

LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO MORAL A TRAVÉS DEL TIEMPO

Carmen GARCÍA MENDIETA

SUMARIO: *Introducción. 1. Comunidades primitivas. 2. Leyes pre-hamurábicas. 3. Derecho hebreo. Leyes de Moisés y normas talmúdicas. 4. Derecho griego. 5. Derecho romano. 6. Derecho novohispano.*

Introducción

El concepto de daño ha experimentado a través del tiempo una muy larga evolución, partiendo desde una noción crasamente materialista hasta alcanzar elaboraciones abstractas de contenido más espiritual. Detrás de cada norma legal, tanto antigua como actual, se reconoce un bien jurídico protegido; y el intentar asomarnos –siquiera en forma tentativa– al vasto campo de la historia del derecho, nos muestra cómo esos bienes jurídicos, esos valores que el hombre ha querido custodiar, no han variado sustancialmente con el devenir del tiempo. Una organización social más compleja, un diferente concepto del Estado, un cúmulo de medios puestos a nuestro alcance por la ciencia y la tecnología, configuran nuestras formas de interrelación, nuestros patrones de la acción y de la omisión que se trasuntan en el universo jurídico plasmados en las normas de derecho positivo. Pero los valores esenciales que el hombre custodia no dejan de ser los mismos: la vida, la libertad, la integridad corporal, el patrimonio, y también los valores íntimos del honor y de la dignidad personal, entre otros.

Injuria, en un sentido etimológico, es toda conducta que no se ajusta al derecho o lo vulnera.¹ *Ome quod non iure fit*, para los romanos.² En una acepción restringida, injuria es todo ataque, lesión o menoscabo inferido a la persona de otro. La noción de injuria ha experimentado una doble evolución a través de las regulaciones legales.

1) Por un lado, pasó de un concepto materialista, de daño inferido a

¹ Santa Cruz Teijeiro, José, “La iniuria en el derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, abril, 1980, pp. 347-352.

² *Idem*, p. 347.

la persona física del hombre, en su forma más ruda y evidente (por ejemplo, la ruptura de un miembro, la herida provocada por arma, la ablación), hasta llegar a abarcar también formas inmateriales de la ofensa, como pueden ser los ataques al honor, a la intimidad de las personas, a su dignidad pública y social, a su decoro.

2) Por otro lado, la forma en que se ha considerado la conducta del ofensor en relación con el elemento subjetivo, ha variado sustancialmente; en los pueblos primitivos, se requiere una acción externa, visible, imputable a un autor determinado por una relación de causalidad. El autor responde por el resultado, o sea por el acto tipificado que se le imputa a título objetivo. La evolución de las costumbres aparejó la afinación de los conceptos, y así el antiguo derecho conoció la distinción entre el hecho intencional y el que no lo es y llegó a graduar la responsabilidad según la culpa del agente.³

La injuria produce –o tiende a producir– un daño. La doctrina civilista moderna distingue entre el daño material, o sea el que apareja consecuencias patrimoniales, y el daño moral, que se ha dado en llamar también extrapatrimonial. En las legislaciones primitivas no están –lógicamente– bien diferenciados ambos tipos de daño; pero, adentrándose en su casuística, se puede precisar la distinción que se realizaba entre ellos y cómo respondían a diferentes bienes jurídicos que se deseaba proteger; la personalidad física del individuo y su patrimonio, por una parte, y la personalidad moral del mismo, por otra.

También desde antiguo, quien produce un daño tiene el deber de responder por su conducta. La forma en que responda dependerá del tipo de sociedad de que se trate, estando por consiguiente ligada a un marco histórico-concreto de referencia; también en este tópico se ha producido una evolución (no siempre lineal como veremos más abajo), desde las soluciones taliónicas hasta la compensación pecuniaria. Esta última abarcó tanto la reparación debida por daño material como la que corresponde por daño moral. O sea que, desde la antigüedad el hombre admitió sin reservas que una ofensa inferida a su honor o a su dignidad podía dar lugar a una reparación en dinero (*pecunia doloris*), sin perjuicio de otras medidas complementarias. Es hasta fines del siglo XIX y principios del XX en que la doctrina en su conjunto comienza a cuestionarse y a realizar planes de orden axiológico sobre la posibilidad de compensar materialmente algo tan imposible de mensura como la humillación, la pena, la aflicción o el menoscabo de la honra. Surgen así doctrinas como las de la reparación-sanción, la reparación indemnización y la reparación-satisfacción. Hoy en día existe consenso en la doctrina moderna sobre la procedencia de esa reparación. Rastrear algunos antecedentes en derecho antiguo y novohispánico, es el propósito del presente trabajo.

³ Kaser, Max, *Derecho romano privado* (trad. José Santa Cruz Teijeiro), 5a. ed., Madrid, Ed. Reus, 1968, p. 165.

1. *Comunidades primitivas*

Según Jaime Santos Briz, “puede decirse que la primera relación jurídica, derivada de la necesaria convivencia social, es la de no causar a otro daño alguno”.⁴

Se admite que en la proto-historia, los daños o lesiones infligidos a un individuo eran considerados como asuntos personales y su reparación estaba ligada a la noción de venganza. O sea que la más antigua forma de castigo fue la venganza privada. La víctima actuaba a la vez como tal, como juez y como verdugo, y las más de las veces la venganza excedía con mucho a la ofensa inferida. Las comunidades tribales, en el proceso de su lenta organización, comenzaron a imponer condiciones a esta práctica, dando paso a la llamada “venganza de sangre”, expresión que alude a las relaciones de consanguinidad familiar que deben unir al grupo encargado de practicar la venganza: ésta ya no queda en manos del ofendido sino que se transfiere a la familia o el clan a que éste pertenece; no cambia la naturaleza de la sanción, que sigue siendo de tipo vindicativo. En una tercera etapa, los pueblos acudieron a la llamada “venganza divina”, a la que se llega cuando la religión alcanza a tener poderes socio-políticos; el castigo al ofensor se consideraba susceptible de apaciguar la ira de los dioses, siempre que fuera proporcionado a la lesión infligida; este tipo de sanción era administrado por los sacerdotes de la región de que se tratase y representó un evidente avance sobre los métodos anteriores. Finalizando este proceso, se llega a la etapa de la “venganza estatal”, desarrollada paralelamente a las estructuras políticas de las comunidades humanas primitivas.

