

*Al Sr. Dr. D. H. Gal
su at. s. r.*

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DEL ENJUICIAMIENTO
DE LOS DELITOS DE IMPRENTA

TESIS

PRESENTADA POR

FRANCISCO DURÁ

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

EN JURISPRUDENCIA



MONTEVIDEO: 1881

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE EL TELÉGRAFO MARÍTIMO

Calle de Piedras, 69, 71 y 73



CLAUSTRO UNIVERSITARIO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

RECTOR

Dr. D. Alfredo Vazquez Acevedo.

CATEDRATICOS

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL—Dr. D. Duvimioso Terra.

DERECHO NATURAL Y DE GENTES—Dr. D. Carlos S. de Zumarán.

DERECHO PENAL—Dr. D. Alberto Nin.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO—Dr. D. Justino J. de Aréchaga.

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES—Dr. D. José M. Perelló.

ECONOMIA POLITICA—Dr. D. José Roman Mendoza.

SEÑORES :

El artículo 141 de la Constitucion establece como derecho de todo habitante del territorio nacional la libre comunicacion de sus pensamientos por la prensa sin necesidad de prévia censura, pero con sujecion á las responsabilidades legales en los casos de abuso.

Esta última parte de la prescripcion constitucional la considero una redundancia. La prensa es como la palabra un medio de comunicar el pensamiento; es la palabra misma despojada por decirlo así de su caducidad, trasladada friamente al papel y dejada allí para que dure en su existencia y resultados. Nada hay en ella que inmute en sus constitutivos intrínsecos la naturaleza de la palabra; nada hay que le atribuya un carácter jurídico distinto del de esta, sino es su vida mas durable y su mayor difusion. Su condicion ante la ley positiva no podria ser lógicamente distinta de la de la palabra misma; y así como para precaver el mal uso que de la palabra pueden hacer y hacen los hombres, no cabia introducir el uso de la mordaza, así no era posible mantener contra la prensa la institucion de la prévia censura. Allí debió quedarse con toda sobriedad la Constitucion, dejando abandonado el abuso de la prensa á la represion judicial, que es la ley de todo abuso, incluso el de la palabra.

Hay, en efecto, un grave error á mi juicio en hacer indistintamente de los abusos de la libertad de escribir una categoria especial de delitos, atribuyéndoles penas especiales, por lo comun mas benignas que las que se imponen á los delitos de igual índole cometidos por cualquier otra manera, y asignándole á su enjuiciamiento trámites y disposiciones tambien especiales.

Por donde quiera que se miren muchos de los abusos de la libertad de escribir, son delitos ordinarios. La prensa es su especial instrumento; pero el instrumento no ha servido nunca para inmutar la naturaleza de una accion: el homicidio es tal homicidio en cualquier caso y con cualquier instrumento que se cometa; el veneno le añade una circunstancia agravante, pero no altera su naturaleza ni muda sus relaciones con la ley penal. ¿Por qué la incitacion al desórden, el delito de sedicion, la difamacion y la calumnia han de mudar de naturaleza, de criminalidad, de enjuiciamiento y de pena, solo en relacion á ser la prensa el instrumento con que se cometan?

« Es verdad, dice á propósito un publicista argentino [1], « que en todos los delitos cometidos por medio de la prensa, hay un abuso de la libertad de imprenta; pero es en el mismo sentido en que hay abuso de las armas en el hecho de « herir ó matar. » En el mismo sentido, agregaré yo, én que hay abuso de la palabra en la difamacion verbal; en el mismo sentido en que hay abuso de la libertad de reunion cuando se concitan turbas armadas; en el mismo é idéntico sentido en que se halla un mal uso de un derecho en la comision de todo delito.

« Pero el delito del órden comun, como acertadamente dice el mencionado escritor, absorbe al abuso; así como un delito calificado por la ley como grave, absorbe todos los delitos accesorios y mas leves que han sido medios de perpetrarlo [2]. »

Hay sin embargo una categoría de abusos de la libertad de escribir, en los cuales predomina el abuso de esa libertad sobre toda otra delincuencia. Esos son á los otros delitos, en los cuales la prensa no tiene mas papel que el de instrumento, lo que son los delitos llamados políticos á los delitos del órden comun. Los delitos políticos son, como los delitos propiamente de imprenta, una creacion de nuestra época, desconocida de los siglos que nos han precedido en la historia: constituyen

[1] Estrada.—Lecciones de Derecho Constitucional, pág. 84.

[2] Ibid.

una enfermedad social cuyos miasmas se absorben en la atmósfera que se respira; el éxito los transforma á cada paso de delitos en acciones meritorias; en un mismo día y bajo una misma ley puede ser conducido el que los comete de la oscuridad de un calabozo á los esplendores de un trono; y el criminalista al ocuparse de ellos, no ha podido menos de tener en cuenta que de los Códigos, en relacion á los delitos políticos, debe decirse lo que del escudo le decia la madre espartana al hijo que iba al combate: *Con él ó sobre él*.

Sin duda es esta la razon que ya desde los albores de la Revolucion francesa indujo á los legisladores modernos á formar con los abusos de la libertad de escribir una categoría especial de delitos, sujetos á penalidad y enjuiciamiento propios: obra tan difícil y de resultados tan dudosos, ya desde los primeros días, que solo en Francia, la nacion iniciadora de esta legislacion, se publicaron desde 1789 á 1843 la friolera de 81,366 disposiciones sobre la prensa, entre leyes, decretos y ordenanzas [1].

La prensa es, en efecto, una institucion esencialmente política, como es esencialmente política su libertad; y aquellas extralimitaciones de esa libertad en las cuales el abuso predomine sobre todo otro carácter criminoso, han de ser por necesidad delitos políticos, contándose entre estos no solo los que afectan al Estado en sí, sino los que á él se refieren por el carácter público de las personas ofendidas.

En esta clase de delitos no es ya la prensa, como en los anteriores, un mero instrumento completamente ajeno á la naturaleza de la accion criminoso; sino que, por el contrario, ella es el agente y ella quien le imprime al delito su propia naturaleza, sacándole del fuero comun y de la comun malicia, para colocarle, por decirlo así, en el fuero político.

[1] Dubois y Jacob. *Código manual de la prensa*. «Cada una de nuestras leyes, dicen estos autores, contiene por término medio 50 artículos, lo que da 4.068,300 disposiciones legislativas sin incluir las leyes, ordenanzas, edictos y declaraciones anteriores á 1789.»

En las extralimitaciones del primer orden, el escritor público ha desnaturalizado la institucion que maneja haciéndola descender hasta el papel de instrumento para la comision de un delito previsto en la ley comun y que igualmente caeria bajo sus rigores aunque fuese cometido mediante otro cualquier instrumento.

