándose en el 2011, el párrafo noveno del artículo cuarto constitucional de la siguiente forma:

COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

¹²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit. Artículo 1ro.

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.¹²⁵

Es interesante, como a través del poder Judicial de la Federación, se establecen las bases en cuanto a la ponderación y peso que tiene la adopción del interés superior del menor frente a otros derechos, pues dispone que si bien dicho principio obliga a las autoridades del Estado Mexicano, al igual que en los casos de colisión en la aplicación de dos o más derechos humanos, a hacer un ejercicio de ponderación para buscar la armonización entre los valores en juego, pero sin omitir el respeto a los derechos de alguno de los interesados, a fin de otorgar al menor todo lo que solicita, en cualquier circunstancia y sin requisito alguno. Aplicado lo anterior a los procesos jurisdiccionales, la intervención de un menor en un juicio no implica que el juzgador únicamente deba respetar los derechos humanos de éste y omitir los derechos fundamentales de su contraparte, ya que si se aceptara una posición contraria, se correría el riesgo de convertir al juzgador en un autócrata y no en el director del proceso, que únicamente observa y cumple lo que subjetivamente considera conveniente y favorable para los derechos del niño, sin respetar los derechos de los demás integrantes de la relación jurídico procesal, otorgándole al primero cualquier beneficio, por el solo hecho de ser infante, incluso en los casos en que no le asista la razón, conforme a derecho, mediante una mal entendida protección del interés superior del niño.¹²⁶

¹²⁵ *Ibíd.* Artículo 4to.

¹²⁶ Tesis: I.1o.P.14 K (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, p. 2846, bajo el rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN CASO DE COLISIÓN EN LA APLICACIÓN DE DOS O MÁS DERECHOS HUMANOS, LA ADOPCIÓN DE ESTE PRINCIPIO OBLIGA A LAS AUTORIDADES A HACER UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN PARA BUSCAR LA ARMONIZACIÓN ENTRE LOS VALORES EN JUEGO, PERO SIN OMITIR EL RESPETO A LOS DERECHOS DE ALGUNO DE LOS INTERESADOS, A FIN DE OTORGAR AL INFANTE TODO LO QUE SOLICITA, EN

2. Ley reglamentaria del artículo 4º de la Constitución Federal

En el año 2000, se expidió la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,¹²⁷ reglamentaria del párrafo sexto del artículo 4o. de la CPEUM, estuvo vigente durante 14 años, debido a los resultados insatisfactorios para el Estado Mexicano.¹²⁸ La Ley definió en lenguaje incluyente el concepto de niños y niñas.¹²⁹ La Ley también definía el contenido del principio del interés superior de la infancia, sin embargo, al no existir una atención homogénea por parte de las instituciones de los tres niveles de gobierno, se decidió realizar un cambio de paradigma en la forma como el Estado Mexicano tutelaría los derechos de la niñez en México, para pasar a un sistema de protección activo.¹³⁰

Fue así, como en diciembre de 2014 se expidió la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA),¹³¹ con lo cual se reconoce como sujetos plenos de derechos a los menores. La LGDNNA es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto:¹³²

CUALQUIER CIRCUNSTANCIA Y SIN REQUISITO ALGUNO.

¹²⁷ Ley publicada en el DOF el 29 de mayo de 2000, cuya última reforma publicada en mismo diario el 19 de agosto de 2010; sin embargo, esta ley fue abrogada mediante el artículo 4º transitorio de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el DOF el 4 de diciembre de 2014.

¹²⁸ Al respecto véase la exposición de motivos de la iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, presentada por Enrique Peña Nieto, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el pasado 1º de septiembre de 2014 ante la Cámara de Senadores.

¹²⁹ Artículo 2. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

¹³⁰ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez Karla, *Daño Moral y derechos de la personalidad del menor*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 144-145.

¹³¹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, última reforma publicada el día 9 de marzo de 2018.

¹³² Cfr. Artículo 1 de la LGDNNA.

I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la CPEUM;

II. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte;

III. Crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integrales de los derechos de niñas, niños y adolescentes que hayan sido vulnerados;

IV. Establecer los principios rectores y criterios que orientarán la política nacional en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, así como las facultades, competencias, concurrencia y bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; y la actuación de los Poderes Legislativo y Judicial, y los organismos constitucionales autónomos, y

V. Establecer las bases generales para la participación de los sectores privado y social en las acciones tendentes a garantizar la protección y el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como a prevenir su vulneración.

En esta ley se prevé que el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector.¹³³ Se incorporan como principios rectores¹³⁴ de los derechos

¹³³ Al respecto véase artículo 2 de la LGDNNA.

¹³⁴ Cfr. Artículo 6 de la LGDNNA.

de niñas, niños y adolescentes, entre otros: el interés superior de la niñez; la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la CPEUM así como en los tratados internacionales; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; la participación; autonomía progresiva y *pro persona*.

Otro elemento a destacar en la ley es el catálogo de derechos humanos¹³⁵ que se establece de forma enunciativa más no limitativa para la protección de niñas, niños y adolescentes. Para poder acatar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, se estableció la competencia concurrente por parte de la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.¹³⁶

También se crean, a nivel federal y local, las procuradurías de protección de niñas, niños y adolescentes adscritas a los sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia, con el objetivo de realizar el resguardo de sus derechos.

¹³⁵ Cfr. Artículo 13 de la LGDNNA: I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; II. Derecho de prioridad; III. Derecho a la identidad; IV. Derecho a vivir en familia; V. Derecho a la igualdad sustantiva; VI. Derecho a no ser discriminado; VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; VIII. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; XI. Derecho a la educación; XII. Derecho al descanso y al esparcimiento; XIII. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; XIV. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; XV. Derecho de participación; XVI. Derecho de asociación y reunión; XVII. Derecho a la intimidad; XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; XIX. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

¹³⁶ Al respecto véase artículo 3 de la LGDNNA.

Así este principio general del Derecho lo encontramos incluido en diversas normas nacionales como internacionales, teniendo como base legislativa al derecho civil y como objeto de protección a la persona, ha sido elevada a rango constitucional en distintos países del mundo, incluyendo el nuestro, otorgándole una superioridad que la misma Constitución implica. Es de esa forma como se ha convertido en un patrón jurídico que vincula a los poderes públicos, un instrumento que afecta la esfera de derechos de los individuos que ambiciona proteger, un criterio de interpretación que beneficia a los menores y como norma supletoria.

Este interés contempla los bienes patrimoniales, morales y espirituales, como el desarrollo de la persona en todas sus facetas; es una suma de todos aquellos intereses que la misma persona considere como valiosos. Para que se logre tutelar efectivamente los mencionados intereses se debe utilizar un criterio de interpretación que dé lugar a una aplicación homogénea y coherente.

3. Ley de los Derechos de las Niñas y Niños de la Ciudad de México.

Continuando con nuestro análisis, en la Ciudad de México, entidad en que residen los poderes de la Unión, existe la respectiva Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal, en la que se concibe al interés superior del menor de la siguiente forma:

Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio. Este principio orientará la actuación de los Órganos Locales de Gobierno encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, provisión, prevención, protección especial y participación de las niñas y niños, y deberá verse reflejado en las siguientes acciones:

a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con las niñas y niños;

- b) En la atención a las niñas y niños en los servicios públicos; y
- c) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y niños;¹³⁷

En esta concepción del interés nos encontramos una vez más con la ya formada idea que este debe prevalecer ante cualquier conflicto con derechos de terceros, pero además impone obligaciones específicas a las autoridades locales para realizar actividades en favor de la niñez de su jurisdicción, que además será válido a todos los menores que se encuentren de paso por la Ciudad de México. Algunas otras entidades adoptan esta concepción sobre el interés superior, en el sureste del país es el caso del estado de Chiapas, Tabasco y Yucatán; como ejemplos de ello.

4. Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.

Siguiendo el análisis en el centro de la República Mexicana, la respectiva Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México,¹³⁸ se presenta vanguardista en algunos otros aspectos, por ejemplo, se establece que para garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las autoridades estatales y municipales deberán:¹³⁹

I. Concurrir en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de goce, respeto, protección y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

¹³⁷ Ley de los Derechos de las Niñas y Niños de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 31 de enero del 2000, última reforma publicada el 12 de mayo de 2017.

¹³⁸ Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, publicada en el Periódico Oficial el 7 de mayo de 2015, última reforma publicada el 10 de enero de 2018, en adelante LDNNAEM.

¹³⁹ Cfr. Artículo 3 de la LDNNAEM.

II. Garantizar el interés superior de la niñez a través de las medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales que para tal efecto se establezcan.

III. Diseñar políticas públicas con un enfoque integral, progresista e incluyente para contribuir en la adecuada formación física, psicológica, económica, social, educativa, cultural, recreativa, ambiental y cívica de las niñas, niños y adolescentes.

IV. Promover la participación, tomar en cuenta la opinión y considerar los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, en todos aquellos asuntos de su incumbencia, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

V. Establecer mecanismos transparentes de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas y programas gubernamentales en materia de respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

VI. Priorizar el interés superior de la niñez en la toma de decisiones en cuestiones que involucren a niñas, niños y adolescentes.

El Estado de México, define el interés superior de la niñez, como el máximo beneficio que ha de otorgarse de conformidad con los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto de cualquier otro beneficio o derecho y que tiene como propósito alcanzar su desarrollo integral, así como la plenitud de sus aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades, tomando en consideración que cada uno de ellos es una universalidad y una individualidad en la que la familia, la comunidad y el propio estado garantizarán ese pleno desarrollo.¹⁴⁰

En esta definición, como en otras, se mencionan las políticas que se entiende son las acciones que las autoridades del estado deben llevar a cabo en pro de la niñez, entonces sí de políticas públicas se trata no está de más recordar que esto incluye la generación de oportunidades y el acceso a todo tipo de servicios a la niñez sin distinción alguna. Esto significa que la satisfacción de los

¹⁴⁰ Cfr. Artículo 5 fracción XXII de la LDNNAEM.

derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo¹⁴¹, es decir no son asimilables a los intereses que pueda tener el colectivo social.

El interés superior del menor debe orientarse y delimitarse en función de los objetivos de política legislativa que se persiga en cada una de las figuras jurídicas que tratemos. Así y como bien señala la doctrina “se tendrá que justipreciar dicho interés en concordancia con lo que resulta del objeto del proceso”. Por ello es que el interés superior del menor será un concepto variable en función del supuesto de hecho que se esté dilucidando en relación con el infante.¹⁴²

El mismo artículo mencionado nos da otras definiciones interesantes e íntimamente ligadas al interés superior, como lo son:

-Desarrollo integral: Al derecho que tienen niñas, niños y adolescentes a formarse física, mental, emocional y socialmente en las condiciones que permitan satisfacer sus necesidades básicas y el goce pleno de sus derechos.

- Medidas de Protección: A los mecanismos idóneos que se ejecutan cuando se advierta un riesgo inminente en contra de niñas, niños o adolescentes.¹⁴³

5. Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco.

En el Estado de Tabasco, se hizo el proceso de armonización legislativa conforme a los principios establecidos en la LGDNNNA, por lo que en diciembre

¹⁴¹ Cillero Bruñol Miguel, El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, [en línea], Formato pdf, Disponible en Internet: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

¹⁴² González Martín Nuria y Rodríguez Jiménez Sonia, El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, Serie Doctrina Jurídica Núm. 586, p. 30-31.