2. *Leyes pre-hamurábicas*

El estado actual de las investigaciones arqueológicas indica que las primeras referencias a leyes escritas que se conocen datan del año 2400 a.C. aproximadamente, proceden de la antigua civilización sumeria, que floreció al sur de la Mesopotamia, y, aunque su texto no fue aún hallado, parecen haber sido promulgadas por Ur-Engur (rey de Ur). También Urukagina (rey de Lagash) había recopilado una serie de reglamentos administrativos.⁵

Código de Ur-Nammu. Samuel N. Kramer, profesor de la Universidad de Pennsylvania, descifró una tableta cuneiforme, datada aproximadamente en 2050 a.c., a la que denominó “el Código legal más an-

⁴ Santos Briz, Jaime, *Derecho de daños*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 2.

⁵ Drapkin, Israel, “Los códigos pre-hamurábicos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, tomo XXXV, fascículo II, mayo-agosto 1982, p. 336.

tigo del mundo”, y se conoce como el Código de Ur-Nammu. Tres de sus leyes (entre las que se han podido descifrar, por estar menos deterioradas las tabletas), se refieren a casos de daños a la persona física y establecen lo siguiente:

- Si ... (un hombre a otro, con un instrumento) le ha cortado un pie, tendrá que pagar diez “shekels” de plata.
- Si ... (un hombre a otro, con un instrumento) le ha cortado un pie, tendrá que pagar una mina de plata.
- Si un hombre a otro, con un instrumento, ha cortado la nariz, tendrá que pagar dos tercios de una mina de plata.⁶

El descubrimiento de estas leyes tiene la enorme importancia de demostrar que, 300 años antes de que la Ley del Talión fuera impuesta por Hamurabi, existía un cuerpo legal en que la reparación del daño se realizaba en forma pecuniaria, con un concepto que aparece como muy moderno. Asimismo se han hallado cientos de tabletas que dan cuenta de los procedimientos judiciales, verdaderos protocolos de casos concretos. La administración de justicia estaba en manos del “Ensi”, que era el gobernador local en las ciudades-estado sumerias, quien actuaba como autoridad delegada del rey. En casos de daños enormes provocados a una persona, cuya cuantía era imposible de indemnizar por ningún particular, el Ensi podía ordenar que la víctima fuera compensada con fondos públicos.⁷ Resulta sorprendente que hubiese existido una solución semejante en tiempos tan remotos, solución que, actualmente, gran parte de la doctrina pugna por imponer en los códigos de la seguridad social, en especial con respecto a los daños de los que se responde por riesgo objetivo y a los provenientes de accidentes automovilísticos⁸ (en este rubro hay un reciente proyecto de ley en el estado de Tlaxcala).

Según Israel Drapkin, este Código de Ur-Nammu fue el prototipo para todos los códigos que aparecen posteriormente en Sumeria, Babilonia y Asiria, antecedente del de Hamurabi y, tal vez, base remota para las modernas legislaciones en materia civil, criminal y mercantil, y aun para el Derecho Internacional Público.⁹

Código de Lipit-Ishtar. Aproximadamente dos siglos después de Ur-Nammu, el monarca de la ciudad de Isin, Lipit-Ishtar promulgó también un código, alrededor del año de 1860 a.C. Este código era una continuación del de Ur-Nammu y antecedente directo de la codificación de Hamurabi. Sus soluciones para los casos de daño son similares a las de aquél, y las sanciones previstas son pecuniarias, y no taliónicas.

⁶ *Idem*, p. 337.

⁷ *Idem*, p. 338.

⁸ Ver, Maciel Correa Meyer Russomano, Gilda, *Direito internacional privado de trabalho*, Brasil, Ed. Forense, 1979, p. 117 y ss. y 192 y ss.

⁹ Drapkin, Israel, *op. cit. supra*, nota 5, pp. 338-339.

Los casos de daño registrados son estrictamente materiales, ya sea vinculados al patrimonio o a la persona física de la víctima.

Las leyes de Eshnuna.¹⁰ Afirma Israel Drapkin que estas leyes constituyen, junto con el Código de Lipit-Ishtar, “una especie de puente jurídico que vincula al código de Ur-Nammu con el de Hamurabi, los asirios y los hebreos. De aquí a nuestra actual legislación occidental existe una relación muy directa y demostrable”.¹¹ Estiman los intérpretes que estas leyes, que constan de sesenta artículos desarrollados en dos tabletas, en lenguaje acádico, no son mucho más antiguas que el Código de Hamurabi. Parecen haber regido en diversas ciudades-estados de la región, aunque las conclusiones no son por el momento definitivas. Legislan sobre materias procesales como la jurisdicción, sobre materia civil, como el estado de las personas, la propiedad, los contratos, sobre materia penal, en que tipifican cinco delitos, etcétera. Para el objeto de este trabajo, estas leyes constituyen el primer antecedente que hemos podido hallar sobre daños morales propiamente dichos. El artículo 25 prescribe que si un hombre declara consumación de su matrimonio, pero su suegro le ofende entregando su hija a otro hombre, el suegro deberá devolver el doble del dinero que recibió como dote. Como podemos apreciar, se trata de una ofensa a la dignidad del esposo y la compensación es de naturaleza pecuniaria. Distinta es la solución para la hipótesis del que viole a una mujer ya prometida en matrimonio por sus padres: este delito se paga con la muerte. Un caso claro de ofensa a la dignidad y a la reputación de la persona lo podemos encontrar en el artículo 42, según el cual quien propine a otro una bofetada en la cara, “pesará y entregará diez shekels de plata”. Y el artículo 47, a su vez, dispone: “Si un hombre injuria a otro en un . . . pesará y entregará diez shekels de plata.” En estas disposiciones el intérprete podrá hallar todos los elementos que la doctrina actual requiere para la configuración de un daño moral; un ofensor, un ofendido, un nexo causal y la responsabilidad del ofensor, que se traduce en una indemnización de índole monetaria. Las leyes de Eshnuna, con un criterio casuístico, tratan una serie de materias que veremos luego reproducidas en cuerpos legales muy posteriores como –por ejemplo– el derecho hispánico, fuente del nuestro. Así aparece regulada la responsabilidad por hecho de los animales (artículos 54 a 67), por obra ruinosa (artículo 58), etcétera, para mencionar solamente la materia civil. En lo que respecta al elemento subjetivo del agente, distinguen entre el daño que no se pudo prever (artículo 53) y el que se pudo prever pero no se previó por negligencia (artículos 54, 55 y 58).¹²

¹⁰ Eshnuna: ciudad-estado ubicada aproximadamente a 80 kms. al Norte de Babilonia.

