

el punto de vista de la penalidad (1) (ley de 17 de mayo de 1819, artículo 16—19) es capital en lo relativo á la admisibilidad de la prueba. Segun se advirtió en la esposicion de los motivos del Código penal, cuyos principios se han sostenido bajo este respecto por la legislacion de 1819 una vez probada la injuria, el acusado no tiene medio alguno de librarse de la pena. No puede admitirsele ni á probar ni á denunciar á la autoridad judicial hechos que no son precisos y calificados, por ejemplo, la embriaguez ó el libertinage, sin que importe sobre esto, que la persona injuriada sea un funcionario público. Esta circunstancia agrava la penalidad (ibid., artículo 19) sin permitir librarse de ella con una prueba que escluyese el carácter vago de semejantes invectivas. Es regla comun á la difamacion y á la injuria, que ni una ni otra pueden ser perseguidas sino á querrela de la parte agraviada (ley del 26 de mayo de 1819, arts. 4 y 5) (2). Esta restriccion fundada en el mismo motivo que el art. 336 del Código penal, que limita al marido la facultad de denunciar el adulterio de la mujer, deja á la parte interesada el cuidado de investigar en estas delicadas materias, si ofrece el juicio sobre este punto mas peligro que el delito mismo. Finalmente, se vé de nuevo el objeto de evitar el escándalo en una disposicion de la ley de 9 de setiembre de 1855 sobre la prensa, que prohibe á los diarios y publicaciones periódicas dar cuenta de los procedimientos por ultrages é injurias, y de los procedimientos por difamacion, en que no se admite por la ley la prueba de los hechos difamatorios; esta prohibicion que fué abrogada por el decreto del 6 de mayo de 1848, ha sido reproducida por el art. 11 de la ley de 27 de julio de 1849 (3).

(1) Conviene tambien, pero solamente bajo el punto de vista de la penalidad y de la competencia, examinar si la injuria, aunque no sea determinada, envuelve ó no la imputacion de un vicio determinado (la misma ley, artículo 20).

(2) La ley napolitana vá demasiado lejos en esta vía, al asimilar (Proc. crim. nap., art. 40) al rapto y al adulterio, respecto de los cuales exige la ley francesa la denuncia de las partes interesadas, la violacion y el atentado al pudor con violencia; crímenes sobrado graves para que las susceptibilidades privadas, aun las mas legítimas, no callen en vista del interés general que reclama su persecucion.

(3) El art. 14 del decreto de 17 de febrero prohibe tambien dar cuenta de los procesos por delitos de la prensa, y autoriza á los tribunales en toda clase de negocios civiles, criminales ó correccionales, á prohibir que se dé cuenta del proceso.

66. Ahora debemos ocuparnos en especial de la hipótesis en que es regularmente posible la prueba, es decir, en que se han articulado hechos precisos que ataquen el honor y la consideracion del querellante. En tal caso ¿debe el legislador castigar solamente la calumnia? ó en otros términos: ¿será admitido el querellante á justificarse, probando la realidad de los hechos por él alegados?

Cuestion es esta muy antigua, y sobre cuya solucion han ejercido necesariamente una grande influencia las costumbres y las instituciones políticas de las diversas épocas.

67. Las leyes de Solon no castigaban al detractor, sino en cuanto probaba la verdad de sus alegaciones. Puede invocarse graves motivos en apoyo de esta decision. «El sistema de la prueba, decia M. de Serre en la esposicion de los motivos de la ley de 17 de mayo, es á la verdad el único capaz de satisfacer completamente al calumniado. El calumniador, desafiado inútilmente á probar sus imputaciones, no tiene ya el recurso de sus subterfugios ordinarios; no puede ya decir que ha cedido sobrado inconsideradamente á la fuerza de la verdad, á un justo sentimiento de indignacion, y que si dependiera el juicio de la exactitud de los hechos, le seria fácil demostrar su inocencia, probando ante los Jueces mucho mas de lo que habia avanzado contra la parte que le persigue. No puede alegar mil presunciones, cuya malignidad jamás deja de apoderarse del ánimo y de obrar en favor suyo. En una palabra, acosado en sus últimos atrincheramientos, la justicia patente y no equívoca de su condenacion purifica enteramente el honor del ofendido, en vez de lastimarlo de nuevo, como sucede con sobrada frecuencia en esta clase de causas.» El ilustre orador añade, no obstante, que este sistema supone costumbres mas varoniles que las nuestras, verdaderas costumbres políticas. Es preciso tambien reconocer, para ser justo, que si los Atenieses soportaban mas facilmente que nosotros la difamacion, era porque no tenian, como lo prueba la estraña libertad del teatro de Aristofanes, esa delicadeza que se ha desarrollado en los pueblos modernos á influjo del cristianismo.