¹⁴³ Cfr. Artículo 5 fracciones XIII y XXVI de la LDNNAEM.

de 2015, se expidió la nueva Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco (LDNNAT),¹⁴⁴ en donde se estipulan algunos derechos fundamentales en los que destaca, el interés superior de la niñez como uno de los principios rectores, así como el de autonomía progresiva y el principio pro persona, entre otros.¹⁴⁵

Es interesante destacar, que la ley dispone como obligación de toda persona que tenga conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes que sufran o hayan sufrido, en cualquier forma, violación de sus derechos, hacerlo del conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente y, en su caso, instrumentar las medidas cautelares, de protección y de restitución integrales procedentes en términos de las disposiciones aplicables.¹⁴⁶

En esta ley encontramos como derechos enunciativos de las niñas, niños y adolescentes los siguientes:¹⁴⁷

1. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
2. Derecho de prioridad;
3. Derecho a la identidad;
4. Derecho a vivir en familia;
5. Derecho a la igualdad sustantiva;
6. Derecho a no ser discriminado;
7. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;
8. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal;
9. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social;
10. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad;
11. Derecho a la educación;
12. Derecho al descanso y al esparcimiento;

¹⁴⁴ Publicada en el Periódico Oficial del Estado mediante decreto 234 el 4 de diciembre de 2015, última reforma publicada el día 11 de mayo de 2017.

¹⁴⁵ Artículo 6 de la LDNNAT.

¹⁴⁶ Cfr. Artículo 11 de la LPDNNAT.

¹⁴⁷ Cfr. Artículo 12 de la LPDNNAT.

13. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura;
14. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información;
15. Derecho de participación;
16. Derecho de asociación y reunión;
17. Derecho a la intimidad;
18. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; y
19. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

La ley tabasqueña, prevé que en todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos del Estado de Tabasco, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio.¹⁴⁸ Sin embargo, se requiere la voluntad política para que todos los operadores jurídicos observen los principios que establece esta ley especial en beneficio del menor.

Además, como refiere la ley de Tabasco, niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad.¹⁴⁹ Las autoridades estatales y municipales están obligadas a tomar las medidas necesarias para coadyuvar y atender, en el ámbito de sus respectivas competencias, los casos en que niñas, niños o adolescentes se vean afectados por:¹⁵⁰

¹⁴⁸ Cfr. Artículo 17 LPDNNAT.

¹⁴⁹ Cfr. Artículo 36 LPDNNAT.

¹⁵⁰ Cfr. Artículo 37 LPDNNAT.

1. El descuido, negligencia, abandono o abuso físico, psicológico o sexual;
2. La corrupción de personas menores de dieciocho años de edad;
3. Trata de personas menores de dieciocho años de edad, pederastia, explotación sexual infantil con o sin fines comerciales, o cualquier otro tipo de explotación y demás conductas punibles establecidas en las disposiciones aplicables;
4. El tráfico de niñas, niños y adolescentes;
5. El trabajo antes de la edad mínima de quince años, prevista en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás disposiciones aplicables;
6. El trabajo en adolescentes mayores de 15 años que pueda perjudicar su salud, su educación o impedir su desarrollo físico o mental, explotación laboral, las peores formas de trabajo infantil, así como el trabajo forzoso, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las demás disposiciones aplicables; y
7. La incitación o coacción para que participen en la comisión de delitos o en asociaciones delictuosas, en actividades del crimen organizado o en cualquier otra actividad que impida su desarrollo integral.

El Programa Estatal y los Programas Municipales preverán las disposiciones y medidas para la implementación de políticas de prevención, protección, atención, sanción y erradicación de los supuestos a que se refieren todas las fracciones anteriores del presente artículo, así como a implementar medidas especiales para prevenir, sancionar y reparar las conductas lesivas previstas anteriormente contra niñas, niños y adolescentes con discapacidad, sin embargo, como veremos en el capítulo siguiente a través del estudio de casos, hace falta trasladar la aplicación del texto legal a la realidad que acontece en el sistema jurídico mexicano.

IV. Daño moral en caso de niñas, niños y adolescentes.

Es en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),¹⁵¹ donde se establece el interés superior de los menores como principio rector en las decisiones de carácter judicial que repercutan en la vida de aquéllos; asimismo, en los artículos 16¹⁵² y 39¹⁵³ se indica, que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y que tiene derecho a que la ley lo proteja de ellas; también se señala que los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de explotación o abuso.¹⁵⁴

La protección de los niños, niñas y adolescentes en relación a sus derechos de la personalidad, por ejemplo, el de su vida privada, no aparece sólo en los Tratados Internacionales firmados por México, sino también encontramos presente esta protección en los diversos protocolos y recomendaciones emitidas, tales como los dos protocolos facultativos de la Convención sobre los derechos del Niño, aprobados en el año 2000, sobre la participación de los niños en los conflictos armados¹⁵⁵ y el segundo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.¹⁵⁶

¹⁵¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 aprobada por el Senado el 19 de junio de 1990, según publicación en el DOF el 31 de julio de 1990. El decreto de promulgación se publicó en el DOF el 25 de enero de 1991. Al respecto el artículo 3, párrafo primero de la CDN dispone: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁵² Artículo 16 de la CDN. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

¹⁵³ Artículo 39 de la CDN. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: [...] explotación o abuso.

¹⁵⁴ Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez Karla, *Daño Moral y derechos de la personalidad del menor*, op. cit., pp. 107-110.

¹⁵⁵ Protocolo adoptado por México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de mayo de 2002.

¹⁵⁶ Protocolo adoptado por México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de abril de 2002.

En este último protocolo se indica que los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas, de conformidad con la legislación nacional, para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas.

A finales del año 2011, se aprobó un tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones,¹⁵⁷ cuyo propósito consiste en reforzar y complementar los mecanismos nacionales y regionales al permitir a los niños denunciar la violación de sus derechos, en el que se tomen en cuenta los derechos y opiniones del menor en consonancia con su edad y madurez, además se reafirma la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con capacidades en evolución, esperamos que México en un futuro próximo se adhiera a este protocolo.

Así también, en las Reglas de Brasilia¹⁵⁸, donde se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de 18 años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable, destinadas al Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, se indica que no está permitido que las víctimas de un ilícito en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de los menores de edad y las que fueron objeto de los delitos de índole sexual, se les fotografíe y se difundan esas imágenes, aun cuando tengan por objeto la integración de un expediente penal, pues, se considera que ello

¹⁵⁷ Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011, mismo que entró en vigor hasta el 14 de abril de 2014, cuando se logró la ratificación del documento por parte de diez países, cabe mencionar que México todavía no ha suscrito este protocolo.

¹⁵⁸ Las 100 Reglas de Brasilia nacen en la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008 y tienen como preocupación central el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, Cfr. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en marzo de 2008, así también véase Ribotta, Silvina, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia*, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 6, número 2, 2012, pp. 1 – 37, disponible en: http://www2.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

afecta decisivamente a su desarrollo como persona y afecta su dignidad, además de que se les victimiza por incrementar el daño que sufrió la víctima al interactuar con el sistema de justicia.

En ese sentido, la jurisprudencia mexicana,¹⁵⁹ ha sostenido que no está permitido que las víctimas de un ilícito en condiciones de vulnerabilidad, como son los menores de edad y quienes fueron objeto de los delitos de índole sexual, se les fotografíe y se difundan esas imágenes, aun cuando tengan por objeto la integración de un expediente penal, pues, se considera que ello afecta decisivamente a su desarrollo como persona y afecta su dignidad, además de que se les victimiza por incrementar el daño que sufrió la víctima al interactuar con el sistema de justicia.

En otra sentencia, se valoró que en los asuntos en que el responsable sea condenado a la reparación del daño moral (que incluye el pago de tratamientos curativos que el agraviado necesite para recuperar su salud física o psíquica) a favor de un menor de edad, derivado del delito cometido en agravio de éste, pero de autos se evidencie que el enjuiciado no tiene la posibilidad para cubrir ese daño, por las condiciones peculiares que presenta, como la particularidad de ser de origen indígena, no contar con ingresos económicos ni con alguna ocupación laboral de la que pueda obtenerlos, o bien, cualquier otra característica que le impida saldar la referida pena, resulta procedente que el Estado sea al que corresponda resarcir ese daño moral (como sería proporcionar los aludidos tratamientos curativos), en aquellos casos en que, conforme a las condiciones especiales del sentenciado, exista imposibilidad de que éste pueda cubrir materialmente esa condena al menor ofendido, a fin de hacer efectivo el principio

¹⁵⁹ Tesis: XXVI.5o.(V Región) 11 P, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, p. 2411, bajo el rubro: FE MINISTERIAL DE LESIONES Y FOTOGRAFÍAS DEL ÁREA GENITAL DE UN MENOR VÍCTIMA DE UN DELITO SEXUAL. AUN CUANDO DICHAS PRUEBAS TIENEN POR OBJETO INTEGRAR EL EXPEDIENTE, DEBEN EXCLUIRSE DEL PROCESO POR CONTRAVENIR LOS DERECHOS DE UNA PERSONA EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD Y LOS ARTÍCULOS 3, 16 Y 39 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

del interés superior del menor, previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁶⁰

Además, ha resuelto el Poder Judicial de la Federación que una de las obligaciones reforzadas frente a los menores víctimas del delito implica la actuación oficiosa del juzgador para dictar todas las diligencias necesarias para la determinación de la cuantificación y cualificación del daño, así como su reparación, para lo cual debe considerarse la esfera íntegra de los derechos de la infancia y no sólo la afectación material directa, aunado a que dicha afectación integral debe ser valorada a la luz de su desarrollo previsible a futuro. De ahí que la reparación del daño deberá incluir, como mínimo: i) los costos del tratamiento médico, la terapia y la rehabilitación física y ocupacional; ii) los costos de los servicios jurídicos; iii) los costos de transporte (incluido el retorno a su lugar de origen), alimentación y vivienda; iv) los ingresos perdidos por las personas encargadas de su cuidado; v) el resarcimiento de los perjuicios ocasionados; vi) la indemnización por daño moral; vii) el resarcimiento derivado de cualquier otra pérdida sufrida por la víctima generada por la comisión del delito; y, viii) los gastos permanentes a consecuencia del delito.¹⁶¹

En cuanto a la legitimación para reclamar daño moral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los menores de edad también tienen derecho a reclamar la reparación por daño moral, es el caso de los hermanos de una niña fallecida en un parque de diversiones, que demandaron a la empresa responsable.¹⁶²

Los antecedentes que originaron este asunto, se presentaron cuando una menor acudió el 1 de mayo de 2010 a un parque de atracciones e ingresó a un

¹⁶⁰ Tesis: I.5o.P.26 P (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III, p. 2118.

¹⁶¹ Tesis: 1a. CCCXC/2015 (10a.), Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 265.

¹⁶² Amparo Directo en Revisión 1232/2012, resuelto el 14 de noviembre de 2012, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

juego mecánico de sistema de rieles. Una vez iniciado el trayecto del referido juego mecánico, la entonces menor de edad, en compañía de sus amigos, advirtieron que el carro que los contenía brincaba mucho, movimiento que les pareció extraño, a comparación de otras veces en las que habían ingresado al juego; sin embargo, no fue posible solicitar que el juego fuera frenado o que se verificara la condición y seguridad del mismo, por lo que éste continuó su recorrido.

Durante el recorrido del juego mecánico, los acompañantes de la menor se percataron que su cabeza se movía de un lado a otro como si estuviera desmayada. Fue así que una vez concluido el trayecto del juego, la menor de edad se encontraba inconsciente, por lo que se trasladó en una silla de ruedas a la enfermería, y minutos después, en una ambulancia, a un hospital cercano, al cual ingresó en el área de urgencias para recibir la atención médica correspondiente.

