

vo para ello. En cualquiera estado en que aparezca inocente el procesado, se sobreseerá desde luego respecto á él, declarando que no le pare ningun perjuicio en su reputacion, y sobreseerá asimismo el juez, si terminado el sumario viere que no hay mérito para pasar mas adelante, ó que el procesado no resulta acreedor sino á alguna pena leve. Se sobresee asimismo en el juicio criminal cuando el acusado es demente ó menor de edad, y solo se sigue en la parte civil relativa á la indemnizacion de daños al perjudicado: y cuando el procedimiento se ha comenzado en virtud de una accion personal por delito privado, y el acusador desiste de ella ó da motivo á que esta accion cese, como si la causa se sigue por calumnia ó injuria y perdona al reo la parte agraviada, y en los demas casos mencionados en los artículos 360, 362, 371 y 391 del Código penal.

Son comunes á los juicios civiles y criminales los autos para mejor proveer, á que tambien hace referencia M. Bonnier en este párrafo.

El auto para mejor proveer es el que dá el juez de oficio cuando encuentra un hecho oscuro ó dudoso al ver un proceso, mandando practicar alguna diligencia indagatoria para ilustrarse y averiguar la verdad. En lo civil, puede el juez con este objeto, decretar que se traiga á la vista cualquier documento; exigir confesion judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que se refieren á la cuestion y no estén probados; decretar que se practique cualquier reconocimiento ó avalúo que juzgue necesario, traer á la vista cualesquiera autos que tengan relacion con el pleito (art. 48 de la ley de Enjuiciamiento civil).

En lo criminal, segun previene la regla 12. art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia, si dentro de los tres dias de concluida la causa, el juez hallase en ella defectos sustanciales que subsanar, ó faltaron algunas diligencias precisas para el cabal conocimiento de la verdad, acordará, que para determinar mejor, se practiquen sin pérdida de momento todas las que fueren indispensables; pero entendiéndose bajo su responsabilidad, en el caso de dar margen con esto á diligencias innecesarias. (N. de C.)

En México, conforme á lo dispuesto en la ley 9, tit. 22 Part. 3, y á lo que opinan los autores, se observó la práctica de absolver al reo de la instancia, quedando abierta la causa para cuando aparecieran pruebas suficientes que fundasen una absolucion ó condenacion definitiva; pero el art. 24 de la Constitución general dice: "Queda abolida la práctica de absolver de la instancia."

El Sr. Castillo Velasco, *Apuntamientos del derecho constitucional mexicano*, Cap. IV, se expresa así:

¿QUE SE PUEDE PROBAR?

§ I, Principios generales sobre los hechos susceptibles de prueba.

SUMARIO.

60. Condiciones para la admisibilidad de la prueba.
61. Necesidad de que los hechos sean concluyentes.
62. Necesidad de que la prueba no sea imposible ó prohibida por la ley.
63. Imposibilidad física ó moral.
64. Prohibicion de la ley.

60. Los tribunales no deben mandar sin discernimiento la prueba de todos los hechos que un litigante quiere consignar. Los hechos propuestos deben ser examinados bajo dos puntos de vista; relativamente á la causa en cuestion y despues en sí mismos.

61. Considerados en su relacion con la causa los hechos alegados deben ser *concluyentes*.

Esta condicion de admisibilidad indicada por la ley, respecto de las informaciones (Cód. de proced. art. 954) debe evidentemente generalizarse; porque, si el hecho alegado no es, aun suponiendo lo cierto, de tal naturaleza que haga triunfar á la parte que lo alega, seria supérfluo mandar que se probara: *frustra probatur quod probatum non relevat* (1).

"Absolver de la instancia, como se verificaba antiguamente, y no absolver del cargo, era dejar espuesto al acusado á ser juzgado de nuevo, y tantas veces cuantas el juez estimara que se ofrecian nuevos datos para el esclarecimiento de la verdad. Situacion tan molesta y peligrosa, era todavía mas penosa que una verdadera pena determinada, porque esta tiene un término fijo, y la absolucion de la instancia dejaba al acusado durante toda su vida con la calidad de procesado y con la restriccion de la libertad otorgada bajo de fianza á otra cancion análoga." [N. de los EE.]

[1] La ley 7, tit. 14, P. 3, se expresa en estos términos: "Otrosi decimos que aquella prueba debe ser tan solamente recibida en juicio que pertenece al pleito principal sobre que es hecha la demanda, ca non debe consentir el judgador que las partes pierdan su tiempo en vano, en probar cosas de que non se pueden despues aprovechar maguer las probasen." El Cód. de Proc. del D. F. mas justo en esta importante materia, deja á las partes la mas amplia libertad de presentar las pruebas que quieran, previniendo que el juez debe recibirlas con la sola limitacion de que no sean contrarias á la moral ó á derecho, y para que los litigantes no abusen de esta libertad, mandó que el juez condene al que ha producido pruebas notoriamente impertinentes, al pago de los gastos y perjuicios que se hubieren causado al colitigante, aunque en lo principal del negocio obtenga sentencia favorable, advirtiéndose que la calificación se ha de hacer en la sentencia definitiva. —N. de los EE.—

