

ha desarrollado en los pueblos modernos á influjo del cristianismo.

Ciceron (*De Republica*, lib. IV, cap X) advierte que los romanos jamas soportaron semejante licencia (1) y cita una disposicion de la ley de las Doce Tablas, que imponia la pena de flagelacion (2) contra la difamacion pública, y especialmente contra la publicacion de poesías con caracter injurioso. "Si quis occentavisset sive carmen (3) condidisset quod infamiam facere flagitiumve alteri., En cuanto á la injuria verbal, *convicium*, que se refiere mucho mas á la injuria en el sentido moderno de la palabra, sabido es que era castigada con penas pecuniarias. En todos los textos de los autores clásicos relativos á la *actio injuriarum*, no hay nada que indique se reserve prueba al autor de la injuria. Y esta reserva, en oposicion con el espíritu del pasaje de Ciceron que acabamos de citar, se halla igualmente desmentida por estos versos de Horacio bien conocidos (*Sat*, lib. II. sat, al fin).

"Si mala condiderit in quem quis carmina jus est. Judiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis. Judici condiderit laudastuque Caesare! Si quis Opprobriis latraverint integer ipse! Solventur riso tabulae: tu missus abibis."

Estas últimas espresiones: *solventur risu tabulae*, indican suficientemente una absolucion extraordinaria, motivada por la buena fama del detractor, cuando el que-rellante tenia una reputacion detestable; en una palabra, una escepcion que solo sirve para confirmar la regla. Era, pues, len Roma, principio riguroso en el origen el castigo de la maledicencia lo mismo que de la calumnia (4). Pero los jurisconsultos

[1] Véase sobre la difamacion en derecho romano los interesantes pormenores que dá M. Grellet-Dunazeau, en su *Tratado de la difamacion, de la injuria y del ultraje*.

[2] Formidius fustis
Ad bene dicendum delectandum que redacti,
dice un pasaje de Horacio —*Epist. lib. II, Epist. I.*—
tu hace pensar en la ley *inmanis* propuesta por Cha-
geubriand, como contrapeso á la libertad de la prensa.

[3] El castigo del *carmen famosum* fué extendido por la jurisprudencia á todos los escritos difamatorios —*Paulo. sent. V, tit. IV, §. 15.*— De aquí la rúbrica del tit. X, del lib. XL VII, del Digesto: *De injuriis famosis libellis.*

[4] No debe aplicarse á la calumnia, como la entendamos en el día los numerosos textos en que se trata de *calumnia*. Porque esta palabra se tomaba en un sen-

romanos eran demasiado ilustrados para no concluir por reconocer, que hay hechos cuya revelacion interesa á la sociedad. De aquí este famoso testo de Paulo (§. 18, pr. D. *de injur.*). "Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et æquum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire."

Los comentaristas no han visto en este testo la reproduccion del principio absoluto sentado por las leyes de Solon, retringiéndolo al caso en que, como dice Vinio (sobre el §. 1, *Inst. de injur.*): "Id quod objicitur tale est ut publice intersit illud sciri." Así resulta implícitamente de un testo de Ulpiano (l. 15, §. 13, D. *de injur.*), segun el cual, no se cometia injuria tratando de ladron al que lo era efectivamente. Gordiano responde asimismo, en lo concerniente á la imputacion de la cualidad de delator (l. 3, Cód. *De injur.*); *Si non est nunciator, vereri non debes, ne ea propter, quod injuriæ faciendæ gratia, quidam te veluti delatorem esse dixerunt, opinio tua maculata sit.* Pero la regla primitiva permanecería en vigor, respecto de las imputaciones malignas que no suponen en el infamado una culpabilidad verdadera, y que por consiguiente, no interesan al órden general de la sociedad. Ciertos intérpretes mantienen, no obstante, aun en el último estado del derecho romano, la aplicacion general de la antigua regla, que formulan en estos términos: *Veritas convicci non excusat*; y se fundan en un rescripto de Diocleciano, que forma la ley 5 del Código de Justiniano, *de injuriis*, y cuyo principio se halla concebido en estos términos. "Si non convicci consilio te aliquid injuriosum dixisse probaturus est, fides veri á calumnia te defendit." Entienden que estas últimas espresiones se

tido muy especial para designar la accion de intentar un proceso de mala fé; lo que daba lugar á penas severas, tanto en lo civil como en lo criminal—*Galus, Idst. comm. IV, §. 174 y sigs.*— Valent, y Valeus, l. 7 Cód. de *calumniat.*— El acusador no incurria en la pena del Talion como *calumniador*, por solo no haber podido probar los hechos de la acusacion, si habia tenido justas causas para hacerla.