De esta manera y en virtud de las graves afectaciones a la salud de la menor que le fueron diagnosticadas a su ingreso en el nosocomio, se decidió su entrada al quirófano por neurocirugía con diagnóstico de luxación C4C5 del 100% postraumática con plan quirúrgico descompresión medular/fijación C4C5 con placa anterior.

El 17 de mayo de 2010 y toda vez que la situación médica de la menor empeoraba, sus padres solicitaron, por conducto del representante legal de la empresa encargada del parque de diversiones, el apoyo económico para cubrir los gastos de hospitalización, tratamiento y rehabilitación; no obstante, antes de que la empresa pudiera colmar esa petición, la menor de edad falleció el día 27 de mayo de ese año, a causa de un “traumatismo cérico medular”.¹⁶³

¹⁶³ García Corona, Saúl, *Reseña del Amparo Directo en Revisión 1232/2012*, Col. Reseñas argumentativas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 2-5.

Posteriormente, el 14 de junio de 2010, los padres de la menor occisa suscribieron el documento denominado “Deslinde y Acuerdo de Responsabilidad”, en el cual deslindaron y liberaron de toda responsabilidad civil, penal y/o administrativa a la empresa responsable de la administración del parque de atracciones en el que sucedió el incidente.

Frente a la situación antes descrita, el 3 de noviembre de 2010, por propio derecho, y en representación de sus dos menores hijos, los padres de la menor fallecida demandaron a la empresa referida, en la vía ordinaria civil, la indemnización por daño moral.

Dentro de los argumentos ostentados en la determinación adoptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales estuvieron encaminados a dar respuesta a los agravios planteados por la empresa recurrente, se especificó, en esencia, que el alcance de las normas de carácter constitucional, más que una función complementadora de la legislación civil en materia de controversias suscitadas entre particulares por responsabilidad civil extracontractual, inclusive, en el caso en que menores de edad resulten afectados por la conducta de un particular, tienen un carácter de fijar el sentido y alcance de tales normas secundarias.

Lo anterior, en atención a que la Constitución General de la República, en el espectro de las normas de fuente interna, es la Norma Suprema, lo que implica un marco a partir del cual el resto del sistema jurídico nacional debe adecuarse, en aras de una regularidad de orden constitucional, pues de modo contrario las normas secundarias podrían legítimamente ser opuestas a la Constitución, implicando la validez de normas inconstitucionales y generando un vaciamiento en lo que al principio de supremacía constitucional se refiere el artículo 133, de la Norma Fundamental.

También, se sostuvo que de una interpretación armónica de los artículos 1o, 4o y 103, de la Constitución General de la República, resultaba incuestionable que el esquema actual de los derechos humanos contenidos en ella, orienta al grado de generar convencimiento de que ante la afectación a la dignidad humana de menores de edad se exige tener un efecto de garantía jurisdiccional y tutela de los derechos, que la reparación del daño moral deba hacerse, a quienes causa afectación la pérdida de un familiar cercano. De tal forma que la reparación moral es el mecanismo jurídicamente eficaz para preservar la dignidad de los menores ante la imposibilidad de que las cosas regresen al estado en que se encontraban anteriormente.

Por ende, la Primera Sala estimó infundados los agravios planteados por el recurrente, ya que el ámbito protector de los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, específicamente en sus artículos 1°, 4° y 103, tienen un alcance superior al de la legislación civil en materia de controversias suscitadas entre particulares por responsabilidad civil extracontractual, que más que complementar fungen como un marco supremo, a partir del cual las normas de carácter secundario u ordinario deben apearse en aras de su regularidad constitucional.

En otra cuestión, se indicó que si bien el contenido del documento de “Deslinde y Acuerdo de Responsabilidad” tiene un ánimo liberatorio para la persona moral recurrente, éste no establecía de manera expresa que se deslindara a la empresa recurrente, en relación al daño moral que pudiera derivar de la responsabilidad por los hechos ocurridos el día 1 de mayo de 2010, ni que abarcara de manera absoluta al núcleo familiar, pues únicamente se suscribió por los padres de la menor finada, lo cual puso de relieve que en dicho acuerdo no se partió de la base de que existía la presunción de un núcleo de personas que sufría de un daño de naturaleza moral, derivado del fallecimiento de la citada menor, sino únicamente del pretendido efecto liberatorio en lo que conlleva el daño directo a la menor, sin que pudiera dársele un efecto expansivo a todo tipo de daño

generado y a todo involucrado que no forme parte del acuerdo de deslinde de responsabilidad.

Por ende, se determinó que los menores hermanos de la finada contaban con legitimación para demandar la afectación que, de carácter personal sufrieron en sí y en su núcleo familiar, como una consecuencia del fallecimiento de su hermana, mediante lo cual ejercieron una acción a título propio y no en un carácter de herederos, pues se ubicaron en el supuesto normativo contenido en el párrafo primero, del artículo 1916, del Código Civil para el Distrito Federal y no en el que prevé el párrafo tercero, de dicho numeral, que refiere al caso de ejercer el derecho de la víctima directa a título de heredero, si es que ésta fue ejercida en vida.

Es interesante, destacar que el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo formuló un voto particular en contra de la resolución aprobada por la mayoría de la Primera Sala, entre otros motivos por el siguiente:

“Aún en el supuesto de considerar que el recurso de revisión fuera procedente, tampoco convengo con lo resuelto en el fondo del asunto, pues sin desconocer que de los párrafos primero y tercero del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprenden dos supuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad por daño moral, y que concretamente el previsto en el párrafo primero implica un daño de carácter personal en lo que a los derechos de la personalidad se refiere, como son los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, existiendo una presunción de que tal afectación se provocó cuando se vulnere o menoscabe de modo ilegítimo la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, lo cual otorga a los quejosos, hermanos de la menor fallecida legitimación para demandar el daño moral causado por la afectación que de carácter personal sufren en sí y en su núcleo familiar como consecuencia del fallecimiento de su hermana, dicha

legitimación, desde mi perspectiva fue superada con el convenio celebrado por los padres de los menores quejosos, pues si ellos tienen su representación y liberaron de responsabilidad a la demandada, debe entenderse que por virtud de ese convenio los menores a través de sus representantes también la liberaron de la responsabilidad que ésta podía tener para con ellos.”¹⁶⁴

Sin embargo, la Primera Sala, a través de la mayoría consideró que era procedente modificar la sentencia recurrida, pues los menores sí cuentan con legitimación para hacer valer su pretensión y ejercer la acción de responsabilidad por daño moral, en términos del párrafo primero del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, y no conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero de dicho precepto legal como inexactamente lo estimó el Tribunal Colegiado.

CAPITULO CUARTO. POLÍTICA JURÍDICA DEL DAÑO MORAL Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La política jurídica tiene una fase normativa, sociológica y material, y su correcta interrelación podría dar lugar a la formulación de una política. Esto significa que la política jurídica puede originarse desde el momento en que el legislador lleva a cabo la redacción de la norma a fin de prever los alcances que mediante la misma desea obtener; sin embargo, en los procesos jurisdiccionales, debe limitarse a elegir mediante ella uno de entre los varios sentidos que sea posible extraer de la norma. A continuación, se analizan los elementos de política jurídica que toman en cuenta los jueces ante casos de daño moral por afectación a derechos de los menores víctimas de delitos.

I. Estudio de casos en el derecho comparado: España

¹⁶⁴ Voto particular formulado por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el amparo directo en revisión 1232/2012.

1. Caso de las menores Casilda y Adriana.

En cuanto a los antecedentes del caso se presenta en esencia que en fechas indeterminadas del año 2011 y hasta enero de 2013, el acusado Benigno estuvo viviendo en casa de su tía Natalia. Las hijas menores de sus primos hermanos llamadas Adriana (nacida en 2003) y Casilda (nacida en 2002) también dormían en el referido domicilio en diversas ocasiones. Adriana los fines de semanas y en otras ocasiones y Casilda de forma más cotidiana.¹⁶⁵

En esas ocasiones, el recurrente, acudía al dormitorio donde dormían las menores y les realizaba diversos tocamientos en zonas genitales. El recurrente realizaba las referidas conductas de forma continuada y bajo amenaza de causar un mal tanto a la abuela, como a la bisabuela de las menores, con prevalimiento de la relación de parentesco que tenía con las mismas y, en algunas ocasiones, empleando fuerza sobre ellas para que atendieran a sus propósitos tales como sujetarlas por los brazos o forzarlas a mantenerse boca abajo.

A la menor Adriana le dio besos en la boca, llegando a introducirle la lengua en algunas ocasiones; le tocó el pecho y los genitales, algunas veces con la ropa puesta y otras sin ella; le frotó sus genitales por el cuerpo; le chupó los pechos; le practicó sexo oral en los genitales; y la agarró de las manos obligándola a tocarle el pene y practicarle una masturbación.

Y a la menor Casilda el acusado le dio besos; le chupó el cuello y los pechos; le tocó la vagina, algunas veces sin ropa o con la ropa bajada; le frotó el pene en la vagina, llegando a ponerla boca abajo; y le frotó el pene por el cuerpo. El recurrente realizó los referidos actos bien en presencia de ambas menores y bien, otras veces, por separado con cada una de ellas. La última vez que se sucedieron los hechos referidos, fue el día 3 de enero de 2013, fecha en que la abuela de las

¹⁶⁵ Recurso de casación 1575/2016, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, 27 de abril de 2017.

menores sorprendió al acusado en el dormitorio donde dormían las menores, colocado encima de Casilda, mientras esta estaba tumbada en la cama bocabajo, y frotando sus genitales en el cuerpo de la menor.

El Tribunal de instancia tomó en consideración como pruebas de cargo bastantes a fin de justificar el fallo condenatorio las declaraciones testimoniales de las propias víctimas, las declaraciones de los diferentes testigos que depusieron en el plenario y los dictámenes médico-forenses y psicológicos realizados sobre las menores Casilda y Adriana.

En relación a la declaración de la menor Casilda, el Tribunal de instancia destacó que la víctima relató los hechos referidos en el *factum* de la sentencia de forma concreta y ofreció distintos detalles de los abusos sexuales padecidos. En concreto, refirió, que los hechos tuvieron lugar en numerosas ocasiones y siempre en el domicilio de su abuela, cuando esta acompañaba a su abuelo al campo y el recurrente se quedaba a solas con ella y con su prima Adriana. En esos casos, declaró la menor, el recurrente se metía en la cama con ella y le tocaba el pecho, le daba besos, le chupaba el cuello e, incluso, le metió el pene en sus genitales mientras hacía movimientos subiendo y bajando. A tal efecto, la menor declaró que el recurrente le sujetaba de los brazos y le agarraba cuando se ponía encima, boca arriba.

Asimismo, la menor justificó, que nunca dijo nada a sus abuelos o padres ya que tenía miedo de que le pasase "algo malo" a su bisabuela Sonia pues el recurrente le amenazaba con causarle algún daño. Por último, la menor declaró, de un lado, que los hechos sucedieron en presencia de su prima Adriana a quien también le hacía lo mismo; y, de otro lado, que la última vez que sucedieron los hechos, el recurrente se encontraba encima de ella cuando su abuela, que había vuelto a la casa después de acompañar a su abuelo al campo, sorprendió al recurrente sobre ella, motivo por el que le echó de la casa.

En cuanto a la declaración de la menor Adriana, el Tribunal de instancia destacó que la víctima relató los hechos referidos en el *factum* de la sentencia de forma concreta, coherente y compatible con lo declarado por su prima Casilda.

