

¿PUEDEN LOS DELITOS DE DIFAMACIÓN Y CALUMNIA DEJAR DE TENER UNA PENA PÚBLICA Y SEGUIR SIENDO DELITOS?

Jorge ADAME GODDARD*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los delitos privados en el derecho romano clásico*. III. *Los delitos privados en el derecho mexicano*. IV. *Conclusiones respecto de los delitos de difamación, calumnia y otros como delitos privados*.

I. INTRODUCCIÓN

En cuanto recibí la honrosa invitación de parte del doctor Sergio García Ramírez para participar en este libro de homenaje a la doctora Olga Islas, eminente penalista mexicana, mi primera impresión fue de desconcierto al no saber qué tema de derecho penal podría abordar, dada mi formación romanística y privatística. Pero el derecho romano, como tantas otras veces, me sacó del apuro. Me di cuenta de que podría hacer un trabajo en el que propusiera la conveniencia de introducir en el derecho mexicano el concepto de delito privado, que tuvo gran aplicación en el derecho romano, y se conserva hoy en algunos sistemas jurídicos. Presento aquí este trabajo, que no habría hecho de no haber tenido el estímulo de participar en el homenaje a la gran penalista mexicana.

En el debate actual acerca de la “despenalización” de los delitos de difamación y calumnias, de modo que den lugar sólo a una responsabilidad civil de indemnizar el daño y ya no a la responsabilidad penal de sufrir una pena pública, me parece que la noción de delito privado contribuiría mucho a aclarar los términos del debate y a encontrar una solución satis-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

factoria, para ambas partes: para los comunicadores y para el público en general.

Al aceptar la noción de delito privado y de pena privada podrían considerarse los delitos de difamación y calumnia, que son socialmente muy nocivos, y por lo mismo reprehensibles, como delitos privados que dan lugar al pago de una indemnización, pero además al pago de una pena, consecuencia de haberse delinquido, a favor, no del gobierno, sino de la víctima. Es decir, podrían ser delitos privados, que dan lugar a la responsabilidad civil de pagar a la víctima una indemnización del daño causado, y además una cantidad adicional como pena por haber delinquido. Como se trata de pena privada, no es necesario que intervenga el Ministerio Público ni que se detenga al “indiciado”, sino que se exige por una acción privada ante un juez civil, y tratándose de un delito y pena privados, puede el asunto concluirse por transacción entre las partes.

Con el objetivo concreto de contribuir al debate sobre la despenalización de los delitos de difamación y calumnia, hago aquí una exposición, en términos generales y breves, de cómo se entendió el delito privado en la época clásica del derecho romano. Posteriormente analizaré cómo se ha recibido ese concepto en los códigos civiles y penales mexicanos. Terminaré concluyendo cómo podría insertarse esa noción en el derecho mexicano.

II. LOS DELITOS PRIVADOS EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Los juristas de la época clásica distinguieron, aunque no es una distinción muy rigurosa, entre los crímenes (*crimina*) y los delitos (*delicta*). En ambos casos se trata de actos ilícitos, contrarios a las leyes o al edicto del pretor.

Los crímenes son actos ilícitos que afectan el interés público y que dan lugar a un proceso público o criminal, ante unos tribunales públicos especializados llamados *quaestiones*, que pueden imponer alguna pena pública, como confiscación de bienes, deportación, trabajos forzados, azotes o muerte, entre otras. A partir del siglo II antes de Cristo se establecen tribunales permanentes, llamados *quaestiones perpetuae*, para conocer de estos crímenes: exacciones ilícitas o atropellos por parte de los magistrados (*q. de repetundis*; hoy diríamos abuso de poder de funcionarios), homicidios (*q. de sicariis*), envenenamientos (*q. de veneficiis*, entre los que se comprendía el abor-

to), traición al pueblo romano (*q. de maiestate*), actos violentos (*q. de vi*), falsificación (*q. de falsis*), manejos ilícitos en las elecciones (*q. de ambitu*), apropiación de fondos públicos (*q. de peculatu*), secuestro de personas libres (*q. de plagiariis*) y ciertos tipos de fraude (*q. de stellionatu*).