¹¹ Drapkin, Israel, *op. cit. supra*, nota 9, p. 341.

¹² Artículo 53: Si un buey cornea un (otro) buey y (le) causa la muerte, los dueños de ambos bueyes se dividirán el precio del buey vivo y de la res muerta.

Por lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar, no podríamos afirmar que se trate de un delito de orden civil, aunque su carácter pecuniario así lo indicase; es de tener en cuenta que en la época no existía una separación neta entre los conceptos de la responsabilidad civil y la emergente de delito, así como había una interpenetración entre las nociones de delito y de pecado, ya que la conducta antijurídica era a la vez violación de las leyes divinas. Muy probablemente la suma que el victimario debía entregar a la víctima tuviese un carácter preponderantemente sancionatorio, más cercano al de pena que al de verdadera indemnización. A esta interpretación se opone, sin embargo, el hecho de que la justicia del Ensi (consignada en las tabletas sumerias) previese una indemnización del daño enorme a cargo de los fondos públicos. Ello afirmaría no solamente la naturaleza indemnizatoria del monto entregado a la víctima, sino un verdadero concepto de la socialización del riesgo.

Código de Hamurabi. Alrededor del año 1780 a.C., Hamurabi promulga su Código, que hasta hace pocos años pasó por ser el primero en la historia de los cuerpos legales. Como es de todos conocido, introduce la llamada Ley del Talión. Desaparece de la legislación de Hamurabi el sistema de compensación pecuniaria. Como este monarca semítico logró dominar una vasta región geográfica, luego de vencer a varias ciudades-estado, entre ellas la ciudad de Eshnuna, parece a esta altura imposible que desconociese la legislación imperante hasta ese entonces en las culturas dominadas. Las soluciones taliónicas aparecen como más primitivas, menos humanas que el sistema elaborado durante siglos y que plasmó en las leyes de Eshnuna. Los nuevos descubrimientos arqueológicos abren una interrogante sobre la verdadera interpretación del talión, interrogante ésta que ya se plantearon, centurias atrás, los intérpretes talmúdicos (*infra*).

3. Derecho hebreo. Leyes de Moisés y normas talmúdicas

Las leyes de Moisés pueden situarse cronológicamente alrededor del año 300 a.C. Los especialistas ubican en esa fecha el Libro de Zacarías.¹³ La Torah consta de los cinco primeros libros del Antiguo Tes-

Artículos 54/55: Si un buey (fue ya) corneador y las autoridades lo hicieron saber a su dueño, pero éste no cuidó su buey, quien corneó a un hombre y (le) causó la muerte... el dueño del buey pesará y entregará dos tercios de una «mina» de plata. Si corneó a un esclavo y (le) causó la muerte... pesará y entregará quince «shekels» de plata.

Artículos 56/57: (Son idénticos a los dos anteriores, pero en lugar de un buey se trata de un perro «vicioso»).

Artículo 58: Si un muro amenazaba caer y las autoridades (se lo) hicieron saber al dueño del muro, pero (éste) no lo reforzó y derrumbó, causando la muerte del hijo... (es un caso concerniente a la vida: decisión del rey).

¹³ Wilson, Edmund, *Los rollos del Mar Muerto*, México, F. C. E., 1977, p. 76.

OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO MORAL

227

tamento: el Génesis, el Éxodo, el Levítico, los Números y el Deuteronomio. Las leyes de la Torah requerían un alto grado de interpretación por parte de los rabinos; de ahí que se haya desarrollado toda una tradición oral, en base a las interpretaciones rabínicas. El Talmud, obra que consta de treinta volúmenes, es fundamentalmente la compilación de las leyes y tradiciones que se han desarrollado a partir de la Torah. El primer intento de compilar y sistematizar ese caudal normativo, se puede situar en la primera centuria a.C.¹⁴

Cuando Jehová dicta sus leyes a Moisés en el Sinaí, se nos aparece como un Juez iracundo y vindicativo, cuya justicia cae implacable sobre los mortales que osadamente hayan desafiado sus divinos designios. Las penas prescritas son preponderantemente taliónicas. Así, el Éxodo 21, en sus versículos 24 y 25, dice: "Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie." "Quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe." Y en el Levítico (24 vers. 17 a 21) leemos: "...el hombre que hiere de muerte a cualquiera persona, que sufra la muerte". "Y el que hiere a algún animal ha de restituirlo: animal por animal." "Y el que causare lesión en su prójimo, según hizo, así le sea hecho: Rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente: según la lesión que habrá hecho a otro, tal se hará a él." "El que hiere algún animal ha de restituirlo; más el que hiere de muerte a un hombre, que muera." ¹⁵

No obstante, el Éxodo, por otro lado establece:

...si algunos riñeren y alguno hiriere a su prójimo con piedra o con el puño, y no muriere, pero cayere en cama;

Si se levantara y anduviere fuera sobre su báculo, entonces será el que lo hirió absuelto: solamente le satisfará lo que estuvo parado, y hará que le curen.

(Éxodo 21, vers. 18 y 19)

Y en Números 4 se lee:

...El hombre o la mujer que cometiere alguno de todos los pecados de los hombres, haciendo prevaricación contra Jehová, y delinquire aquella persona;

Confesarán su pecado que cometieron y compensarán su ofensa enteramente, y añadirán su quinto sobre ello, y lo darán a aquél contra quien pecaron.

La primera de las disposiciones transcritas prevé tanto la indemnización del daño emergente (curación) como del lucro cesante (el tiempo

¹⁴ *Idem*, p. 107. Jurkowitz, Jed W., "Talmudic and American Tort Liability. A comparative analysis", *Arizona Law Review*, E. E. U. U., The College of Law of The University of Arizona, vol. 10, núm. 2, 1968, p. 473.