En los abusos del segundo género, conservándole siempre su naturaleza de institucion política, el escritor ha llevado á la prensa mas allá de lo que la libertad política de la comunicacion del pensamiento autorizaba.

De ahí la naturaleza especial del segundo delito y su especial enjuiciamiento y penalidad, que deben ser variables conforme á las variaciones sociales. Mientras que en los delitos ordinarios en los cuales la prensa no tiene otro papel que el de instrumento, no hay razon que aconseje penalidad ni enjuiciamiento especiales, ni otras variaciones que las muy lentas que de tiempo en tiempo se hacen necesarias en las leyes penales.

II

Esta distincion, que la considero esencialísima en la legislación de imprenta, no está claramente establecida en las leyes nacionales. Apenas hay actualmente un diseño en el Código de Instrucción Criminal, que no ha hecho sinó traer mas y mas confusion, no ya únicamente sobre la doctrina, sinó en la práctica misma de los Tribunales, incluso el Superior de Justicia, y que por contar en su seno al mismísimo redactor del Código, parecia tener algun motivo para interpretar uniformemente la ley en este punto.

Mas explícitos que ese Código eran los artículos 4^o y 32 de la ley de imprenta que tiene la fecha de Junio 3 de 1829.

La ley de 1829 divide en su artículo 3^o en dos categorías generales los abusos de la libertad de imprenta: abusos contra la sociedad, y abusos contra los particulares. Y pasando á definirlos en su artículo 4^o, recluye á la segunda categoría la difamacion, la injuria y la calumnia perpetradas por medio de la prensa. Señala en el artículo 7^o las penas con que puede ser corregida esta clase de delitos; y en los siguientes artículos se ocupa del procedimiento especial con que ha de hacerse el enjuiciamiento de los abusos de imprenta, sin distincion de categorías. De repente, agotado ya lo concerniente al procedimiento y cuando su obra parecia naturalmente terminada, los legisladores reaccionan y le añaden un artículo, el 32, último de la ley, que dice así textualmente transcrito:

«Art. 32.—Las querellas por difamacion, injuria ó calumnia, y las acusaciones de crímenes que no puedan probarse con pruebas perentorias, seguirán la vía ordinaria de los procesos criminales, ante las justicias, en forma de derecho.»

Pero ¿qué significacion jurídica tiene el hecho de atribuir á las justicias y por el procedimiento ordinario en forma de derecho, el conocimiento de las difamaciones, injurias y calumnias cometidas por medio de la prensa? ¿No es el de atribuirles el carácter de delitos ordinarios y justiciables por el fuero comun? ¿Y esto no equivale á borrar del número de los abusos de la libertad de imprenta propiamente tales los llamados abusos contra los particulares, tales como en su artículo 4^o los define la misma ley? Claro es que sí, desde que en el artículo 4^o se dice literalmente así:

Art. 4^o Se abusa por la imprenta..... contra los particulares, cuando se les *difama*..... cuando se les *injuria*..... cuando se les *calumnia*.....

En ambos artículos hay no solo correlacion de ideas, sino uso de idénticos vocablos. Aquello mismo que en el artículo 4^o de la ley es definido como abuso de imprenta contra los particulares, es segregado en el artículo 32 del fuero especial que la misma ley establece para los delitos de imprenta, y su conocimiento se le atribuye á las justicias por oposicion al jury de que se habla en el artículo 7^o, y su enjuiciamiento se somete á la forma ordinaria, tambien por oposicion al enjuiciamiento especialísimo que la misma ley establece.

Estudiada á la luz de este análisis la ley de imprenta de 1820, parecia desprenderse de ella una contradiccion flagrante; el legislador aparecia quitando en este punto con una mano cuanto daba con la otra; la jurisprudencia debia mecerse incierta entre los conceptos de abuso de imprenta contra los particulares y delito comun de difamacion cometido con la imprenta, como esos cuerpos lijeros alternativamente atraídos y rechazados por los polos opuestos de las pilas eléctricas, si no hubiese acertado á dar con una interpretacion que reconciliaba al legislador de 1829 consigo mismo, y en la práctica salvaba todos los inconvenientes.

Esa interpretacion, que visiblemente ha debido ser el fundamento del artículo 349 del Código de Instruccion Criminal vigente ahora, consistia en explicar la contradiccion de la ley

de 1829 como una opcion dejada al particular que se suponía agraviado por medio de la prensa, para querellarse por el abuso de imprenta siguiendo la via del jurado, ó por la difamacion, injuria y calumnia con sujecion á las justicias ordinarias y al comun enjuiciamiento.

Segun esa jurisprudencia que durante muchos años ha venido siendo la interpretacion práctica de la ley de 1829, hay en los abusos de imprenta contra los particulares un doble carácter criminoso, cuya opcion, en lo que toca á su represion y castigo, queda en la voluntad del damnificado. Este es quien ha de elegir no solo entre uno y otro enjuiciamiento, el de imprenta ó el ordinario; sinó tambien entre uno y otro delito, la difamacion y el abuso de imprenta; y entre una y otra pena, la de la ley de 1829 ó la de las leyes comunes que han penado aquellos delitos.

Tal vez fué ese efectivamente el ánimo del legislador al consignar el artículo 32 en la ley de 1829; y en esa idea me confirma una especie de redundancia que salta á primera vista en aquel artículo. “Las querellas por difamacion, injuria ó calumnia, y las acusaciones de crímenes que no puedan probarse *se con pruebas perentorias*—se dice en él—seguirán la vía ordinaria de los procesos criminales.....” Esas acusaciones que no puedan ser objeto de prueba perentoria, necesariamente han de estar incluidas en algunos de los miembros de la division que se hace anteriormente en el artículo; y el legislador pudo habérselas ahorrado en la redaccion, puesto que no caracterizándose los delitos por la perentoriedad con que puedan ser alegadas en juicio sus pruebas, sino por su intrínseca naturaleza, forzosamente habian de constituir aquellas acusaciones, segun los casos, las difamaciones, injurias ó calumnias de que se acababa de hacer mérito, sea cual fuese la perentoriedad con que pudieran hacerse ciertas en juicio.

¿Pudo pasársele esto por alto al autor de la ley de 1829? No parece creíble; mejor dicho, no lo es; y no siéndolo, hay que convenir en que al citar las acusaciones que no pueden ser objeto de prueba perentoria ante el Jurado, se quiso añadir algo

que no estaba contenido en la enumeracion precedente. Ese algo, nos lo dá á entender el artículo 29 de la misma ley analizado en relacion con su inmediato anterior el 28.