Los delitos, en cambio, son conductas ilícitas que afectan principalmente a una persona privada, en sus bienes o en su integridad física o moral. Dan lugar a una acción judicial privada, que se ejerce ante un juez privado y que conduce a la imposición de una pena pecuniaria (ordinariamente un múltiplo del valor del daño causado).

Los delitos privados originales de carácter patrimonial eran el robo y los daños injustamente causados. El robo ordinario daba lugar a que la víctima tuviera, además de la acción para recuperar la cosa robada, otra acción de carácter penal; la acción de hurto (*actio furti*), por la que se condenaba al ladrón al pago de una pena equivalente al doble del valor de la cosa robada. La acción se daba también cuando el robo consistía en hacer un uso no autorizado de la cosa (*furtum usus*); por ejemplo, cuando el depositario usaba la cosa depositada, y también cuando consistía en que el propietario privara de la posesión (*furtum possessionis*) a quien tenía derecho a ella, como en el caso del pignorante que sustrae la prenda al acreedor. Cuando se daba el robo con violencia, además de que la pena del robo se agrava al cuádruplo, la práctica de las conductas violentas, que pueden consistir simplemente en amenazas, constituía un crimen sancionado de conformidad con la Ley Julia sobre violencia (*lex Julia de vi*).

Los diversos delitos de daños comprendidos en la Ley de las XII Tablas fueron prácticamente absorbidos por el régimen del delito de daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*) tipificado en la Ley Aquilia. Esta ley, que en realidad fue un plebiscito del año 286 a. C., contemplaba como daño el detrimento que sufre una persona en sus bienes, es decir, el detrimento o menoscabo patrimonial. Reprimía el daño cuando hubiera sido injustamente causado (*iniuria datum*), lo cual interpretó la jurisprudencia que ocurría cuando alguien lo causaba intencionalmente (*dolo*) o cuando lo causaba sin intención, pero por su descuido o negligencia (*culpa*). En ambos casos, el ofendido tenía la acción de la Ley Aquilia para exigir del causante del daño el pago de una cantidad equivalente, no al valor de la reparación o indemnización del daño, sino al valor máximo que hubiera tenido la cosa dañada para su propietario (lo cual no es el valor objetivo o de mercado) en los últimos doce meses, si el daño consistía en la muerte de un esclavo o de ganado mayor, o en los últimos treinta días, si fuera cualquier otro

tipo de daño. Los juristas entendieron que la condena a que daba lugar esta acción comprendía el valor de la reparación del daño más una pena por haberlo causado, por lo que la acción era “mixta”, ya que en la condena incluía la reparación y la pena.

El régimen de la Ley Aquilia exigía que el daño fuera causado “cuerpo a cuerpo” (*corpore corpori*), es decir, mediante una relación directa entre el agente y la cosa dañada, pero esta limitación fue superada, por interpretación de los juristas asumida por el pretor, al establecer éste que daría una acción, con el mismo objeto, contra quien, aunque no causara directamente el daño, hubiera proporcionado la causa para que se produjera (*causam damni praestare*); por ejemplo, abriendo la puerta de un establo, lo que permite que los animales salgan, se pierdan o se lesionen. Gracias a esta ampliación, el delito de daño consiste no sólo en causar directamente el menoscabo patrimonial, sino también en poner la causa para que se produzca.

El delito contra la integridad personal, física o moral, era el delito llamado injurias (*iniuriae*). Consistía en la conducta intencional que lesionaba la integridad corporal de una persona libre, como los golpes, pero sobre todo su integridad moral u honor. En el derecho arcaico se tipificaban ciertos casos de injurias a los que correspondía una pena pecuniaria fija, pero con la intervención de la jurisprudencia el pretor dio una acción (*actio iniuriarum* también llamada “estimatoria”) con pena variable, según la calidad y gravedad de la ofensa. El criterio para definir la pena era principalmente la ofensa moral sufrida (*contumelia*), y no tanto la lesión física, por lo que se podía castigar gravemente a quien hubiera abofeteado en público a algún ciudadano, más si era senador, aunque no hubiera lesión física. La cantidad que se paga es toda en concepto de pena, y no de reparación del daño, pues se considera que el cuerpo de una persona libre y su libertad y dignidad son algo que no puede estimarse en dinero.