¹⁵ Antiguo Testamento, versión de Cipriano de Valera.

que estuvo parado); la segunda, además de la compensación por equivalente, establece una suplementaria, de naturaleza claramente sancionatoria.

Como ejemplo de daño puramente moral, se establece que aquel que duerma con mujer doncella, mediante engaño, la desposará y deberá dotarla. Mas si su padre no quisiera dársela, “él le pasará plata conforme al dote de las vírgenes” (Éxodo 22, vers. 16 y 17). Es éste un antecedente del delito de estupro tipificado en los códigos penales y la solución compensatoria se verá reiterada en cuerpos legales más modernos.

Según Jurkowitz, el primer obstáculo que enfrentaron los sabios al componer la ley talmúdica sobre daño personal fue el de justificar la teoría de la compensación pecuniaria, ya que resulta muy difícil conciliar esta modalidad con algunas disposiciones de la Torah, incuestionablemente taliónicas. La lógica inferencia —dice este autor— es que debe darse preferencia al talión sobre la indemnización pecuniaria.¹⁶ Para compaginar ambos temperamentos, los sabios razonaron: ojo por ojo, significa equivalencia en dinero. ¿Qué quiere decir, de lo contrario, sacarle un ojo a otro? Lo razonable es que se indemne el daño causado. Y de esta forma armonizaron los dos supuestos.¹⁷

El Talmud discurre cinco rubros de daños indemnizables: 1) incapacitación; 2) dolor; 3) tratamiento médico; 4) pérdida de tiempo; 5) humillación o degradación. Dentro de cada una de estas categorías de compensación, los compiladores colocaron cuatro pautas precisas para medir el daño sufrido. La incapacitación equivale a la pérdida de la futura aptitud para ganarse la vida y la indemnización se calcula en base a la comparación de la situación anterior con la posterior; por ejemplo, el valor de venta en el mercado de un esclavo, antes y después de la lesión sufrida. Las expensas médicas constituyen parte de lo que actualmente llamaríamos “daño emergente”, mientras que la pérdida de tiempo laborable equivale al “lucro cesante”. En cuanto al daño puramente moral, sólo es compensable cuando la ofensa infligida es intencional; o sea, se tiene en cuenta el dolor del autor, como elemento subjetivo. La cantidad a pagar variaba según la condición social de ambas personas: injuriado e injuriante. Una persona de alto nivel social, se consideraba más susceptible de ser humillada que una de capa social inferior. Es de hacer notar que, en caso de difamación, queda al arbitrio del juez tomar en cuenta la posición social y financiera de la víctima, así como su reputación como profesional u hombre de negocios.¹⁸

No puede menos que sorprender el ver plasmadas en un cuerpo

¹⁶ Jurkowitz, Jed W. *op. cit. supra*, nota 14.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Idem*, p. 482.

legal anterior en un siglo a nuestra era, disposiciones que resultan válidas para el presente y que están –aún hoy– siendo recogidas por las codificaciones civiles más avanzadas.

4. Derecho griego

Entre los griegos, debía ser reparado todo daño ocasionado a otro, ya sea en su persona física, en su patrimonio o en su reputación. Existía una acción específica por daños, de carácter principal, si el actor en el juicio elegía esa vía con preferencia a otras acciones más específicas de que pudiese disponer.¹⁹ Según Bonet Ramón, esa acción tenía mayor aplicabilidad en relación con los daños patrimoniales –o con incidencia patrimonial–, ocasionados en forma voluntaria o involuntaria. La fuente de la obligación de indemnizar podía ser contractual o extracontractual. Para el citado autor, podía reclamarse el resarcimiento por daño que afectase a un derecho real, mobiliario o inmobiliario, a un derecho familiar (por ejemplo la mala administración de los bienes de pupilo), a un derecho contractual, a un derecho a la inviolabilidad de la persona y al libre ejercicio de su propia actividad, y a un derecho de carácter moral, como la usurpación del nombre.²⁰

Tanto el derecho a la inviolabilidad de la persona, al libre ejercicio de su actividad, como el derecho al propio nombre, constituyen valores que encuadran en lo que la doctrina moderna denomina “derechos de la personalidad” y cuya violación aparece un daño de carácter moral, que puede estar o no vinculado a un daño de incidencia patrimonial.

5. Derecho romano

El derecho romano fue evolucionando desde un concepto de daño puramente material, directamente inferido a la cosa o a la persona física, hasta llegar a regular supuestos de daño moral en una forma muy similar a la que hoy en día recogen los ordenamientos jurídicos. El fino instinto jurídico de los romanos –al decir de Santos Briz–.

Incluyó entre los *tria juris praecepta*, o preceptos jurídicos fundamentales, el de no dañar a otro (*alterum non laedere*) en el sentido de que no se debe lesionar situaciones jurídicas; precepto que al lado de los otros dos (*honeste*

¹⁹ Bonet Ramón, Francisco, prólogo a la obra de Jaime Santos Briz, *Derecho de daños*, *op. cit. supra*, nota 4.

²⁰ Por ejemplo, la oración pseudo-demosténica “Contra Apaturio” y la “Contra Beoto” (citados por Bonet Ramón, *op. cit. supra*, nota 19).

vivere y suum cuique tribuere) atañe a toda suerte de normas sociales, a las que es común un mismo principio o medida universal sobre el obrar.²¹

Ya las XII Tablas (450 a.C.) regularon casos de daños causados en las cosas ajenas y en la persona física de los demás; ²² pero lo hicieron con un criterio casuístico, sin extraer un principio general. Así, para los daños a las cosas concedían la *actio de pauperie*, contra el dueño del animal que causa estrago en cosa ajena, la *actio de pastu pecoris*, contra el propietario de animal que pasta en predio ajeno y la *actio de arboribus succisis*, contra quien corta árboles que no le pertenecen. En cuanto a los daños inferidos a la persona física, las XII Tablas admiten tres casos específicos: a) inutilización de un miembro o de un órgano (*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit talius esto.*); se castigaba con pena del talión, salvo que se acordase una compensación (compensación voluntaria) de carácter no obligatorio, quedando el aceptar esta solución o no al arbitrio del ofendido. b) La fractura de hueso (*Manu fustive si os fregit, libero CCC, si serve CL poenae sunt.*), cuyo castigo era de multa de 300 ases si el lesionado era hombre libre y de 150 ases, si era esclavo. c) Otro tipo de daños se castigaban con multa de 25 ases. Según Kaser,²³ en este ítem se llegaron a incluir ofensas graves, tales como la privación de libertad, el estupro y lesiones corporales no comprendidas en los supuestos anteriores. Para Iglesias,²⁴ se trataba de lesiones menores de toda clase.