Ciceron (*de Republica*, lib. IV, cap. X) advierte, que los Romanos jamás soportaron semejante licencia (1) y cita una disposi-

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

cion de la ley de las Doce Tablas, que imponía la pena de flagelación (1) contra la difamación pública, y especialmente contra la publicación de poesías con carácter injurioso. «Si quis occentavisset, sive carmen (2) condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri.» En cuanto á la injuria verbal, *convicium*, que se refiere mucho más 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 oposición con el espíritu del pasaje de Cicerón que acabamos de citar, se halla igualmente desmentida por estos versos de Horacio bien conocidos (Sat. lib. II, sat. I al fin).

«Si mala condiderit in quem quis carmina, jus est
Judiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis
Judici condiderit laudatusque Cæsare! Si quis
Opprobriis latraverit integer ipse!
Solventur risu tabulæ: tu missus abibis.»

Estas últimas expresiones: *solventur risu tabulæ*, indican suficientemente una absolución extraordinaria, motivada por la buena fama del detractor, cuando el querellante tenía una reputación de testable; en una palabra, una excepción que solo sirve para confirmar la regla. Era, pues, en Roma, principio riguroso en el origen, el castigo de la maledicencia lo mismo que de la calumnia (3). Pero

(1) Formidine fustis
Ad bene dicendum delectandum que redacti,

dice un pasaje de Horacio (Epist. lib. II, Epist. I), que hace pensar en la ley *inmanis* propuesta por Chateaubriand, como contrapeso á la libertad de la prensa.

(2) El castigo del *carmen famosum* fué estendido por la jurisprudencia á todos los escritos difamatorios (Paulo, sent. V, tit. IV, §. 15). De aquí la rúbrica del tit. X, del lib. XLVII, del Digesto: *De injuriis famosis libellis*.

(3) 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 sentido muy especial para designar la acción de intentar un proceso de mala fé; lo que daba lugar á penas severas, tanto en lo civil como en lo criminal (Gaius, Inst. comm. IV, §. 174 y sigs.). Valent, v Valeus, l. 7 Cod. *de calumniat*. El acusador no incurria en la pena del Talion como *calumniador*, por solo no haber podido probar los hechos de la acusación, si había tenido justas causas para hacerla.

los jurisconsultos romanos eran demasiado ilustrados para no concluir por reconocer, que hay hechos cuya revelación interesa á la sociedad. De aquí este famoso texto 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 texto la reproducción 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 texto de Ulpiano (l. 15, §. 15, D. *de injur.*), según el cual, no se cometía injuria tratando de ladrón al que lo era efectivamente. Gordiano responde asimismo, en lo concerniente á la imputación 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 orden general de la sociedad. Ciertos intérpretes mantienen, no obstante, aun en el último estado del derecho romano, la aplicación general de la antigua regla, que formulan en estos términos: *Veritas convicii 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 convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probaturus est, fides veri á calumnia te defendit.» Entienden que estas últimas expresiones se 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 había tenido intención de insultar al reclamante. Y como el rescripto habla en seguida del homicidio (*homicidium*), si se interpretara de esta suerte, se aplicaría evidentemente á los hechos previstos por la ley *Eum qui nocentem*, hechos cuya revelación interesa á la sociedad. Pero esta interpretación, rechazada por sólidos entendimientos, dá un sentido más natural á la decisión de Diocleciano. La idea dominante del rescripto es saber si las palabras injuriosas se han proferido sin intención, *si probaturus es non convicii consilio dixisse*. Todo induce á creer, que la respuesta corresponde á la pregun-