En el Edicto del pretor había una cláusula general que reprimía todo tipo de injurias, y otras cláusulas especiales que se referían a ciertos supuestos típicos: los actos difamatorios, la burla en público, los atentados al pudor de una mujer honesta o de un impúber y los agravios a los dueños por ofensas hechas a sus esclavos.

Además de estos delitos civiles, comprendidos ya en la Ley de las XII Tablas, el pretor fue configurando otros delitos sancionados con acciones especiales *in factum*, es decir, con acciones que tenían como fundamento, no un derecho o un deber incumplido, sino un hecho que el pretor consideraba que

debía reprimirse. Entre estos delitos, los más importantes, por su aplicación general, fueron los de intimidación (*metus*) y engaño o dolo (*dolo*).

El delito de intimidación se da no contra el que intimida, es decir, contra quien hace una amenaza actual y grave, sino contra el que retiene una cosa que fue sustraída por intimidación. El proferir amenazas constituye un crimen *de vi*, con sanción pública. El delito previsto por el pretor no consiste en eso, sino en la retención de algo; por ejemplo, una suma de dinero, que fue obtenido mediante amenazas. El delito lo comete quien retiene la cosa, que puede ser persona distinta de quien amenazó. La acción (*actio quod metus causa*) se da, por lo tanto, contra quien retiene la cosa y tiene por objeto condenar al cuádruplo del valor de la misma, pero el demandado puede salir absuelto si restituye la cosa antes de la sentencia. Es una acción penal por su objeto, aunque prácticamente sirve como acción recuperatoria.

El delito de dolo fue una gran invención del genio jurídico romano que constituyó una protección general contra cualquier forma de engaño en el tráfico comercial. Originalmente se entendió por dolo la simulación, esto es, los actos por los que se aparentara hacer algo cuando en realidad se hacía otra cosa, como el que aparenta ser solvente, mostrando documentos o exhibiendo bienes, sin realmente tener dinero. Por interpretación de los juristas se llegó a definir como dolo cualquier engaño malicioso, hecho de cualquier modo, con palabras, acciones o incluso guardando silencio. El ofendido disponía de la acción de dolo (*actio de dolo*), por la que podía exigir que se le pagara el valor simple de lo que hubiera perdido por el engaño, de modo que en cuanto a su objeto inmediato parecía una acción de reparación, pero se le consideró siempre una acción penal, quizá por la consecuencia que tenía de tachar con infamia al condenado por ella, de lo cual se tratará más adelante.

Una cualidad muy interesante de la acción de dolo fue su carácter de acción subsidiaria, esto es, de una acción que procede siempre y cuando no existiera alguna otra acción disponible para corregir el engaño. Con esto se delimitaba su campo por exclusión: sólo se da respecto de engaños maliciosos que no están protegidos por otra acción. Con esto también se dejaban fuera los engaños en materia contractual, puesto que las propias acciones derivadas de los contratos, como acciones de buena fe, servían para reprimir el dolo de cualquiera de los contratantes; asimismo, se excluían los casos de pago por error (que incluye el error inducido o engaño), para los cuales la misma acción que servía para recuperar las cantidades prestadas, la *condictio*, servía para exigir la devolución de lo así pagado.

Cuando se comete cualquiera de estos delitos privados se genera una obligación a cargo del delincuente de pagar una suma de dinero al ofendido en concepto de pena. Éste tiene una acción personal, como en las demás relaciones obligaciones, para exigir el pago de esa cantidad. El ofendido tiene la decisión de ejercer o no la acción, e incluso cuando la ejerce puede llegar a un arreglo prejudicial o transacción, pues siendo una acción privada, no se afecta con ello el interés público.

Todas las acciones penales privadas, cuando se condena al demandado, éste, además de quedar obligado con el actor a pagar la pena, sufre un castigo adicional, que es la nota de infamia. Esto significa que queda inhabilitado para realizar ciertos actos jurídicos, como el de actuar como representante judicial de otra persona.