La Lex Aquilia (286 a.C.) estableció una regulación uniforme del *damnum* en las cosas, comprendiendo a los esclavos. El capítulo I castiga la muerte producida en esclavos y animales ajenos con multa; el capítulo III se refiere al daño en cosas del patrimonio que hayan sido quemadas, rotas o desgarradas (*urere, frangere, rumpere*) y la multa prevista equivale al valor de la cosa en los 30 últimos días. (El capítulo II se refiere a la responsabilidad de *stipulator* frente al acreedor principal, y cae fuera de nuestro tema.) Para la regulación de la Lex Aquilia, el *damnum* parte de un comportamiento antijurídico del agente: el hecho debe ser cometido *iniuria*. Dentro de la *iniuria* queda comprendido el elemento subjetivo de la acción, ya sea el dolo o la culpa. El efecto dañoso debe ser producido *corpore corpori*, o sea, inmediata y directamente sobre la cosa, sin concurso de causas intermediarias; el evento dañoso debe ser obra de una acción: en la economía de la Lex Aquilia no procede la imputación por mera omisión. Con el correr del tiempo, se fueron acordando *actiones legis Aquiliae utiles* y acciones *in factum* que

²¹ Santos Briz, Jaime, *Derecho de daños*, op. cit. supra, nota 4, p. 2.

²² Ver Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 81 a 88.

²³ Kaser, Max, op. cit. supra, nota 3, p. 76.

²⁴ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 4a. ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pp. 446-450.

abarcaban supuestos de daño producido por omisión o por causación mediata. Y los juristas de la república tardía llegan a incluir la negligencia dentro de la *iniuria*, afinando más en la apreciación del elemento subjetivo.²⁵ El derecho romano llegó a apreciar tanto el elemento subjetivo, que en la pena dispuesta para algunos delitos se equiparó el delito tentado con el consumado, teniendo en cuenta la intención del agente.²⁶

Pero el concepto estrecho de la *iniuria* y lo obsoleto de algunas de las multas previstas, que se volvían irrisorias debido a la inflación, fueron dando lugar a una reglamentación pretoria, más flexible y acorde con las nuevas circunstancias. Del concepto rudo y materialista de daño en el cuerpo, o lesión corporal —o patrimonial en su caso— se llega, mediante sucesivos edictos del pretor, a una inmaterialización del concepto de *iniuria*. “El pretor, en sucesivos edictos, suele subsumir en el ámbito conceptual de la *iniuria* lesiones de carácter claramente moral, como es, por ejemplo, el agravio públicamente inferido a la persona, cantándole en la puerta de su casa versos injuriosos (*occentare*) o el daño que es causado con el empleo de fórmulas mágicas de poder maléfico (*mala carmina incantar*).”²⁷

Como consecuencia de la aceptación de esta nueva índole de ofensas, se produjo una delimitación de competencias; los *recuperatores* conocían en los casos de daños corporales y el juez único, *unus iudex*, en las ofensas de carácter moral.²⁸

Un ejemplo de esta evolución producida lo encontramos en el Digesto (47, 10, 15, 1), que dispone que la simple amenaza tiene carácter injurioso, aunque no llegue a la lesión física. Se le reconoce al ofendido una *actio injuriarum utilis* para obtener su reparación. Otro ejemplo específico de daño moral es el *convicium*, que requiere la doble condición de constituir una manifestación injuriosa contra alguien, a la vez que un atentado contra las buenas costumbres; éstas son las propias de la ciudad de Roma.²⁹ Es necesario, además, que exista *vociferatio* y que el sujeto activo sea plural, es decir, que se trate de varias personas reunidas para proferir ofensas contra la víctima. En cuanto a ésta, debe ser persona cierta y determinada; de lo contrario no podría haber legitimación activa para ejercer la *actio iniuriarum*. El sujeto activo debe ser imputable, o sea, legalmente capaz; son responsables tanto los autores materiales de la ofensa como aquel que les haya inducido. Es dudoso el punto de si puede haber ofensa al honor de una persona sin haber *vociferatio*. Y, por fin, no es necesario que la víctima esté mencionada por su nombre: basta con que esté suficientemente individua-

²⁵ Kaser, Max, *op. cit. supra*, nota 3, p. 166. Iglesias, *op. cit. supra*, nota 24, p. 448.

²⁶ Oneca, Antón y Rodríguez Muñoz, J. A., *Derecho penal*, Madrid, S. P. I., 1949.

²⁷ Santa Cruz Teijeiro, José, *op. cit. supra*, nota 1, p. 348.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*: Iglesias, Juan, *op. cit. supra*, nota 24, p. 450.

lizada. Y si existió error en la persona, habiéndose injuriado a alguien creyendo que era otro, se estará a la intención del autor, al *animus laedendi*, independientemente del resultado; es más, no se requiere que el ofendido se encuentre presente en el momento de la injuria, para que ésta exista. Podemos comprobar que la precisión conceptual a que habían llegado los romanos en este punto indica un grado muy alto de evolución: y muchos códigos penales modernos tipifican la injuria entre los delitos contra el honor de las personas, ateniéndose a los mismos elementos y ahondando en el elemento subjetivo del agente en forma similar a aquella en que lo hicieron los romanos. Como ejemplo, podemos citar el artículo 344, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, que tipifica como injuria a cualquier golpe propinado en la cara a una persona, ya sea bofetada, puñetazo o latigazo. Independientemente de la lesión física leve, el bien jurídico realmente lesionado es el honor del ofendido. También los romanos distinguían la bofetada (*manus suae palma veberare*) del puñetazo (*pugno mala percussa est*), aunque ponían el acento de la injuria, en estos casos, en la lesión corporal leve.

