

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

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

No debe, sin embargo, exajerarse la trascendencia de la nueva legislacion, é imaginar, como se ha sostenido, que el acusado de difamacion contra un funcionario público no es hoy admitido por la letra del art. 25 de la ley de 26 de mayo de 1819, á denunciar los hechos, si son punibles segun la ley; denuncia que ocasiona el sobreseimiento del procedimiento por difamacion (1). Esta facultad, que se remonta al art. 562 del Código penal, se ha sostenido, bajo el régimen del decreto de 1852, por sentencias del tribunal de casacion de 19 de enero y de 1.º de junio de 1855.

Por otra parte, no debe confundirse con los funcionarios públicos al jefe del Estado ó á los miembros de la familia reinante. La inviolabilidad del jefe del Estado no permite que se pruebe contra él ningun hecho que pueda comprometer su dignidad, segun juzgó el tribunal de casacion el 20 de julio de 1852. En cuanto á los

(1) Pero en el dia, como antiguamente (Cas. junio de 1811), el hecho de la denuncia no hará que cesen los procedimientos si hubiese injuria. (V. n. 65 al fin.)

miembros de la familia reinante, la ofensa que se cometa contra ellos con publicidad está penada especialmente (Cód. pen., artículo 86); la difamacion y la injuria que no tienen este carácter, se hallan sometidas al derecho comun sobre la vida privada. En el caso en que los príncipes desempeñen alguna funcion pública y sean atacados por este título, se admite la prueba de la verdad de los hechos, respecto de ellos, como respecto de cualquier otro funcionario público.

77. Tales son las reglas sobre la prueba de los hechos difamatorios en lo concerniente á la accion civil que se intenta en razon de la difamacion cometida por cualquier medio de publicacion. Pero ¿qué debe decidirse en cuanto á la difamacion cometida igualmente contra funcionarios, pero puramente verbal? (1). No hay duda que su conocimiento corresponde á la jurisdiccion correccional, segun los términos del art. 14 de la ley de 26 de mayo de 1819. ¿Pero debe la jurisdiccion correccional comprender la prohibicion de la prueba respecto del acusado? Así lo ha decidido constantemente el tribunal de casacion, aun rigiendo la legislacion de 1848 que dió una nueva sancion al principio de la libre discusion de los actos de la autoridad. (V. las sents. de 31 de enero, 9 de marzo y 12 de agosto de 1850.) Esta jurisprudencia se funda principalmente en un argumento á contrario, sacado de los arts. 20 y siguientes de la ley de 26 de mayo, artículos que solo organizaban la prueba de los hechos difamatorios ante la jurisdiccion criminal. Sin embargo, se puede responder á este argumento, refiriéndose á la discusion de 1819, en que se halla el origen de estas dos disposiciones, relativas, la una á la prueba, la otra á la jurisdiccion competente. Los artículos 50 y siguientes pertenecen a sistema del proyecto de ley, tal como se presentó en la Cámara de diputados, segun cuyos términos, todo delito de difamacion debia juzgarse por el tribunal criminal. Solamente despues, y á consecuencia de una enmienda, se introdujo en la ley el artículo 14 que propendia á someter á los tribunales correccionales, no solamente la difamacion contra los particulares, en que no se admitia prueba sino la difamacion verbal contra los funcionarios públicos. ¿Cuál fué

(1) Pero debe suponérsela pública; de otra suerte, solo seria una mera injuria castigada con penas de simple policia; pero sin que se permitiera probar la verdad de los hechos imputados (n. 72).

