

éste condenado por sentencia ó indultado por el rey, porque entonces el injuriante no hace servicio alguno al Estado, sino que obra por saña ó pura malicia, y sin mas objeto que el de afrentar al ofendido, á no ser que manifieste algun justo motivo que le escuse de la inculpacion, como afirma Gregorio Lopez en la glosa á dicha ley.

En este estado de la cuestion, se publicó el Código penal de 1848, que ha venido á fijarla legalmente con sus importantes disposiciones. Segun el art. 383, al acusado de injuria no se le admite prueba sobre la verdad de las imputaciones, porque consistiendo las injurias en la imputacion de los delitos privados que no dan lugar á procedimiento de oficio, no bastaria para promover la accion de la justicia la prueba de la verdad de la injuria, al paso que menoscabaria el honor de los particulares, turbaria la paz de las familias y ocasionaria escándalo público. Solamente se admite prueba al injuriante, cuando se dirigiesen las imputaciones contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus funciones, pues entonces interesa al Estado saber sus abusos para evitarlos. En tal caso, el acusado es absuelto si probase la verdad de las imputaciones.

Estas disposiciones han sido ratificadas por el Real decreto de 2 de Abril de 1852, sobre el ejercicio de la libertad de imprenta, en cuyo artículo 34 se previene, que no se comete calumnia ni injuria: 1.º, publicando ó censurando en algun impreso la conducta oficial ó los actos de algun funcionario público con relacion á su cargo; 2.º, revelando alguna conjuracion contra el Estado ú otro atentado contra el orden público; pero en uno y otro caso los responsables del impreso están obligados á probar la verdad de los hechos que denuncian, bajo la responsabilidad de calumnia ó injuria.

Por la ley de 17 de Mayo de 1866, al penarse en el art. 2.º al que injuriare gravemente á cualquiera de los Cuerpos Colegisladores ó alguna de sus comisiones ó entidades colectivas, se declaraba no cometerse delito de injuria examinando ó censurando los actos y acuerdos de los Cuerpos Colegisladores y los de sus comisiones y entidades colectivas.

Por el art. 3.º de la ley de 22 de Junio de 1866 se declaró no ser delitos especiales de imprenta los que se cometieran abusando del derecho consignado en el art. 2.º de la Constitucion: los de injuria y calumnia referentes á actos de la vida privada de los particulares ó funcionarios públicos. Estos no podian perseguirse sino á instancia de la parte ofendida. Los de calumnia contra

corporaciones ó funcionarios públicos relativos al ejercicio de su autoridad ó de sus funciones oficiales. Estos podian perseguirse de oficio. Solo se consideraba calumnia para los efectos de esta ley, la imputacion directa y concreta de un hecho que segun las leyes constituyera delito de aquellos que pueden perseguirse de oficio. No se conocia delito de injuria publicando, examinando ó censurando los actos oficiales de las autoridades ó funcionarios públicos. Véase tambien la decision del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Junio de 1866.

Segun el proyecto de ley de libertad de imprenta de 7 de Marzo de 1867, que se mandó rigiese como ley del reino por decreto de la misma fecha, no se cometia delito: 1.º En los escritos en que se publicase ó censurase la conducta oficial ó los actos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, si los escritos estuviesen redactados con decoro, y siempre que las imputaciones que se hicieren no fueren calumniosas: 2.º En los escritos en que se revelase alguna conspiracion contra la seguridad del Estado ó cualquiera atentado contra el orden público. En este último caso, los responsables del escrito tenian obligacion de probar la certeza de sus asertos.

En el dia, por decreto de 23 de Octubre de 1868, habiéndose declarado que todos los ciudadanos tienen derecho á emitir libremente sus pensamientos por medio de la imprenta, sin sujecion á censura ni á ningun otro requisito previo (art. 1.º), los delitos comunes que por medio de la imprenta se cometan, quedan sujetos á las disposiciones del Código penal, derogándose en esta parte el art. 7.º del mismo.

Respecto del modo como deben expresarse los letrados en sus informes y escritos, debe tenerse presente el art. 196 del reglamento provisional de 19 de Setiembre de 1835 que previene, que así en sus informes como en sus escritos, cuidarán siempre de producirse con todo el decoro que corresponde á su noble profesion y á la autoridad de los tribunales, y de guardar á estos el respeto que les es debido. Evitarán expresiones bajas, ridículas é impropias del lugar en que se profieren ó de los jueces á que se dirigen, y nunca apoyarán sus argumentos sobre hechos supuestos ó desfigurados, ó sobre supuestas disposiciones legales.

Conviene tener tambien presente sobre las especies que contiene este párrafo de M. Bonnier, que segun el Código penal español de 1848, si la calumnia ó la injuria se causaren en juicio, atendiendo dicho

Código sin duda á que en tales casos la injuria es efecto, mas bien que de ánimo deliberado, del calor y arrebató que á veces producen las contestaciones judiciales, previene que no puedan deducirse las acciones respectivas sin previa licencia del Juez ó Tribunal que de él conociera. Este no debe darla si fuera fácil obtener satisfaccion suficiente: art. 390.

Nadie puede ser penado por calumnia ó injuria sino á querrela de la parte ofendida, pues siendo estos delitos privados, al ofendido es á quien solamente incumbe determinar la persecucion de los mismos, puesto que puede haber casos en que la publicidad de dichos delitos le cause perjuicios atendibles. Mas cuando la ofensa se dirige contra la autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado, habiendo entonces delito público, puede proceder contra ellos el Ministerio fiscal. Para los efectos de esta disposicion se reputan autoridades los soberanos y príncipes de naciones amigas ó aliadas, los agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público, que segun los tratados, convenios ó prácticas debiesen comprenderse en esta disposicion; mas para proceder en estos casos que se acaban de expresar, ha de preceder escitacion especial del gobierno. V. el art. 391 del Código penal de 1848. (N. de C.)

Respecto al derecho mexicano, los artículos 650, 651 y 652 del Código penal del Distrito Federal, previenen: "Artículo 650.—Al acusado de difamacion no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputacion, sino en dos casos:

I. Cuando aquella se haya hecho á un depositario ó agente de la autoridad, ó á cualquiera otra persona que haya obrado con carácter público, si la imputacion fuere relativa al ejercicio de sus funciones;

II. Cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable, y el acusado obre por motivo de interes público, ó por interes privado, pero legítimo, y sin ánimo de dañar.