refieren á la prueba de los hechos injuriosos, y deducen de aquí, que para librarse de la pena de injuria, no bastaba probar la verdad de las alegaciones, sino que era preciso probar que no se habia tenido intencion de insultar al reclamante. Y como el rescripto habla en seguida del homicidio (*homicidium*), si se interpretara de esta suerte, se aplicaria evidentemente á los hechos previstos por la ley *Eum qui nocentem*, hechos cuya revelacion interesa á la sociedad. Pero esta interpretacion, rechazada por sólidos entendimientos, dá un sentido mas natural á la decision de Diocleciano. La idea dominante del rescripto es saber si las palabras injuriosas se han proferido sin intencion, *si probaturus es non convicci consilio dixisse*. Todo induce á creer, que la respuesta corresponde á la pregunta, y que estas palabras *fides veri* suponen solamente que el consultante ha conseguido probar lo que articuló, es decir, la falta de intencion injuriosa por parte suya. Creemos, pues, que esta ley no contiene alusion alguna á la cuestion sobre la verdad ó la falsedad de las alegaciones difamatorias, y que se limita á aplicar el principio incontestable *Injuria in affectu consistit*. (V. Ulp. l. 3, §. 1, D. 4, t.) Otro testo, de bien distinto modo terminante que el de Diocleciano, es la ley 1 del Cód. Teodosiano, *De famosis libellis*, en que Constantino dice formalmente: "Si quando famosi libelli reperiantur, nullas exinde calumnias patiantur ii quorum de factis vel moribus aliquid continebunt; sed scriptionis auctor potius requiratur, et repertus cum omni vigore cogatur his de rebus quas proponendas credidit, comprobare; nec tamen supplicio, etiam si aliquid ostenderit, subtrahatur." Voet ha tratado de conciliar esta constitucion con la decision de Paulo, observando que no determina sino sobre los libelos infamatorios, respecto de los cuales, tanto la legislacion romana como la inglesa han desplegado siempre una severidad enteramente especial (1). Pero

[1] En tiempo de Paulo —*sent. V, tit. IV, §. 17.*— se imponia á los autores de libelos una pena estraordi-

es mas sencillo considerar con Godofredo esta ley de Constantino, como una medida de circunstancias, dirigida contra ciertos cismáticos que persiguian con sus difamaciones á los cristianos ortodoxos. Así es, que no se encuentra ya esta constitucion en el Código de Justiniano, cuyo título, *De famosis libellis*, se compone de una constitucion única, dada por Valentiniano y Valense, que por el contrario promete honor y recompensa al autor del libelo que justificase la verdad de sus aserciones. Pero debe siempre suponerse una revelacion que interese á la sociedad. *Si quis salutis publicæ custodiam gerit*, dicen los emperadores. Se puede, pues, considerar como habiendo prevalecido en el último estado del derecho romano la distincion establecida por los intérpretes sobre la ley *Eum qui nocentem*.

68. La ruda franqueza de las costumbres germánicas debia aproximarse mas á la legislacion ateniense. En efecto, la ley sálica (tit. XXXII), despues de haber previsto el caso en que se hubieran dirigido á otro injurias vagas, tales como las calificaciones de *zorro, libre (vulpiculum, leporem)*, añade: "Si meretricem, et non poterit adprobare; si delatorem et non poterit adprobare; si falsatorem, et non poterit comprobare." Así se halla autorizado el derecho de probar las imputaciones que tienen un carácter determinado, aun las que se refieren á las costumbres privadas.

Por otra parte nuestra antigua jurisprudencia ha estado sometida á una influencia diametralmente opuesta á la de las costumbres bárbaras, á la influencia del derecho canónico. Movidos por el espíritu de caridad que inspira el cristianismo, los canonistas condenan indistintamente la maledicencia, así como la calumnia. De suerte, que despues de haber recordado la interpretacion generalmente admitida de la ley *Eum qui nocentem*; Schneidewintz añade: (*Inst. comm. tit. IV de injur.*) "Li-

naría, que no escudía de la revelacion; en el bajo imperio fueron castigados con pena capital.

cet canonista teneant regulariter injuriantem, sive verum sive falsum dicat, sive intersit, reipublice, sive non, teneri." Esta última propension parece haber dominado decididamente en la práctica. No hay duda que los intérpretes del derecho romano establecían constantemente por principio la distinción fundada en el texto de Paulo; Carpovio (*Nov. pract. rer. crim.* quest. 96 n. 76.) dice formalmente: *Quod ipsum tamen limitatur, si reipublice expediat convitium manifestari*: algunos llegaban á dar una singular ostencion á la justificación fundada en el interés público, enseñando, que convenia divulgar, bien fuera el adulterio, cuya represion interesa al orden social, bien las enfermedades contagiosas, cuya propagacion es muy de temer (1). Pero en los últimos siglos, no se atenían generalmente al adagio: *veritas convicti non excusat*. Así Domat, que habitualmente se limita á reproducir las decisiones de las leyes romanas, no menciona en manera alguna la ley *Eum qui nocentem*, y dice tan solo (*Derecho público*, lib. III, tit. II, §. 13): "Aunque las palabras injuriosas no contengan nada que no sea conforme á la verdad, aun de público, no por esto hay exención de la pena de injuria." Dareau, en el tratado especial que publicó en el último siglo sobre las injurias, se espresa en estos términos (cap. I, sec. I, n. 5): "La justicia afecta prudentemente considerar las imputaciones, aun las mas ciertas, como otras tantas calumnias, y sin explicarse mas, las castiga, segun aparece mas ó menos la verdad por sí misma, sin permitir al acusado, si no muy raras veces, probar la realidad de las imputaciones por vía de excusa." En su consecuencia se ha declarado por sentencia del Tribunal de Paris de 19 de Abril de 1670, punible la imputacion de *falsario* hecha á un escribano, no obstante ser cierta, y por sentencia de 15 de Diciembre de 1679 (2) un particu-

[1] Hállanse curiosos pormenores sobre este punto en la obra de M. Grellet-Dumazeu, n. 560.