Dícese comunmente que los hechos deben ser *pertinentes* y *concluyentes*. Pero la primera de estas condiciones entra evidentemente en la segunda. Es claro que se debe rechazar como no concluyentes las alegaciones estrañas al litigio; mas solo cuando se trate de pertinencia, será generalmente fácil decidir, al paso que se deberá proceder con mucha reserva, cuando se trate de apreciar la gravedad de hechos por otra parte pertinentes. Antes de denegar ó desechar la prueba, deberá examinarse con cuidado, á qué resultado puede conducir, considerando estos hechos, no aisladamente, sino en su conjunto: porque hay tales circunstancias que, aunque insignificantes si se las considera por separado pueden por su concurrencia, producir la conviccion así como se origina el fuego del contacto de diversas substancias que puestas separadamente, no serian susceptibles de producir este fenómeno.

62. Supongamos que los hechos son concluyentes; restará saber si deberán ser desechados desde luego, ya por ser imposibles por sí mismos, ya porque la ley no admita su prueba.

63. La imposibilidad matemática no puede ocasionar dificultad alguna. En cuanto á la imposibilidad física, que no es otra cosa que una improbabilidad estrema, ya hemos reconocido que los hechos que presentan este carácter deben desecharse desde luego, pues un litigante no puede sostener seriamente que acaba de verificarse un milagro en su favor; pero no debe confundirse con los hechos físicamente imposibles, los que, sin contrariar las leyes de la naturaleza, se desviarán solamente de su marcha ordinaria.

Así hay ejemplos innegables (V. Bentham, *Pruebas judiciales*, tom. II, lib. VIII, cap. VII) de hechos que mira el vulgo como imposibles. La prolongacion de la existencia por largo espacio de tiempo, con abstinencia de todo alimento; la concepcion de la mujer de una edad avanzada, etc., son acontecimientos que parecen milagrosos, pero que solo son desviativos del

curso ordinario de la naturaleza. Deberá procederse con mucha circunspeccion cuando se trate de admitir la prueba de hechos semejantes; pero no es permitido desechar su exámen. Tan razonable como es no admitir en la práctica ordinaria de lo vida la existencia de hechos milagrosos, tan prudente es no declarar á primera vista imposible un hecho, por solo parecer estraordinario, cuando en nada es físicamente imposible.

64. Finalmente, los hechos pueden ser concluyentes y muy verosímiles en sí mismos, pero de tal naturaleza que la ley no permita su prueba. No nos referimos aquí á los hechos contrarios á una presuncion legal, como si se quisiera hacer cesar la interdiccion estableciendo que la persona que la sufría, se hallaba en su sano juicio cuando verificó tal ó cual acto. Estos pormenores, que nos obligarian á anticiparnos, sobre la materia de presunciones, no son por otra parte de nuestro actual objeto. Ahora no se trata de los impedimentos estrictos que pueden oponerse á la admision de la prueba, sino de la naturaleza misma de los hechos que hay que probar. Y sabido es que existen ciertos hechos cuya prueba oficial no puede permitir la ley, por verdaderos que por otra parte sean.

En materia civil rechaza nuestro Código frecuentemente la prueba de hechos que lastiman la moral. Por eso prohíbe la investigacion de la filiacion incestuosa ó adulterina, y tambien la paternidad natural en casi todos los casos. No puede menos de confesarse que el legislador ha hecho en esto un gran sacrificio, temiendo abrir la puerta á procesos escandalosos. Por una parte priva de todo recurso á los hijos procreados de semejantes uniones, los cuales no pueden probar quiénes son sus padres; por otra, abre la via á las mas exageradas liberalidades voluntarias en su favor, puesto que no reconociéndolos, se elude toda clase de prohibiciones. Parece que se preocupa mas de las apariencias que de las reglas de fondo que ha estable-

cido en interes de la sociedad. "No estoy lejos de pensar, dice nuestro digno colega M. Demolombe (*Paternidad y Filiacion*, 2ª ed., núm. 561), que lo mejor en la legislación y cuando se trata de gobernar á los hombres, es, si me atrevo á decirlo, considerarlos tales como son. Me parece muy dudoso que haya muchas ventajas en no ver lo que todo el mundo vé, y en negar lo que es cierto; así nos esponemos á resultados chocantes, que ponen esta ignorancia afectada de la ley en contradicción con la evidencia de los hechos, y que producen un escándalo con frecuencia mayor que la verdad misma que no se ha querido reconocer y que no se ha podido disimular." Este sistema tan impugnado es enteramente moderno, y no se encontrarían casi vestigios de él en el derecho romano ni en la antigua jurisprudencia. (1)

En materia criminal se vé algunas veces reproducirse el mismo espíritu. Por eso queda impune el incesto, y no puede probarse el adulterio sino por delito flagrante ó por correspondencia de las partes (Cód. pen., art. 338). (2)

Lo que es dudoso y lo que está admitido respecto de la prueba de hechos inmorales por legislaciones menos severas que la nuestra, como la ley inglesa (M. Greenleaf, tom I. págs. 332 y 333), es, que en el caso de que no interese á la sociedad la revelación de semejantes hechos, sino que se provoca simplemente por la maligna curiosidad de un tercero, se la debe rechazar sin vacilación alguna. Así, pues, el Juez reusará dar importancia á un contrato cuya condición fuera la de causar el embarazo de una mujer no casada.