Se conoció asimismo la injuria inferida por el juez, con una sentencia inicua (*iniuria iudicis*), que más que una violación a la norma de derecho positivo se consideraba como un atentado contra del Derecho Natural, o sea la *aequitas*.³⁰

Constituía también injuria el atentado contra el pudor de una persona, que el Digesto denomina *Appellare*, dirigiéndole palabras destinadas a seducirla. Igualmente en este caso la injuria reviste la doble condición de ataque a la castidad individual y de ofensa a la moral pública y a las buenas costumbres. El casuismo romano distinguía entre la *appellatio* dirigida contra una doncella libre, contra una esclava y contra una meretriz, dando por supuesto que para las segundas, por su condición social inferior, era menos grave la ofensa y que las últimas carecían de *pubicitia*, faltando, por ende, el bien jurídico protegido. Lo cual no significaba que no se les reconociese una cierta dignidad, y no quedaban excluidas *in limine* de la *actio iniuriarum*.

Otra distinción que realizaban los romanos era la *iniuria* por *adsectari*; su protección también se originó en edicto del pretor. Incurría en esta figura quien seguía asiduamente a una mujer, de manera que perjudicase su buena fama. No bastaba con que la siguiese una sola vez: era esencial la condición de asiduidad. Dirimía la injuria el *animus iocandi*, es decir, si el seguimiento había sido hecho en broma, sin intención de perjudicar; no existía tampoco *adsectatio* si no se atentaba contra las buenas costumbres. Se nos plantea personalmente la interrogante de si el atentado contra las buenas costumbres debía o no ser abarcado por el dolo del autor. En la hipótesis negativa, constituiría lo

³⁰ Santa Cruz Teijeiro, *op. cit. supra*, nota 1, p. 349.

que la doctrina penalista moderna denomina una “condición objetiva de punibilidad”.

Y una tercera forma de injuria, dentro de este mismo orden de ideas, era el *abducere*, consistente en quitar al acompañante (*comes*) de una mujer, para poder abordarla a solas. El hecho de apartar al *comes* constituía por sí mismo un atentado contra las buenas costumbres. Raber (citado por Santa Cruz Tejeiro) establece una concatenación de actitudes injuriosas: se sigue a una mujer (*adsectari*) para hacerle proposiciones indecentes (*appellare*) y, si lo impide la presencia del *comes*, se incurre en *abducere* para lograr el propósito.

Sin perjuicio de toda esta casuística romana, los autores afirman que en la época clásica constituye injuria toda conducta que implique desconsideración o menosprecio para con el semejante. El Digesto (47, 10, 15, 27)³¹ dice que el pretor prohíbe toda conducta que signifique *infamiam*, y que el ofendido tiene derecho a ejercer la *actio iniuriarum*. Es decir que, partiendo de lo particular, los romanos alcanzaron el grado de abstracción necesario para formular un principio general: el *alterum non laedere*.

¿Cómo se desarrollaba la *actio iniuriarum*? El ofendido debía estimar ante el pretor el importe que reclamaba en concepto de compensación. El juez podía fijar la cuantía de acuerdo a la equidad y tomando en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. La injuria atroz era estimada por el pretor, de acuerdo a las circunstancias de lugar, tiempo y persona. (Por ejemplo, no era lo mismo injuriar a un esclavo que a un personaje público, no era igual hacerlo en lugar aislado que en el teatro u otro sitio público). El juez podía reducir la cuantía de la indemnización según su leal saber y entender, pero generalmente se atenía a lo establecido por el pretor. Un problema interesante a los efectos del presente trabajo es el de determinar cuál era la naturaleza jurídica de la compensación pecuniaria obtenida mediante la *actio iniuriarum*. ¿Se trataba de una multa y participaba del carácter de la pena, o bien era una verdadera indemnización de naturaleza civil? Nos inclinamos por esta última hipótesis, con base en que, en algunos supuestos, el ofendido podía optar entre seguir la *actio iniuriarum* o impenetrar la acción criminal correspondiente a fin de obtener el castigo de ofensor.³² Si la compensación pecuniaria tuviese naturaleza punitiva, se estaría vulnerando el principio *non bis in eadem*, aceptado desde antiguo, pues aunque se impusiese una sola pena, existirían dos para sancionar un mismo hecho. Un argumento coadyuvante sería la existencia de acumulación de acciones, en que a la *actio iniuriarum* se podía sumar la *actio legis Aquiliae*, cuando a las ofensas se sumaba la lesión física. Pero

³¹ *Idem*, p. 351.

³² La *Lex Cornelia de iniuriis* permitía esta opción. Ver *op. cit. supra*, nota 1, p. 352. También Iglesias, *op. cit. supra*, nota 24, p. 451.

los autores discrepan en cuanto a la naturaleza de la propia *actio legis Aquiliae*; así, mientras para Kaser³³ era una acción penal con función reipersecutoria (acción penal mixta), para Iglesias³⁴ se trataba de una acción civil. Según este autor, también la *actio iniuriarum* era civil.

Otro argumento que indicaría la naturaleza civil de la citada acción está en el hecho de que en la *Lex Cornelia de iniuriis* (de la época de Sila) los casos de *iniuria* que facultaban a la víctima a seguir la acción criminal están expresamente previstos, y son tres: la *pulsatio*, la *verberatio* y la violación de domicilio. Esto indicaría que para otros tipos de injuria la vía correcta es la civil. Con el derecho imperial se ampliaron las potestades del ofendido y para toda clase de injurias se le otorgó la opción entre la vía penal y la civil. Como argumento en contra de la naturaleza civil de la primitiva *actio iniuriarum* podría señalarse su carácter infamante y su no transmisibilidad activa ni pasiva a los herederos.

De todo esto podemos concluir que, si bien los antiguos consideraron la protección de determinados bienes jurídicos, entre los cuales el honor, la dignidad personal y social de la persona, su reputación y su decoro, no alcanzaron una sistematización de estos principios. Es la doctrina moderna la que, bajo la denominación más o menos aceptada de “derechos de la personalidad”, llegó a elaborar una concepción filosófico-jurídica de ciertos valores inmateriales, inherentes a la esfera íntima del individuo.

