

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

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

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

Por la ley de 17 de Mayo de 1866, al 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 constituyera delito de aquellos que pueden perseguirse de oficio. No se conocia delito de injuria publicando, examinando ó censurando los actos oficiales de las autoridades ó funcionarios públicos. Véase tambien la decision del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Junio de 1866.

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

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

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

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

APENDICE.

DE LA DIFAMACION DE LOS DIFUNTOS.

SUMARIO.

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

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

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

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

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 prévia 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 acaban de expresar, ha de preceder escitacion especial del gobierno. V. el art. 391 del Código penal de 1848. (N. de C.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

88. Todo lo que se puede inducir con

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

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

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

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

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

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

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

Segun el tribunal de casacion, la palabra *persona* comprende á los vivos y á los muertos, puesto que no distingue la ley. Esta alegacion sobre el significado de la expresion legal, no parece corresponder suficientemente á los motivos de la sentencia anulada, segun la cual "esta palabra no designa jamas en el lenguaje del derecho, y sobre 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 estraño que esta palabra *persona* tuviese una acepcion mas estensa en el texto de 1819, que la que tenia en el de 1810, la de *un individuo cualquiera*, la cual se hubiera podido aplicar de un modo plausible á los difuntos, si la continuacion de la definicion no se opusiera á ello. Por otra parte, ¿cómo se habia de haber introducido una innovacion tan grave por medio de un simple cambio de redaccion, cuando en la discusion de 1819 no se hizo la mas ligera alusion á ella? El art. del 24

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

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

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

1. Hace esta importante observacion M. Gilbert, en la crítica que dirige á la sentencia, cuya doctrina discutimos [Devilleuueve. 1860, part. I. pág. 657 y 658.]