

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 más liberal, que atribuía al jurado el conocimiento de los delitos cometidos por medio de la publicacion, y que admitía á probar, aun por medio de testigos, la verdad de los hechos imputados á los funcionarios. Es inverosímil *a priori* que en una época en que habian prevalecido doctrinas tan amplias, los eminentes hombres de Estado, bajo la influencia de los cuales se redactó y discutió esta parte de nuestras leyes, quisieran introducir una innovacion tan grave ante la cual retrocedió el legislador prusiano en 1854.

Examinemos ahora en el fondo el sistema de 1819. La idea dominante de este sistema, tomada de la doctrina de los romanos sobre la accion de injurias, es que la querrela de difamacion es esencialmente personal. La parte, blanco de la difamacion, es la que debe apreciar si es más prudente despreciar la calumnia en el caso de ser falsa la imputacion, y en el de ser fundada, dejar cicatrizar la herida, más 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 más prudente y más respetuoso á la vez para esta memoria? (1)

En tal caso, decidirá el tribunal, se ha

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

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

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

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

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

los derechos del historiador, el cual, como dice muy bien la Audiencia de París, "no debe por un interés social de orden más 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 más extrañas á la jurisprudencia?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

parte de su obra la mentira ó la falsedad. Y aquí volvemos á vernos conducidos á nuestro objeto, á la prueba de la verdad de los hechos alegados. Es ya muy severo perseguir la calumnia en la historia; pero, perseguir la narración 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 Napoleón. 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. Querér que indefinidamente un heredero de cualquiera grado pueda provocar penalidades severas contra el escritor que haya revelado á la posteridad los hechos, bien sea de la vida privada, bien de la vida pública de su autor, es constituir al historiador en una posicion intolerable. La sentencia de 24 de Mayo de 1860, no podria prevalecer en jurisprudencia sin que de ello resultaran consecuencias que harian indispensable la intervencion del legislador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV.

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

SUMARIO.

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

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

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

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

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

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

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

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