el motivo de esta innovacion? Evidentemente, no recargar al jurado, llamándole á juzgar de simples palabras que eran naturalmente de la competencia de los tribunales correccionales. Nada indica por otra parte en la discusion la intencion de distinguir sobre la prueba, contraria al testo general del art. 20: «A nadie se admitirá á probar la verdad de los hechos difamatorios, sino en caso de imputacion contra los depositarios ó agentes de la autoridad.» Es verdad que esta disposicion escitó preocupaciones respecto de la libertad de la prensa, pero no fué este el pensamiento principal de los autores de la ley de 1819; pues lo que principalmente se propusieron, fué autorizar la libre censura de los actos de la autoridad, sin distinguir entre los medios por los que se verificaba esta censura. Así es, que en la sesion del 27 de abril de 1819, despues de haber recordado Royer Collard que, segun el sistema de la ley, estaba amurallada la vida privada, añadia: «Si amurallais la vida pública, reconocereis que el poder público es el dominio del funcionario, un campo que puede labrar como quiera, sin que el campo pueda *murmurar*, puesto que es propiedad de quien lo labra.» Pues bien, el derecho de *murmurar* ¿no lleva consigo el de atacar, aunque sea verbalmente, los actos de los funcionarios? Creemos, pues, que la prueba de los hechos difamatorios, en tal caso, debe admitirse igualmente ante la jurisdiccion correccional, lo cual ofrece menos dificultad en el dia, puesto que segun los términos del art. 28 del decreto de 17 de febrero de 1852, los hechos difamatorios no pueden probarse por testigos, disipándose así las dificultades que originaba el tener que practicarse la prueba testimonial ante los Jueces correccionales. Añadamos, al terminar, que no debe darse á nuestra opinion una trascendencia que no tiene, suponiendo que autorizamos la prueba de la verdad de los hechos articulados en todo ataque verbal, dirigido contra los agentes de la autoridad. Siempre que se ultraja públicamente, de cualquier modo que sea, á uno de estos agentes, por razon de sus funciones ó de su cualidad, por ejemplo, si ha sido insultado un magistrado en su tribunal, el autor del ultraje incurre en una penalidad especial que establece el art. 6 de la ley de 25 de marzo de 1822, y no puede justificarse por medio de prueba alguna. La legislacion especial sobre la difamacion, solo es aplicable en cuanto las imputaciones dirigidas contra los funcionarios, que no han ido acompañadas de ninguna apreciacion injuriosa, de término alguno despreciativo, de ningun ademan que las haga dege-

nerar en ultraje; circunstancias que se presentan frecuentemente en una difamacion puramente verbal. Así, debe reconocerse que, de hecho, en muchos casos en que ha rehusado admitir la prueba la jurisprudencia, habia justos motivos para no autorizarla, segun los términos de la ley de 1822, cualquiera que fuese la interpretacion que por otra parte se diera á la de 26 de mayo de 1819.

78. Cuando la ley autoriza la prueba de los hechos alegados, no hay duda que el querellante puede probar su falsedad, así como el acusado puede probar su verdad. Pero se ha querido que cuando se trata de hechos cuya prueba prohíbe la ley al acusado, se admita al querellante justificar que se le calumnió, puesto que no debe volverse contra él la prohibicion de la prueba que se admitió en su favor. Pero por una sentencia denegatoria de 2 de febrero de 1827, se ha desechado esta pretension, por no ser admisible en juicio una prueba sobre que no se permita contradiccion.

La legislacion española ofrece sobre materia de injuria ó difamacion curiosas y sábias disposiciones, que creemos oportuno consignar aquí, para que sirvan de complemento ó ilustracion á las prescripciones de los demás países de Europa que cita M. Bonnier, y para que nuestros lectores formen una idea de nuestra legislacion antigua y moderna sobre este importante punto.

Segun las leyes 1 y 2, tít. 9, Part. 7, con las glosas de Gregorio Lopez, no es culpable de injuria el que imputa ó atribuye á otro un delito ó defecto, no por afrentarle ó envilecerle, sino por defenderse ó no arriesgar sus intereses, como si uno pone tachas al testigo de su adversario, y la prueba por disminuir ó enervar la fuerza de su testimonio, ó deja de admitir al fiador que se le presenta por persona que le está obligada, diciendo que no es idóneo. Tampoco es culpable de injuria, segun las leyes citadas de Partida, el que eche en cara ó impute á otro de palabra y no por escrito algun delito de la clase de aquellos en que hay accion popular, y en cuyo descubrimiento y castigo está interesada la sociedad, con tal que lo justifique y el delincuente no haya sido indultado ni condenado. Segun la ley 13, las mujeres de buena fama que vestian el traje de las públicas, ó se ponian en lugares donde éstas moraban, no podian querellarse como mujeres honradas de la injuria que de palabra ó hecho, ó trabando de ellas les hacia alguno, creyéndolas malas mujeres, dando la ley la razon de que aquellas son por aquel hecho meramente culpables.

Acerca de si debería quedar libre de pena el que profirió una injuria verbal, si probaba la certeza de lo que dijo ó echó en cara al injuriado, controvertian nuestros autores, atendiendo á nuestra antigua legislacion, apoyándose los que estaban por la afirmativa en algunas palabras de la ley 1, tít. 9, Part. 7; y los que por la negativa en otras cláusulas de la misma ley, entendiendo que esta se refiere á lo mas á los delitos públicos de que cualquiera puede acusar por estar interesada en su revelacion y castigo la sociedad entera, pero no á los delitos privados de que solo el ofen-

dido puede querellarse. Y aun respecto de los delitos públicos, opinaban no deber admitirse la prueba de ellos, ni eximirse de la pena de injuria al que los imputa ó echa en cara al delincuente despues de haber sido 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 menoscabaría el honor de los particulares, turbaría la paz de las familias y ocasionaría 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 órden 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 pensarse 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 constituya 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 cometa 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 órden público. En este último caso, los responsables del escrito tenian obligacion de probar la certeza de sus asertos.