En concreto, el Tribunal de instancia destacó que la menor afirmó en el plenario que en ocasiones iba a dormir a casa de su abuela donde vivía su prima, sus abuelos, su bisabuela Sonia, sus dos hermanos y el recurrente. Asimismo, destacó el Tribunal de instancia que la menor ofreció detalles de la vivienda y de la habitación donde sucedieron los hechos. En este sentido relató que, cuando su abuela y su abuelo iban al campo, el recurrente se metía en la habitación de ella y de su prima y, en numerosas ocasiones, le besaba la boca, el pecho, por debajo de la ropa y se frotaba con ella. Asimismo, relató, de un lado, que el recurrente, en ocasiones, le chupó sus genitales y le obligó a que le masturbase o le chupase el pene; y, de otro lado, que el recurrente realizaba tales hechos siempre a presencia de la otra menor, Casilda. Por último, la menor refirió, así lo recalcó el Tribunal de instancia, que la última vez que sucedieron los hechos fue un día en el que el recurrente estaba " follando " a su prima Casilda y la abuela entró en la habitación y los vio. Por ese motivo, refirió la menor, su abuela echó de la casa al recurrente.

El Tribunal a quo otorgó plena credibilidad a los testimonios de ambas víctimas pues afirmó que fueron narrados de forma coherente y coincidente, con profusión de detalles y de forma convincente, sincera y creíble. Asimismo, el Tribunal de instancia indicó que en las declaraciones de las víctimas concurrieron los requisitos generalmente exigidos por la jurisprudencia para devenir como prueba de cargo bastante y fundamentar el fallo condenatorio. A tal efecto, el Tribunal de instancia examinó de forma sistemática la concurrencia de los señalados requisitos de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud del testimonio de las menores.

Respecto del requisito de la incredibilidad subjetiva, el Tribunal de instancia afirmó que, de la prueba practicada en el acto del plenario y en particular de las

declaraciones de las víctimas, de los diferentes testigos y del propio recurrente, no cabe inferir ánimo de venganza por parte de las menores ya que todos convinieron en que las relaciones existentes entre estas y el acusado, con carácter previo a la revelación de los hechos enjuiciados, era familiar y cordial, de modo que jugaban juntos, veían la televisión y mantenían relaciones de afectividad y cariño propias de sus circunstancias subjetivas (el recurrente era sobrino carnal de su abuela y convivía con ella y con la menor Casilda en el mismo domicilio).

En cuanto a la persistencia en la incriminación, las menores mantuvieron la misma versión de los hechos tanto cuando fueron examinadas por el médico forense, como cuando fueron exploradas en sede de Instrucción y, por último, al tiempo de prestar sus testimonios en el acto del juicio oral, sin que se hubiesen apreciado contradicciones en los aspectos nucleares de sus diferentes declaraciones.

Finalmente, en relación a la verosimilitud del testimonio, tal requisito debía entenderse colmado en virtud de distintos elementos corroboradores constatados en el plenario y, en particular, en virtud (1) de las diferentes declaraciones de los testigos que depusieron en el acto del juicio oral; (2) de los informes médico-forenses documentados en las actuaciones; y (3) de los dictámenes psicológicos y las declaraciones plenarias de los facultativos que los elaboraron.

En concreto el Tribunal de instancia, en cuanto a las declaraciones testificales se refiere, destacó la declaración de la abuela de las menores, Sra. Natalia, quien, de un lado, relató con precisión que el último día en que acaecieron los hechos (3 de enero de 2013), al llegar a su domicilio después de acompañar a su marido al campo, descubrió al recurrente sobre su nieta Casilda en la cama, restregándose sobre ella, que estaba boca abajo y, a su lado, estaba su otra nieta Adriana, motivo por el que le echó de la casa; y, de otro lado, declaró que decidió contárselo a sus padres días después ya que la menor presentaba cierto retraso menstrual y, por ello, temió que pudiese estar embarazada.

Asimismo, la testigo declaró en el juicio, tal y como destacó el Tribunal de instancia, las diferentes costumbres familiares y, en particular, que en la habitación donde dormían las menores también dormía su marido (ya que ella se ocupaba del cuidado de su madre y pernoctaba con ella en otra habitación) de modo que cuando este se iba al campo, las menores se quedaban solas en esa habitación.

El Tribunal de instancia también destacó como elementos corroboradores de los testimonios de las menores las declaraciones testificales de sus respectivos progenitores quienes convinieron en que las menores dormían juntas en una cama en la habitación donde también dormía el abuelo, aunque en otra cama distinta, y que las relaciones de las menores con el recurrente eran cordiales y familiares. En particular, la declaración del padre de la menor Adriana, quien afirmó en el plenario que desde que se revelaron los hechos su hija le manifestó que no le gustaba que le besase o le acariciase.

Asimismo, consideró la Sala de Instancia como elemento corroborador de la verosimilitud del testimonio de las menores, los diferentes informes médico-forenses realizados sobre las mismas y ratificados en el juicio oral por el facultativo interviniente en los que se evidenciaron que las menores, al tiempo de las exploraciones, no presentaban lesiones, rotura del himen ni reacción eritematosa en zona vaginal, anal o perianal.

El Tribunal de instancia tomó en consideración, como elemento corroborador de la verosimilitud del testimonio de las menores, los informes de las psicólogos actuantes quienes, asimismo, depusieron en el plenario y manifestaron que los testimonios de las víctimas eran probablemente creíbles y fundados en hechos reales. De igual modo, las referidas facultativos afirmaron en el acto del juicio oral que, una vez examinadas, las menores presentaban una sintomatología asociada a comportamientos abusivos por lo que las derivaron a la Unidad de Tratamiento, Orientación y Asesoramiento Jurídico para Menores Víctimas de

Abusos Sexual de la Asociación ADIMA de Sevilla, a fin de que fuesen sometidas a terapia especializada.

Se concluyó que la prueba de cargo vertida en el acto del plenario fue válidamente obtenida y practicada; pues le sirvió de basamento para concluir, de forma racional, la efectiva realización de los diferentes actos sexuales cometidos por parte del recurrente sobre Casilda y Adriana, sin que tal razonamiento pueda ser tachado de ilógico o arbitrario.

En la resolución, se sostiene que es indiscutible que este tipo de conductas (constitutivas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual) siempre producen daño moral en las víctimas, más en este caso, en que los hechos, de obligado respeto, describen unas secuelas propias de las víctimas de este tipo de delitos, especialmente, cuando tienen tan escasa edad.

Señala la STS 620/2015, de 22 de octubre, que la facultad o arbitrio al que queda sometida la determinación de la cuantía por daño moral es al Tribunal de instancia, quedando limitada la intervención del de casación a aquellos excepcionales supuestos en que el juzgador de instancia desatienda los parámetros normativos, cuando la ley ofrece o impone criterios que no se cumplen o cuando el arbitrio ejercido es absolutamente irracional, desproporcionado o incongruente la cuantía otorgada.

El Tribunal además de acomodarse a las normas legales, si las hubiere (lo usual es que tal decisión quede librada al prudente arbitrio del Tribunal de inmediatez), no podrá exceder o superar lo pedido por las partes y además tomar como referencia la cuantía que en casos similares han concedido nuestros Tribunales.

Difícilmente existirán más pruebas que las que se derivan del factum y de los argumentos jurídicos de la sentencia, que califican el hecho originador del daño

moral y las consecuencias, cuando éstas se evidencian. El daño moral constituye un concepto indeterminado, pero real y existente, ante la evidencia de que todo delito afecta a los aspectos más sensibles y espirituales del ofendido, que soporta indebidamente el daño del ilícito penal aunque no se traduzca directamente en un perjuicio patrimonial.

El requisito mínimo que debe exigir el principio de tutela judicial efectiva y no indefensión, es que el Tribunal que lo establezca razone o argumente mínimamente la existencia e intensidad del daño moral (más de una ocasión inevitable consecuencia o efecto del delito) y su cuantía (STS 66/2016, de 28 de enero).

El Tribunal de instancia justificó conforme a Derecho y a la jurisprudencia, la existencia de daños morales en las víctimas, de un lado, al referirse al contenido de los dictámenes psicológicos realizados sobre las menores en los que se afirma que aquellas, al tiempo en que fueron exploradas, presentaban una sintomatología asociada a comportamientos abusivos por lo que debieron ser derivadas a la Unidad de Tratamiento, Orientación y Asesoramiento Jurídico para Menores Víctimas de Abusos Sexual de la Asociación ADIMA de Sevilla, a fin de que fuesen sometidas a terapia especializada; y, de otro lado, al afirmar que, conforme a las máximas de experiencia, es patente el daño psicológico que los comportamientos de naturaleza sexual semejantes a los descritos en el relato de hechos probados de la sentencia ocasionan en las víctimas, particularmente, cuando son menores de edad.

Asimismo, el Tribunal de instancia justificó conforme a Derecho el importe de las indemnizaciones que el recurrente debe satisfacer a las víctimas (20.000 euros a cada una de ellas) en atención a la gravedad de los hechos realizados bajo amenaza o violencia, la duración de los mismos en el tiempo (aproximadamente 2 años) y la edad de las víctimas (10 y 11 años cuando cesaron), sin que tales importes puedan ser corregidos pues, en el caso concreto y de conformidad con la

jurisprudencia expuesta, deben ser considerados proporcionales a la entidad de los hechos y circunstancias y padecimientos de las víctimas.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal de instancia justificó, de forma racional, con apoyo de la prueba practicada y con reflejo expreso en el relato de hechos probados, tanto la existencia de los daños morales como la extensión de las indemnizaciones por lo que, en definitiva, no ha existido lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

2. Caso del procesado por los juegos de peluches, objetos y sabores.

Este caso deriva también de la relación de los menores con alguien del núcleo familiar, en este caso su tío, el cual tiene como antecedentes los siguientes hechos:

El procesado, Ezequias, mayor de edad, sin antecedentes penales, prevaliéndose del hecho de ser el tío, ya que se encontraba casado con Aurora, que tenía 5 sobrinas carnales, Felicísima, nacida en 1999, Ofelia, nacida en 1998, María Cristina nacida en 2002, Elvira, nacida en 2002 y Marisol, nacida en 1998, aprovechando siempre que no hubiera adultos presentes realizó diversos actos sobre las niñas, menores de edad, durante un periodo de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, con la intención de satisfacer sus deseos libidinosos.¹⁶⁶

Así, el procesado se quedaba al cuidado de sus sobrinas, tanto en su domicilio como en el campo, donde ponía en práctica diversos juegos por él inventados, con la finalidad ya descrita, que denominó el juego de los "peluches", el juego de "los objetos" y el de los "sabores" y que llevaba a cabo en el dormitorio de sus hijos Luis Enrique y Claudia, mientras sus sobrinas permanecían a solas con el procesado para dicha práctica. En todos los juegos el procesado tapaba los ojos

¹⁶⁶ STS 861/2017, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 8 de marzo de 2017.

de la menor con un paño o con unas gafas de bucear con el cristal tapado con cinta aislante.

En el juego de los "peluches", el procesado indicaba a cada menor que entrara por turnos y se tumbase en la cama, con la finalidad de adivinar algún muñeco, momentos en los que aprovechaba para colocarse encima de ella, restregarse contra el cuerpo de la menor, restregar su pene contra cada una de ellas e incluso realizar tocamientos a alguna de las niñas; acciones que llevó a cabo con sus sobrinas Felicísima, Ofelia, María Cristina y Elvira, a quien hizo también tocamientos por encima de su ropa interior.

Además, aprovechando el llamado juego de "los objetos" o de "los palos" el procesado conminaba a las niñas a adivinar distintos objetos que ponía en sus manos, aprovechando para que tocasen su pene, lo que hizo con Ofelia, María Cristina y Elvira.