Segun el artículo 28, cuando un impreso denuncie crímenes ó delitos en cuyo castigo y represion esté directamente interesada la sociedad, el autor del impreso será obligado á probarlos. Y segun el artículo 29, esa prueba será perentoria, es decir, en los angustiosos trámites del procedimiento ante el Jurado.

Es preciso notar bien la expresion de que se vale el artículo 28: no dice que el autor del escrito *podrá probar* lo que denuncia, sino que *está obligado á probarlo*.

Ahora bien; los crímenes y delitos en cuya represion y castigo está directamente interesada la sociedad, no hay quien no vea que rara vez pueden ser objeto de prueba perentoria: solo el infraganti delito y la cosa juzgada podrian ser prueba perentoria en semejantes materias, y apenas hay caso en que el uno ó la otra puedan ser alegados. La obligacion de probar perentoriamente los crímenes ó delitos imputados vendria á traducirse para el escritor público en una condenacion inevitable; y por otra parte, se haria ilusorio el provecho que la sociedad puede reportar de esa clase de denuncias, desde que seguramente y por la única falta de no ser perentoria la prueba, el denunciante incurriria en condenacion.

A eso ocurrió el artículo 32 con aquella locucion que parece holgar en él, y que aún constituyendo un atentado contra las reglas lógicas de la division, salva un principio y tutela por igual á la sociedad y á la prensa, mandando que en los casos á que se refiere no prevalezca la perentoriedad de la prueba sobre el interés que la sociedad y el escritor tienen en hallarla para reprimir el hecho denunciado; sino que, vista la imposibilidad de ser acreditada perentoriamente la verdad de la denuncia, no por eso se declare no probada su verdad y se le condene al que la hace; sino que se le lleve del Jurado á las justicias y se le exija la prueba en la forma de los procesos ordinarios.

Este mandato de la ley pone de transparencia el espíritu con que fué dictada y acredita de fiel la jurisprudencia que la venia interpretando por medio de la opcion dejada al agraviado. Parece en efecto, que la ley hubiese querido despejar la situacion en esta forma:

«En todo abuso de imprenta contra los particulares, hay además del abuso un delito que se llama segun los casos, difamacion, injuria ó calumnia.--Si el particular lo acusa en este último carácter, el tribunal, el procedimiento y la pena son comunes [1]. Si lo acusa como abuso de imprenta, tribunal, pena y enjuiciamiento son especiales, contándose entre las especialidades la perentoriedad de la prueba.--Pero en el caso de que el escrito haya denunciado crímenes, y estos no puedan probarse con pruebas perentorias, ya no hay tal fuero especial, sino que se ha de acudir al ordinario.

No hay duda de que así quedaban no solo salvadas las ambigüedades nacidas de la letra de la ley de 1829, sino despejadas las respectivas situaciones del escritor y del particular que por él se juzgue ofendido. Aquel sabia que sus querellas con los particulares habian de ser dirimidas en una ó en otra forma, el arbitrio del que se suponía damnificado. Pero conociendo ó debiendo conocer lo que era propio de cada una de ellas, sabia ó debia saber de antemano á que atenerse. Si sus escritos eran acusados como abusos de imprenta, tribunal especial, especial procedimiento y especiales pruebas y penas; si, por el contrario, se le enjuiciaba como difamador, jurisdiccion ordinaria, delito comun, penas y enjuiciamiento comunes.

[1] Sabido es que las leyes argentinas han servido de norma en muchos casos á las leyes orientales. Aún sin eso, la influencia de cada país sobre sus fronterizos no puede ser desconocida; y partiendo de esto, me atrevo á creer que el artículo 32 de la ley de 1829 es concordante con el artículo 3.º de la ley de imprenta argentina de 1822, que dice así:

«En las quejas particulares, conocerán los alcaldes ordinarios « mayores de los pueblos, bajo el mismo orden y forma, y por las « mismas leyes que rigen los juicios sobre injurias. »

En uno como en otro caso, todo era fijo y definido: su situacion era semejante á la de quien provoca un duelo, que tiene su principal incertidumbre en la eleccion de armas que haga el ofendido provocado.

En vez de eso, Señores, [y lo digo amargamente porque acabo de pasar por ello] despues del Código de Instruccion Criminal y gracias á la incertidumbre con que se le aplica, el publicista se halla en la situacion de quien transita por un mar sembrado de ocultos escollos; todos los riesgos le acechan y todos los géneros de muerte le amenazan. En cambio á los particulares, aunque ni lo sean ni lo parezcan, se les dejan las leyes antiguas y modernas para que, como abejas entre flores, piquen y escojan algo con qué hacer, no jugo sino jigote, con el nombre y la reputacion del escritor que les estorbe.



III

No sé, Señores, si toda la culpa es del Código. Su contextura es semejante á la de una madeja con la cual hubiese jugado un gato; parece hecho de propósito no ya para sembrar de incertidumbres y riesgos los caminos de la jurisprudencia nacional, sino para afrentar su nombre en donde quiera que sea conocido.

A pesar de eso, el Código de Instruccion Criminal, teniendo como tenia por precedentes la ley de 1829 y la interpretacion práctica que le venia dando la jurisprudencia, ha mantenido en su artículo 349 la opcion del agraviado por la prensa entre la via ordinaria y el procedimiento especial del Jurado tal como lo establece el mismo Código.

El citado artículo 349 está concebido en los términos siguientes:

Art. 349. En todos los casos, el particular injuriado ó calumniado por la prensa tiene opcion para ocurrir, por la accion respectiva, ante los Tribunales ordinarios ó ante el Jurado, por el delito de imprenta [1].

Sin la ley de 1829 que le sirve de precedente y sin la jurisprudencia que lo completaba, podria buscar dudas algun espiritu caviloso acerca de la letra de ese artículo. Con ellas, entiendo que no puede quedar duda tocante á lo que el legislador ha pretendido al insertar entre las disposiciones del Código el artículo 349.

Nótese la contraposicion que se establece no solo entre los

(1) He dejado á ese artículo la puntuacion ortográfica que tiene en la edicion oficial, apesar de que con ella ni siquiera tiene sentido.

Tribunales ordinarios y el Jurado, sino entre el *delito de imprenta* y la *accion respectiva*. Nótese que esto se establece para el caso de haber sido *injuriado* ó *calumniado* un particular. ¿Qué accion le respecta ante los Tribunales ordinarios al que ha sido *injuriado* ó *calumniado*? Evidentemente la accion de injuria y de calumnia, no la de delito ó abuso de imprenta.