[2] Dareau señala, no obstante, como singular un auto de 8 de Octubre de 1610, decretando el sobreesamiento en una causa en que se querrelaba un hijo de un ahorcado de haber sido calificado de tal.

lar que llamó á otro quebrado fué condeñado, no obstante ser cierto el hecho, á pedir perdón al ofendido (1).

El único caso en que autoriza Dareau la prueba, es aquel en que se trata de hechos denunciados por medio de una memoria á la autoridad superior (*ibid.* cap. X, sec. II, núm. 11), lo cual se comprende hasta cierto punto en la facultad de intentar una acción judicial, facultad que jamás ha podido negarse. Finalmente, la antigua jurisprudencia habia ya autorizado respecto del foro, el derecho de expresar con una libertad, sin la cual llegaría á ser imposible el ministerio del abogado. "Hay casos, decía en 1707 el abogado Portal, en que no se puede defender la causa sin ofender á la persona, ni atacar la injusticia sin deshonorar á la parte, ni explicar los hechos sin valerse de términos duros, únicos capaces de darlos á conocer y de representarlos á los ojos de los jueces. En tales casos, los hechos injuriosos, desde que se hallan exentos de calumnia, constituyen la causa misma, lejos de ser puramente hechos estereotipados, y la parte que de ellos se querrela debe mas bien quejarse de su conducta desarrreglada que de la indiscrecion del abogado."

69. Segun la legislación inglesa, debe distinguirse, sobre la facultad de probar la verdad de las alegaciones injuriosas, entre la difamacion verbal (*lander*) y el libelo. En el primer caso, cuando ha lugar solo á la acción civil, segun el antiguo derecho germánico, solo se castiga la calumnia. "Si puedo probar," dice Blakstone (V. la tra-

[1] Las injurias verbales no eran penadas generalmente sino con multa y á reparaciones. En cuanto á los libelos difamatorios, las ordenanzas de nuestros reyes los castigaban con rigor excesivo. Conocida es la sentencia de 7 de Abril de 1712, que condenó á Juan Bautista Rousseau á destierro perpetuo por habérsele imputado haber escrito versos escandalosos y difamatorios. En virtud de otras sentencias tambien por el Parlamento de Paris en 1584 y en 1586, los autores de libelos contra el rey fueron quemados con sus escritos en las gradas del Palacio. El mero hecho de haber *añadido*, *divulgado* ó *revelado* libelos infamatorios, se castigaba, segun la declaración de 17 de Enero de 1561, con pena de azotes y de muerte, en caso de reincidencia; el edicto de Enero de 1556 pronunciaba inmediatamente la pena de muerte. Esta terrible sancion se encuentra todavia en el Código penal publicado en 1713 por Victor Amadeo, fundador de la monarquía sarda.

duccion de M. Chompré, lib. III, cap. VIII con las notas de M. Christian, "que el comerciante es un quebrado, el médico un charlatan, el legista un bribon y el teólogo un herege, las acciones respectivas que ellos intentaran no producirian efecto, porque aunque pueda resultar de la imputacion un perjuicio notable, no obstante, si el hecho es cierto, hay *damnum absque injuria*, y cuando no hay injuria, la ley no concede reparacion."

En el caso de libelo (1), el derecho comun inglés no admitia, si se entablaba la acción criminal, la prueba de la realidad de los hechos, porque esta realidad no hacia cesar el ataque que dirigia el libelo al orden público, y de aquí la máxima de lord Mansfield: Cuanto mas cierto es el hecho, mas injurioso es el libelo (*the more the truth, the more the libel*.) Pero un estatuto reciente (Stat. 6 y 7, Vict. cap. 96, § 6) permite al inculpado justificar ante el jurado la verdad de los hechos que alega. En América (M. Greenleaf, tom. III, pág. 180 y sigs.) se ha partido del antiguo principio inglés; pero poco á poco se ha modificado ó abrogado por los estatutos particulares de los diversos Estados de la Union. Un punto sobre el cual se está de acuerdo es, que la prueba de la verdad de las imputaciones es siempre admisible cuando se trata de un interés público, *where, the matter is propter for public information*, como lo admite, segun vamos á ver, la legislación francesa de 1819. El acta del Congreso de 14 de Julio de 1798, que consagra este principio, á pesar de haber tenido solo una aplicación transitoria, tiene autoridad sobre este punto, como razon escrita.

70. Lleguemos á nuestra legislación moderna. En el derecho intermedio no habia ninguna disposicion represiva, sea de la difamacion, á no ser que degenerase en insulto (2) (ley del 22 de Julio de 1791, tit.

[1] El libelo en Inglaterra y en América se entiende de toda clase de publicacion, por escrito, impreso ó no, pintura, etc. [Véase los estatutos revisados por Maine, cap. 165, §. 1], lo cual ofrece una gran analogía con las clases señaladas por el art. 1 de la ley de 1 de Mayo de 1819.

[2] No hablemos de la simple injuria verbal, castiga-

II, art. 7, 3^o); sea de la calumnia, á no ser que degenerase en falso testimonio, crimen previsto por el Código penal de 1791, así como el Código penal actual, ó que consista en cartas anónimas acusando á ciertas personas de atentado contra la seguridad del Estado (decreto del 6 floreal, año II). Salvo estos casos escepcionales, no podia haber lugar, aun respecto de la calumnia, sino á la acción civil; y sabido es que nuestras costumbres repugnan reclamar una reparacion puramente pecuniaria respecto de delitos que atacan el honor. "De aquí ha resultado," dice M. Faure en la exposicion de motivos del Código penal, "que la calumnia no haya sido suficientemente reprimida, y que no hayan temido la envidia ó el odio atacar la reputacion de los sujetos mas recomendables. Ha largo tiempo que se deseaba que el legislador pusiera un freno á tales excesos."