En el juego de los "sabores", en el que participaron sus sobrinas Felicísima, Elvira, María Cristina y Marisol, éstas debían adivinar distintos sabores de alimentos que el procesado les daba a probar usando su propio pene untado de yogur, leche condensada o nata, aprovechando dicho juego para que ellas lo lamiesen o chupasen, no constando que lo introdujese en la cavidad bucal de las menores.

Por último, aprovechando el procesado la excusa de llevar a sus sobrinas Felicísima, Ofelia y María Cristina a lavar su vehículo, las requería una a una para que entraran en el coche, aprovechando dicha situación para restregar su pene contra la menor y restregarse él mismo contra ella, llegando a realizar tocamientos a Ofelia en su zona genital por encima de la ropa interior.

Las menores Felicísima, Ofelia y Elvira presentan sintomatología de vivencia de abuso sexual. Tras denunciarse estos hechos, se prohibió al

procesado aproximarse a las menores a menos de 200 metros y comunicarse con ellas por cualquier medio.

Los medios de prueba respecto al imputado delito de abuso respecto de la menor Felicísima, son los siguientes:

En el *hecho probado* se incluye a esta menor como participe en los diversos «juegos» en los que el acusado cometería las acciones tipificadas como abuso sexual. Reconduciendo el comportamiento que la sentencia, de manera no específica, pero sí como integrado en el grupo de afectadas, imputa al acusado en relación a Felicísima. El comportamiento que se declara probado sería que: en el juego de los «peluches» el procesado indicaba a la menor que se tumbase en la cama lo que aprovechaba para colocarse encima de ella, restregarse contra el cuerpo de la menor, restregar su pene contra ella e incluso realizar tocamientos. Además, aprovechando el llamado juego de «los objetos» o de «los palos» el procesado conminaba a las niñas a adivinar distintos objetos que ponía en sus manos, aprovechando para que tocasen su pene, lo que hizo con Felicísima. Y en el juego de los «sabores», Felicísima, debía adivinar distintos sabores de alimentos que el procesado le daba a probar, usando su propio pene untado de yogur, leche condensada o nata, aprovechando dicho juego para que ellas lo lamiesen o chupasen. Por último, aprovechando el procesado la excusa de llevar a Felicísima, a lavar su vehículo la requería para que entraran en el coche, aprovechando dicha situación para restregar su pene contra la menor y restregarse él mismo contra ella.

Examinamos los *medios de prueba* en los que la sentencia dice apoyarse para tal conclusión referida a Felicísima. En primer lugar el testimonio de la menor Felicísima. Dijo que recordaba el juego de «los peluches», en cuya ocasión ella se tumbaba en una cama boca abajo y entonces su tío se tumbaba encima de ella y «se movía y notaba su zona genital»; También hizo referencia al juego «de los muñecos» con cuya ocasión aunque dijo que había algo «redondo y blandito»

advirtió que *no sabía* qué era. También dijo que había ido con su tío a limpiar el coche y que recuerda que una vez se sentó en el asiento de delante en las rodillas de su tío y que él «*se movía*». También recuerda que en una ocasión se puso mala en el colegio y que su tío fue a recogerla y la llevó a casa de sus primos y que entonces le indicó que le ayudara a envolver un paquete aprovechando su tío para ponerse detrás de ella y *restregarse* contra su cuerpo.

Tal narración coincide con el relato que el informe pericial, unido documentalmente en la causa, recoge como «verbalizaciones» de la explorada. Por ello se concluyó que la descripción de lo probado se acomoda al resultado de la prueba, primero al reflejar la aportación externa del testigo y, después, internamente en la medida que de esa manifestación de la menor se llega a la conclusión de que responde a la realidad de lo sucedido por ser acorde a lógica y experiencia estimar que la menor, al menos en esos particulares, pudo percibir y captar el sentido de lo percibido y dispuso de memoria bastante para narrarlo. El lenguaje usado no es equívoco. De ahí que la veracidad del enunciado como ocurrido sea asumible con certeza objetiva, más allá de la convicción subjetiva del juzgador, e incluso de la misma testigo. En efecto se acomoda a las pautas de lógica y experiencia que la testigo es capaz de conocer lo que dice y esto, a su vez, es manifestado de manera creíble atendiendo a las conocidas pautas de ausencia de motivos espurios, persistencia y coherencia en el discurso de la menor que la sentencia invoca reforzando su convicción.

En cuanto a los actos imputados al recurrente en relación a la menor Ofelia la sentencia no hace un discurso diverso del ya referido respecto de Felicísima, salvo una específica mención a que cuando se encontraban lavando el coche a esta menor le tocó la zona genital por encima de la ropa.

La sentencia recoge el testimonio de la menor que le conduce a esa conclusión. Ofelia manifestó en el plenario que cuando tenía 8 años y estando con sus familias en el campo su tío le tapó los ojos para jugar a identificar un palo y que

está segura que le hizo tocarle su pene. Recuerda que jugó al juego de «los peluches», en cuya ocasión su tío se ponía encima de ella y aprovechaba para «restregarse sus partes por su cuerpo» y que también le tocaba por encima de la ropa interior.

En este juego a veces lo que tocaba era el pene de su tío y que entonces él le agarraba la mano y le decía que le tocara «como si fuera un coito». Y que cuando iban a lavar el coche su tío le hacía pasar dentro del coche y se frotaba contra ella. Recuerda también tocamientos en su zona genital por encima de la ropa en varias ocasiones, cuando se montaba en el coche con su tío y que una vez, incluso, le besó en la boca. Refiere que siempre que estaba cerca de su tío había algún tipo de contacto.

Tal narración es inequívoca en lo que expresa, siendo indudable la capacidad de la menor para percibir el hecho tal como lo describe. Por otra parte, atribuirle la condición de verosímil y creíble se acomoda al canon de la lógica y la experiencia sin que haya motivos para dudar razonablemente de la veracidad de lo narrado.

En cuanto a las menores Marisol, María Cristina y Elvira fueron desestimadas las pruebas.

La sentencia parte de que los hechos, en su globalidad, se desarrollaron entre los años 2006 y 2012. Es ineludible enmarcar cronológicamente, como lo fue describir, cada uno de los hechos que constituyen sendos delitos.

Los hechos relativos a la menor Felicísima constituyen un delito continuado del artículo 183 del Código Penal en su redacción dada por Ley Orgánica 5/2010 en sus apartados 1 y 4 d). Dicho delito reviste la modalidad de delito continuado conforme al artículo 74 del Código Penal . En consecuencia procede imponer la pena de cinco años de prisión que constituye el mínimo de la mitad superior (cinco

a seis años) de la mitad superior (cuatro a seis) consecuencia de la doble referencia de la continuidad y la agravación, respectivamente.

Los hechos probados respecto de la menor Ofelia constituyen el delito continuado del artículo 181.1 y 2 en relación con el apartado 4 del mismo y 180.1 4ª todos ellos del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos. De la doble consideración de la continuidad (pena de dos a tres años de prisión) y de la agravación (dos años y medio a tres) deriva la imposición de la pena de tres años que procede, conforme al artículo 66 del Código Penal dada la gravedad del hecho imputado.

En el fallo, se decidió condenar a Ezequias, como autor criminalmente responsable de un delito del artículo 183 1 del Código Penal con agravante de prevalimiento ya definido en su redacción dada por Ley Orgánica 5/2010 a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la pena. Indemnizar a la menor Felicísima en la cantidad de nueve mil euros (9.000).

Condenar a dicho acusado como autor de un delito de abuso previsto y penado en el artículo 181.1 , 2 y 4 en relación con el 180 4º del Código Penal en su redacción vigente antes de la reforma por Ley Orgánica 5/2010 con carácter de delito continuado a la pena tres años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la pena. Indemnizar a la menor Ofelia en la cantidad de nueve mil euros (9.000). Absolver al acusado de los delitos de abuso sexual de las menores, Elvira, Marisol y María Cristina.

Imponer al penado la prohibición de aproximarse a las personas y domicilios de Felicísima y de Ofelia, a una distancia inferior a 200 metros, y de comunicar con ellas por cualquier medio por tiempo de 15 años debiéndose descontar del mismo el periodo que ha estado vigente la medida cautelar de prohibición por auto de 3 de mayo de 2013. También se le impone la medida de

libertad vigilada durante cinco años a partir del cumplimiento de la pena de prisión, cuyo contenido se concretará en ejecución.

II. Valoración del interés superior del menor en juicios de daño moral: estudio de casos en México

1. Caso de daño moral de menor lesionado por su padre

El presente caso se origina de los siguientes hechos: La denunciante contrajo matrimonio con el sentenciado y procrearon al menor ofendido. En marzo de dos mil seis, se disolvió el vínculo matrimonial a través de divorcio voluntario (la denunciante indicó que el motivo fue violencia intrafamiliar), quedando el menor bajo la custodia de su madre.¹⁶⁷

En el contexto de las convivencias que el padre tenía con el menor, la madre indicó diversas incidencias. El veinte de mayo de dos mil siete, la madre denunció al padre del menor por devolverlo “golpeado” acusándolo de lesiones dolosas. El padre indicó que los golpes al menor eran resultado del “asalto” que sufrió donde resultó herido de bala. Además imputó la responsabilidad de dicho atentado a su integridad física a la madre y a la abuela materna del menor.

En virtud de lo anterior, el padre presentó denuncia penal por homicidio en grado de tentativa, cuestión por la cual ambas permanecieron recluidas en el centro carcelario Santa Marta Acatitla del veintiséis de junio de dos mil siete al nueve de junio de dos mil ocho.

Dado lo anterior, el menor quedó bajo la guarda y custodia de su padre a partir del trece de agosto de dos mil siete hasta el veintiuno de julio de dos mil ocho, fecha en la cual se ordenó la devolución del menor a la madre, en el incidente de cambio de guarda y custodia del índice del Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Familiar del Distrito Federal.

¹⁶⁷ Amparo Directo en Revisión 1072/2014, resuelto el día 17 de junio de 2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El diecisiete de agosto de dos mil ocho, el menor regresó de la convivencia con su padre con un ojo morado, por lo que la abuela materna lo llevó a la Delegación Cuauhtémoc donde se dio fe de la lesión. Fueron canalizados al Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), -dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal-, donde una perito en psicología al valorar al menor concluyó la existencia de “posible abuso sexual”, por lo que se condujo al menor al Centro de Terapia de Apoyo para Víctimas de Delitos Sexuales, en el que determinaron que el menor había sido víctima de abuso sexual. En virtud de lo anterior se formuló la denuncia penal respectiva en contra del padre del menor.

Por los hechos anteriores, el Juez Décimo Quinto de lo Penal del Distrito Federal en la causa penal dictó sentencia condenatoria el nueve de mayo de dos mil trece, en la que consideró al padre del menor, responsable de la comisión de los delitos: 1. Abuso sexual agravado previsto y sancionado en el artículo 177, párrafo primero (hipótesis: al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en persona menor de doce años de edad¹⁶⁸), con relación al 178, fracción II (que dicho ilícito lo cometa ascendiente contra su descendiente), ambos del Código Penal para el Distrito Federal vigente al inicio del lapso en que se consideró tuvo lugar el injusto en cuestión (agosto de dos mil siete; y 2. Violación equiparada agravada (diversos dos), uno descrito en el precepto 175, párrafos primero (hipótesis: al que realice cópula con persona menor de doce años) y cuarto (violencia moral), con relación a los diversos 174, párrafo segundo (cópula en el supuesto de introducción del pene por vía bucal), y 178, fracción II (que dicho ilícito lo cometa ascendiente contra su descendiente)... ilícitos cometidos en agravio del citado menor.