ta, 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. 5, §. 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 es mas sencillo considerar con Godofredo esta ley de Constantino, como una medida de circunstancias, dirigida contra ciertos cismáticos que perseguian 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 (tít. XXXII), despues de haber previsto el caso en que se hubieran dirigido á otro injurias vagas, tales como las calificaciones de *zorro*, *liebre* (*vulpiculum*, *leporem*), añade: «Si meretricem, et non po-

(1) En tiempo de Paulo (sent. V, tít. IV, §. 17), se imponia á los autores de libelos una pena extraordinaria, que no escedia de la relegacion; en el bajo imperio fueron castigados con pena capital.

terit 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*, Schneidewinus añade: (*Inst. comm. tit. IV, de injur.*) «Licet canonistæ teneant regulariter injuriantem, sive verum sive falsum dicat, sive intersit reipublicæ sive non, teneri.» Esta última propension parece haber dominado decididamente en la práctica. No hay duda que los intérpretes del derecho romano establecian constantemente por principio la distincion fundada en el texto de Paulo; Carpzovio (*Nov. pract. rer. crimin.*, quest. 96, n. 76) dice formalmente: *Quod ipsum tamen limitatur, si reipublicæ expediat convitium manifestari*: algunos llegaban á dar una singular estension á la justificacion fundada en el interés público, enseñando, que convenia divulgar, bien fuera el adulterio, cuya represion interesa al órden social, bien las enfermedades contagiosas, cuya propagacion es muy de temer (1). Pero en los últimos siglos, no se atenian generalmente al adagio: *veritas convicii 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, tít. II, §. 15): «Aunque las palabras injuriosas no contengan nada que no sea conforme á la verdad, aun de público, no por esto hay exencion 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 esplicarse 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

(1) Hállase curiosos pormenores sobre este punto en la obra de M. Grellet-Dumazeau, n. 560.

de excusa.» En su consecuencia, se ha declarado por sentencia del Tribunal de París de 19 de abril de 1670, punible la imputación de *falsario* hecha á un escribano, no obstante ser cierta, y por sentencia de 15 de diciembre de 1679 (1) un particular que llamó á otro quebrado fué condenado, no obstante ser cierto el hecho, á pedir perdon al ofendido (2).

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, n. 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 espresarse con una libertad, sin la cual llegaría á ser imposible el ministerio del abogado. «Hay casos, decia 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 esplicar 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 esteriores, y la parte que de ellos se querella debe mas bien quejarse de su conducta desarreglada 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 difamación verbal (*stander*) y el libelo. En el primer caso, cuando

(1) Dareau señala, no obstante, como singular un auto de 8 de octubre de 1610, decretando el sobreseimiento en una causa en que se querrelaba un hijo de un ahorcado de haber sido calificado de tal.

(2) 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 perpétuo por habersele imputado haber escrito versos escandalosos y difamatorios. En virtud de otras sentencias dadas tambien por el Parlamento de París 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 *fixado, divulgado ó vendido* 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 1536 pronunciaba inmediatamente la pena de muerte. Esta terrible sancion se encuentra todavía en el Código penal publicado en 1713 por Víctor Amadeo, fundador de la monarquía sarda.

há lugar solo á la acción civil, segun el antiguo derecho germánico, solo se castiga la calumnia. «Si puedo probar,» dice Blakstone (V. la traducción 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 imputación un perjuicio notable, no obstante, si el hecho es cierto, hay *damnum absque injuria*, y cuando no hay injuria, la ley no concede reparación.»