Afirma Castán Tobeñas³⁵ que “el cristianismo sentó la base moral indestructible sobre la que ha de alzarse el reconocimiento de los derechos de la personalidad individual”. Así, en el Medioevo se centró en el individuo y no en el Estado el fin del derecho. Pero el derecho, concebido como un orden total de la vida, no sintió la necesidad de poner especialmente de relieve a los derechos de la persona humana. Fue apenas en el Renacimiento que surgieron los primeros atisbos de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de sus derechos. De este modo surgió la figura de la *potestas in se ipsum o ius in corpus*, en que –según la doctrina moderna– se encuentra el embrión de los llamados derechos de la personalidad.³⁶

Posteriormente, a partir del siglo XVII, la Escuela del Derecho Natural llevó hasta la exaltación estos derechos, como connaturales a la persona humana y preexistentes al Estado. La Escuela Histórica y el positivismo jurídico reaccionaron en contra de la existencia de esos derechos originarios. Por ello, según Castán, los pandectistas y civilistas de la época se vieron precisados a darle a la misma idea otro enfo-

³³ *Op. cit. supra*, nota 3, p. 231.

³⁴ *Op. cit. supra*, nota 24, p. 449.

³⁵ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, 12a. ed., tomo I, vol. II, Madrid, Ed. Reus, 1978, p. 337.

³⁶ *Idem*, p. 338.

que y otro enclave, concibiendo a los derechos de la personalidad como una nueva clase de derechos privados.³⁷

6. *Derecho novohispano*

La estrecha relación que el derecho romano tiene con los ordenamientos de los países iberoamericanos ha sido objeto de profundos y documentados estudios por parte de los especialistas. Por esto y por exceder los modestos límites de este trabajo, a ellos nos remitimos.³⁸ Entraremos directamente al análisis de algunos textos que fueron de aplicación en el México preindependiente.

Para María del Refugio González, el derecho novohispano, enormemente casuista en materias de gobierno, administración e indios, en materia de derecho privado –y sobre todo civil– realizó un trasplante casi total del derecho castellano para la regulación de las relaciones privadas entre los vasallos novohispanos, fundamentalmente españoles peninsulares y criollos. Así, no debe extrañarnos que sean precisamente las Partidas las que nos sirvan para comenzar la explicación sobre esta época.

Las Partidas, que alcanzaron a tener enorme importancia en la Nueva España y constituyeron el texto básico de derecho privado,³⁹ en materia de daños llegaron a un casuismo tan espeso y laborioso que se hace difícil intentar alguna sistematización. Todo el Título XV de la Partida VII está dedicado a esta materia y legisla los daños materiales, tanto los hechos a la persona física como los que afectan a las cosas y a los animales, cualesquiera sean los medios empleados. Distinguen las Partidas del dolo de la culpa y las penas varían desde las taliónicas hasta las multas, el confinamiento por cinco años en una isla, el destierro, etcétera, siendo bastante usual la multa por el duplo. Sin embargo, es posible extraer principios generales, algunos de los cuales están enunciados explícitamente.

La Ley I, del Título XV de la Partida VII define el daño como *empeoramiento, o menoscabo, o destruyimiento, que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro.*

Y establece tres maneras en que el daño puede ser hecho: “La primera es, cuando se empeora la cosa . . . La segunda cuando se mengua . . . La tercera es, cuando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo.”

³⁷ *Idem*, p. 339.

³⁸ Ver González, María del Refugio, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981. Y los apéndices bibliográficos de esta obra y la de Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *op. cit. supra*, nota 22.

³⁹ González, María del Refugio, *op. cit. supra*, nota 38, pp. 41-42. Señala la autora que las Partidas tuvieron mayor aplicación en América que en España, p. 42.

La Ley II establece quién puede demandar: “el señor de la cosa en que es fecho. Esso mesmo puede fazer su heredero”; Acuerda asimismo legitimación activa al usufructuario, al depositario, al guardador, al acreedor prendario y al legatario.

La Ley III dice quién debe ser demandado: aquel que haya hecho el daño; pero no sólo el autor material, sino aquel por cuya culpa o por cuyo mandato hubiese sido producido el evento dañoso. La responsabilidad no pasa a los herederos del culpable, salvo que la demanda se hubiese intentado en vida de éste.

En cuanto a qué se debe reparar, el citado Título de la Partida VII habla en general de *fazer enmienda*; pero la parte final de la Ley XIX expresa que “...non es tenuto tan solamente de fazer emienda de aquella cosa que empeorasse, o matasse, mas aun le deue fazer emienda del menoscabo, que se sigue al señor por razón de aquella cosa quel matassen”. Es decir, que no sólo se estipula el pago del daño emergente (*fazer emienda*), volver cosas al estado en que se encontraban, de ser posible, sino que se debe el lucro cesante, que no otra cosa significa “*fazer emienda del menoscabo*”.

Pero no dejaron de ocuparse, por cierto, las Partidas, del agravio de carácter moral inferido a una persona; y su regulación ha merecido una tan copiosa casuística como el daño puramente material.

Así, la Ley VI, del Título VI de la misma Partida VII se titula “por que razones pierde ome el efamamiento”. Y aclara que *...mala fama gana ome por su merecimiento, por alguna de las razones que de suso diximos: e la nombradía, e el precio de mal, ganan a las vegadas los omes con razón, a las vegadas no seyendo en culpa; e es de tal natura, que despues que las lenguas de los hombres han puesto mala nombradía sobre alguno, no la pierde jamas, maguer no la mereciesse.*

Y luego ejemplifican las leyes siguientes un gran número de casos de daños típicamente morales, como ser: el agravio que infiere el juez, sentenciando a pena en el cuerpo a quien sólo debía sentenciar a pagar una suma de dinero. (Ley VI), el daño inferido a alguien por quien lo acusa de algún delito de los que acarrearán la muerte o el destierro. En este caso, el ofensor es castigado con la pena que correspondería al delito por el cual difamó, en caso de que se probase. O sea, una solución claramente taliónica.