71. El sistema del Código penal de 1810 consistia en reprimir nominativamente solo la calumnia; pero comprendia con el nombre de calumnia la mayor parte de casos de maledicencia. Y en efecto, el art. 368 del Código reputaba falsa toda imputacion en apoyo de la cual no se hubiera producido prueba legal, y el art. 370 no permitia admitir como prueba legal mas que la que resultaba de una sentencia ó de cualquiera acta ó documento auténtico (1). Finalmente, los arts. 372 y 373 reservaban al acusado la facultad de denunciar los hechos imputados, si eran punibles, segun la ley, salvo sufrir la pena de la *denuncia calumniosa* (2) en el caso de que hubiera tratado á ciencia cierta de inducir en error á la justicia.

Este sistema carecia de franqueza, en cuanto penaba como calumnia la divulgacion de hechos, aun notorios (art. 368), si no se probaban legalmente. Por la inver-

da entonces como en el día con penas de simple policia. [Cód. del 3 de brumario, año IV, art. 605.]

[1] Acerca de los diversos sentidos que tienen en el derecho francés las palabras actas y títulos ó documentos, véase lo que se dice en los números 458 y siguientes de esta obra. —N. de C.—

[2] Aquí la calificación de calumniosa se entendia tambien en el mismo sentido que la calumnia del derecho romano.

23086

sa, iba demasiado lejos, en cuanto no distinguía entre los actos auténticos destinados á la publicidad, de los que deben permanecer secretos, como decia al Consejo de Estado el conde de Segur, al pedir la represion de la simple maledicencia: "La ley no debe permitir que se produzcan las actas del estado civil para revelar el deshonra á la vergüenza de una desdichada que ha tenido un momento de debilidad." Sobrado extensiva en cuanto á la prueba de los hechos de la vida privada (1), la legislacion de 1810 era, por el contrario, de un rigor intolerable en lo concerniente á los actos de los funcionarios públicos, puesto que no permitia dar aviso de las malversaciones, concusiones, abusos de autoridad mas evidentes, si no se podia cumplir la condicion verdaderamente irrisoria de justificarlos por medio de una acta auténtica. Y sin embargo, respecto de hechos de esta naturaleza es de los que que debe decirse con Paulo: "Peccata nocentium nota esse et espedire et oportere." En esto se reconoce de un modo muy notable la propension celosa del Gobierno imperial, poco favorable á la libertad de la prensa.

72. La legislacion de 1819 ha verificado en esta materia una importante reforma. La ley de 17 de Mayo de 1819 (art. 13), califica, como ya hemos dicho, de *difamacion*, toda imputacion de un hecho que ataca el honor y la consideracion de la persona ó de la corporacion á que se imputa el hecho. Sin embargo, la difamacion, segun la etimología de esta palabra, supone publicidad; en su consecuencia, la imputacion mas determinada, en el mero hecho de no ser pública, se considera como una injuria de naturaleza menos grave y es castigada con penas de simple policia (2) (Ibid. art. 13; C. pen., art. 375 y 366).

[1] Este sistema se ha sostenido hasta el dia en Bélgica, en cuanto á los actos de la vida privada; en el proyecto del Código penal se distingue [art. 1514 y sigs.] la calumnia de la difamacion propiamente dicha que es castigada con menos rigor.

[2] Cesaria tambien toda pena, si hubiera sido provocada la injuria. [Cód. pen., art. 471, 11.]. Darien. [Tratado de las injurias, cap. X, seccion X, n. 13,] que es que la provocacion, en caso de injurias verbales,

Pero en semejante hipótesis, la injuria difamatoria, así como la injuria propiamente dicha (n. 65), excluye la prueba de la veracidad de los hechos injuriosos, aun respecto de un funcionario público, porque, si es permitido criticar la conducta de los agentes de la autoridad, es solamente cuando se verifica de una manera franca y leal. Es preciso, pues, suponer difamacion pública, sea para aplicar las penas dictadas contra la difamacion (cas. sec. reun. 11 de Febrero de 1839), sea para examinar si debe admitirse al acusado prueba sobre la verdad de los hechos difamatorios. Sobre esta grave cuestion de la admisibilidad de la prueba, la legislacion de 1819 fijó una línea de demarcacion entre los hechos de la vida privada y los concernientes á las personas que obraron con carácter público. Tratemos ahora de la difamacion puramente privada, que ofrece menos dificultades.

73. A esta difamacion se aplica en toda su fuerza el artículo 20 de la ley de 26 de Mayo de 1819, que dice: Nadie será admitido á probar de los hechos difamatorios." Bien mirado, este sistema es el mas conforme á nuestras costumbres (1). "Apesar de toda la atencion mas escrupulosa que se tenga sobre sí mismo, dice Dareau (Tratado de las injurias, cap. 1, sec. 1, núm. 4), no hay nadie que no sucumba algunas veces á debilidades particulares, nadie á quien no se puedan hacer imputaciones que le mortifiquen. El interés de la sociedad exige, pues, no cuidarse de la conducta de su semejante, y pensar en su propia reputacion, sin des-

permitiera consignar que los hechos alegados eran notorios ó al menos estaban probados por escrito. En el dia, fuera de los casos previstos por el art. 471 del Cód. penal, la provocacion, sin alterar en nada las reglas sobre la prueba, podria considerarse solamente como una circunstancia atenuante.