En estos dos casos se librará de toda pena el acusado, si probare su imputacion.

"Artículo 651. El injuriado ó difamado á quien se impute un delito determinado que se pueda perseguir de oficio, podrá quejarse de injuria, de difamacion, ó de calumnia, como mas le conviniere.

Pero cuando la queja fuere de calumnia, se permitirá al reo dar pruebas de su imputacion; y si esta quedare probada, se librará aquel de toda pena, excepto en el caso del artículo siguiente.

"Artículo 652. No se admitirá prueba alguna de su imputacion al acusado de calumnia, ni se librará de la pena correspondiente, cuando exista una sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del mismo delito que aquel le impute." (N. de los EE.)

## APENDICE.

### DE LA DIFAMACION DE LOS DIFUNTOS.

#### SUMARIO.

79. Importancia de la cuestion. Imposibilidad de distinguir entre la maledicencia y la calumnia.
80. Admisibilidad de la accion civil en nombre de los herederos.
81. Historia.
82. Legislacion de Atenas.
83. Verdadero sentido de la legislacion romana.
84. Doctrina del siglo XVI.
85. Legislacion inglesa y prusiana.
86. Código penal de 1810.
87. Refutacion del argumento sacado de los artículos de nuestros Códigos, sobre la memoria de los difuntos.
88. Pero esta memoria está lejos de ser indiferente á los pueblos cristianos.—Sancion civil suficiente.
89. Legislacion de 1819.
90. Discusion del texto.
91. Exámen del espíritu de las leyes de 1819.
92. Pretendido peligro de los duelos en defensa de los muertos.
93. Derechos de la historia.
94. Disposiciones del proyecto de Código penal belga sobre la calumnia contra los difuntos.

79. La legislacion sobre la difamacion, cuyos principales rasgos acabamos de reseñar, bajo el punto de vista que nos ocupa, esta legislacion que no admite sino tan difícilmente, y solo cuando se ataca á los funcionarios públicos la prueba de la verdad de los hechos difamatorios, protege á los muertos lo mismo que á los vivos? (1). Hé aquí una gravísima cuestion que se ha agitado recientemente ante el tribunal de Casacion, y en que entran en juego dos intereses igualmente respetables: el interés de la familia que pretende defender su patrimonio mas sagrado, el honor de un esposo ó de un padre difunto, y el interés social que quiere para la edificacion de la posteridad, que se fijen ciertos hechos en el *pilori* de la historia, segun el testo de Paulo citado mas arriba: *Peccata nocentium nota esse et oportere et expedire*.

Esta última consideracion dejaria de ser aplicable, si se colocara la cuestion única-

[1] El lector podrá consultar útilmente algunas páginas que ha publicado M. Amadeo Lefevre Portalis, con el oportuno título *De la libertad de la historia*.



mente en el terreno de la calumnia. Entonces diríamos, sin vacilar, con la sentencia de la Audiencia de París, de 17 de Abril de 1858, en la causa sobre las Memorias del Duque de Ragusa, que "si los juicios del historiador, por contrarios que sean á la conciencia pública, solo deben ser apreciados por la opinion, es con la condicion de que no tenga parte en su obra la mentira ó la falacia." El historiador que hubiera avanzado un hecho falso, podria justificar solamente su buena fé, su error invencible, pero existiria contra él presuncion de falsedad.

Desgraciadamente, la legislacion de 1819 no permite esta distincion que hacen la razon y la equidad entre la maledicencia y la calumnia. O debe aplicarse de un modo absoluto el adagio: *De mortuis nihil nisi bonum*, y calificar de difamacion contra un muerto, así como contra una persona viva, toda imputacion de un hecho que ataque el honor ó la consideracion de la persona ó del cuerpo á quien se imputa el hecho (ley de 17 de Mayo de 1819, artículo 13), ó es preciso reconocer, que el legislador de 1819 no ha tenido en cuenta mas que las personas vivas, y que en su consecuencia, las imputaciones ciertas ó falsas, que se dirigen á un difunto, entran pura y simplemente en el dominio de la historia. Nada mas claro por otra parte que el caso sobre que ha versado la sentencia de casacion de 24 de Mayo de 1860, puesto que los hechos apreciados como difamatorios, se hallaban probados por documentos, cuya verdad era indudable, y que lo mas abrumador para los herederos, era la misma autenticidad de la difamacion.

Bajo otro punto de vista se presenta igualmente la cuestion de una manera bien decisiva. Admítase sin dificultad, que la accion por difamacion, es fundada siempre que la injuria que se hace al difunto, se refleja ó recae sobre los herederos, como lo ha decidido especialmente la Audiencia de París, el 29 de Marzo de 1859. Vamos á ver en seguida que los jurisconsultos ro-

manos, y segun ellos los criminalistas del siglo XIII, no concedian accion á los herederos, sino bajo este concepto. Por otra parte, en tal hipótesis y sin tener en cuenta la legislacion especial, siempre tendrian fundamento los herederos para intentar una accion puramente civil, segun el art. 1382 del Código Napoleon, conforme ha juzgado el tribunal de Casacion de París por sentencia de 1858, relativa á las Memorias del Duque Ragusa. El tribunal de París, por sentencia de 19 de Marzo de 1860, decidió de un modo supremo en hecho, sin que se contradijera su apreciacion sobre este punto, que las imputaciones de que se querellaban los herederos, "no se habian dirigido personalmente contra ellos "que se dirigian únicamente á la memoria "de su autor, que así solo habia que decir "la cuestion de derecho, esto es, si está "prevista y penada por nuestras leyes la "difamacion de un difunto."

81. Sentada y limitada así la cuestion, antes de tratarla directamente, digamos algunas palabras sobre la historia de esta materia.