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 inculcado 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 Unión. 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 es 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 disposición represiva, sea de la difamación, á no ser que degenerase en insulto (2) (ley del 22 de julio de 1791, tit. 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,

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

(2) No hablamos de la simple injuria verbal, castigada entonces como en el día con penas de simple policía. (Cód. del 3 de brumario, año IV, art. 605.)

así como por 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 accion 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 esposicion de motivos del Código penal, «que la calumnia no haya sido suficientemente reprimida, y que no hayan temido la envidia ó el ódio atacar la reputacion de los sugetos mas recomendables. Há 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 inversa, iba demasiado lejos, en cuanto no distinguia 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 deshonor ó la vergüenza de una desdichada que ha tenido un momento de debilidad.» Sobrado estensivo en cuanto á la prueba de los hechos de la vida privada (3),

(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. del T.)

(2) Aquí la calificación de *calumniosa* se entendia tambien en el mismo sentido que la *calumnia* del derecho romano.

(3) Este sistema se ha sostenido hasta el dia en Bélgica, en cuanto á

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 debe decirse con Paulo: «Peccata nocentium nota esse et expedire 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. 15), 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 (1) (Ibid. art. 15; C. pen., art. 375 y 376). Pero en semejante hipótesis, la injuria difamatoria, así como la injuria propiamente dicha (n. 65), escluye 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,

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.

(1) Cesaría tambien toda pena, si hubiera sido provocada la injuria. (Cód. pen., art. 471, 11.). Darieu (*Tratado de las injurias*, cap. X, seccion X, n. 13) queria que la provocacion, en caso de injurias verbales, 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.

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 la verdad de los hechos difamatorios.» Bien mirado, este sistema es el más conforme á nuestras costumbres (1). «A pesar 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 destruir 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, sino 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 1831. §. 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 ejem-

(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 teoría de la ley (Caus. de Diput. de 28 de abril de 1819): «Hé aquí *amurallada* la vida, si puedo servirme de esta espresion; se la ha declarado invisible, se halla encerrada en el interior de las casas.

plo, 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 del 17 de mayo, los cuales solo quisieron, segun la exposicion 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 reprodujeron la disposicion del art. 367 del Código penal, en cuanto á los hechos, *cuya publicidad autoriza la ley*, fué porque temieron que se abusara de ella para revelar maliciosamente condenas ya expiadas contra la doctrina de Vinio (sobre el §. 1, Inst. de injur.), y la antigua práctica. (n. 68) Pero no pudieron considerar 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 (2). 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 máximun 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.)

(1) Se prohíbe dirigir semejante calificacion solamente á las mujeres de virtud equívoca, segun el antiguo adagio: «Mulieri quæ non palam et passim, sed paucis sui facit copiam, competit injuriarum actio adversus eum qui eam meretricem vocavit. (Boerius. decis. 125.)

(2) 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 Saletta*.

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

Además, el legislador de 1819, como el de 1810, reserva al autor de la imputación la facultad de denunciar los hechos punibles según la ley, y una vez formada esta denuncia, se sobresee en la prosecución y en el juicio del delito de difamación (ley 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 a 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 si se espone a 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. 23 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 a 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 a obtener justicia; y respecto del acusado, por otra parte, el procedimiento sobre 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 escepcionalmente a 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 14 de diciembre de 1842; pero resolvió sobre una hipótesis particular, en que pertenecía la iniciativa esclusivamente al Fiscal del Tribunal Supremo, por lo que no debe esto considerarse sino como una escepción 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 los tribunales, tiene inmunidad completa respecto de los discursos y es-