[1] Sin embargo, no ha sido profesado de un modo tan absoluto por el ilustre Mr. Royer Collard al discutirse la ley de 26 de Mayo de 1819, como se piensa generalmente. El orador no profesó como opinion personal suya la doctrina de que *debe amurallarse la vida privada*, pues solamente dijo consignando la teoria de la ley —Caus. de Diput. de 23 de Abril de 1819—: "Hé aquí amurallada la vida, si puedo servirme de esta expresion; se la ha declarado invisible, se halla encerrada en el interior de las casas.

truir la del próximo." No es, pues, hoy permitido revelar malas acciones ó desgracias privadas, aun cuando se prueben del modo mas auténtico. Así el Tribunal correccional del Sena, juzgó con fecha 17 de Diciembre de 1831, difamatoria la calificacion de *viejo forzado*, que se dirigió á un individuo para recordar que habia sufrido una condena á presidio perpétuo; porque el interés social prohíbe volver á abrir tales heridas, que por el contrario conviene cicatrizar. Así, pues, segun la doctrina que profesaba el informante de la ley de 17 de Mayo de 1819, la alegacion maliciosa de pérdidas sufridas por un negociante puede perseguirse como atentatoria, si no á su honor, al menos á su consideracion y crédito. Estamos lejos del sistema de la legislacion prusiana, que admite en todo caso (Código penal de 1851. §. 157) la prueba de la verdad de los hechos reputados difamatorios, con tal que estos hechos estén bien articulados, y que el Tribunal los reconozca pertinentes y propios para escluir ó atenuar la culpabilidad del acusado.

Sin embargo, por riguroso que sea el sistema de nuestra legislacion, no debe exagerarse su trascendencia, y autorizar, por ejemplo, la accion difamatoria contra el que llama *ladron* al hombre que acaba de ser condenado por robo, ó *cortesana* á la mujer inscrita en los registros de policia (1). No fué tal el pensamiento de los autores de la ley de 17 de Mayo, los cuales solo quisieron, segun la esposicion de los motivos presentada por Mr. de Serre "impedir la divulgacion de los hechos cuya publicacion causaria un perjuicio real, aunque por otra parte fueran ciertos." Si no se produjeron la disposicion del art. 367 del Código penal, en cuanto á los hechos, *cuya publicacion autoriza la ley*, fué porque temieron que se abusara de ella para revelar maliciosamente condenas ya

[1] Se prohíbe dirigir semejante calificacion solamente á las mujeres de virtud equívoca, segun el antiguo adagio: "Mulieri que non palam et passim, sed paucis sui facit copiam, competit injuriarum actio adversus eum qui eam meretricem vocavit. —Boerius. de sig. 125.—

expiadas contra la doctrina de Vinio (sobre el §. 1, Inst. de injur.), y la antigua práctica. (n. 68) Pero no pudieron considerarse como difamacion, la alegacion de hechos patentes, tales como los que acabamos de indicar. Segun los principios generales del derecho penal, recordados en la discusion de 1819, la difamacion, así como todo delito caracterizado supone á un tiempo mismo intencion de perjudicar y perjuicio causado á otro (1). Pues bien; la calificacion de *ladron* dirigida á un hombre que acaba de ser condenado por robo, no es de tal naturaleza que le ocasione perjuicio alguno. En este sentido, decia M. de Serre (en la citada esposicion de motivos): "No hay difamacion, segun la definicion de la ley penal, en repetir un hecho público y notorio, y mucho menos cuando esta notoriedad se funda en la publicidad de actos de la autoridad." Añadamos por fin, que en el caso mismo en que hay difamacion punible, la verdad ó la falsedad de los hechos imputados está lejos de ser una circunstancia indiferente, segun lo reconoció M. de Broglie en su informe á la Cámara de los Pares sobre la ley del 17 de Mayo: cuando los jueces estén íntimamente convencidos de que hay calumnia, aplicarán el máximo de las penas legales, un año de prision y dos mil francos de multa, mientras que una ligera maledicencia será solamente penada con una multa de veinte francos (ley de 17 de Mayo de 1819, art. 18.)

La prohibicion de la prueba no puede destruirse, por ser de orden público, ni aun por consentimiento del querellante (Trib. civil de Sena 27 de Diciembre de 1843 y 7 de Febrero de 1846.)