¹⁶⁸ En el depurado ministerial, el menor señaló en relación a su padre: “***** me tocaba mi bomberito (refiriéndose a su pene) y mis nalguitas”. Foja 101 –reverso- del amparo directo penal *****.

En su segunda comparecencia agregó: “...al cuestionarlo sobre si le gusta vivir en casa de ***** , dijo: “no, porque me toca mi bomberito “así mira (el menor se toca su pene poniendo la mano encima)... y también me lo muerde.” Foja 102 del amparo directo penal *****.

La condena total impuesta fue de treinta y tres años cuatro meses, dos días de prisión, así como la pérdida de la patria potestad. Se le absolvió de la reparación del daño material, así como del daño moral y perjuicios. Se le negaron los sustitutos de las penas impuestas y la suspensión condicional de su ejecución. Además se le suspendieron sus derechos políticos durante el tiempo que durara la sanción restrictiva de la libertad.

En contra de la anterior resolución, interpusieron recurso de apelación el sentenciado, su defensor particular y el agente del Ministerio Público (este último sólo respecto al grado de culpabilidad y la reparación del daño moral). La Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, resolvió mediante sentencia de catorce de octubre de dos mil trece, revocar el fallo condenatorio y consecuentemente, absolvió al enjuiciado al considerar que existe insuficiencia probatoria para acreditar los extremos de los dos diversos delitos de abuso sexual agravado y dos diversos de violación equiparada agravada.

En segunda instancia, la sala responsable absolvió al sentenciado por insuficiencia probatoria, para acreditar tales delitos, señalando que en un contexto familiar hostil en que se encontraba el menor era factible que se condujera motivado por influencia externa, además no existían otros medios de convicción que se administraran para sustentar la condena.

En la resolución del recurso de revisión, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó lo siguiente: En primer lugar, la Sala deberá establecer si la interpretación efectuada por el Tribunal Colegiado de Circuito es acorde con dicho interés del menor, las normas de protección de la infancia y los derechos del inculpado, previstos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

La víctima del delito ha ido adquiriendo un importante protagonismo, debido al reconocimiento de la condición de vulnerabilidad en la que se sitúa una persona después de haber sufrido un delito, lo cual es particularmente grave en aquellos

casos en que un menor de edad ha sido objeto de una agresión física o sexual. En principio, es posible señalar que la condición de vulnerabilidad se presenta cuando existe una importante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la agresión delictiva, provocando una nueva “victimización” en la persona. Asimismo, dicha condición puede proceder de diversas causas, ya sea la edad, el género, la condición de discapacidad o la preferencia u orientación sexual, o bien, condición económica, social o cultural, entre muchas otras¹⁶⁹.

Por obvio que parezca, es necesario enfatizar que la condición de vulnerabilidad de la víctima es especialmente evidente en el caso de los menores de edad, debido a su situación especial de desarrollo e inmadurez física y psicológica. Es por ello que resulta indispensable diferenciar el tratamiento de un menor dentro del aparato de administración de justicia, pues, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso contrario se corre el riesgo de desconocer la realidad y omitir la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio a su persona¹⁷⁰.

A juicio de la Primera Sala, dichas medidas deben estar especialmente dirigidas a la consecución de dos objetivos, por un lado, disminuir los efectos directos e indirectos de la experiencia traumática vivida, y, por el otro, lograr el desarrollo sano y armónico de su personalidad a futuro.

Todas las autoridades involucradas en el proceso de justicia penal deben respetar los derechos fundamentales de los que goza cualquier víctima del delito, aunado a que en función de garantizar al máximo el interés superior del menor, es necesario que las autoridades enfatizen su actuar en tres aspectos primordiales:

¹⁶⁹ Es de notarse que tal concepto de situación de vulnerabilidad surgió en el marco de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en cuyos trabajos preparatorios participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores de los sistemas justicia, entre ellos, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsmán y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Véase, Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Brasilia, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo 2008, §3 y 11.

¹⁷⁰ Véase al respecto, *Opinión Consultiva 17/2002*, §96.

a) el reconocimiento de la dignidad humana del menor, b) su no revictimización y c) la participación del menor en el proceso penal¹⁷¹.

En el ámbito de la función jurisdiccional, los juzgadores deben tomar las medidas necesarias para evitar la revictimización del menor, las cuales se deben guiar por el criterio de más beneficio al menor y atender sus necesidades, el contexto y la propia naturaleza del acto criminal sufrido.

El derecho de los menores a expresar sus opiniones y a participar en el procedimiento debe procurarse en los asuntos de naturaleza penal cuando intervengan menores víctimas. Para ello, los juzgadores deben prestar especial atención en: a) lograr un equilibrio entre el derecho a ser protegido y el derecho a expresar opiniones y participar en el proceso, y b) conseguir que su participación sea acorde a la evolución de sus facultades, es decir, conforme a su edad, madurez personal y discernimiento¹⁷².

Al respecto, cabe destacar que al igual que ocurre con otros derechos, los menores de edad ejercen su derecho a la participación de forma progresiva en la medida que van desarrollando un mayor nivel de autonomía. Tal característica, conlleva a que el nivel de participación de los menores no dependa de una edad que pueda determinarse como regla fija, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad.

La figura de la suplencia de la deficiencia de la queja se inscribe en la afirmación de que el principio de interés superior ordena a todas las autoridades

¹⁷¹ Sobre el tema, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 13, sobre la igualdad de todas las personas a ser escuchadas por un tribunal competente, señaló que “por lo menos” los menores deben ser titulares de los mismos derechos que las personas adultas dentro de los procedimientos judiciales. Véase Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General N° 13*, 13/04/84, CCPR/C/21, página 4.

¹⁷² Ello es acorde con el mandato establecido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. Este mismo alcance del principio del interés superior del menor ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Opinión Consultiva OC-17/2002*, §74 a 76) y por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (*Observación General 13, relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, “Igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente”, CCPR/C/21, p. 2.).

estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas “reforzadas” o “agravadas”, y que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad.¹⁷³

La obligación de los jueces de garantizar los derechos de los menores con medidas de protección reforzadas se ha traducido en deberes muy concretos por la Primera Sala,¹⁷⁴ los cuales pueden resumirse en los siguientes términos:

1. La obligación de realizar una amplia suplencia de la queja cuando estén involucrados menores,¹⁷⁵ la cual debe operar desde la demanda hasta la ejecución de sentencia, incluyendo subsanar omisiones en la demanda, e insuficiencia de conceptos de violación o agravios.¹⁷⁶

2. La suplencia de la queja permite al juzgador de alzada analizar todas las decisiones que pudieren afectar el interés de la familia y en particular los derechos e intereses del menor, aunque se lleguen a modificar por esta vía cuestiones que no figuran en los agravios de las partes, ofreciendo así una ventana procesal para garantizar los intereses de los menores en un contexto en que las solas pretensiones de las partes del juicio pueden no ser suficientes para ello.¹⁷⁷

¹⁷³ Dicho criterio se ve reflejado en los siguientes precedentes emitidos por la Primera Sala. amparo directo en revisión 12/2010 resuelto el 2 de marzo de 2011, amparo directo en revisión 1038/2013, resuelto el 4 de septiembre y amparo directo en revisión 2618/2013, resuelto el 23 de octubre de 2013.

¹⁷⁴ Amparo directo en revisión 1475/2008, resuelta el 15 de octubre de 2008.

¹⁷⁵ Amparo en revisión 645/2008. Resuelto el 29 de octubre de 2008.

¹⁷⁶ Dichas consideraciones se desprenden de la tesis de jurisprudencia 195/2005, de rubro: “MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.”

¹⁷⁷ Lo anterior se ve reflejado en la tesis 1a./J. 49/2007, de rubro “DIVORCIO NECESARIO. EL TRIBUNAL DE ALZADA PUEDE SUPLIR LA QUEJA E INCLUSO ANALIZAR CUESTIONES DISTINTAS A LAS PLANTEADAS EN LOS AGRAVIOS DE LAS PARTES SI ELLO RESULTA IMPRESCINDIBLE PARA PROTEGER DEBIDAMENTE EL INTERÉS DE LA FAMILIA, Y EN PARTICULAR LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS MENORES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 949, FRACCIÓN I DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).” [Novena Época Registro: 172533 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Mayo de 2007 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 49/2007 Página: 323]

3. Así, se ha señalado que en los juicios en los cuales se discuten los derechos de menores el juzgador está constreñido a atender todas las circunstancias o hechos que se relacionen con la niñez, ya sea que éstas formen parte de la litis o vayan surgiendo durante el procedimiento.¹⁷⁸

4. En materia probatoria, el Juez cuenta con amplias facultades constitucionales para actuar de oficio. Así, el juez debe allegarse de todo el material probatorio que tenga a su alcance.¹⁷⁹ Incluso, se ha sostenido que el juzgador tiene la obligación de ordenar el desahogo de las pruebas que sean necesarias para resolver el asunto.¹⁸⁰

5. Finalmente, en cuanto a la valoración de las pruebas, se ha determinado que los jueces deben de valorar todo el material probatorio “que está integrado en autos, aun cuando vaya más allá de la *litis* planteada en la demanda”.¹⁸¹

En resumen, el interés superior del niño demanda que en toda situación donde se vean involucrados los menores se traten de proteger y privilegiar sus derechos, aun cuando sus derechos no formen parte de la litis o las partes no los hagan valer; o incluso, cuando el material probatorio sea insuficiente para esclarecer la verdad de los hechos.

En el desahogo de las pruebas deberá tomar en consideración que los infantes tienen un lenguaje diferente al de los adultos, por lo cual la toma de

¹⁷⁸ Dicho criterio se encuentra en la tesis 1a. LXXI/2013, de rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES EN UN JUICIO DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.

¹⁷⁹ Amparo directo en revisión 2539/2010, resuelto el 26 de enero de 2011.

¹⁸⁰ Consideraciones sustentadas en la contradicción de tesis 496/2012, resuelta el 6 de febrero de 2013.

¹⁸¹ Lo anterior se encuentra contenido en la tesis 1a. XVI/2011, de rubro: “JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS.” [Novena Época Registro: 172533 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Mayo de 2007 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 49/2007 Página: 323]

declaraciones tiene que llevarse a cabo con el apoyo de personal especializado, sin que ello implique una limitación en la posibilidad de cuestionar o comunicarse con el niño, pues sólo se trata de modular la forma en que se desarrolle dicha comunicación a través de una persona especializada en el lenguaje infantil.

Asimismo, tomando en cuenta que los infantes carecen de mecanismos efectivos para controlar sus emociones, aunado a las limitantes naturales de su expresión verbal, -el niño utiliza en mayor medida la expresión no verbal-. Los gestos, manierismos o incluso el uso de materiales para expresar una situación (muñecos, plastilina, dibujos, por mencionar algunos) deben ser considerados en tanto son formas adicionales de comunicación del niño. Lo cual también hace necesaria la intervención de especialistas en el área, que logren transmitir con mayor fidelidad la expresión del infante.

La obligación reforzada con respecto a la infancia implica la actuación oficiosa del juzgador dictando todas las diligencias necesarias para la determinación de la cuantificación y cualificación del daño así como la reparación del mismo, para lo cual habrá de considerarse la esfera íntegra de los derechos de la infancia y no sólo la afectación material directa, y dicha afectación integral debe ser valorada a la luz de su desarrollo previsible a futuro.