Como la comisión de un delito genera una obligación, se consideró que los delitos privados constituyen una fuente de las obligaciones civiles, es decir, son un tema propio del derecho patrimonial de los ciudadanos romanos (*ius civile*), y no un tema de derecho público.

Es de observar que el ejercicio de estas acciones privadas penales es independiente de la represión policiaca que pudieran requerir esas conductas.

III. LOS DELITOS PRIVADOS EN EL DERECHO MEXICANO

El objeto de esta parte es determinar si fue o no recibido el concepto de delito privado (o delito como fuente de las obligaciones) en los códigos civiles mexicanos, sin tener la pretensión de hacer una historia de la institución en las fuentes medievales y modernas, cosa que sería por demás interesante.

El Código Civil francés, que fue el modelo principal de los primeros códigos mexicanos, en el libro tercero (sobre los diferentes modos de adquirir la propiedad) tenía un título III sobre los contratos y las obligaciones convencionales en general y un título IV sobre las obligaciones que se forman sin convención, que comprendía dos capítulos: el primero sobre los cuasi-contratos y el segundo sobre los delitos y los cuasidelitos.

El capítulo (artículos 1382 a 1385) se refería exclusivamente al delito consistente en un daño causado a otra persona, sin especificar que se tratara de daño patrimonial. Como su artículo 1383 hablaba de daño causado intencionalmente o por negligencia, la doctrina comenzó a llamar “delito” al daño intencional, y “cuasidelito” al daño causado por imprudencia o ne-

gligencia. Se sancionaban también los daños causados por personas subordinadas o por cosas y animales que se tenían en propiedad.

Si bien la existencia de un capítulo sobre los delitos en el Código Civil permitía mantener la noción de que existen delitos privados, la responsabilidad civil a que daban lugar era meramente la de reparar el daño causado. No subsiste una responsabilidad propiamente penal.

1. *El Código Civil de 1870*

El Código Civil de 1870 se apartó del Código Civil francés en este punto, pues los codificadores decidieron que todo lo relativo a los delitos debía incorporarse en el Código Penal,¹ de suerte que conservó el título sobre las obligaciones convencionales, y excluyó el de las obligaciones no convencionales con sus dos capítulos sobre los cuasicontratos y sobre los delitos y cuasidelitos. Con esto se suprimía del todo la noción de delito civil.

Al respecto, es ilustrativa la opinión de Manuel Mateos, en su comentario al Código Civil de 1870, pues si bien reconoce que “todos los autores” consideran los delitos y los cuasidelitos como fuentes de las obligaciones, advierte que el Código Civil “no establece ninguna regla relativamente a las obligaciones que nacen de los delitos intencionales ó de culpa”, y que de esto se ocupa el Código Penal, en su libro segundo, donde señala la “extensión y requisitos de la responsabilidad civil de los culpables”. En vista de esto, y dado el carácter de comentario legal de su estudio, el autor concluye que “no nos ocuparemos del estudio de las reglas que se refieren a las obligaciones provenientes de los delitos intencionales ó de culpa «a los cuales llama también cuasidelitos», por ser enteramente extraños al objeto de estas lecciones”.²

En este sistema no hay más delitos que los establecidos en el Código Penal, ni otra responsabilidad que derive de la comisión de los mismos que la que establece el mismo Código, y que puede ser doble: la de asumir una pena pública y, cuando el delito importó la comisión de un daño, la de pagar la indemnización del mismo, llamada responsabilidad civil.

¹ Véanse los artículos 301 a 367 del Código Penal para el Distrito Federal de 1871.

² Mateos Alarcón, Manuel, *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, t. III (México, 1885, reimpr. 2004), p. 5.