En el día, 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 espresarse 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 espresiones bajas, ridículas ó 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 dirija 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 acaba de espresar, ha de preceder escitacion especial del Gobierno. V. el art. 391 del Código penal de 1848.

APÉNDICE.

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 esta 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 dificilmente, y solo cuando se ataca á los funcionarios públicos la prueba de la verdad de los hechos difamatorios, ¿proteje á los muertos lo mismo que á los vivos? (1). Hé aquí una gravisima 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

(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*.

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 únicamente en el terreno de la calumnia. Entonces diriamos, 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 15), 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.

80. 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 romanos, 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 fundamen-

to los herederos para intentar una acción puramente civil, según el art. 1382 del Código Napoleón, conforme ha juzgado el tribunal de Casación de París por sentencia de 1858, relativa á las Memorias del Duque de 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 apreciación sobre este punto, que las imputaciones de que se querellaban los herederos, «no se habían dirigido personalmente contra ellos, que se dirigían únicamente á la memoria de su autor, que así solo había que decidir la cuestión de derecho, esto es, si está prevista y penada por nuestras leyes la difamación de un difunto.»

81. Sentada y limitada así la cuestión, 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 legislación ateniense sobre la difamación? «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 había 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 mantenía en ellas un sentimiento puro, moral, elevado. Así es, que prohibía difamar á un difunto, y decir jamás nada malo de él, aun cuando hubieran provocado sus hijos la difamación por medio de injurias.»

83. La legislación romana, que se ha citado muchas veces y especialmente ante el tribunal de casación, como autorizando un principio idéntico, está lejos de explicarse en los mismos términos, pues si bien dá acción á los herederos, es en su nombre propio, por razón 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, laessatur.* Y no añade Ulpiano, como pretenden ciertos comentadores, que esto se funda en que el heredero continúa la persona del difunto. Esta idea sería inconcilia-

ble 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 apreciación de la injuria es enteramente personal, no podrían tener los herederos acción *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 ocasión á una acción penal.

84. Los legistas del siglo XVII reprodujeron los principios de la legislación romana, concediendo acción 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 ficción; la injuria inferida al difunto puede ser tal que no se refleje sobre el heredero; sin embargo, no es menos importante notar que no pertenecía la acción 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 legislación inglesa, en que según nos dice M. Starkes (1) en una obra especial, *on the law of slander and libel* (V. núm. 69): «Un libelo que ataca una persona muerta, puede motivar una acusación si se publica con la mala intención 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 común 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 común 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 consideración de los herederos*. El proyecto de Código penal de 1851 contenía una disposición que autorizaba los procedi-

(1) Tomamos esta cita de la excelente obra de M. Chassau sobre *los delitos de la palabra y de la prensa.*

mientos con independencia de esta circunstancia; pero esta disposición fué desechada por las Cámaras.

86. Entrando en el exámen de las disposiciones de la legislación moderna, el art. 367 del Código penal de 1810 se halla concedido 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, espondrían á aquel contra quien se articulan á ser perseguido criminal ó correccionalmente, ó aunque solo le espusieran al menosprecio ó al ódio de los ciudadanos.»

El individuo difamado, era, segun esta disposición, 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 tésis en su sentencia 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 disposición represiva.»

87. Es importante fijar bien este punto desde luego, porque sería necesario que las leyes contuvieran una disposición terminante para crear un delito donde no existia ninguno. Pero, además, 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 art. 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 art. 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 ningun culto ha venerado tanto la memoria de los difuntos como la religion cristiana, que ha establecido una tierna comunión 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, además de la indemnizacion de daños y perjuicios, la

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

supresion del escrito difamatorio (1). Esta sancion que hoy se considera insuficiente, estaba 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 artículo 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 jamás en el lenguaje del derecho, y sobre todo 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 artículo 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

(1) Esto es lo que hizo la Audiencia de París en el asunto de las Memorias del Duque de Ragusa.