La reparación del daño deberá incluir como mínimo: i) los costos del tratamiento médico, terapia y rehabilitación física y ocupacional; ii) los costos de los servicios jurídicos; iii) los costos de transporte (incluido el retorno a su lugar de origen), alimentación y vivienda; iv) los ingresos perdidos por las personas encargadas de su cuidado; v) el resarcimiento de los perjuicios ocasionados; vi) la indemnización por daño moral; vii) el resarcimiento derivado de cualquier otra pérdida sufrida por la víctima que haya sido generada por la comisión del delito y, viii) los gastos permanentes a consecuencia del delito¹⁸².

¹⁸² Por ejemplo, cuando se trata del delito de violación en el que la víctima resultó embarazada y decide dar a luz al producto.

Finalmente, en todos los casos, cuando el juzgador tenga noticia de afectaciones a los derechos del niño –aun y cuando no fueran ocasionados por el hecho delictivo– deberá dar aviso a la autoridad correspondiente a fin de que se haga cesar la afectación, se proporcione el tratamiento necesario y, si fuera el caso se sancione al o los responsables.

Conforme a lo anterior, es claro que el principio del interés superior del menor en el procedimiento penal, cuando se trata de la víctima, permea en todas las etapas e instancias, y exige de las autoridades involucradas acciones frontales y contundentes a fin de garantizar plenamente su vigencia. En virtud de que la interpretación constitucional llevada a cabo por el Tribunal Colegiado de Circuito en relación con el principio del interés superior del menor y su operatividad en la práctica judicial en materia penal es incorrecta y no atiende a los diversos precedentes sustentados por la Suprema Corte ni a los principios convencionales en la materia, lo que procede es revocar la resolución recurrida y devolver los autos al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, para que deje sin efectos la sentencia recurrida y en su lugar dicte una nueva en la que, a partir de los alcances del interés superior del menor plasmados en la resolución, aborde el estudio del acto reclamado y resuelva lo que en derecho corresponda.

2. Caso de daño moral a un menor por lesiones dolosas.

Este asunto inicia con motivo de las lesiones dolosas cometidas en contra de un menor de siete años, que le ocasionaron una cicatriz en el rostro. Sin embargo, el juez de primera instancia no declaró la procedencia del daño moral.¹⁸³ En la resolución de amparo, se sostiene que la autoridad responsable pasó por alto que la reparación del daño derivada de la comisión de un delito constituye un derecho humano reconocido en el artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a favor de las personas

¹⁸³ Juicio de amparo directo 113/2016, Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, resuelto el 1º de septiembre de 2016.

ubicadas en el supuesto de víctimas u ofendidos de la conducta ilícita penal, cuyo cumplimiento exige que se satisfaga de forma eficaz e integral.

El interés superior del menor demanda que en toda situación donde se vean involucrados, se traten de proteger y privilegiar sus derechos, aun cuando no formen parte de la litis o las partes no los hagan valer; o incluso, cuando el material probatorio sea insuficiente para esclarecer la verdad de los hechos; directrices que alcanzan igualmente a la materia penal.

Así, se resolvió que debe concederse el amparo y protección de la justicia federal, para que la autoridad responsable establezca que el pago total de veintiún mil pesos a que fue condenado el sentenciado respecto del daño material se haga en una sola exhibición, pues al tratarse de una cirugía se entiende que debe pagarse en su totalidad días antes o el mismo día que se efectuó; por lo que, los beneficios que se otorgaron a dicho sentenciado serán previo pago de la reparación del daño en su integridad.

Dichas disposiciones en su conjunto ponen de manifiesto la reparación integral de un menor de edad víctima del delito; además no debe soslayarse que una de las obligaciones reforzadas frente a los menores implica la actuación oficiosa del juzgador para dictar todas las diligencias necesarias para la determinación de la cuantificación y cualificación del daño, así como su reparación, para lo cual debe considerarse la esfera íntegra de los derechos de la infancia y no sólo la afectación material directa, aunado a que dicha afectación integral debe ser valorada a la luz de su desarrollo previsible a futuro.

De ahí que, la reparación del daño tratándose del menor de edad deberá incluir como mínimo: a) los costos del tratamiento médico, la terapia y rehabilitación física y ocupacional; b) los costos de los servicios jurídicos; c) los costos de transporte (incluidos el retorno a su lugar de origen), alimentación y vivienda; d) los ingresos perdidos por las personas encargadas de su cuidado; e) el resarcimiento de los perjuicios ocasionados; f) la indemnización por daño moral;

g) el resarcimiento derivado de cualquier otra pérdida sufrida por la víctima generada por la comisión del delito; y, h) los gastos permanentes a consecuencia del delito.

Por lo anterior, se concluyó que debe concederse el amparo y protección de la justicia federal, para que la autoridad responsable tomando en cuenta las porciones normativas citadas y analizando en su integridad el dictamen de psicología practicado al menor, el cual si bien, concluyó que éste no presentó afectación psicoemocional, lo cierto es que, se precisó que presentaba recuerdos desagradables con relación al evento; se preocupó al ver que tenía sangre, y se sentía triste por lo ocurrido y por las manifestaciones de sus compañeros de escuela sobre su cicatriz; se pronuncie nuevamente respecto de la reparación del daño moral, conforme al principio del interés superior del menor previsto en el artículo 4o., párrafo octavo, de la Ley Fundamental que consiste en garantizar el pleno respeto, satisfacción y ejercicio de los derechos de los niños y niñas (entre ellos, su sano desarrollo) lo cual se funda en la dignidad del ser humano y en las condiciones propias de la niñez.

3. Caso de daño moral a menor víctima de violación y abuso sexual.

La agente del Ministerio Público, titular de la Mesa Cuarta de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Colima, el treinta y uno de agosto de dos mil siete consignó la averiguación previa, ejerciendo acción penal contra alías y otro, por su probable responsabilidad penal en la comisión de los siguientes delitos: Violación, previsto en el artículo 209, del Código Penal para el Estado de Colima vigente en la época en que acontecieron los hechos, cometido en agravio del menor de edad, representado por su progenitora. Abuso sexual, en perjuicio del citado y el menor de edad. Así como corrupción de menores.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Juicio de amparo directo número 700/2016, Tribunal Colegiado del Trigésimo Segundo Circuito en materia penal, de fecha 9 de noviembre de 2017.

Seguido el proceso penal por sus etapas correspondientes, el veintidós de abril de dos mil nueve el juez de instancia dictó sentencia definitiva cuyos puntos resolutive son del tenor siguiente:

“PRIMERO: El acusado es responsable de los delitos de VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL, previstos y sancionados por los artículos 209 y 214 en relación al 215 del Código Penal vigente en el Estado en la época en que sucedieron los hechos, en agravio del menor, representado legalmente por su madre.

SEGUNDO: Se le impone como sanción una pena de 26 VEINTISÉIS AÑOS DE PRISIÓN, que deberá compurgar en el Centro de Readaptación Social de esta ciudad, contados a partir del día 10 diez de Mayo del año 2008 dos mil ocho, fecha en que fue detenido mediante orden de aprehensión y puesto a disposición de este juzgado.

TERCERO: Se absuelve el pago de la reparación del daño, por los motivos expuestos en el considerando V (quinto) de la resolución.

CUARTO: Amonéstese al sentenciado, a fin de que no reincida, previniéndolo que de hacerlo, se le aumentará la pena y no tendrá derecho a la libertad caucional cuando el delito doloso sea de los considerados no graves por nuestra legislación penal vigente. [...]

Al impugnarse la resolución de primera instancia, ésta se modificó, para quedar de la siguiente manera:

“PRIMERO: SE MODIFICA LA SENTENCIA DEFINITIVA APELADA, a la que se hizo mérito en el proemio, y primer considerando de este fallo; para tales efectos, el resolutivo TERCERO, quedará redactado de la manera siguiente:

‘TERCERO: Se condena al sentenciado, al pago de la reparación del daño moral, a favor del menor ofendido, por la cantidad de \$2,000.00 (DOS MIL PESOS 00/100 M.N.)’.

SEGUNDO: Se reiteran los resolutive PRIMERO, SEGUNDO, CUARTO y QUINTO de la sentencia definitivaalzada.”

Esta resolución es el objeto del juicio de amparo que se analiza. En el expediente se advierte que el menor de edad, al momento de rendir su declaración ante la autoridad investigadora el doce de mayo de dos mil siete, textualmente refirió que el quejoso lo obligó a practicarle sexo oral, lo cual fue corroborado por el citado, quien al declarar ante dicha autoridad ministerial el diecisiete de mayo de dos mil siete, argumentó que el once de mayo de dos mil siete, el activo le dijo que lo acompañara a realizar diversas entregas de fruta, a lo cual éste accedió puesto que también iría el menor de edad, del mismo modo argumentó que terminaron de entregar los pedidos por la noche y que cuando iban de regreso a la frutería a bordo de la camioneta propiedad de, se percató de que el quejoso le insistió al citado para que “le chupara el pene” a lo cual éste se negaba, pero que ante la insistencia del activo se vio obligado a hacerlo durante varios segundos.

En lo que se refiere a la reparación del daño, dice la resolución que la Sala responsable al haber condenado al hoy quejoso únicamente a cubrir la cantidad de \$2,000.00 (dos mil pesos 00/100 M.N.) como indemnización del daño moral sufrido por el menor de edad, conculcó en su perjuicio sus derechos humanos de legalidad reconocidos en los artículos 14 y 16 constitucionales, ya que sólo señaló que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, y que constituye una garantía constitucional a favor de la víctima u ofendido del delito, prevista por el artículo 20 inciso B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto el, el a quo no podría absolver al acusado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria; sin embargo, no expuso cómo arribó a que esa cantidad es suficiente para cubrir la reparación de daño moral, de ahí que, debió ordenar al juez de instancia que esa cuestión la resolviera mediante el incidente respectivo en el que se determinara con exactitud la condena respecto dicho tópico, pues debe tenerse en cuenta que la representante legal de la víctima del delito, al apelar la resolución de primer grado expresó su inconformidad en el sentido de que se modificara la sanción corporal impuesta al sentenciado, además de que se le condenará al pago de la reparación del daño correspondiente.

Además, el pago a la reparación del daño moral no debe quedar subordinado a que el sentenciado pague determinada cifra, pues de no hacerlo el ofendido no los recibiría.

Por tanto, para resarcir el daño moral que sufrió el menor, son indispensables terapias psicológicas para su recuperación, por lo que debe concederse la protección constitucional a la víctima entonces menor de edad, para que la Sala responsable realice lo siguiente:

1. Deje insubsistente la sentencia reclamada;
2. En su lugar emita una nueva, en la que reitere los aspectos que no forman parte de la concesión; y,
3. Ordene al Juez de instancia que el monto de la reparación del daño moral del menor de edad ofendido, lo resuelva mediante el incidente respectivo; asimismo, ordene que se brinde al citado agraviado las referidas terapias y atenciones que requiere, para que en lo posible supere el daño que le produjeron los delitos cometidos en su perjuicio, ello a través de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, dependiente del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Colima, conforme al artículo 11, fracción XLVII de la Ley de la citada Procuraduría.

4. Medidas de protección reforzadas

Después del análisis de los casos antes presentados, tanto en el derecho español como en el de México, podemos afirmar que tratándose de afectaciones por daño moral a los derechos de los menores víctimas de delitos, se requiere la implementación de medidas reforzadas, que permitan garantizar su protección.

Así ha quedado precisado mediante jurisprudencia,¹⁸⁵ en la que se establece que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados

¹⁸⁵ Tesis de jurisprudencia: P./J. 7/2016 (10a.), Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10.

directa o indirectamente con los menores, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad. En esa lógica, cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas, o bien, aplicarlas, y éstas inciden sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los infantes y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.