No obstante, el Código (artículo 1574 = 1458 del código de 1884), en su capítulo sobre responsabilidad civil, dentro del título de los contratos, señala que la responsabilidad civil proviene, o del incumplimiento de un contrato, o de “actos u omisiones” que, por disposición de ley, den lugar a responsabilidad civil. Se trata entonces de actos u omisiones que no están tipificados como delitos en el Código Penal, pero como causan un daño, generan la responsabilidad de indemnizarlo. Entre esos casos de responsabilidad civil que no dependen del incumplimiento de un contrato, señala: *i)* el del dueño de un edificio que es responsable de los daños que cause su ruina a otras personas, si ello dependió de descuido en la reparación del edificio o en defectos originales de la construcción (artículo 1592=1476 del código de 1884); *ii)* los daños causados por caída parcial de un edificio, de árboles u otros objetos, los que deriven de la descomposición de canales y de presas, de la construcción o reparación de edificios y, en general, los que “sean resultado de cualquier acto lícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia” (artículo 1594=1478 Código Civil de 1884); *iii)* los daños que “causen los establecimientos industriales” por el peso o movimiento de las máquinas, las exhalaciones deletéreas, la acumulación de materias o animales nocivos a la salud “o por cualquier otra causa que realmente perjudique a los vecinos” (artículo 1595=1479 Código Civil de 1884). Contempla además *iv)* el daño causado por animales, cuyo régimen se remite al código penal (artículo 1596=1480 Código Civil de 1884).

Estos casos de responsabilidad civil que no dependen de un incumplimiento contractual, y que tampoco constituyen un delito tipificado por el Código Penal, resultaban difíciles de ser explicados por la doctrina. Manuel Mateos, contradiciendo la afirmación de que no se ocuparía de los delitos por ser materia del Código Penal, dice que los actos y omisiones que la causan “son los delitos intencionales, los de culpa, llamados antiguamente *cuasi delitos* y las faltas”.³ Y explica:

Parecerá enteramente extraño que el Código Civil se ocupe de la responsabilidad resultante de los actos punibles, que debiera ser materia del Código Penal; pero esa responsabilidad, aunque producida necesaria-

³ Mateos Alarcón, Manuel, *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el código civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, t. III (México, 1885, reimpr. 2004) p. 214.

mente por la comisión de tales actos, jamás va incluida en la acción pública, de manera que no se hace efectiva por los jueces ó por el Ministerio Público, sino que tiene el carácter de meramente civil y privada, que se ejercita por los ofendidos en la forma que señala el Código de Procedimientos Civiles.⁴

Conforme a ese punto de vista, resulta que hay ciertos actos “punibles”, es decir, delitos, que tipifica el Código Civil, y que dan lugar a una responsabilidad civil de indemnizar el daño causado, la cual se exige por una acción privada, y no por una acción pública.

Había entonces dos posibles fuentes de responsabilidad civil de indemnizar los daños: la responsabilidad civil derivada de la comisión de algún delito tipificado en el Código Penal, que se regulaba por las disposiciones de ese código, y la responsabilidad civil exigible por alguno de los actos u omisiones mencionadas en el Código Civil y regida por este código.

La responsabilidad civil que regulan esos dos códigos es simplemente la de reparar el daño causado, de modo que no es propiamente una responsabilidad penal de pagar una pena. No hay ya el concepto de delito privado, como aquel que da lugar al pago de una pena pecuniaria, aparte la indemnización, a favor de la víctima. Cuando los autores hablan de delitos o cuasidelitos privados sólo se refieren a los supuestos en que alguna persona, por su acción u omisión, causa un daño patrimonial a otra, y tiene, en consecuencia, la obligación de reparar el daño. No son propiamente delitos privados porque no dan lugar al pago de una pena a favor de la víctima. Cuando estos autores dicen que la pena es la reparación del daño, confunden la pena con el deber de indemnizar, el cual no es exclusivo de la comisión de un delito, pues también lo tienen personas independientemente de la comisión de un delito, como las partes de un contrato, o el poseedor de una cosa ajena.

Lo que quedó en lugar del delito privado fue sólo la responsabilidad civil de indemnizar el daño causado.

2. *El Código Civil de 1928*

En este código se incluyó, en el título sobre las fuentes de las obligaciones (libro cuarto, primera parte, título 1) un capítulo específico denominado “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos” (artículos 1910 a

⁴ *Ibidem*, pp. 214 y 215.