Si la mente del legislador, cuando su palabra escrita adolece de oscuridad, ha de ser interpretada por las leyes concordes, por los antecedentes legales, por la práctica ó jurisprudencia que le eran usuales ó conocidas, y por los fundamentos doctrinales en que haya podido buscar apoyo, á mi no me cabe la menor duda de que el artículo 349 del Código de Instruccion Criminal tiende á mantener la opcion que la ley de 1829 le daba al particular ofendido por la prensa y, en los mismos términos y condiciones que aquella se la otorgaba; es decir, ante el Jurado, delito, jurisdiccion, enjuiciamiento y penas especiales; ante los Tribunales ordinarios, delito, jurisdiccion, enjuiciamiento y penas comunes.

Y sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones, formado entre otras personas por el mismo redactor del Código á que me refiero, interpreta en diverso sentido aquel artículo, hasta el punto de que habiéndose excepcionado eso mismo en el proceso que ha seguido la Direccion de Instruccion Pública contra el que escribe estas líneas, el Tribunal ha fundado uno de sus autos en las siguientes consideraciones:

Considerando que deducida la accion..... por *injuria* y *calumnia* hecha por la prensa, el querellante ha optado por la vía ordinaria á fin de perseguir el correctivo que por el abuso pueda corresponder al delito de imprenta;

Que el procedimiento que con tal motivo debe seguirse no altera la naturaleza de los hechos de abusos de imprenta, como han sido acusados..... etc.

No creo, Señores, que quepa un laberinto mas grande en menos palabras. Por un lado, se deduce la accion por *injuria* y *calumnia*, declinando el fuero especial al instrumento con que han sido cometidas; la admiten los Tribunales tal como el

querellante la deduce; y á pesar de ello, se dice incontinenti que lo que se persigue y se castiga, es decir, que la accion en-tablada y admitida, es por delito de imprenta, y que las leyes que rigen esta clase de delitos son las que deben serle aplicadas. ¿No es esto, por ventura, picar en las leyes como en un pensil, para fabricar no panales sino crímenes á destajo? ¿No es sembrar de incertidumbres la conciencia del escritor? ¿No es dejarle, mas que sujeto á los Códigos existentes, sometido al intolerable arbitrio de los hombres que inapelablemente los apliquen?

Hay actualmente pendientes un sinnúmero de procesos de esta clase ante los tribunales del crimen. Los vaivenes de la política han traído á este país la época de las inculpaciones, que en la vida instable de los pueblos modernos sigue siempre muy de cerca á la época de las prevaricaciones mismas. Robados al escenario político los hombres que en los últimos años personificaron en sí mismos el poder público, los que ayer callaban han dado sus lenguas á los vientos, para escarnecer en la plaza pública á los triunfadores de la víspera. Como era consiguiente, á las difamaciones se han seguido las querellas y los procesos, pretendiendo alzarse ante los jueces las famas que yacían arrastradas por el lodo de las calles.

En algunos de esos procesos se ha seguido el procedimiento correccional, con sus audiencias y juicios verbales; mientras en otros se ha seguido el procedimiento ordinario, acumulándose escrito sobre escrito. [1] En unos se les dá lugar á las leyes de la Novísima y á las Partidas; en otras el Código de Instrucción Criminal es el único seguido. Y de ahí que en unas se admita la prueba que en otras se deniega, dando lugar á la indefension del acusado.

¡En tanto laberinto ha metido á la jurisprudencia nacional

(1) Causas pendientes entre los Sres. Castro, Forteza, Gallinal y Grané contra los Sres. Velazco y Migués de Soto. La del Sr. Gallinal con Velazco sigue actualmente la tramitación del juicio ordinario que le ha sido denegada á todas las otras.

el olvido de la ley de 1829 en sus relaciones de precedencia con el artículo 349 del Código de Instrucción!

Yo no vacilo en creer que esa práctica es abusiva; y que la opcion de que se trata en el artículo 349 del Código de Instrucción Criminal no se limita tan solo á la eleccion de Juez, sino que comprende además la eleccion de enjuiciamiento y de penalidad; que el abuso de imprenta acusado como tal ante el Jurado, es un delito distinto del que se acusa ante los jueces ordinarios; que en el un caso prevalece el carácter de abuso de imprenta, y en el otro el delito ordinario, difamacion, injuria ó calumnia, segun los casos; que, finalmente aplicar al abuso de imprenta acusado como delito ordinario ante las justicias comunes, las disposiciones que el Código ha establecido para solo los casos de imprenta, es hacer una falsa, inepta y desastrosa jurisprudencia.

IV

La ley de 1829 no era una obra de perfecta claridad. He probado con la identidad de los vocablos, que el artículo 32 aparecía en contradicción con el inciso 2º del artículo 4º, y que esas querellas por difamación que habían de seguirse ante las justicias y en vía ordinaria, eran una sola y misma cosa con los abusos de imprenta contra los particulares, según la definición que de ellos se daba en la parte final del artículo 4º. Deduje de ahí, en consonancia con el uso, que la opción solo se daba en caso de haberse abusado de la imprenta *contra los particulares*.

Pero ¿cuándo se daba ese caso? ¿Cuando abusaba la prensa contra los particulares, según la ley de 1829? ¿Cuándo abusaba, según el Código de Instrucción Criminal vigente?

Hé aquí un nuevo semillero de confusiones no tanto legales como jurídicas, mas prácticas que teóricas.

La prensa de suyo nada ó bien poco tiene que ver con los particulares. Los periodistas, no sé si con completo derecho, se arrojan una misión pública, cierta especie de sacerdocio, como ellos enfáticamente dicen; y avocan á su dominio las cuestiones de interés público. Por espíritu de lucro se suele dejar en los diarios una parte destinada á desahogos personales, comunmente rabiosos, que hace las veces de aquella estatua que en Roma llamaban *Pasquino*, de donde les vino su nombre á los libelos fijados en sitios públicos. Pero esas secciones, no ya secundarias sino extrañas en un todo á las redacciones de los diarios, no son la prensa; no son una institución, ni pueden invocar los fueros de tal. El periódico es para el escritor en esa forma, lo que pudiera ser una puerta,

una pared, una esquina donde fijara su libelo. La ley no ha podido hacer excepcion en favor de eso, ni se ha debido referir, cuando habla de delitos de imprenta, mas que á la mision pública del escritor, en cuyo ejercicio seguramente cabe exceso. Ese es el abuso que la ley ha tomado por objeto y contra el cual ha establecido penas.