82. Sabido es, que en los tiempos primitivos, se daba gran importancia á la memoria de los difuntos y al culto de los antepasados. ¿Qué es el espíritu de la legislacion ateniense sobre la difamacion? "Atenas, dice M. Plougoum (informe del "24 de Mayo de 1860), donde era tan libre "la tribuna, y el teatro tan lleno de sarcasmos y de licencia, Atenas respetaba "profundamente á los muertos. Solon, "que le habia enseñado la verdadera libertad con sus leyes políticas, no descuidó, cosa notable, la memoria de los muertos; tan gravemente afectaba en su juicio "este respeto á las costumbres públicas, y "mantenia en ellas un sentimiento puro, "moral, elevado. Así es, que prohibia difamar á un difunto, y decir jamás nada "malo de él, aun cuando hubieran provocado sus hijos la difamacion por medio "de injurias."

83. La legislacion romana, que se ha citado muchas veces y especialmente ante

el tribunal de casacion, como autorizando un principio idéntico, está lejos de explicarse en los mismos términos, pues si bien dá accion á los herederos, es en su nombre propio, por razon de la injuria inferida, bien á un cadáver, bien á la memoria del difunto. *Et si forte*, dice Ulpiano (l. 1, §. 4 D. *De injur.*) *cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possessores existimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria. Idemque et si fama ejus cui heredes existimus, laceratur.* Y no añade Ulpiano, como pretenden ciertos comentadores, que esto se funda en que el heredero continúa la persona del difunto. Esta idea seria inconciliable con el principio elemental sentado por este mismo jurisconsulto. (l. 13, pr. D. *ibid.*) *Injuriarum actio neque hæredi neque in hæredem datur.* Puesto que la apreciacion de la injuria es enteramente personal, no podrian tener los herederos accion *ex persona defuncti*. Por lo demás, no se vé que las franquezas de la historia que han ido muy lejos en Roma, hayan dado jamás ocasion á una accion penal.

84. Los legistas del siglo XVII reprodujeron los principios de la legislacion romana, concediendo accion á los herederos en su propio nombre respecto de la injuria inferida á sus autores. *Injuria defuncto facta, hæredi facta videtur, et hoc nomine ipsi datur actio* (Carpzovio, *Nov. pract. rer. crim.* quest. 96, núm. 29). No hay duda que hay algo absoluto en esta ficcion; la injuria inferida al difunto puede ser tal que no se refleje sobre el heredero; sin embargo, no es menos importante notar que no pertenecia la accion en principio á los herederos, sino en su propio nombre, y tal parece haber sido la idea dominante de nuestra antigua jurisprudencia.

85. Tal es igualmente el principio de la legislacion inglesa, en que segun nos dice M. Starkes (1) en una obra especial, *on the law of slander and libel* (V. núm. 69): "Un

1. Tomamos esta cita de la excelente obra de M. Chas-san sobre los delitos de la palabra y de la prensa.

libelo que ataca una persona muerta, puede motivar una acusacion si se publica con la mala intencion de perjudicar á su familia y á su posteridad, y de esponerlas al desprecio y al oprobio." (*If it be published with the malevolent purpose to injure his family and posterity, and to expose them to contempt and disgrace.*) En una obra publicada en 1835 en Boston (*Comm. on the crim. law*, tomo II, §. 809), en que M. Bishop invoca precedentes ingleses en apoyo de la doctrina comun en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos, y cita palabras de lord Kenyon *chief-justice*, que no admite la querrela sino en cuanto se ha obrado *to vilify the memory of the deceased and with a view to injure his posterity.*

El derecho comun de la Prusia no admite el procedimiento por la calumnia contra los muertos, sino en cuanto las imputaciones calumniosas son de tal naturaleza que ataquen al mismo tiempo el honor ó la consideracion de los herederos. El proyecto de Código penal de 1851 contenia una disposicion que autorizaba los procedimientos con independencia de esta circunstancia; pero esta disposicion fué desechada por las Cámaras.

86. Entrando en el exámen de las disposiciones de la legislacion moderna, el art. 367 del Código penal de 1810 se halla concebido en estos términos: "Será culpable de delito de calumnia el que, bien sea en sitios ó reuniones públicas, bien en un documento auténtico y público, bien en un escrito, haya sido ó no impreso, que se haya fijado en algun punto ó vendido ó distribuido, hubiese imputado á cualquier individuo hechos que, si fueran ciertos, espondrian á aquel contra quien se articulan á ser perseguido criminal ó correccionalmente, ó aunque solo le espusieran al menos preció ó al odio de los ciudadanos."

El individuo difamado, era, segun esta disposicion, un individuo que existia, puesto que se suponía la posibilidad de hallarse espuesto á procedimientos criminales ó correccionales. La audiencia de París ha podido, pues, fijar esta tesis en su senten-



cia de 19 de Marzo de 1819 que no ha sido atacada por este concepto: "que antes de las leyes de 1819, que reglamentan la represion en materia de injuria ó difamacion, es incontestable que las imputaciones contra la memoria de una persona difunta, no eran objeto de ninguna disposicion represiva."

87. Es importante fijar bien este punto desde luego, porque seria necesario que las leyes contuvieran una disposicion terminante para crear un delito donde no existia ninguno. Pero, ademas, reconocer que el legislador de 1810 no trató de proteger el honor de los difuntos con una pena, es derribar todo el aparato de inducciones que saca con dificultad la sentencia de casacion de 24 de Mayo de 1860, de ciertos textos de nuestros Códigos, relativos á la memoria de los difuntos. ¿Qué importa, en efecto, que el art. 360 del Código penal castigue la violacion de sepultura; que el artículo 727 del Código Napoleon declare indignos á los herederos indiferentes á la muerte de su autor; que los arts. 1046 y 1047 del mismo Código penen la injuria del legatario contra la memoria del testador; que el art. 447 del Código de procedimientos rehabilite en ciertos casos la memoria del condenado? Es inútil detenerse en consignar que un juicio histórico, aunque sea apasionado, nada tiene de comun con la violacion de sepultura: que prescribir á los herederos que sean indiferentes á la muerte de su autor, á los legatarios que no sean ingratos con quien les beneficia, no es obligar á los estraños con pena de prision ó multa, á respetar la memoria del difunto, quien quiera que sea; que una cosa es la rehabilitacion del condenado inocente, y otra cosa que se conceda una especie de canonizacion civil á todo difunto, inocente ó culpable. El legislador de 1810 se ha encargado por sí mismo de rechazar todas estas inducciones, redactando el artículo 307 del Código penal, de modo que excluya evidentemente la accion de los herederos por difamacion.