Pero si el delito por el que acusa es de menor cuantía, debe pagar a aquel a quien infamó, y el juez tiene libre albedrío para fijar la cuantía de la suma (Ley VIII). Podemos apreciar que esta solución es similar a la de la *actio iniuriarum* romana. Según la misma Ley, se admite la *exceptio veritatis*, o sea que es dado probar al presunto difamador la verdad de sus dichos, con lo cual se libra de la pena. Esta disposición debe ser complementada con lo prescrito por la Ley II, del Título IX de la misma Partida VII: el hijo, el nieto y el bisnieto no podrá probar contra sus ascendientes, ni el acogido en el hogar, ni el criado, pues no

les es dado deshonrar a quienes deben gratitud. Es más, deben impedir la difamación realizada por ajenos.

La Ley I, del Título IX, asimila la “injuria” a la “deshonra” y aclara que puede ser de hecho o de palabra. De palabra es “. . . como si un ome denostasse a otro, o le diesse bozes ante muchos, haciendo escarnio del, o poniendole algun nome malo, o diziendo empos del muchas palabras atales, onde se tuuiese el otro por deshonrado”. Podemos reconocer aquí el parentesco con el *convicium* romano. Se produce asimismo deshonra por medio de cantos o por escritos que se distribuyen en lugares públicos (Ley III), o por libelos difamatorios. Tal reprobación merece este modo material de ofender, que se castiga con la muerte (*ibidem*).

La Ley IV habla de “cantigas”, “rimas” y “remedijos”. Entre las deshonras de hecho encontramos situaciones muy similares a las previstas por el derecho romano; el hecho de seguir a mujeres honestas, ya sean doncellas, casadas o viudas que vivan honestamente (Ley V), yendo a sus casas asiduamente o abordándolas en las Iglesias o plazas, etcétera el emplazar a juicio de mala fe, “. . . a sabiendas tortizeramente, para los meter en costas, e en misiones . . .” (Ley VII), y otros muchos casos.

Los autores modernos señalan como ejemplo de salvaguarda de los derechos de la personalidad, en lo que se refiere a la tranquilidad personal y a la libertad de movimientos, a la vieja acción de jactancia, que todavía se mantiene en algunos códigos procesales. La Partida III, Título II, Ley XLVI, establece que ningún hombre debe ser constreñido a demandar; pero “. . . quando alguno se va alabando, e diziendo contra otro, que es su siervo; o lo enfamando, diziendo de otro mal ante los omes . . .”, puede pedir al juez del lugar que haga su demanda en juicio y que pruebe sus dichos. Y la Ley XLVII dice: “Acechan los omes unos a otros maliciosamente, por embidia, o por malquerencia que han contra ellos. E esto fazen contra los mercaderes, e contra los otros omes, que han a fazer sus viajes por mar o por tierra . . .” y sabiendo que tienen sus mercaderías prontas para irse, les mueven demandas para estorbarles el viaje.

Así los ejemplos se suceden. ¿Qué vía puede seguir el deshonrado para resarcirse? La Ley XXI, Título IX de la Partida VII establece una opción para él: o pago en dinero o acusación criminal. Estas acciones no son acumulables, porque –dice la Ley– “de un yerro non deue ome recibir dos penas porende”. Si pide la reparación pecuniaria, debe estimar ante el juez el monto de la misma, bajo juramento, teniendo en cuenta el grado de la ofensa, el lugar en que se produjo y todas las circunstancias del caso. El juez puede aceptar la estimación o moderarla, a su arbitrio. Y mandará, una vez fijada, al ofensor que le pague la compensación establecida. Si el ofendido elige la vía criminal, es privativo del juez condenar a pena de “escarmiento” o a pena pecunia-

ria. Pero, si optase por esta última, la suma será destinada a la Cámara del Rey (pena de cámara), y no al ofendido. No cabe duda de que en este último caso se trata de una verdadera pena, mientras que en el primero, se trata de una reparación de orden civil. O sea que, lo que con respecto a la *actio iniuriarum* era de dudosa interpretación, aquí aparece netamente distinguido, por la letra clara de la ley. Es éste un antecedente mediato de la reparación por daño moral, acogida en la mayoría de los códigos modernos.⁴⁰

La Novísima Recopilación trata de las injurias en su Libro XII, Título XXV. Al casuismo de la época, agrega la taxatividad de algunas de sus leyes —hecho que las torna rígidas—, y la imprecisión de algunas otras. La Ley I del mencionado Título XXV prescribe que cualquiera que denotase a otro con siete determinadas palabras —que enumera— debe desdecirse ante el Alcalde y pagar 300 sueldos, la mitad para la Cámara Real y la otra mitad para el querrelloso. Establece la ley una discriminación en razón del rango social del ofensor: si fuese hidalgo, debe pagar más (quinientos sueldos), pero no será obligado a desdecirse. La ley III establece la prohibición de proceder de oficio por injurias menores; o sea que se perseguirán sólo a querrela de parte. Las penas varían, desde la reparación pecuniaria o la cárcel, optativamente (como en el caso de la Ley IV, de los hijos que injurian a sus padres), la vergüenza pública, el destierro, o penas corporales. Se puede observar una marcada diferencia de tratamiento para el hidalgo y para quien no lo es. El bien jurídico protegido es, en ocasiones, el honor de las personas, el decoro o el respeto debido a los mayores (verbigracia, Leyes I, II, IV, V). Pero, las más de las veces, priva el interés en el orden público y la paz social, ya que la prohibición de proferir palabras obscenas, efectuar cánticos, cencerradas y de hacer escándalos en vísperas de las fiestas religiosas, sin un sujeto pasivo determinado, atañe más a la preservación del principio de autoridad o a la salvaguarda de los valores de la religión, que a la condición moral del ser humano individual.

Menos sutil que el ordenamiento romano, calando menos en el elemento subjetivo del actor —pocas civilizaciones han conocido el alma humana como los romanos— este instituto de derecho privado cuya trayectoria hemos intentado seguir en el tiempo, reconoce — en su forma novohispana— su inspiración fundamental en la antigua elaboración romana.

⁴⁰ La versión de las Partidas utilizada es la incluida en *Los códigos españoles*, 2a. ed., Madrid, Ed. Antonio de San Martín, 1872.