Ahora bien: el escritor público toma como campo propio la esfera pública, en la cual se agitan como elemento principal aquellas personas que desempeñan funciones públicas. Las acciones de esas personas, sus condiciones para el desempeño de los cargos que les están confiados, su manera de desempeñarlos, los excesos que por perversidad ó error cometen, son del dominio de la prensa, no por disposicion de la ley sinó por la constitucion misma de las sociedades modernas. Quítese eso al escritor, y se habrá suprimido la prensa, por mucho que en cualquier otra esfera se le deje.

Las leyes, que son antes que nada sancion de las costumbres, no podian desconocer tales cosas, máxime cuando en consideracion á eso mismo, trataban de hacer con los abusos de la prensa una especial clase de delitos. De ahí que los actos de los funcionarios públicos hayan quedado en las leyes de imprenta librados enteramente á la discusion y á la censura de la prensa.

Habia en ello una razon moral y una razon jurídica. El funcionario público, por un cuasi contrato, está obligado al fiel desempeño de los deberes de su cargo; no solo es punible en él la trasgresion, sino que tambien lo es la inaccion y la negligencia; y faltando en una ú otra forma á lo que debe á su puesto, ofende el derecho de todos, agravia á la sociedad y á cada uno de los miembros que la forman. Colocado, segun eso, en una posicion á todas luces injusta, pierde el derecho que todo hombre tiene á su buen nombre, y cualquiera se halla en condiciones de denunciar su falta ante la sociedad que es la ofendida. Hay casos en que hasta puede constituir un deber aquella denuncia; y en uno de ellos está colocado el periodista,

en virtud de la especie de vigilancia sobre los intereses públicos que comunmente se le atribuye.

Con respecto al particular no sucede otro tanto: la sociedad no tiene el menor interés en que se le denuncien las miserias de un particular, por ciertas é innegables que sean, mientras no la ofendan á ella directamente; el particular por su parte tiene perfecto derecho al buen nombre, á pesar de sus miserias, mientras con ellas no pone en peligro á la sociedad. Podrá ser negligente, pródigo, maldiciente, ébrio consuetudinario, y con ello perder la fama ante los testigos de sus hechos; pero fuera del círculo de esos testigos, ante los cuales él mismo se ha denigrado, nadie tiene derecho para conocer sus defectos, y menos para denunciarle por ellos al público desprecio.

De estos elementales principios han arrancado las disposiciones relativas á la difamacion, no solo cometida por medio de la prensa sino con cualquier otro instrumento que se cometa.

No hay sino abrir uno por uno todos los modernos Códigos penales y revisar sus disposiciones relativas á la difamacion. Los principios son idénticos en todos: la imputacion de un hecho desdoroso constituye difamacion; la difamacion es de por sí un delito y debe ser penada; solo se exime de pena, cuando ha sido hecha en gracia de algun interés legitimo; solo hay interés legitimo en difamar, cuando el conocimiento de la cosa divulgada le interesa á la sociedad; solo tiene interés la sociedad en dicha divulgacion, cuando ella tiene por objeto un crimen ó falta que le importa reprimir; y solo le importa reprimir los delitos que dan accion pública y las faltas de los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus deberes.

Esa, Señores, es la síntesis de todas las disposiciones penales que conozco relativas á esta materia [1].

(1) Código Penal de España, art. 467, 470, 471, 472 y 475.—Código de Chile, art. 420 y art. 2.º y 5.º de la ley de imprenta de 1875.—Código peruano art. 287.—Código de Tejedor, art. 7.º tit. 7.º lib. 1.º parte

Ese tambien fué sin duda alguna el espíritu de la ley de 1829 al definir los abusos de imprenta, como quiera que en esta clase de delitos no cabe represión mayor que en los mismos delitos ordinarios.

Se abusa de la imprenta, segun aquella ley, contra la sociedad ó contra los particulares. Se incurre en el primero de esos abusos, cuando se ataca el dogma, la moral, las buenas costumbres, se incita á la rebelion ó se provoca la anarquía. Se incurre en la segunda clase de abusos, cuando á los particulares, “se les difama publicando sus vicios ó defectos privados *que no son del resorte directo de las autoridades públicas*, “cuando se les injuria con notas ó atribuciones que ofenden el “honor ó la reputacion, ó cuando se les calumnia imputándoles falsos crímenes”. Esa es la palabra de la ley.

Segun ella puede haber tres agravios contra los particulares: 1.º publicar vicios ó defectos reales, pero que á la auto-

2.º Es tan notable lo que el Dr. Tejedor dice á este respecto en nota puesta al pié de los artículos relativos á esta materia, que creo deber transcribirlo aquí, á pesar de su estension.

« La prueba de los hechos que se le imputan á un empleado, es « admisible siempre ». Y despues de hacerse la objeccion de que al funcionario le debe resguardar la ley mas todavía que al particular como mas expuesto á los tiros de la malevolencia, dice: « A estas consideraciones puede contestarse que los funcionarios públicos no se pertenecen, que son los hombres de la sociedad, que la administran en « el interés de todos como apoderados, y que de esta posicion que libremente han adoptado, nace el derecho de examinar su conducta, « escudriñar sus actos, señalar su incapacidad, descubrir sus prevenciones ». Enseguida se objeta diciendo: pero entonces que se les denuncie ante la justicia, en vez de infamarlos ante la sociedad, y la ley los penará. Y á esto replica: « A la objeccion sacada del derecho « de acusacion se contesta, que pueden encontrarse en la vida pública « del funcionario una multitud de abusos, de vejaciones injustas y « actos arbitrarios que la ley ni castiga ni prevé; y es precisamente « bajo este punto de vista que es útil abrir por la prueba un recurso á « los oprimidos. La autoridad pública lejos de debilitarse por esto, « adquiere mayor fuerza por la circunspeccion de sus agentes, interesados en ponerse al abrigo de todo reproche ».

ridad no le toca reprimirlos, y esto constituye *difamacion*; 2.º imputarles con falsedad esos defectos cuando son tan grandes que constituyen crímenes, y eso es *calumnia*; 3.º designarles con notas ó atribuciones que ofendan su honor, y esto es *injuria*. Corresponden esos tres grados á las tres maneras con que el honor puede ser agraviado: 1.º con la revelacion de un hecho desdoroso, concreto y cierto, pero cuya revelacion á nada conduce; 2.º con la imputacion de un hecho concreto y falso; 3.º con la aposicion de notas ofensivas, que nada dicen en concreto, pero que hieren y dañan la estimacion que al hombre se le debe. Lo primero es difamacion, lo segundo calumnia, lo tercero *injuria* ó *contumelia*, que puede cometerse con la palabra y con la obra. La injuria ó contumelia, así entendida, es criminosa en todo caso. La difamacion lo es, cuando no hay un móvil que la justifique. La calumnia es ilícita por su naturaleza.