critos, 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, podrian dar lugar á accion alguna, salvo en caso de esceso, al 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 1819, arts. 21 y 22) antes de la Constitucion de 1852, que solo permite la reproduccion del acta verbal redactada bajo la inspeccion de la autoridad (1). Esta inmunidad no se estiende á las deliberaciones de los consejos generales provinciales y municipales; porque teniendo estas deliberaciones por objeto intereses de un orden mas positivo, no admiten las recriminaciones apasionadas que la libertad de discusion nos obliga á tolerar en las discusiones puramente políticas; asi lo ha juzgado el tribunal de casacion, especialmente por sentencias de 8 de noviembre de 1844 y de 17 de mayo de 1843. En cuanto á las reuniones preparatorias en que examinan los electores los titulos de los candidatos, es cierto que ningun texto concede inmunidad absoluta á los discursos que se pronuncian en ellas. Pero seria evidentemente poner un obstáculo al pleno y completo ejercicio del derecho electoral, no admitir en el seno de estas reuniones la discusion de todas las circunstancias desfavorables á los candidatos que se presentan 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 revelen; mas para evitarlo, no tenian mas que no descubrirse, en cierto modo, presentándose á solicitar los votos de sus conciudadanos. No seria así respecto á las alegaciones que no atacasen directamente á la persona del candidato, como si se difamara

(1) Al autorizar la publicacion *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 Constitucion, que solo permite á los periódicos reproducir el acta verbal oficial. (Véase respecto de la sancion de esta prohibicion el decreto de 17 de febrero de 1852, arts. 14, 16 y 18.)

á su mujer ó á su hija: en tal caso no podria invocarse excusa alguna fundada en el interés general. Por lo demás, no debe perderse de vista que no habiéndose establecido en nuestras leyes ningun principio sobre este punto, los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar si la discusion se encierra en un justo limite (sent. de 11 de mayo de 1843). Atendiendo al hecho, cuando se pruebe la falsedad de la imputacion, 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 habia calumniado, M. Duncombe, miembro de la oposicion radical en Inglaterra, calificado en el *Morning-Post* de hallarse *convicto de estafa*. Pueden aplicarse á nuestro derecho las palabras pronunciadas por Lord Denmann, 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 serian 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 tambien que los hechos eran enteramente falsos.»

Una inmunidad mas antigua (núm. 68) se concede al foro, salvo el ejercicio del poder disciplinal del tribunal que conoce del asunto, poder que corresponde al del presidente de una Asamblea legislativa para con los miembros de esta Asamblea. La legislacion del imperio, poco favorable á los abogados, reservó una accion para los casos de *calumnia grave* (1). (Cod. pen., art. 377). 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. 23). Las dificultades á que puede dar lugar la aplicacion de esta disposicion son ajenas á nuestro asunto.

76. Lleguemos á la hipótesis que ha suscitado las cuestiones mas delicadas, á la en que se admite la prueba al acusado, de cuya

(1) Aun en el día, no puede aplicarse la inmunidad á la *denuncia calumniosa*, delito mucho mas grave que la difamacion, y á que no es necesario recurrir para la defensa del negocio. (Sent. de 1.º de marzo de 1860).

materia trata el artículo 20 de la ley de 26 de mayo de 1819, concebido en estos términos:

«A nadie se admitirá prueba sobre la verdad de los hechos difamatorios, sino en el caso de imputacion 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 criminal por todas las vias ordinarias, salvo la prueba en contrario por las mismas vias. La prueba de los hechos imputados pone al autor de la imputacion 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 su consecuencia, se halla protegida contra la difamacion la vida privada de los funcionarios, lo mismo que la de los particulares, y que en sentido inverso, se considera como funcionario al particular que obra con carácter público, aunque sea un simple guardia nacional (sent. de 5 de agosto de 1834). 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 1819, la ley de 25 de marzo de 1822 (arts. 17 y 18) restableció la jurisdiccion correccional respecto de toda difamacion, y prohibió que jamás se probara con testigos la realidad de los hechos difamatorios; sistema algo mas amplio que el del Código penal, puesto que no 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. 5.º 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. 3.º), 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 (Cod. Nap., artículo 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 mismo tribunal de casacion, con 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 espresada 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 publica ante el tribunal criminal, tal como la habia 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 para resolver el problema, solo servian para 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 corresponda, 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 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 á suprimir la accion civil. Esta accion no fué destruida, sino que únicamente debia 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 á una verdadera de-

(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 atribuia al jurado el conocimiento de todo delito cometido por medio de la prensa ú otro medio de publicacion. Pero no habia un interés 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 en los delitos de injuria y difamacion contra los particulares.