88. Todo lo que se puede inducir con

razon de los artículos de nuestros Códigos invocados en la sentencia del 24 de Mayo, es que el legislador no se ha mostrado insensible á los ataques dirigidos contra la memoria de los difuntos. Y bajo este respecto creemos, que M. Chassan (*Tratado de los delitos de la palabra y de la prensa*, tomo I, núm. 493) sosteniendo por otra parte las sanas doctrinas de la materia, ha ido demasiado lejos cuando ha representado los textos antiguos alegados en favor del derecho de los herederos, como hallándose "en armonía con las ideas de las sociedades antiguas, en que se tributaba tanta solicitud y veneracion al culto de los difuntos;" y sobre todo cuando añade: "Las ideas cristianas, con su espiritualismo y su desprecio de la materia, cambiaron las costumbres sobre este punto, como sobre muchos otros. Así es como perdió su imperio el culto de los difuntos, y como la memoria misma de las personas que no existen ha dejado de ser objeto especial de las legislaciones modernas."

Esta es una asercion por la cual ha preparado M. Chassan un fácil triunfo á sus adversarios (1). No hay duda que los paganos daban mas importancia que nosotros al culto material de los difuntos, si es lícito hablar así, es decir, al sepulcro, y que el dogma de la resurreccion de los cuerpos prueba que el cristianismo no muestra á la materia ese desprecio absoluto que quiere atribuírsele. Es indudable que ningún culto ha venerado tanto la memoria de los difuntos como la religion cristiana, que ha establecido una tierna comunion entre los vivos y los muertos. Si, la memoria de un padre es para un hijo un patrimonio sagrado; pero está suficientemente defendida á nuestro juicio con la accion civil, que permite obtener, ademas de la indemnizacion de daños y perjuicios, la supresion del escrito difamatorio (2). Esta sancion que hoy se considera insuficiente, estaba

1. Véase la contestacion enérgica y llena de sentido moral que le dirige sobre este punto el informe de M. Plongoulin.

2. Esto es lo que hizo la audiencia de Paris en el asunto de las Memorias del Duque de Ragusa.

lejos de parecer tal cuando regia la legislacion que referia al jurado los delitos de la prensa, puesto que se censuraba, segun hemos visto (núm. 76), á los funcionarios el conseguir indirectamente, por medio de la accion civil, el mismo resultado que por la accion pública. Entre los romanos, que con tanta frecuencia se citan sobre esta materia, bastó por largo tiempo la indemnizacion pecuniaria obtenida por medio de la accion *injuriarum* ó de injurias para la represion de la injuria, aun dirigida á los vivos, puesto que solamente muy tarde (Hermógenes, l. ult. D. *de injur.*) se introdujo un procedimiento extraordinario y las penas propiamente dichas.

89. Lleguemos al texto y al espíritu de la legislacion de 1819.

90. El art. 13 de la ley de 17 de Mayo de 1819 define la difamacion, "toda alegacion ó imputacion de un hecho que ataca el honor ó la consideracion de la *persona* ó de la corporacion á la que se imputa."

Segun el tribunal de casacion, la palabra *persona* comprende á los vivos y á los muertos, puesto que no distingue la ley. Esta alegacion sobre el significado de la expresion legal, no parece corresponder suficientemente á los motivos de la sentencia anulada, segun la cual "esta palabra no designa jamas en el lenguaje del derecho, y sobre tado del derecho represivo, sino una persona viviente; que para admitir que designara asimismo un individuo que hubiera fallecido, ó la memoria que dejó, seria preciso traspasar todos los límites de la interpretacion de las leyes en materia criminal." Seria extraño que esta palabra *persona* tuviese una acepcion mas estensa en el texto de 1819, que la que tenia en el de 1810, la de *un individuo cualquiera*, la cual se hubiera podido aplicar de un modo plausible á los difuntos, si la continuacion de la definicion no se opusiera á ello. Por otra parte, ¿cómo se habia de haber introducido una innovacion tan grave por medio de un simple cambio de redaccion, cuando en la discusion de 1819 no se hizo la mas ligera alusion á ella? El art. del 24

de Mayo de 1860, se funda en otro argumento textual, en el art. 5 de la ley de 26 de Mayo de 1819, que no dando al difamado tan solo, sino á la parte que se considere *ofendida*, el derecho de querellarse, se aplica, segun se dice, por esto mismo, al heredero. Pero este argumento, al que no ha contestado la Audiencia de Paris, porque parece que no se produjo ante ella, se encuentra refutado por el legislador de la Restauracion misma (1); el art. 17 de la ley de 25 de Marzo de 1822 al atribuir al ministerio público el derecho de perseguir de oficio ciertos delitos de difamacion, añade: "No obstante, el procedimiento no tendrá lugar de oficio en el caso previsto por el art. 12 de la ley de 17 de Mayo de 1819, y en el de difamacion ó de injuria contra todo agente diplomático extranjero, acreditado cerca del rey; ó contra cualquier particular, sino á *escitacion*, sea del soberano ó del jefe del gobierno que se crea ofendido, sea del agente diplomático ó del particular que se crea difamado ó injuriado."

La ley no ha tenido, pues, á la mira al heredero que se cree ofendido directamente, sino al que se cree personalmente *difamado ó injuriado*. Esta ley de 25 de Mayo de 1822 fué abrogada, en cuanto atribuía á la policia correccional los delitos de la prensa, por la ley de 8 de Octubre de 1830, abrogada tambien en el dia (núm. 76); mas no por eso deja de subsistir completamente la autoridad del texto como interpretacion del pensamiento del legislador.