De esta doctrina vagamente enunciada en la ley de 1829, se siguen estas consecuencias: 1.ª en la calumnia se castiga la *falsedad*, y consiguientemente hay lugar á la prueba; 2.ª en la difamacion, se castiga la falta de motivo para hacerla, y consiguientemente cuando hay justo motivo, no debe ser castigada.—De ahí que en la difamacion haya dos cuestiones: 1.ª ¿El hecho denunciado es del resorte de la autoridad pública? O en otros términos: la sociedad tenia interés en que le fuese denunciado?—2.ª Supuesto que habia tal interés, ¿lo denunciado es cierto?—Resuelta en sentido negativo la primera de ellas, no hay lugar á la prueba, desde que á la sociedad no le importa inquirir si lo que se denuncia es ó no verdad. Pero resuelta en sentido inverso, la difamacion se halla en el caso de la calumnia, y será castigada segun sea verdadero ó falso el objeto de la denuncia.

Llegado el legislador á este punto, se le presentaban dos caminos: uno era, dejar la apreciacion del justo motivo de la difamacion al criterio judicial en cada caso; otro, fijar en la misma ley aquellos casos en que la sociedad tiene interés en la denuncia de los hechos ó vicios, que no llegan á ser crímenes.

Pero siendo infinitos estos hechos, no era posible formar con ellos un catálogo. A lo sumo se podia hacer lo que se hizo, y fué señalar aquel género de personas, cuyos hechos malos, aún sin elevarse á la atrocidad de los crímenes, tiene interés la sociedad en que le sean denunciados. Ese género de personas lo forman los funcionarios públicos: sus actos no le son indiferentes á la sociedad; aquello que la autoridad pública mira indiferentemente en un particular, debe reprimirlo en un funcionario suyo; y por esta consideracion, las imputaciones que hechas contra los particulares serian punibles en todo caso, dejan de serlo cuando se les hacen á un funcionario público, con solas dos condiciones: que versen sobre actos relativos á sus funciones, y que no adolezcan de falsedad. La difamacion queda segun eso en las mismas condiciones de la calumnia respecto á la admisibilidad de prueba, cuando se dirige contra un funcionario público y por actos relativos al ejercicio de sus funciones.

La dificultad está en determinar esto último. ¿Se ha de dejar en cada caso al criterio judicial la apreciacion de si una denuncia contra un funcionario público es ó no relativa al ejercicio de sus funciones? O bien: ¿ha de determinarlo de algun modo la ley?

Hé aquí una nueva dificultad, que solo en un Código Penal muy moderno hallo resuelta. Los demás, incluso las leyes de imprenta, parece que se hayan contentado con dejarlo todo á la apreciacion de los jueces, consignando tan solo en la ley, que al acusado de injuria se le admitirá prueba y será absuelto si probase su verdad, cuando la imputacion sea dirigida contra un funcionario público y por actos relativos al ejercicio de sus funciones. [1] La ley de imprenta de 1829 hizo otro tanto eximiendo del número de los abusos de imprenta contra los particulares, la publicacion de sus vicios ó defectos privados cuando son del resorte directo de la autoridad pública. Y el Código de Instruccion Criminal ha seguido sus aguas, al de-

(1) Todos los Códigos anteriormente citados.

clarar en el inciso 2.º del artículo 407 que no se comete abuso de imprenta contra los particulares, aunque se denuncien hechos que menoscaben su honorabilidad, siempre que interesen al orden público. Visiblemente la palabra *orden* está tomada ahí en una acepcion que no es meramente la de tranquilidad. Pero la apreciacion de si está ó no interesado el *orden público* en la denuncia que haya sido acusada como abuso de imprenta por un particular, toca en cada caso al juez que entiende en la causa.

Pues bien, entiendo que esto es peligroso; y con hechos recientes demostraré que la mala voluntad ó la ignorancia de un Juez pueden hacer ilusoria en todos los casos la libertad constitucional de la imprenta.

Habia yo acusado en los papeles públicos á una Corporacion creada y rentada por el Estado [funcionario público por donde quiera que se la mirase] de que los destinos cuya provision le estaba encomendada los conferia á individuos de vida escandalosa, concubinarios y aún adúlteros públicos. No cabe duda que el cargo hecho por mí versaba sobre mal uso de funciones públicas, á cuyo número pertenece seguramente la provision de los destinos. No la hay tampoco en que el *orden público*, en la acepcion del artículo 407 del Código de Instruccion Criminal, estaba interesado en que se hiciese esta denuncia, si los hechos eran ciertos. Procedia, por tanto, probarlos. Entre tanto, los Tribunales, [y de ellos ha formado parte el redactor del Código,] han declarado repetidas veces en el curso de esta causa: 1.º que la referida Corporacion era un particular y podia usar de la opcion que le daba el artículo 349 entre la vía ordinaria y el jurado; 2.º que las imputaciones hechas por mí versaban sobre actos relativos á la vida privada de los miembros de aquella Corporacion y no podian ser materia de prueba; es decir, que la denuncia sobre indebida provision de destinos públicos, no interesa al *orden público*, ni es un acto relativo á funciones públicas! ¡A tales extremos conduce el dejar al criterio judicial la apreciacion del carácter de las denuncias hechas contra los funcionarios!

Es cierto, Señores, que mediaba en este caso una circunstancia, que quizás haya extraviado al criterio judicial; y es que la inhabilidad atribuida por mí á los individuos en quienes la Direccion de Instruccion Pública proveía los destinos, reposaba sobre delitos de orden privado, desórdenes de conducta que las leyes generalmente no castigan sino á requisicion de parte. Pero ello es, que esos desórdenes no eran la materia directa del juicio; que en este solo se litigaba si la provision de los puestos habia sido mal hecha en el concepto de ser notoria y escandalosa la inhabilidad de tales individuos, por cuya razon solo la notoriedad y no la verdad, solo el escándalo y no el hecho privado era lo que en juicio debia ser acreditado [1]; y finalmente, que la inmoralidad de la conducta de un empleado público no puede decirse, sin ultraje del sentido comun, que no le interesa al *orden público*, ó que no es del *resorte directo de la autoridad pública*, como pedia el artículo 4.º de la ley de 1829.