1934). Este capítulo recoge los supuestos que generaban responsabilidad civil según el código anterior; por ejemplo, la responsabilidad del propietario del edificio por los daños que cause con su ruina (artículos 1931 y 1932), regula el supuesto, que antes se dejaba al Código Penal, de los daños causados por animales (artículos 1929 y 1930), e introduce, en términos generales, dos nuevos supuestos, además de reglamentar la responsabilidad causada por personas subordinadas.

Uno de estos supuestos nuevos es el supuesto general (artículo 1910) de que toda persona es responsable de reparar el daño causado a otro si actúa “ilícitamente o contra las buenas costumbres”. En este supuesto la causa o fuente de la responsabilidad es un acto ilícito, que, como no se define de manera concreta, se entiende que es cualquier acto ilícito o contrario a las buenas costumbres. Se podría pensar que esto se aproxima al concepto de delito privado, y así lo entendió Rojina Villegas,⁵ quien explicaba que los actos ilícitos, si están tipificados en el Código Penal, pueden ser o “delito penal”, si son intencionales, o “cuasidelito penal”, si son imprudenciales; estos delitos o cuasidelitos generan, además de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil de reparar el daño acusado. Hay otros actos también ilícitos que no están tipificados en el Código Penal, a los que este autor llama “delito civil” o “cuasidelito civil”, según sean intencionales o imprudenciales, y que generan sólo la responsabilidad civil de reparar el daño.

Sin embargo, no puede seguirse la opinión del autor de que se trata de delitos civiles, porque la responsabilidad generada no es la de sufrir una pena, sino la de reparar un daño, la cual, según el artículo 1915, consiste “en el restablecimiento de la situación anterior a él «al daño», y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios”.

El código introdujo además otro supuesto que la doctrina ha denominado de “responsabilidad objetiva” (artículo 1913), esto es, casos en que alguien, por el uso de sustancias, mecanismos o procedimientos en sí mismos peligrosos, causa un daño, lo cual genera la obligación de repararlo “aunque no obre ilícitamente”. La responsabilidad se exceptúa sólo en el caso de que la víctima del daño lo haya causado por su imprudencia inexcusable. Este supuesto está todavía más alejado del concepto de delito privado, porque la fuente de responsabilidad ya no es un acto ilícito, sino el uso, en sí mismo lícito, de ciertas sustancias, mecanismos o procedimien-

⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 7a. ed., México 1998, t. V, vol. II, p. 92.

tos. La doctrina ha dicho que la fuente de responsabilidad es el “riesgo creado”.⁶

Hay, en el artículo 1916 original, una responsabilidad adicional en el caso de que muera la víctima de un hecho ilícito, que es la de pagar “una indemnización equitativa, a título de reparación moral”, que no puede exceder de la tercera parte del monto de la reparación del daño. El pago de esta cantidad tampoco se concibe como pena, sino como una forma simbólica o “moral” de reparar un daño irreparable, como es la muerte de una persona. El artículo se ha reformado varias veces, con objeto de ampliar los casos en que procede esta “reparación”, incluyendo los daños consistentes en incapacidad total o parcial, y la forma de calcular la reparación, haciendo referencia a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, pero sigue con la idea de reparación del daño. Esto se advierte más ahora, ya que la disposición contenida en el texto del artículo 1916 original, que inicialmente se concebía como algo adicional a la reparación del daño, pasó a formar parte del actual artículo 1915, que trata sólo de la reparación ordinaria del daño. Esta fusión de dos tipos de daño, el patrimonial y el de la integridad física de las personas, en un mismo artículo también supone la pérdida de la concepción de que el daño a la persona es un daño no patrimonial, en cierto modo irreparable.

Por reformas de 1982 se introdujo (artículos 1916 y 1916 bis) una nueva fuente de responsabilidad civil, el llamado “daño moral”, que es el daño causado a una persona en sus sentimientos, creencias, honor, reputación o fama.