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 París, porque parece que no se produjo ante ella, se encuentra refutado por el legislador de la Restauracion misma (1); el artículo 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 artículo 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 día (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 excesiva para con la prensa, y que solo admitia la 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 atribuía 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

(1) Hace esta importante observacion M. Gilbert, en la crítica que dirige á la sentencia, cuya doctrina discutimos (Devilleneuve, 1860, part I, págs. 657 y 658.)

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 discordes. ¿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 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. Plougoum 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 (2).

92. La sentencia de 24 de mayo invocó bajo otro punto de vista el espíritu de la legislacion de 1819, declarando que «las razo-

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

(2) M. Lafontaine, consejero de la Audiencia de Orleans, ha espresado sobre este punto, en la *Revista critica* (tom. VI, pág. 1,111), una opinion que está lejos de serle personal.

nes de moral pública, de paz entre los ciudadanos que han hecho que la ley asegure el respeto de la reputacion agena, 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 los derechos del historiador, el cual, como dice muy bien la Audiencia de París, «no debe, por un interés social de órden 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. Plougoum 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 llevarsele 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 podría 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 tiene intencion de ofender la memoria de estos miserables. ¿Deberia autorizarse, no obstante, á los herederos á querellarse 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 este es el caso de decir con Bacon: *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio iudicis*. 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 1855, 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 Au-

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

diencia de París en esta misma sentencia es, *que jamás forme 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 del Código penal belga (2), sometido á la sazón al poder legislativo. Teniendo por base la legislacion actual en Bélgica nuestro Código penal de 1810,

(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.

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

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 prevalecto 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 (1); 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 artículo 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 éstos, á los herederos legales hasta el grado tercero. Finalmente, se ha creido que se hallaban custodiados los derechos de la historia, exigiendo que se haga la imputacion *maliciosamente*, segun los términos del artículo 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.

(1) 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.

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, 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, cónyuge 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 adcionada despues del número 78.

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 recíprocamente. Distincion 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 cuál 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 *à priori*. Hay países en que

abandonadas 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 procedimiento 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, asimilar 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 habiéndolo 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 vali-

(1) Ya Federico el Grande, por la ordenanza de 1777 y el Código de 1781 habia dado el primer paso en esta vía. (V. el interesante trabajo de M. Bergsonon, *Revista del derecho francés y extranjero*, año 1847, páginas 41 y siguientes.)

dez 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 propiedad en favor del demandante, ó bien si suponiendo establecido este derecho, ha sido destruido por tal ó tal medio. Debe aplicar 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 (Cod. de proc., art. 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 quæ rei aptiora, et vero proximiora esse compererit*. 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 interés 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 reune 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 inculcado; el mismo ministerio público, aunque encargado especialmente de provocar la represion, no debe proseguir la acusacion *per fas et nefas*, sino detenerse en cuanto hay duda seria so-

(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.

bre 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, según hemos tenido ocasión de observar (núm. 57), 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 acusación 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 (Cod. 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 según veremos en el curso de esta obra, sobre la admisibilidad de los medios de prueba. Así, la delación del juramento decisorio, por el cual se cortan las cuestiones de interés puramente privado, es inadmisibles en lo criminal, porque no pueden depender los procesos de una transacción. Por el mismo motivo, ni el desistimiento de la parte civil, ni aun el abandono de la acusación 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 sucedería 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 confesión no tiene la misma fuerza en lo civil que en lo criminal. En el procedimiento civil, la confesión termina toda contestación ó litigio (2), y puede decirse con Paulo (l. 1 D. de confess.): *Confessus*

(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 después 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 separación entre los esposos (Cód. de proc., art. 870), es porque entonces el procedimiento civil no tiene ya un carácter puramente privado.

pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur. En un proceso criminal, la simple confesión del acusado, si no está apoyada en ninguna probabilidad, no lleva consigo su condenación: *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, delara Septimio Severo (Ulp., l. 1, §. 17, D. de quæst.) De la misma manera se explica que se admita en materia civil la facultad de renunciar á la prescripción, mientras que en materia criminal deben suplir los jueces la prescripción, 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 declaración de una de las partes, es decir, por el juramento supletorio, mientras que el espíritu de nuestro procedimiento criminal rechaza, según 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 común alemán, es decir, la delación 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 más técnicas que las del procedimiento criminal, influyen sobre el modo de suministrar la prueba, la cual se reviste de un carácter más artificial en materia civil, más sencillo y más verdadero en materia penal. Pero esta última diferencia, más perceptible en nuestro derecho que en ningún otro, no se refiere á la naturaleza de las cosas, y una buena legislación debería propender á atenuarlo, ya que no á hacer que desapareciera.