[1] Conviene oir sobre este punto la opinion de Dalloz. *Fonctionnaire publique* núm. 96. « En la vida privada, dice, debe tambien « evitar cuidadosamente todo lo que podria, ya arrojar desconsidera- « cion sobre el cuerpo á que pertenece, ya despojarle á él mismo de « la autoridad moral que se puede necesitar para llenar útilmente su « mision. Así por ejemplo: *¿qué resultados se pueden esperar de la « enseñanza de un profesor cuyas costumbres fuesen escandalosas?* La « autoridad superior tiene pues el derecho de exigir de todos cuantos « admite á concurrir con ella al bien público, una vida honesta, hábi- « tos regulares, y deberá en caso necesario usar de todos los medios « que la ley pone á su disposicion y particularmente de la *represion « disciplinal*, para volver á la vía del deber á los que de ella se hu- « biesen separado. »

Precisamente este era el caso: se trataba de profesores, inspectores de escuelas etc., denunciados por mí como de vida airada y escandalosa, faltos de autoridad moral sobre sus discípulos y hechos ludibrio de los pueblos que les estaban encomendados. En tal situacion no era sino un abuso de funciones públicas el imponérselos á los pueblos. Pero ya sé desde ahora que en el concepto de los Tribunales esto no es sino vida privada. Ya lo creo !..... ¡ privada de recursos legales para su defensa !

Tal vez algun caso análogo haya ocurrido en Italia; puesto que en la reciente revision de su Código Penal hallo en esta parte de la ley una adicion que coincide en un todo con la doctrina de Dalloz que he dejado citada por nota. Dice así el artículo 419 de ese Código.

« El acusado de difamacion, libelo famoso ó injuria, no « tiene derecho á probar en su descargo la *verdad* ni la *noto- « riedad* del hecho ó cualidad atribuidos á la persona difa- « mada.

« Es sin embargo admitida la prueba:

« 1.º Cuando la persona ofendida por la difamacion, libe- « lo famoso ó injuria sea un público funcionario ó agente de « autoridad, y los hechos ó cualidad que se le atribuyen se re- « fieran al ejercicio de sus funciones y sean tales que podrian « dar lugar á proceder *penal* ó *disciplinariamente* contra él ».

En el fondo, la doctrina no sufre variacion. Ese artículo no dice mas ni menos que lo que la ley de 1829 y el artículo 407 del Código de Instruccion Criminal han querido decir entre nosotros. Pero ¡cuánta diferencia en la manera de decirlo! ¡Y qué diversos han de ser los resultados!

Hay en los actos de los funcionarios públicos muchos que no dan lugar á una accion penal, y sin embargo los inhabilitaban para el ejercicio de sus funciones. La ebriedad elevada á costumbre no es un delito, pero es una incapacidad; denunciada públicamente contra un particular constituiria difamacion, aún siendo cierta; pero si se le opusiese á un público funcionario, á un profesor, á un cajero, habria lugar para proceder disciplinariamente á su correctivo ó á su expulsion. De ahí nace que en el primer caso no admita prueba, y en el segundo hasta la reclame. El nuevo Código Penal Italiano ha querido deslindar mejor las posiciones, y ha encontrado la palabra: ese *disciplinariamente* lo dice todo; y si así hubiera estado dicho desde un principio en nuestras leyes, no existiria la vaguedad actual en el procedimiento, que ha dado lugar [y ojalá sea yo el único!] á mi indefension en el juicio que llevo dicho.

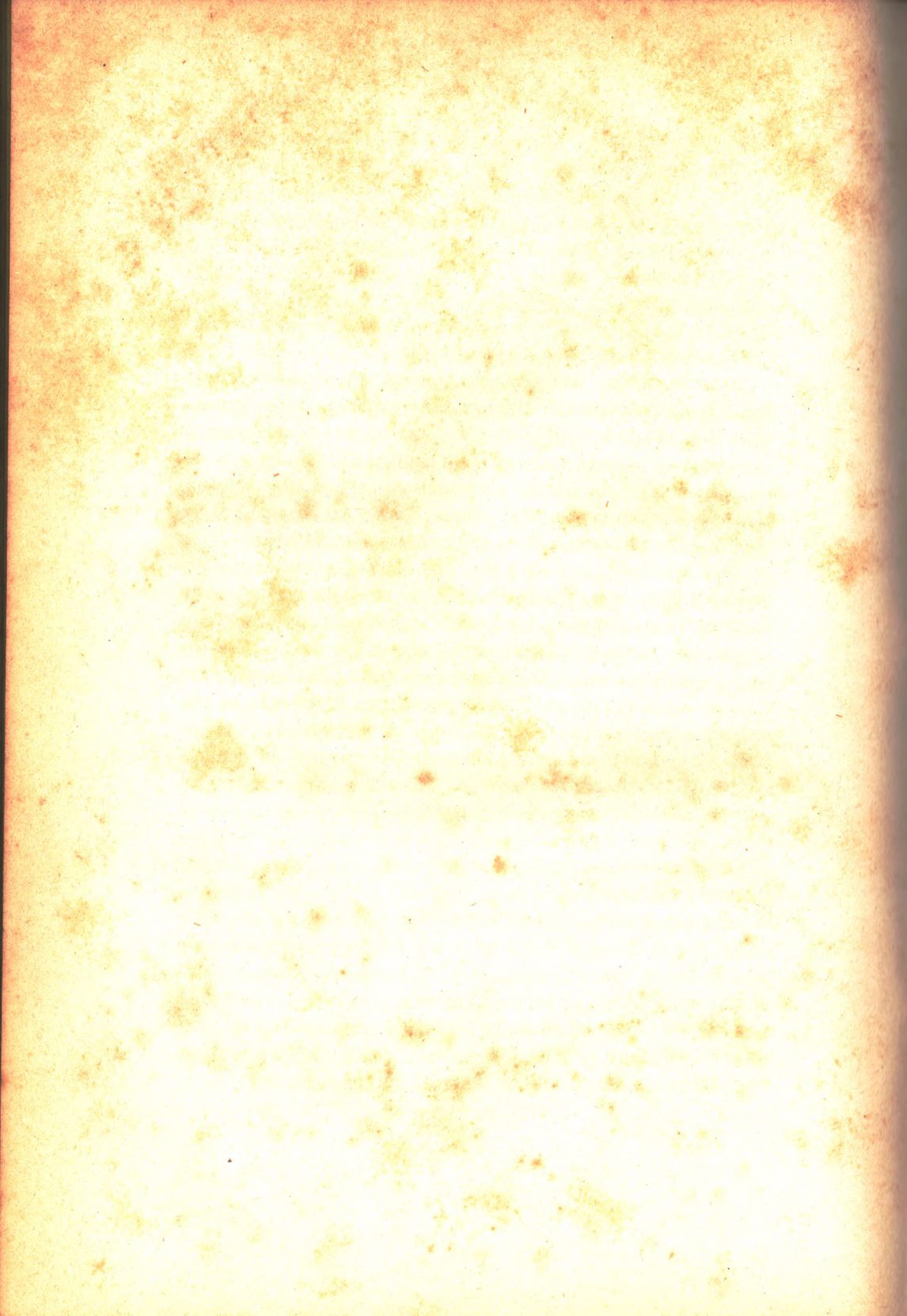
La vaguedad de las leyes no debe dar ocasion nunca á la