Ademas, el legislador de 1819, como el de 1810, reserva al autor de la imputacion la facultad de denunciar los hechos punibles segun la ley, y una vez formada esta denuncia, se sobreesee en la prosecucion y en el juicio del delito de difamacion (ley

[1] Bajo este respecto, pertenece la apreciacion esclusivamente á los jueces del hecho, como lo ha decidido la sentencia denegatoria de 17 de Mayo de 1858, relativa al famoso asunto del *milagro de la Salada*.

de 26 de Mayo de 1819, art. 25). No se aplica solamente en este caso el principio de derecho común, según el cual se suspende el ejercicio de la acción civil por el de la acción pública (C. de Inst., art. 3). Aun cuando declarase el ministerio público que no quería dar curso á la denuncia, el acusado, por el mero hecho de constituirse en calumniador, se coloca bajo el imperio del principio que dictó la ley *Eum qui nocentem*, y se espone á sufrir la pena de denuncia calumniosa, tiene por el contrario la ventaja de no poder ser perseguido por simple difamación. Esto es lo que resulta del texto general y absoluto del art. 25 de la ley de 26 de Mayo de 1819, como juzgó el tribunal de casación el 8 de Diciembre de 1837 y el 5 de Julio de 1844. Pero, si se trata de una acusación criminal, sobre la que no puede el autor de la imputación hacer que conozca el Tribunal criminal, ¿quedará indefinidamente paralizada la acción por difamación á causa del sobreseimiento? Tal sería sin duda la consecuencia de los principios generales que autorizan la independencia de la acción pública. Y no obstante, el querellante tiene derecho de obtener justicia; y respecto del acusado, por otra parte, el procedimiento de la denuncia es, como dice la sentencia de 1844, un medio de defensa. Es, pues, preciso reconocer, que el ministerio público está en este caso obligado excepcionalmente á hacer que conozca del negocio el juez de instrucción y después la Sala que resuelve sobre las acusaciones, salvo proceder según juzgue conveniente. No obstante, parece haberse decidido lo contrario por una sentencia de casación, fecha 11 de Diciembre de 1842; pero resolvió sobre una hipótesis particular, en que pertenecía la iniciativa exclusivamente al Fiscal del Tribunal Supremo, por lo que no debe esto considerarse sino como una excepción que confirma la regla.

74. Lleguemos á lo concerniente á la vida pública. Bajo este respecto conviene distinguir el caso en que el ejercicio, bien

sea de los derechos constitucionales, bien de la libre defensa ante las tribunales tiene la inmunidad completa respecto de los discursos y escritos, cualquiera que sea, por otra parte, la verdad de los hechos alegados; y el caso en que es admitido el acusado á justificarse probando la verdad de estos hechos.

75. Bajo el primer punto de vista, ni los discursos pronunciados en las Asambleas legislativas (decreto de Febrero de 1852, art. 9), ni los informes ó documentos publicados por orden de estas Asambleas, podrían dar lugar á acción alguna, salvo en caso de exceso, el ejercicio del poder disciplinal confiado al presidente. Lo mismo regia, como consecuencia de esto, respecto de los extractos de las sesiones de estas Asambleas, si estaban hechos de buena fé (ley de 17 de Mayo de 1859, arts. 21 y 22) antes de la Constitución de 1852, que solo repite la reproducción del acta verbal redactada bajo la inspección de la autoridad (1). Esta inmunidad no se estiende á las deliberaciones de los consejos generales provinciales y municipales; por que teniendo estas deliberaciones por objeto intereses de un orden más positivo, no admiten las recriminaciones apasionadas que la libertad de discusión nos obliga á tolerar en las discusiones puramente políticas; así lo ha juzgado el tribunal de casación, especialmente por sentencias de 8 de Noviembre de 1844 y de 27 de Mayo de 1845. En cuanto á las reuniones preparatorias en que examinan los electores los títulos de los candidatos, es cierto que ningún texto concede inmunidad absoluta á los discursos que se pronuncian en ellas. Pero sería evidente poner un obstáculo al pleno y completo ejercicio del derecho electoral, no admitir el seno de estas reuniones la discusión de todas las circunstancias desfavorables á los candidatos que se presen-

[1] Al autorizar la publicación *in extenso* del acta verbal de las sesiones del Senado y del Cuerpo legislativo, el decreto de 14 de Noviembre de 1860 no ha modificado el art. 42 de la Constitución, que permite á los periódicos reproducir el acta verbal oficial. Véase respecto de la sanción de esta prohibición el decreto de 17 de Febrero de 1852, arts. 14, 16 y 18.

tan en ellas; la libertad de elogiar lleva consigo la de vituperar. Podrá ser esto funesto para el comerciante quebrado á quien se le echen en cara las pérdidas sufridas por sus acreedores, y para el penado cuyos antecedentes judiciales se revelan; mas para evitarlo, no tenían mas que no descubrirse, en cierto modo, presentándose á solicitar los votos de sus conciudadanos. No sería así respecto á las alegaciones que no atacasen directamente á la persona del candidato, como si se difamara á su mujer ó á su hija: en tal caso no podría invocarse excusa alguna fundada en el interés general. Por lo demás, no debe perderse de vista que no habiéndose establecido en nuestras leyes ningún principio sobre este punto, los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar si la discusión se encierra en un justo límite (sent. de 11 de Mayo de 1843). Atendiendo al hecho, cuando se pruebe la falsedad de la imputación, será fácil al candidato obtener una condena, porque la mentira y el fraude no tienen derecho á inmunidad alguna. Por eso, en 1832, se justificó de una manera brillante, é hizo condenar á un elector que le había calumniado, M. Ducombe, miembro de la oposición radical en Inglaterra: calificado en el *Morning-Post* de hallarse *convicto de estafa*. Pueden aplicarse á nuestro derecho las palabras pronunciadas por Lord Deumann, en el Tribunal del Banco de la Reina: "Sé bien, que si se debe conceder á la prensa alguna libertad sobre las personas, es cuando estas personas aspiran á ser miembros del Parlamento; entonces es preciso tolerar revelaciones de la vida privada, que en otro caso serían punibles. Pero en este caso es preciso convenir en que el querellante ha justificado sus acciones mas de lo á que estaba obligado: no solamente ha probado que las alegaciones insertas en el *Morning Post* atacaban su honor, sino también que los hechos eran enteramente falsos."