91. Pasando ahora de la letra al espíritu de nuestras leyes sobre la difamacion, nos parece difícil comprender, que se invoque en apoyo de esta interpretacion estensiva de la palabra *persona*, el espíritu de la legislacion de 1819. No se trata en efecto de la legislacion del primer Imperio, impregnada de una severidad escesiva para con la prensa, y que solo admitia la

1. Hace esta importante observacion M. Gilbert, en la critica que dirige á la sentencia, cuya doctrina discutimos [Devilleneuve. 1860, part. I, pág. 658.]



prueba de la verdad de los hechos imputados á los funcionarios públicos, con la condicion de probarlos con un documento auténtico; se trata de la legislacion mas liberal, que atribuia al jurado el conocimiento de los delitos cometidos por medio de la publicacion, y que admitia á probar, aun por medio de testigos, la verdad de los hechos imputados á los funcionarios. Es inverosímil á priori que en una época en que habian prevalecido doctrinas tan amplias, los eminentes hombres de Estado, bajo la influencia de los cuales se redactó y discutió esta parte de nuestras leyes, quisieran introducir una innovacion tan grave ante la cual retrocedió el legislador prusiano en 1854.

Examinemos ahora en el fondo el sistema de 1819. La idea dominante de este sistema, tomada de la doctrina de los romanos sobre la accion de injurias, es que la querrela de difamacion es esencialmente personal. La parte, blanco de la difamacion, es la que debe apreciar si es mas prudente despreciar la calumnia en el caso de ser falsa la imputacion, y en el de ser fundada, dejar cicatrizar la herida, mas bien que volver á abrirla con un proceso. El heredero que puede no tener sentimientos tan elevados como el difunto, y que no conoce, en todos los casos, tan perfectamente los hechos, pudiendo hasta ignorarlos por completo, no se halla en estado de hacer esta apreciacion con tanto discernimiento; no puede suceder con frecuencia, que por un celo mal entendido, comprometa la memoria que haya querido defender?

Finalmente, como hace notar el tribunal de París, los herederos pueden estar disoordes. ¿Qué deberá hacerse, si el uno quiere intentar la accion, pretendiendo que la memoria del difunto reclama una reparacion, mientras el otro considera el silencio como mas prudente y mas respetuoso á la vez para esta memoria? (1)

En tal caso, decidirá el tribunal, se ha

1 Sabido es, que en el asunto sobre Dupanloup se han abstenido varios herederos.

respondido; pero esta decision se halla en oposicion manifiesta con el espíritu de la legislacion de 1819, puesto que sustituye la apreciacion de la magistratura á la de las partes interesadas. La sentencia de 24 de Mayo de 1860 rehusó hacerse cargo de esta grave dificultad, afirmando que el número de herederos no puede destruir el derecho de perseguir que existe *por sí mismo y que reconoce la ley*. Pero aquí hay una peticion de principio. M. Plougoulm fué mas franco en su informe al hablar de que se habia hecho á la ley una prudente y útil violencia: espresiones estrañas que jamás se hubieran escapado á la prudencia del pretor romano, y que escitaron vivas reclamaciones por parte de los miembros mas ilustrados de la magistratura (1).

92. La sentencia de 24 de Mayo invocó bajo otro punto de vista el espíritu de la legislacion de 1819, declarando que "las razones de moral pública, de paz entre los ciudadanos que han hecho que la ley asegure el respeto de la reputacion ajena, no se detienen en los límites de la existencia humana." Pero este temor de que haya combates singulares para la defensa del honor de los difuntos, temor por el cual se han hecho esfuerzos para enlazar la doctrina nueva á la jurisprudencia constante del tribunal de casacion en punto á duelos, nos parece singularmente exagerado. Porque, una de dos: ó sufren personalmente lesion los herederos, y entonces tienen la accion civil que es completamente suficiente, ó no la sufren, y entonces, lejos de verles tomar las armas para vengar la injuria personal de su autor, habrá precision de determinarles á querrellarse, como se afirma que aconteció en el negocio que dió ocasion á la sentencia de 24 de Mayo de 1860.

93. Procediéndose así respecto de los herederos, debe pensarse en lo que mas afecta á la sociedad en esta cuestion; en

1. M. Lafontaine, consejero de la Audiencia de Orleans, ha espresado sobre este punto, en la *Revista crítica* [tom. VI, pág. 1.111], una opinion que está lejos de serle personal.

los derechos del historiador, el cual, como dice muy bien la Audiencia de París, "no debe por un interés social de orden mas elevado, quedar reducido á no poder decir una palabra sin esponerse á un procedimiento criminal." ¿Qué responde la sentencia de 24 de Mayo á esta dificultad capital que han notado las personas mas estrañas á la jurisprudencia?

"Que el límite impuesto á la difamacion no puede llegar á ser en ningun caso un estorbo para el historiador; que puede siempre el Juez reconocer la buena ó la mala fé del escritor, apreciar el objeto de sus juicios ó de sus ataques, no confundir las necesidades y las franquicias de la historia con la malignidad del libelo, y finalmente, no ver delito sino donde haya intencion de dañar."

No hay duda que para merecer la estimacion de los contemporáneos y de la posteridad, el historiador debe escribir con moderacion; *sine ira et studio*, como dice Tácito; por nuestra parte, nos asociamos, bajo este respecto, á los justos elogios que ha tributado en su informe M. Plougoulm á la *Historia del Consulado y del Imperio*. Pero, si en vez de la prudente imparcialidad de M. Thiers, se vé en el escritor la pasion de Saint Simon, ¿deberá llevarse á los tribunales en lugar de denunciar sus juicios á la conciencia pública? ¿Dónde está el límite que separa la historia del libelo?

Con la jurisprudencia que combatimos no podria hoy publicar Dante su *Inferno* sin esponerse á las penas de diez y ocho meses de prision y tres mil francos de multa por difamacion contra los funcionarios públicos (ley de 17 de Mayo de 1819, art. 16). Y para no ir á buscar ejemplos tan antiguos, tomemos la *Historia de los Girondinos* por M. Granier de Cassagnac. En la lista nominal de los asesinos de Setiembre que ha publicado, no es dudoso que este historiador tenga intencion de ofender la memoria de estos miserables. ¿Deberia autorizarse, no obstante, á los herederos á querrellarse por esto? En

cuanto nos atrincheramos en la naturaleza de los hechos, en el carácter de las personas, nos salimos del espíritu de la legislacion de 1819, que no permite llamar,

*A un gato gato, y á un bribon Rollet* (1)

Esta doctrina, admisible respecto de los vivos por el bien de la paz pública, es intolerable, si se aplica á los muertos. Pero es preciso aplicarla desde que se parte del principio que el legislador de 1819 no hace distincion alguna entre unos y otros.