No está muy claro si el acto causante de la responsabilidad por daño moral es un acto lícito o ilícito. El primer párrafo del artículo 1916 parece indicar que puede ser un acto lícito o ilícito, pues dice, en su última frase, que se presume que hubo daño moral cuando se lesiona la libertad o la integridad física o moral de las personas, de lo que podría inferirse que se trata de una responsabilidad objetiva, en el sentido de que demostrándose la lesión sufrida se entiende que existe la responsabilidad consiguiente de repararla. Pero el párrafo segundo dice que la obligación de reparar se da cuando el daño moral lo produce “un hecho u omisión ilícitos”. De modo que puede considerarse, como punto de partida, que el acto que funda la responsabilidad por el daño moral es un acto ilícito. La parte final del mismo párrafo añade que cuando una persona ha incurrido en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913 es también responsable del daño moral que hu-

⁶ *Ibidem*, p. 119.

biera causado. Con base en esto, cabe afirmar que un acto lícito también puede ser causante de responsabilidad por daño moral, si es que lo ha sido por daño patrimonial. En síntesis, podría decirse que, en principio, el acto causante de la responsabilidad por daño moral es un acto ilícito (y esto se exige expresamente cuando se demanda responsabilidad por daño moral a los periodistas y comunicadores, artículo 1916 bis), pero que puede serlo ocasionalmente un acto lícito cuando el mismo genera responsabilidad por daño patrimonial.

En todo caso, la responsabilidad por daño moral sigue siendo sólo una responsabilidad civil, no penal, que se funda, no en un delito privado, sino en un acto ilícito o, eventualmente, en uno lícito.

Del análisis anterior de los diversos supuestos de responsabilidad por daño patrimonial o moral en el código de 1928 puede concluirse que este código desarrolló el concepto de responsabilidad civil que había en los códigos precedentes, precisando que se trata de responsabilidad civil por actos ilícitos o contra las buenas costumbres, pero no una responsabilidad penal, y distinguiéndola de la responsabilidad objetiva (fundada en la teoría del riesgo creado) por los daños causados por actos lícitos. No hay propiamente el concepto de delito privado como acto ilícito que genera la responsabilidad de pagar a la víctima una pena, aparte de la indemnización del daño.

Como la responsabilidad civil de reparar el daño es la misma, sea que se cause por un acto ilícito, sea que se cause por uno lícito (responsabilidad objetiva), Rojina Villegas ha criticado con razón esta equiparación, diciendo que la responsabilidad por acto ilícito debe ser de pagar una “indemnización total”, mientras que la responsabilidad por acto lícito, si no hubo dolo o culpa, debe ser de pagar una “indemnización parcial”.⁷ En el fondo de esta crítica me parece entrever la idea de un delito privado que, por haber dolo o culpa, genera una responsabilidad de pagar una pena adicional a la reparación del daño, mientras que el acto lícito que causa un daño sólo genera la responsabilidad de repararlo.

3. *Los códigos penales*

El tema de la responsabilidad civil se complicó aún más porque los códigos penales para el Distrito Federal, que se expidieron con posterioridad al

⁷ *Ibidem*, p. 78.

Código Civil de 1928 (1929 y 1931), no obstante que el Código Civil introdujo el capítulo de responsabilidad por actos ilícitos, siguieron reglamentando la responsabilidad civil derivada de delitos tipificados en los mismos códigos penales.

Los códigos penales de 1929 y 1931 introdujeron la idea de que la reparación del daño es una pena pública, que, por lo tanto, debe ser solicitada por el Ministerio Público. El Código Penal en vigor en el Distrito Federal mantiene ese punto de vista. En consecuencia, la reparación del daño se considera hoy (artículo 37) una pena o sanción pecuniaria, pero consiste, no en el pago de algo adicional al valor del daño causado, sino (artículo 42) en la reparación del daño, en términos semejantes a los del Código Civil. Como es una pena, el Ministerio Público tiene la obligación de solicitarla y demostrar el monto del daño que debe ser reparado. Siendo una pena pública, no es negociable, y si la víctima renuncia a cobrarla, deberá ser pagada al gobierno del Distrito Federal, que la destinará a un fideicomiso para apoyo de las víctimas del delito (artículo 51).