Una inmunidad más antigua (núm. 58) se concede al foro, salvo el ejercicio del

poder disciplinal del tribunal que conoce del asunto, poder que corresponde al presidente de una Asamblea legislativa para con los miembros de esta Asamblea. La legislación del imperio, poco favorable á los abogados, reservó una acción para los casos de *calumnia grave* (1). (Cód. pen. art. 337). Mas liberal la de 1819 solo hizo esta reserva en lo relativo, á hechos difamatorios estraños á la causa, ó que se refirieran al derecho de tercero (ley de 17 de Mayo de 1819, art. 13). Las dificultades á que puede dar lugar la aplicación de esta disposición son ajenas á nuestro asunto.

76. Lleguemos á la hipótesis que ha suscitado las cuestiones más delicadas, á la en que se admite la prueba al acusado, de cuya materia trata el art. 20 de la ley de 26 de Mayo de 1819, concedido en estos términos:

"A nadie se admitirá prueba sobre la verdad de los hechos difamatorios, sino en el caso de imputación contra los depositarios ó agentes de la autoridad, ó contra toda persona que ha obrado con carácter público, sobre hechos relativos á sus funciones. En este caso, podrán probarse los hechos ante el tribunal por todas las vías ordinarias, salvo la prueba en contrario por las mismas vías. La prueba de los hechos imputados pone al autor de la imputación al abrigo de toda pena, sin perjuicio de las pronunciadas contra toda injuria que no dependa necesariamente de los mismos hechos."

Téngase muy en cuenta, como lo indica suficientemente el texto, que la facultad de la prueba se refiere á la naturaleza de los actos, y no á la cualidad de las personas; que en consecuencia, se halla protegida contra la difamación la vida privada de los funcionarios, lo mismo que la de los particulares, y en sentido inverso, se considera como funcionario al particular que obra con carácter público, aunque sea un simple guardia nacional (sent. de 5 de

[1] Aun en el día, no puede aplicarse la inmunidad á la denuncia calumniosa, delito mucho más grave que la difamación, y á que no es necesario recurrir para la defensa del negocio. — Sent. de 1.º de Marzo de 1860.

Agosto de 1831). Esta distincion era igualmente importante bajo el imperio de la legislacion de 1819 en cuanto á la competencia, puesto que conocia el tribunal criminal de la difamacion relativa á los hechos de la vida pública, al menos cuando se cometia por la prensa ó por otro medio de publicacion, siendo así que han conocido siempre de la difamacion puramente privada los tribunales correccionales (ley de 26 de Mayo de 1819, arts. 13 y 14.)

Esta doble garantía de la facultad de la prueba y de la competencia del jurado, concedida á la libertad de la prensa, no se ha aceptado fácilmente por los funcionarios públicos. En primer lugar, obrando contra el movimiento liberal que ocasionó la legislacion de 1822 (arts. 17 y 18) restableció la jurisdiccion correccional respecto de toda difamacion, y prohibió que jamas se probara con testigos la realidad de los hechos difamatorios; sistema algo mas ámplio que el del Código penal, puesto que exige una acta ó documento auténtico (v. núm. 21) sino que en muchos hechos cuya prueba no puede hacerse por escrito, hace ilusoria la facultad de probar. En segundo lugar, cuando se puso en vigor el sistema de 1819 por el art. 5º de la ley de 8 de Octubre de 1830, se trató de eludir este sistema, aunque sin atacarlo.

A fin de sustraer de la competencia del jurado la accion de difamacion, cuando se dirigen ataques contra los funcionarios por la vía de la prensa, se invocó el principio autorizado por el Código de procedimiento criminal (art. 5º), que permite ejercer la accion civil á eleccion de la parte ya sea ante el jurado que conoce de la accion pública, ya sea separadamente. Ahora bien, se dice, siendo la difamacion un hecho perjudicial para el funcionario (Cód. Nap., art. 1382), dá lugar á una accion civil, lo cual es tan exacto que la misma ley de 26 de Mayo de 1819 (art. 29) fijó en seis meses la prescripcion de la accion pública, y en tres años la prescripcion de la accion civil contra los delitos cometidos