El juez es quien debe apreciar, se nos dice, atendiendo á los casos y circunstancias. Nada mejor que la apreciacion del juez, cuando se trata de fijar la trascendencia de las convenciones y el importe de los daños y perjuicios, etc.; pero cuando se trata de un derecho que interesa á la sociedad, y el del historiador tiene evidentemente este carácter, es necesario que haya en la legislacion algo fijo, y esto es el caso de decir con Bacon: *Optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis*. No siempre encontrarán los escritores una jurisdiccion tan favorable como la de la Audiencia de París, que sienta como principio, en la sentencia de 17 de Abril de 1835, sobre las Memorias del Duque de Ragusa, que "aun cuando dejando de ser el historiador un juez incorruptible y faltando á los deberes de imparcialidad, de probidad, de veracidad, que son el alma de la historia, distribuya elogios ó censuras, segun su pasion y sus resentimientos, sus juicios, por contrarios que sean á la conciencia pública, solo son responsables ante la opinion." ¿Qué recurso quedaria al historiador si admitiera un tribunal una jurisprudencia mas rigurosa? En vano recurriria al tribunal de casacion, puesto que los jueces del hecho son los únicos que tienen calidad para declarar si ha habido intencion de dañar.

El único límite que pone á los derechos del historiador la Audiencia de París en esta misma sentencia es, que jamás forme

1 En este verso de Boileau se aludia con este nombre á un escribano de mala fama del tiempo de Luis XIV.



parte de su obra la mentira ó la falsedad. Y aquí volvemos á vernos conducidos á nuestro objeto, á la prueba de la verdad de los hechos alegados. Es ya muy severo perseguir la calumnia en la historia; pero, perseguir la narracion de la verdad! Esta distincion pudo hacerse en la sentencia de 1858, porque se trataba de la accion puramente civil, respecto de la cual; deja al juez la mayor latitud el artículo 1382 del Código Napoleon. Pero la accion abierta por la legislacion de 1819, tiene enteramente otro carácter. En esta materia, la prueba de la verdad de los hechos imputados está completamente prohibida, cuando el querellante es un particular, y cuando es un funcionario público, no puede, al menos desde 1852, producirse sino por escrito. Compréndese tambien que se cubra con esta proteccion bastante exorbitante al funcionario en el ejercicio de sus funciones, pero que solo pueda acreditarse por el medio tan difícil de la prueba por escrito la prevaricacion de cualquier agente de uno de los numerosos gobiernos que se han sucedido entre nosotros, cuando este agente descansa hace tanto tiempo en la tumba (1), es este un sistema que no tiene precedentes, aun en los tiempos mas tiránicos. Querer que indefinidamente un heredero de cualquiera grado pueda provocar penalidades severas contra el escritor que haya revelado á la posteridad los hechos, bien sea de la vida privada, bien de la vida pública de su autor, es constituir al historiador en una posicion intolerable. La sentencia de 24 de Mayo de 1860, no podria prevalecer en jurisprudencia sin que de ello resultaran consecuencias que harian indispensable la intervencion del legislador.

94. Si fuera llamado el legislador á determinar sobre una cuestion, consultaria con fruto las disposiciones del proyecto

1 Ya es mucho admitir, con el tribunal de casacion [Sent. de 23 de Marzo de 1860], que el que ha sido una vez funcionario público, está protegido durante su vida por las disposiciones especiales del Código penal en cuanto á los ultrajes que se le hayan dirigido por razon de sus antiguas funciones.

del Código penal belga (1), sometido á la sazón al poder legislativo. Teniendo por base la legislacion actual en Bélgica nuestro Código penal de 1810, no considera delito, en su consecuencia (núm. 86), la difamacion contra las personas ya difuntas. Segun el proyecto, tal al menos como ha sido votado, despues de la primer lectura por la Cámara de representantes, perteneceria una accion penal á los herederos, sin que tuvieran que justificar un perjuicio personal, y en esto se aleja el sistema belga de la antigua doctrina que ha prevalecido en Inglaterra y en Prusia (núm. 85), y se aproxima á la jurisprudencia del Tribunal de casacion; pero se separa de esta jurisprudencia en dos puntos esenciales. En primer lugar, conforme con una idea sobre la cual hemos insistido mas de una vez, exige (art. 528) que haya calumnia cuando se trata de una persona ya difunta. Y segun los términos del art. 514 del proyecto, el delito de calumnia consiste en imputar *maliciosamente* á una persona un hecho determinado, digno del desprecio público, ó que ataque el honor de esta persona, y cuya prueba legal no se produce. La prueba legal se hace por la vía ordinaria, si la imputacion se refiere á la vida pública (2), no puede hacerse, sino por sentencia ó por un juicio ó por otro título auténtico, si la imputacion se refiere á la vida privada (arts. 519, 520). En segundo lugar, no pertenece la accion á los herederos hasta lo infinito. Algunos aunque en número escaso, querian admitir á todos los parientes; otros opinaban por restringir el derecho á los hijos y á los ascendientes. El art. 528 del proyecto, adopta un término medio, dando accion, ya sea al conyuge sobreviviente, ya á los ascendientes, y á los descendientes hasta el tercer grado, ya á falta de estos, á los herederos legales hasta el grado tercero.

1 Debemos la comunicacion de este proyecto, asi como otros documentos útiles, á la bondad de M. Nypels, cuyos notables trabajos sobre el derecho penal son conocidos.

2 El decreto de 20 de Julio de 1831 [art. 5], autoriza en Bélgica la prueba por las vías ordinarias de los hechos que se refieren á la vida pública.

Finalmente, se ha creido que se hallaban custodiados los derechos de la historia, exigiendo que se haga la imputacion *maliciosamente*, segun los términos del art. 514, y sobre todo con la garantía que dá al acusado la jurisdiccion del jurado.