[1] El Código civil prohíbe absolutamente toda investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya sea que la investigación se haga en favor ó en contra de ellos. Art. 370. [N. de los EE.]

[2] La ley 2, tit. 19, L. 8. R. derogatoria de la 2ª. tit. 17, P. 7, dispone que solo el marido puede acusar de adulterio á su mujer, y en caso de vivir ambos adúlteros, contra los dos y no contra uno solo ha de dirigirse la acusación conforme á la ley 80 de Foro. El Cód. pen. de D. F. [art. 280], establece que no puede procederse criminalmente contra los adúlteros sino á petición del cónyuge ofendido. —N. de los EE.—

§. II.—DE LA PRUEBA EN MATERIA DE DIFAMACION.

SUMARIO.

65. Distincion de la difamacion y de la injuria.
66. Debe pensarse la maledicencia, así como se pena la calumnia.
67. Doctrina de la antigüedad sobre este punto.
68. Doctrina de nuestra antigua jurisprudencia.
69. Legislacion de Inglaterra y de los Estados Unidos.
70. Derecho intermedio en Francia.
71. Sistema del Código penal de 1810.
72. Sistema de la legislación en 1819.
73. Prohibicion de la prueba sobre hechos de la vida privada.
74. Reglas particulares á los actos de la vida pública.
75. Inmunidad completa en ciertos casos.
76. Facultad de probar la verdad de los hechos; variaciones de la legislación sobre este punto.
77. ¿Existe esta facultad en el caso de difamacion puramente verbal?
78. Prueba de la falsedad de los hechos alegados.

65. Conviene detenernos mas en una materia que ha dado lugar en la antigua jurisprudencia y en el derecho moderno, á vivas controversias; en la admisibilidad de la prueba de los hechos alegados por parte del que es acusado de difamacion.

Fijemos bien el punto en que estriba la dificultad. En el sistema autorizado por el artículo 13 de la ley de 17 de Mayo de 1819, debe distinguirse la alegación ó imputación (1) de un hecho que afecta al honor y á la consideración de la persona ó de la corporación á que se imputa el hecho, lo cual constituye la *difamacion*, y la expresión injuriosa, el termino despreciativo ó la invectiva que no contiene imputación de hecho alguno, lo cual constituye la injuria propiamente dicha (1). Esta distinción importante por otra parte bajo el punto de vista de la penalidad (2) (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 exposición de los motivos del Código penal, cu-

[1] "Imputer, dice M. de Courvoisier, en su dictámen sobre esta ley, es afirmar, alegar, es anunciar bajo la fé de otro, ó dejar á la imputación la sombra de una duda."

[2] Esta distinción es muy antigua en lo relativo á libelos infamatorios, puesto que Vinio nos dice —en el §. 1º. *Inst. de injur.*—: "Pro famoso libello eam solam scripturam haberi in qua obicitur speciale, certum, et capitale crimen."

vos principios se han sostenido bajo este respecto por la legislación 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 libertinaje, sin que importe sobre esto, que la persona injuriada sea un funcionario público. Esta circunstancia agrava la penalidad (ibid., art. 19) sin permitir librarse de ella con una prueba que escluyese el carácter vago de semejantes invectivas. Es regla común á la difamación y á la injuria, que ni una ni otra pueden ser perseguidas, sino á querrela de la parte agraviada (ley de 26 de Mayo de 1819, arts. 4 y 5) (1). Esta restricción 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 disposición de la ley de 9 de Setiembre de 1835 sobre la prensa que prohíbe á los diarios y publicaciones periódicas dar cuenta de los procedimientos por ultrajes ó injurias y de los procedimientos por difamación, en que no se admite por la ley la prueba de los hechos difamatorios; esta prohibición que fué abrogada por el decreto de 6 de Mayo de 1848, ha sido reproducida por el art. 11 de la ley de 27 de Julio de 1849. (2).

66. Ahora debemos ocuparnos en especial de la hipótesis en que es regularmente posible la prueba, es decir, en que se han

[1] 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 violación 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 persecución.

[2] El art. 14 del decreto de 17 de Febrero prohíbe también 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 de cuenta del proceso.

articulados hechos precisos que ataquen el honor y la consideración 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?

Cuestión es esta muy antigua, y sobre cuya solución 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. Pueden invocarse graves motivos en apoyo de esta decisión "El sistema de la prueba, decia M. de Serre en la exposición 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 subterfujos ordinarios; no puede ya decir que ha cedido cobrado inconsideradamente á la fuerza de la verdad, á un justo sentimiento de indignación, y que si dependiera el juicio de la exactitud de los hechos le sería 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 equivoca de su condenación 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 también reconocer, para ser justo, que si los Atenieses soportaban mas facilmente que nosotros la difamación, era porque no tenían, como la prueba la estraña libertad del teatro de Aristofanes, esa delicadeza que se