Esta confusión de la responsabilidad de reparar el daño con una responsabilidad penal da lugar a conclusiones que francamente contravienen los principios mismos del derecho penal, como el artículo 46, que señala como obligados a pagar la pena de reparación del daño, los dueños o encargados de establecimientos mercantiles por los “delitos” que cometan sus empleados o trabajadores, con lo cual resulta que un inocente está obligado a pagar una pena por un delito ajeno.

IV. CONCLUSIONES RESPECTO DE LOS DELITOS DE DIFAMACIÓN, CALUMNIA Y OTROS COMO DELITOS PRIVADOS

La exposición me parece que muestra cómo se complica el derecho mexicano al prescindir de la categoría de delito privado, que lo lleva, por una parte, a confundir la responsabilidad de reparar los daños con una pena pública, y, por la otra, a tratar penalmente actos que tendrían un mejor tratamiento en la jurisdicción civil, especialmente los delitos de difamación y calumnia.

Podría recuperarse la noción de delito privado para tratar los delitos de difamación y calumnias, de modo que siguieran siendo considerados como delitos, es decir, conductas reprobables, pero que dieran lugar al ejercicio de una acción privada, ante un juez civil, para exigir, además de la repara-

ción del daño, el pago de una cantidad de dinero como pena por haber delinuido. Siendo una acción privada y la pena también privada, la acción no requeriría la intervención del agente del Ministerio Público ni la detención del “indiciado”, y el asunto podría resolverse extrajudicialmente por transacción entre las partes.

La introducción del concepto de delito privado serviría también para aclarar que la responsabilidad de indemnizar el daño no es responsabilidad penal, sino meramente civil, de la cual conocerían los jueces civiles. En consecuencia, las reglas de reparación del daño causado por delitos tendrían que salir de los códigos penales e insertarse en los capítulos de los códigos civiles relativos a la responsabilidad civil por actos ilícitos. Ahí se comprendería exclusivamente la responsabilidad de reparar el daño, tanto si el acto ilícito está tipificado como delito público como si lo estuviera como delito privado.

La tipificación de los delitos privados, y en particular de los delitos de difamación y calumnias, y el señalamiento de sus correspondientes penas privadas, se haría en un capítulo adicional en los códigos civiles, en el título sobre las fuentes de las obligaciones, el cual comprendería, además de las otras fuentes convencionales o no convencionales, un capítulo sobre la reparación del daño causado (por actos ilícitos dolosos o culposos, o por riesgo creado) y otro sobre los delitos privados como fuentes de la obligación de pagar una pena pecuniaria privada.

El concepto de delito privado podría tener aplicación en otros ámbitos. Uno es el delito de fraude genérico (artículo 231 del Código Penal del Distrito Federal), que tiene una tipificación muy amplia, pues sólo exige que alguien obtenga un beneficio por medio de dolo o engaño. Esto produce que quien sufre cualquier menoscabo patrimonial por haber sido engañado, intenta reclamar por vía penal, pues piensa que así amedrentará a la contraparte (lo que irónicamente se llama “título ejecutivo penal”), aunque el asunto pudiera resolverse en una mera responsabilidad civil. Si ese delito de fraude genérico fuera un delito privado, el afectado exigiría responsabilidad por vía civil para obtener la reparación del daño y el pago de una pena adicional por el engaño maquinado, sin tener que involucrar al agente del Ministerio Público y a los jueces penales, a los que más bien debe corresponderles el castigo de los delitos que afectan el interés público.

También podría contribuir a un mejor tratamiento de la responsabilidad por daño causado injustamente, pues además de la reparación del daño que

por equidad tiene que darse en cualquier caso a la persona que lo sufre injustamente, la responsabilidad podría diferenciarse según los casos. Si el acto que causó el daño no es delito, la responsabilidad se limita a la reparación del daño; si es delito culposos, se agrava con el pago de una pena, y si es delito intencional, se agrava con el pago de una pena mayor.

Para cualquier cultura jurídica es una riqueza tener una tradición en la cual encontrar elementos para reflexionar sobre los problemas actuales. México tiene la tradición del derecho romano, una tradición multiseccular y universal de la que puede servirse como de cosa propia.