Este sistema no nos parece el mejor bajo todos conceptos; prefiriendo el sistema radical de las legislaciones inglesa y prusiana, que no admiten accion penal fundada únicamente *ex persona defuncti*; pero comparado con la interpretacion de las leyes de 1819, autorizada por el tribunal de casacion, la doctrina del proyecto belga seria un progreso notable.

Acerca de la difamacion ó injuria cometidas contra los difuntos se encuentran notables disposiciones en la legislacion española. Las leyes 11, 12, 13 y 23, tít. 9, Part. 7, daban accion para querrellarse ó perseguir las injurias inferidas á los muertos, á su cadáver ó sepulcro ó á su fama, á los parientes de aquellos y á los herederos que lo fueren de los mismos en su última enfermedad, ya la injuria se causare antes de ser enterrados, ya sea cuando yacieren en los sepulcros: "Aun decimos, se lee en la ley 13 citada, que si alguno dijere mal tortíceramente de la fama de algun ome muerto que los sus herederos puedan demandar enmienda dello, tambien como si lo dijere contra ellos mismos; porque segund derecho, como una persona es contada la del heredero, e la de aquel á quien heredó."

Segun el nuevo Código penal, art. 388, podrán ejercitar la accion de calumnia ó injuria los ascendientes, descendientes, conyuge y hermano del difunto agraviado, siempre que la calumnia ó injuria trascendiese á ellos, y en todo caso el heredero.

En cuanto á la parte penal por la injuria hecha á los cadáveres, puede verse el art. 138 del Código.

La accion civil que nace de la penal, compete y es trasmisible á los herederos del perjudicado por el delito: art. 119 del Código penal. Véase la nota adicionada despues del número 78. (N. de C.)

El art. 658 del Código penal del Distrito Federal dice: "Artículo 658. No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamacion ó calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto en los casos siguientes:

I. Si el ofendido ha muerto, y la injuria, la difamacion, ó la calumnia fueren posteriores á su fallecimiento: solo se podrá proceder en virtud de queja de su conyuge: á falta de este, por queja de la mayoría de los

## IV.

## APLICACION DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL Y EN MATERIA CRIMINAL.

## SUMARIO.

95. Curso de la prueba en lo civil y en lo criminal.
96. Legislaciones en que el procedimiento criminal se aproxima al civil y reciprocamente. Distribucion notable en Francia.
97. Iniciativa de las partes en lo civil.
98. Accion de oficio en materia criminal.
99. Consecuencias en cuanto á la prueba.
100. Influencia de las formas.

95. En el curso de esta obra veremos el diferente carácter con que puede revestirse tal ó cual prueba judicial, segun se aplique á lo civil ó á lo criminal. Pero antes de estudiar cada uno de los medios de prueba, conviene echar una ojeada general sobre la marcha de la prueba en una y otra hipótesis.

96. En su consecuencia, tenemos que investigar cual es la direccion del procedimiento ante la jurisdiccion civil y ante la jurisdiccion penal, comparando la una con la otra. Sin embargo, no es esta una cuestion que pueda resolverse *a priori*. Hay países en que abandonados á la accion privada de los ciudadanos las acciones penales, no difieren esencialmente de la marcha de los procedimientos civiles, aunque el hecho sea mas escepcional, y en que por el contrario, los procedimientos civiles son dirigidos á ejemplo de las causas criminales, no por los representantes de los particulares, sino por la autoridad pública.

Entre los pueblos, que como los romanos, antiguamente, y los ingleses en los tiempos modernos, han adoptado el proce-

descendientes: á falta de estos, por queja de un ascendiente; y no habiéndolo, por queja de la mayoría de los herederos que sean parientes del finado dentro del tercer grado civil inclusive.

Pero cuando la injuria, la difamacion, ó la calumnia sean anteriores al fallecimiento del ofendido, no se atenderá la queja de las personas mencionadas; si aquel hubiere remitido la ofensa, ó sabiendo que se le habia inferido, no hubiere presentado en vida su queja pudiendo hacerlo, ni prevenido que lo hicieran sus herederos.

II. Cuando la ofensa sea contra la nacion mexicana, ó contra una nacion ó gobierno extranjero, ó contra sus agentes diplomáticos en este país.

En el primer caso podrá hacer la acusacion el Ministerio público, aunque no preceda excitativa del Gobierno; pero será necesario este requisito en los demás casos.—[N. de los EE.]



dimiento criminal por medio de querrela ó acusacion privada, la produccion de la prueba de los delitos ofrece grande analogía con la prueba de los hechos de la vida civil. El acusador y el acusado se colocan en frente uno de otro, así como el demandante y el demandado en un pleito ordinario; el juez no tiene que intervenir entre ellos para investigar la verdad de oficio, sino que se limita á pesar sus razones. Segun este sistema, el procedimiento criminal puede ofrecer ciertas garantías especiales para proteger la libertad individual; pero en cuanto á la prueba, no difiere de un modo notable del procedimiento civil.

Algunas veces se ha intentado por la inversa, assimilar el procedimiento civil al procedimiento criminal. Así en Prusia, el Código de procedimientos del 6 de Julio de 1793 (1) introdujo en los negocios civiles la accion de oficio del magistrado, á imitacion del procedimiento criminal; suprimió todo demandante, aun oficioso, debiendo el juez esforzarse por reconocer y descubrir la verdad por el medio mas seguro y mas directo (Introd. al Cód. de 1793, §. 10.) Pero no habiendo sido sancionada por la esperiencia esta innovacion, fué abandonada por la ley del 21 de Julio de 1846.

La legislacion francesa rechaza igualmente estos dos extremos; y deja á los intereses privados el cuidado de dirigir los pleitos civiles, confiando por el contrario á los funcionarios públicos la direccion de las causas criminales. Veamos la influencia de esta diversa organizacion en la marcha ó curso de la prueba.