por la prensa ó por otro medio de publicacion. En su consecuencia, el tribunal de casacion decidió por numerosas sentencias que el funcionario difamado podia, en vez de acudir al tribunal criminal, presentarse á los tribunales civiles en reclamacion de daños y perjuicios. Y como los magistrados del tribunal criminal (*de assises*) representan la jurisdiccion civil, juzgó el tribunal de casacion, una aplicacion á las reglas del procedimiento (Cód. de proc. crim., arts. 358 y 359) que despues de un veredicto, aunque fuera negativo, del jurado, el tribunal rindiendo justicia sobre la accion civil, podia conceder al querellante indemnizacion de daños y perjuicios, y hasta providenciar la supresion del escrito. Si tal era la consecuencia de los principios generales del derecho penal, debe confesarse que semejante jurisprudencia estaba en oposicion manifiesta con la voluntad expresada por el legislador en la discusion de 1819, de no atribuir á la magistratura mas que el conocimiento de la difamacion privada, ó al menos de la difamacion verbal, y de reservar á una jurisdiccion que tiene un carácter mas liberal, á la del jurado, el conocimiento de las difamaciones relativas á la vida pública, cuando se cometian por cualquier modo de publicacion. Este conflicto entre los principios generales de la penalidad y el espíritu de la legislacion especial, se complicaba tambien por las dificultades que presentaba en su aplicacion el sistema admitido por la jurisprudencia. La accion civil, aun entablada ante los tribunales civiles, hacia que el acusado tuviese facultad para probar la verdad de los hechos que habia alegado. Pero ¿cómo suministrar esta prueba? No ofreciendo al acusado la informacion no publica ante un juez comisario, las mismas garantías que la informacion pública ante el tribunal criminal, tal como lo ha organizado la ley de 26 de Mayo (arts. 21 y 22), venia á decidirse que debía hacerse una informacion sumaria en la audiencia. Todo esto era bastante arbitrario, y los sistemas mas ó menos ingeniosos, imaginados por los autores pa-

ra hacer mas sensible la necesidad de que interviniera el legislador. Pues bien, mientras el tribunal de casacion, perseveraba contra el dictámen del fiscal, en su jurisprudencia, poco favorable á la libertad de los escritores, los acontecimientos de 1848 vinieron á dar la razon á la prensa, y se decidió la cuestion de competencia á su favor por un decreto del gobierno provisional, con fecha del 23 de mayo de 1848 (1) concebido en estos términos:

“Los tribunales civiles son incompetentes para conocer de las difamaciones, injurias ú otros ataques dirigidos por medio de la prensa ó cualquier otro medio de publicacion contra los funcionarios ó contra todo ciudadano revestido con carácter público, por razon de sus funciones ó de su cualidad. Estos tribunales deben providenciar, á quien por derecho corresponde, en toda accion sobre indemnizacion de daños y perjuicios fundada en hechos de esta naturaleza. La accion civil que resulta de delitos cometidos por medio de la prensa ú otro medio de la publicacion contra los funcionarios ó contra todo ciudadano revestido con carácter público, no podrá en ningun caso perseguirse con separacion de la accion pública. Dicha accion civil se extinguirá de pleno derecho por el solo hecho de extinguirse la accion pública.”

Conviene observar, no obstante, que el legislador de 1848 no autorizó la opinion absoluta que llegaba hasta suprimir la accion civil. Esta accion no fué destruida, sino que únicamente debía entablarse ante el tribunal criminal, que era entonces directamente competente, en virtud de querrela de la parte perjudicada; de otra suerte, se hubiera hallado espuesta esta parte

[1] Los arts. 83 y 84 de la Constitucion de 1848 se hallaban concebidos segun el mismo espíritu. El proyecto de Constitucion iba mas lejos, puesto que atribuía al jurado el conocimiento de todo delito cometido por medio de la prensa ú otro medio de la publicacion. Pero no habia un interes grave en someter al jurado las cuestiones de difamacion puramente privada, en que no se admite la prueba de los hechos difamatorios. Así, pues, se habia conservado implícitamente la legislacion de 1819, por la remision que hacia el art. 83 á las leyes orgánicas para determinar la competencia de los delitos de injuria y de difamacion contra los particulares.

á una verdadera donegacion de justicia. Queda, pues, consignado, que el querellante puede obtener indemnizacion de daños y perjuicios, aun cuando se halla resuelto negativamente la cuestion de culpabilidad, porque puede haber en ella una difamacion bastante censurable para dar lugar á reparaciones civiles, sin ser bastante grave para ocasionar una condena penal.

La Constitucion de 1852 no reprodujo las disposiciones de la Constitucion precedente en favor de la libertad de la prensa, y especialmente la que, trasformando el jurado en jurisdiccion civil, le llamaba solo en los hechos ó delitos de la prensa á resolver sobre los daños y perjuicios (Const. de 1848, art. 84). El régimen actual, que propende por el contrario á rodear á los funcionarios públicos de una proteccion enteramente especial, debia tener por consecuencia lógica el restablecimiento, en esta materia, de la legislacion de 1822. Así, pues, el decreto de 13 de Febrero de 1852 (art. 48) suprimió nuevamente la facultad de probar con testigos la realidad de los hechos difamatorios, al mismo tiempo que restableció (art. 25) para todos los delitos cometidos por medio de la prensa ú otro medio de publicacion, la competencia de los tribunales de policia correccional, abolida primeramente en 1819 y despues en 1830.

No debe, sin embargo, exajerarse la trascendencia de la nueva legislacion, é imaginar, como se ha sostenido, que el acusado de difamacion contra un funcionario público no es hoy admitido por la letra del art. 25 de la ley de 26 de Mayo de 1819, á denunciar los hechos, si son punibles segun la ley; denuncia que ocasiona el sobreseimiento del procedimiento por difamacion (1). Esta facultad, que se remonta al artículo 362, del Código penal; se ha sostenido bajo el régimen del decreto de 1852 por sentencias del tribunal de casacion de 19 de Enero y de 1º de Junio de 1855.

[1] Pero en el día, como antiguamente — Cas. Junio de 1811. — el hecho de la denuncia no hará que cesen los procedimientos si hubiese injuria. — V. núm. 65 al fin. —