CONCLUSIONES

El objetivo principal de la presente investigación fue “Estudiar el interés superior del menor para demostrar la necesidad de implementar medidas reforzadas en caso de daño moral cuando se afecta a un menor por la comisión de un hecho ilícito”, una vez desarrollados los capítulos de la tesis, me permito formular las siguientes conclusiones:

1. El derecho a la dignidad es el valor más importante a respetar, por más despreciable que sea el delito cometido por la persona, su conducta o sus actitudes. Del derecho a la dignidad derivan la integridad física y psíquica, el honor y el libre desarrollo de la personalidad.
2. El daño moral es la alteración profunda que una persona sufre por afectación a sus derechos de la personalidad, en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito.
3. Los elementos de comprobación del daño moral son: a) Los derechos lesionados, b) Grado de responsabilidad, y c) Situación económica del responsable y de la víctima. Es importante definir el tipo de derecho lesionado para determinar su forma de prueba, especialmente cuando se trata de menores de edad.
4. Para la jurisprudencia en México, el interés superior del menor es un concepto que se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto el menor de edad tiene el derecho a que su interés superior sea consideración primordial; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva sus

derechos; y c) como norma de procedimiento, se deberá incluir en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones en el menor.

5. En el ámbito normativo, se define el interés superior de la niñez, como el máximo beneficio que ha de otorgarse de conformidad con los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto de cualquier otro beneficio o derecho y que tiene como propósito alcanzar su desarrollo integral, así como la plenitud de sus aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades, tomando en consideración que cada uno de ellos es una universalidad y una individualidad en la que la familia, la comunidad y el propio estado garantizarán ese pleno desarrollo.
6. Cuando se afecta la dignidad humana de menores de edad se exige tener un efecto de garantía jurisdiccional y tutela de los derechos, por lo que el mecanismo jurídicamente eficaz para preservar la dignidad de los infantes es a través del daño moral.
7. El derecho comparado nos permite detectar la forma de valoración a las pruebas en casos de afectación a menores víctimas de delito, sobre todo cuando se recaba su testimonio, en el que se determina que se acomoda a las pautas de lógica y experiencia que el testigo es capaz de conocer lo que dice y esto, a su vez, es manifestado de manera creíble atendiendo a las conocidas pautas de ausencia de motivos espurios, persistencia y coherencia en el discurso del menor.
8. El principio de interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas reforzadas y que los intereses de los infantes deben protegerse con mayor intensidad, por lo que debe aplicarse la suplencia de la queja en casos específicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparisi Miralles, Ángela, "El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global" Cuadernos de Bioética, España, vol. XXIV, núm. 2, mayo-agosto, 2013.
- Arenas Ramiro, Mónica. "El reconocimiento de un nuevo derecho en el ordenamiento jurídico español: el derecho fundamental a la protección de datos personales", *El iusinformativismo en España y México*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UMSNH, México, 2009.
- Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y Personas*, Editorial Oxford, 2ª edición, 8ª reimpresión, 2016.
- Bertoni, Eduardo Andrés; "New York Times VS Sullivan" y la malicia real de la doctrina, *en Libertad de prensa y derecho penal*, AAVV; Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- *Libertad de expresión y estado de derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Universidad del Rosario – Universidad de los Andes - Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2013.
- Cantoral Domínguez, Karla, "Evolución del daño moral en Tabasco" en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *El daño moral en Iberoamérica*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, IEPSA, México, 2006.
- Carbonell, Miguel. "Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina", *en Pensamiento Constitucional*, No. 14, 2008.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ediciones Nostra, México, 2009.
- Cillero Bruñol Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, [en línea], Formato pdf, Disponible en:
http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

- Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 del 20 de julio de 2009.
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General N° 13*, 13/04/84, CCPR/C/21.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General no. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Nueva York, 2013.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Domínguez Guillén, María Candelaria. Sobre los derechos de la personalidad. *Dikaion* 17, 2003.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 14ª edición, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales", en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 15, 2004.
- García Corona, Saúl, *Reseña del Amparo Directo en Revisión 1232/2012*, Col. Reseñas argumentativas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- García Pérez, Carmen; Titulares de los bienes de la personalidad: Legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982, Valencia, España, 2001.
- Gómez Gallardo, Perla, *Libertad de expresión. Cuaderno de trabajo*, Fundación para la Libertad de Expresión, México, 2011.
- González Contró, Mónica et al., *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, Serie doctrina jurídica Núm. 649.
- González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano,

- México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, Serie Doctrina Jurídica Núm. 586.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio: el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Editorial Porrúa, México, 10ª edición, 2016.
- Hernández Ledesma, Claudia Carla, “Derechos de la personalidad. Derecho a la privacidad” en praxis de los derechos de la personalidad, México, UNAM, 2017.
- Jourdain, Patrice, Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Maluquer de Motes y Bernet, Carlos, “Derecho civil constitucional”, en Perlingieri, Pietro; *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, traducido y coordinado por Luna Serrano, Agustín y Maluquer de Motes y Bernet, Carlos, Madrid, Ed. Dykinson, 2008.
- Mendoza Martínez, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2014.
- Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Dominguez “la orfandad del daño moral: caso Tabasco, Mexico”, *Revista Boliviana de Derecho* No. 21, enero de 2016.
- *Daño Moral y derechos de la personalidad del menor*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- Pérez Fuentes, Gisela María y Gallegos Pérez, Nidia del Carmen, “Evolución legislativa y jurisprudencia del daño moral en México” en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *El daño moral en Iberoamérica*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, IEPSA, México, 2006.
- Pérez Fuentes, Gisela María, “Protección de los derechos de la personalidad post mortem. Un análisis en el derecho mexicano desde la perspectiva del derecho comparado”, en González Pérez, Luis Raúl y Villanueva, Ernesto (Coord.), *Libertad de expresión y responsabilidad social. Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, Editorial Oxford – UNAM, México, 2013.

- “Responsabilidad por daños a la persona: daño moral” en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *Temas actuales de responsabilidad civil*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2018.
- *Panorama de la Responsabilidad Civil en México (Estudio de derecho comparado)*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, México, 2006.
- Voz “Derechos de la personalidad”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I.
- Pérez Vallejo, Ana María y Pérez Ferrer, Fátima. *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, España, Dikynson, 2016.
- Poma Valdivieso, Flor de María Madelaine, “La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto” *Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013*.
- Post, Robert, “Defaming Publics Officials”, en *American Bar Foundation Research Journal*, Volumen 1987.
- Pretrino, Romina, *La ConvencionAmericana de Derechos Humanos en el Derecho Argentino*, Regueira Alonso, Enrique M. (Coord.) editorial Buenos Aires, 2013.
- Ravetllat Ballesté, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2 · 2012.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en marzo de 2008, así también véase Ribotta, Silvina, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia*, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 6, número 2, 2012, pp. 1 – 37, disponible en: http://www2.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen, et. al., *Sociología General y Jurídica*, México, Porrúa, 2013.

Schauer, Frederick F.; "Language, Truth, and the First Amendmen t..." *Virginia Law Review*, Volumen 64.

Vergara Bezanilla, José Pablo: "Mercantilización del daño moral", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°1, año 2000.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, con su última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 04 de agosto de 2017.

Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 5 de julio de 2017.

Código Civil para el estado libre y soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985, cuya última reforma se publicó el 17 de marzo de 2016.

Código Civil para el estado libre y soberano de Quintana Roo, aprobado en el salón de sesiones el 30 de septiembre de 1980, última reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el 30 de mayo de 2016.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el día 15 de septiembre de 2017.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, publicada por bando solemne el 5 de abril de 1919, cuya última reforma se publicó en el Periódico Oficial del Estado el día 31 de julio de 2015.

Ley de Derechos Humanos del Estado de Tabasco, publicada en el Periódico Oficial el 5 de febrero de 2014.

Ley de los Derechos de las Niñas y Niños de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 31 de enero del 2000, última reforma publicada el 12 de mayo de 2017.

Ley de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del estado de Tabasco, publicada en el Periódico Oficial del Estado mediante decreto 234 el 4 de diciembre de 2015, última reforma publicada el día 11 de mayo de 2017.

Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, publicada en el Periódico Oficial el 7 de mayo de 2015, última reforma publicada el 10 de enero de 2018.

Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, actual Ciudad de México, publicada en la gaceta oficial el 19 de mayo de 2006, con su última reforma del 28 de noviembre de 2014.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, última reforma publicada el día 9 de marzo de 2018.

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Amparo Directo en Revisión 1072/2014, resuelto el día 17 de junio de 2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo Directo en Revisión 1072/2014.

Amparo Directo en Revisión 1232/2012, resuelto el 14 de noviembre de 2012, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 1475/2008, resuelta el 15 de octubre de 2008.

Amparo directo en revisión 2539/2010, resuelto el 26 de enero de 2011.

Amparo en revisión 645/2008. Resuelto el 29 de octubre de 2008.

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164,

CEDAW, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6 y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, supra nota 417, párr. 134.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez, 29 de septiembre de 1988.

Corte Suprema de la Nación de Argentina, Bahamondez, Marcelo, s/medida cautelar, 1993,fallo 316:479.

Juicio de amparo directo 113/2016, Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, resuelto el 1º de septiembre de 2016.

Juicio de amparo directo número 700/2016, Tribunal Colegiado del Trigésimo Segundo Circuito en materia penal, de fecha 9 de noviembre de 2017.

Recurso de casación 1575/2016, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, 27 de abril de 2017.

STS 861/2017, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 8 de marzo de 2017.

Tesis 1a. LXXI/2013.

Tesis 1a. LXXXII/2015, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1398.

Tesis 1a. XVI/2011, Novena Época Registro: 172533 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Mayo de 2007 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 49/2007 Página: 323

Tesis 1a./J. 49/2007, Novena Época Registro: 172533 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Mayo de 2007 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 49/2007 Página: 323.

Tesis de jurisprudencia 195/2005

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 10/2014, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 487.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 37/2016, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, p. 633.

Tesis de jurisprudencia: II.3o.C. J/4, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, Octubre de 2002, p. 1206.

Tesis de jurisprudencia: P./J. 7/2016 (10a.), Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10.

Tesis de jurisprudencia: VII.2o.C. J/15, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, Agosto de 2003, p. 1582.

Tesis, Quinta Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXIII, p. 262.

Tesis, Sexta Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen XLIII, Segunda Parte, p. 84.

Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I octubre de 2014, p. 602.

Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, diciembre de 2015, Tomo I, p. 256.

Tesis: 1a. CCCXC/2015 (10a.), Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 265.

Tesis: 1a. CCLV/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, Tomo I, p. 158.

Tesis: 1a. CXLIX/2007, novena época, *semanario Judicial de la Federación*, y su *gaceta*, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 272.

Tesis: 1a. CXXXVIII/2013 (10a.), Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 558.

Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro XV, Tomo 1 diciembre de 2012, p. 334.

Tesis: 2a./J. 106/2017, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo II, p. 793.

Tesis: 2a./J. 73/2017, Décima Época, Segunda Sala, Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, p. 699

Tesis: I.1o.P.14 K (10a.), Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, p. 2846.

Tesis: I.3o.C. J/71(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 5, Enero de 2012, Pág. 4036.

Tesis: I.3o.C.995 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 619.

Tesis: I.5o.C.9 K, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, Junio de 2015, Tomo III, p. 2363.

Tesis: I.5o.P.26 P (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III, p. 2118.

Tesis: XXII.1o.1 C, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXIV, septiembre de 2013, Tomo 3, p. 2589.

Tesis: XXVI.5o.(V Región) 11 P, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, p. 2411.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por México el 03 de febrero de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificado por México el 21 de septiembre de 1990.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma ratificado y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobada por el Senado el 24 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial, el 20 de mayo de 1981.