97. Puesto que es principio en materia civil, aparte de ciertos puntos que interesan al orden general de la sociedad, como la validez de los matrimonios, que pertenece á las partes probar la verdad de sus pretensiones respectivas, el juez civil no tiene que investigar de oficio si existe un derecho de crédito ó un derecho de propie-

1. Ya Federico el Grande, por la ordenanza de 1777 y el Código de 1781 habia dado el primer paso en esta via. [V. el interesante trabajo de M. Berganon, *Revisita del derecho francés y extranjero*, año 1847, páginas 41 y siguientes.]

dad en favor del demandante, ó bien si suponiendo establecido este derecho, ha sido destruido por tal ó tal medio. Debe aplicarse en todo su rigor las reglas que hemos sentado sobre la carga de la prueba: *Actori incumbit onus probandi, reus excipiendo fit actor*. No hay duda que no le está prohibido mandar *ex officio* la diligencia que le parezca necesaria para ilustrarse, tal como una informacion (Cód. de proc., artículo 254), y en este sentido puede decirse con el jurisconsulto Arcadio (l. 21 §. 3, D. de *testib.*): *Confirmabit iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et que rei aptiora, et vero proximiora esse comperevit*. Pero es necesario siempre que las partes hayan concluido en el negocio al menos implícitamente, sin que pueda un tribunal entregarse contra la voluntad de los litigantes á la investigacion de tal ó cual hecho de un interes puramente privado.

98. La marcha del procedimiento criminal es muy diferente. En general, al ministerio público es á quien pertenece, y no á las partes perjudicadas la iniciativa en la persecucion del delito; pero esta persecucion no es necesaria para poner en movimiento la accion de la justicia penal, cada uno de los agentes de la policia judicial hacen constar, segun su competencia, los crímenes, los delitos y las contravenciones de oficio, y de oficio tambien reúne el juez del sumario las pruebas. La necesidad de esperar para obrar, la denuncia de la parte perjudicada, solo existe en casos enteramente escepcionales, como en el caso de adulterio ó difamacion. Así el juez en materia criminal, va al encuentro de la prueba, mientras que en materia civil espera que se presente á él (1). En vez de ser dirigido el procedimiento penal por el interés y á veces por la pasion, se fija directamente en la investigacion de la verdad. El juez del sumario, practica diligencias en pro y en contra del inculpado; el mismo ministerio público, aunque encargado especialmen-

1. Así, veremos, hablando de la esperiencia personal del juez, que la obligacion de juzgar *secundum allegata et probata*, es mucho mas rigurosa en lo civil que en lo criminal.

te de provocar la represion, no debe proseguir la acusacion *per fas et nefas*, sino detenerse en cuanto hay duda seria sobre la culpabilidad. Desde entonces, si la máxima *Actori incumbit onus probandi* se aplica en todo su rigor al ministerio público, no es cierto que, por la inversa, segun hemos tenido ocasion de observar (núm. 37), sea preciso aplicar rigurosamente al acusado la regla *Reus excipiendo fit actor*; basta que la defensa tenga un grado grave de probabilidad, mientras que la acusacion debe ser plenamente probada. Finalmente, el principio de que nuestro procedimiento penal se sigue tanto á cargo ó en contra del acusado, como en descargo, se manifiesta de un modo muy perceptible en las funciones confiadas al presidente del tribunal criminal. Este magistrado se halla investido de un poder discrecional, en virtud del cual puede echar sobre sí todo lo que cree útil para descubrir la verdad (Cód. de instr., art. 268).

99. De las consideraciones que acabamos de esponer, resulta en primer lugar, una diferencia general entre el espíritu que dirige la prueba en materia civil y el espíritu que preside á ella en materia criminal. Además, esta diferencia se refleja segun veremos en el curso de esta obra, sobre la admisibilidad de los medios de prueba. Así, la delacion del juramento decisivo, por el cual se cortan las cuestiones de interés puramente privado, es inadmisibile en lo criminal, porque no pueden depender los procesos de una transaccion. Por el mismo motivo, ni el desistimiento de la parte civil, ni aun el abandono de la acusacion por parte del ministerio público, pueden detener la marcha del procedimiento criminal. En sentido inverso, el abandono de toda defensa de parte del acusado no implica necesariamente su condena, como sucederia respecto del demandado, en materia civil.

El juez debe siempre suplir los medios de la defensa, y aun confiar, al menos en materia criminal propiamente dicha, á un abogado, el cargo de presentarlos de oficio

(1). Así mismo, la confesion no tiene la misma fuerza en lo civil que en lo criminal. En el procedimiento civil, la confesion termina toda contestacion ó litigio (2), y puede decirse con Paulo (l. 1 D. de *confess.*) *Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur*. En un proceso criminal, la simple confesion del acusado, si no está apoyada en ninguna probabilidad, no lleva consigo su condenacion: *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, declara Septimio Severo (*Ulp.*, l. 1, §. 17, D. de *quest.*) De la misma manera se explica que se admita en materia civil la facultad de renunciar á la prescripcion mientras que en materia criminal deben suplir los jueces la prescripcion, así como cualquier otro medio de defensa que omitiese el acusado, aun voluntariamente.

Por último, se admite en un proceso civil la facultad de corroborar una prueba imperfecta por declaracion de una de las partes, es decir, por el juramento supletorio, mientras que el espíritu de nuestro procedimiento criminal rechaza, segun veremos, bien la facultad de referirse al juramento de la parte querellante, bien el juramento *purgatorio* que se vuelve á encontrar aun en el derecho comun aleman, es decir, la delacion del juramento al acusado que no se halla enteramente convicto, si quiere ser completamente absuelto.

100. Observemos al terminar, que las formas de nuestro procedimiento civil, mucho mas técnicas que las del procedimiento criminal, influyen sobre el modo de suministrar la prueba, la cual se reviste de un carácter mas artificial en materia civil, mas sencillo y mas verdadero en materia penal. Pero esta última diferencia, mas perceptible en nuestro derecho que en nin-

1. Enrique VIII tuvo hasta la generosidad de dar un defensor de oficio á Santo Tomás de Cantorbery, en el extraño proceso que dirigió contra él en 1538, tres siglos despues de su muerte, y á consecuencia del cual las cenizas del Santo fueron arrojadas al viento.

2. Si ocurre lo contrario en ciertos asuntos, tales como la separacion entre los esposos [Cód. de proc., artículo 870], es porque entonces el procedimiento civil no tiene ya un carácter puramente privado.