anulacion de los principios. La de imprenta de 1829 definiendo el abuso de imprenta contra los particulares como publicacion de vicio ó defecto privado que no sea del resorte directo de las autoridades públicas, claro está que supuso que hay vicios ó defectos que son de aquel resorte. ¿Cuáles son esos? ¿Los crímenes quizás? No; porque luego se ocupa en ellos, y al denunciante de crímenes, no solo le permite sino que le exige imperiosamente la prueba. Los defectos que sin ser crímenes son del resorte de las autoridades públicas, no pueden ser otros que las *cualidades* que menciona el Código Italiano como posible origen de un proceso *disciplinar* y no *penal*; no pueden ser otros que los vicios de los empleados públicos llevados al punto de constituir incapacidad física ó moral para el puesto que desempeñan.

El Código de Instruccion Criminal definiendo una de las clases de abusos de imprenta contra los particulares como denuncia de hechos que menoscaban la honorabilidad y no interesan al orden público, supone igualmente que, aunque menoscaben la honorabilidad, si al bien público le interesan, no son ya tales abusos de imprenta contra los particulares. ¿Se refiere quizás á las denuncias de crímenes ó delitos? No; porque estas tienen en el Código su artículo especial, y en él se manda que el denunciante de esa clase pruebe sus dichos. Además; las denuncias de delitos no son punibles porque menoscaben ó no la honorabilidad de nadie, sino por ser verdaderas ó falsas [1]; siempre le interesa al bien público que sean probadas ó desmentidas. Mientras que el inciso 2.º del artículo 407 habla de denuncias sobre hechos *desdorosos* que pueden interesarle ó no al orden público. ¿Cuales seran esos? Evidentemente aquellos en cuya represion la sociedad no tiene generalmente un interés directo; y solo lo tendrá en uno ú otro caso, por razon de las personas que los cometen. ¿Qué le importa saber á la sociedad si tal ó cual persona tiene desatendidos sus negocios, por darse á la embriaguez? Nada absolutamente; y si se lo

(1) Art. 350, 351 y 352, del Código de Inst. Criminal.

denuncia un periodista, hé ahí un hecho que menoscaba honorabilidad y no interesa al orden público; he aquí un abuso de imprenta, en cuyo enjuiciamiento no es admisible la prueba. Pero cambia el sujeto; no se trata ya de un negociante, sino de un conductor de correspondencia, á quien frecuentemente se le vé tambaleando al subir á su wagon ó tendido á la orilla de los caminos, si hace la conduccion á caballo. La prensa lo denuncia; el hecho menoscaba su honorabilidad, y sin embargo, no llega á la esfera del delito; llevado por él ante los jueces, seria absuelto. ¿Puede ese tal ampararse del fuero particular? ¿Puede cerrarle al periodista el camino de la prueba? Si se aplica á este caso la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones, sí, Señores: el periodista será irremisiblemente condenado. Se empezará por reconocerle á ese mal empleado el carácter de particular agraviado por la prensa, dándole opcion á la via ordinaria; se continuará por declarar con toda verdad que lo que se le imputa es un delito privado que no dá accion pública; despues se afirmará que le son aplicables las disposiciones del Código que niegan el derecho á la prueba; y se terminará con una condenacion en forma, para lo cual puede servir de molde la que contra mí se ha dictado. Los considerandos son en todo caso los mismos; la pena podrá variar á merced del juez y por los motivos que á él le acomoden.



V

Voy á terminar, resumiendo.

Primeramente, diré que combinados el artículo 407 y el 349 del Código de Instruccion Criminal, y comparados con sus antecedentes, la ley de 1829 y la jurisprudencia anterior al Código, la opcion que en él se dá entre la vía ordinaria y el Jurado es completa: iniciar el juicio en una ú otra forma, equivale á perseguir uno ú otro carácter de los dos que tiene el delito, acomodando á él su enjuiciamiento y su pena.

Diré ademas, que la ley de 1829 al definir la difamacion como publicacion de "vicios ó defectos privados que no sean del resorte de las autoridades públicas," implícitamente admitió que hay vicios ó defectos privados que son de aquel *resorte*, y cuya denuncia no constituye difamacion. Por cuyo motivo, cuando en el artículo 32 hizo potestativa la querella en via ordinaria, por las difamaciones, injurias y calumnias, no se hubo de entender la palabra *difamacion* sino en el sentido en que la tomaba la ley, esto es, como publicacion de hecho privado sin relacion ninguna al orden público, y consiguientemente, no debió darse la opcion entre la via ordinaria y el jurado, cuando en la publicacion del vicio ó defecto se hallaba interesada la sociedad.

Que siendo el Código de Instruccion Criminal, en sus artículos 349 é inciso 2º del artículo 407, el continuador de aquella ley en sus artículos 4.º y 32, la opcion dejada al particular en el artículo 349, debe entenderse solamente de aquellos casos en que los ofendidos son tales *particulares*, lo cual no ocurre cuando el hecho desdoroso publicado, á pesar de menoscabar la honorabilidad, interesa al orden público.

Y que, finalmente, aún cuando se deje la opción también en estos casos, bien se siga el juicio como abuso de imprenta con su especial procedimiento, bien como delito ordinario y con procedimiento común, no se puede negar el derecho á la prueba, á pretexto de que el ofendido es un particular y la falta que se le imputa no constituye crimen ni delito, sin dar lugar á la indefensión del acusado y á la violación de los más sanos principios de la legislación penal.

Añadiré, Señores, algo más, deseando que mis temores se queden en eso, sin llegar á profecía.

Si tal doctrina se entroniza, si se acepta semejante jurisprudencia, no hacen falta represiones ni censuras previas: la libertad de la prensa, la prensa misma está de cuerpo presente.

Francisco Durá.

V.º B.º

JOSÉ M. PERELLÓ.



PROPOSICIONES ACCESORIAS

1.º En materia de Bancos, no es posible mejor garantía que la absoluta libertad.

2.º La acción pública sustituida por completo á la acción privada en la represión de los delitos no es compatible sino con un estado social más avanzado que el nuestro.

