

03

CFO

0000000000

FLORIAN

TEORIA
DE LA
REANIMACION

000000

0000000000

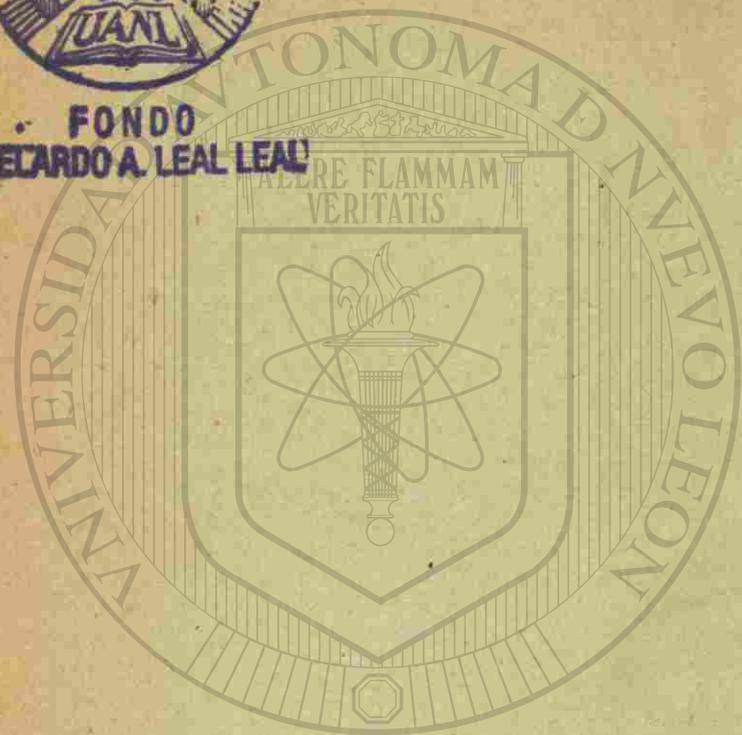
000000

KL503
F5



1080034653

FONDO
ABECARDO A. LEAL LEAL



6590 III

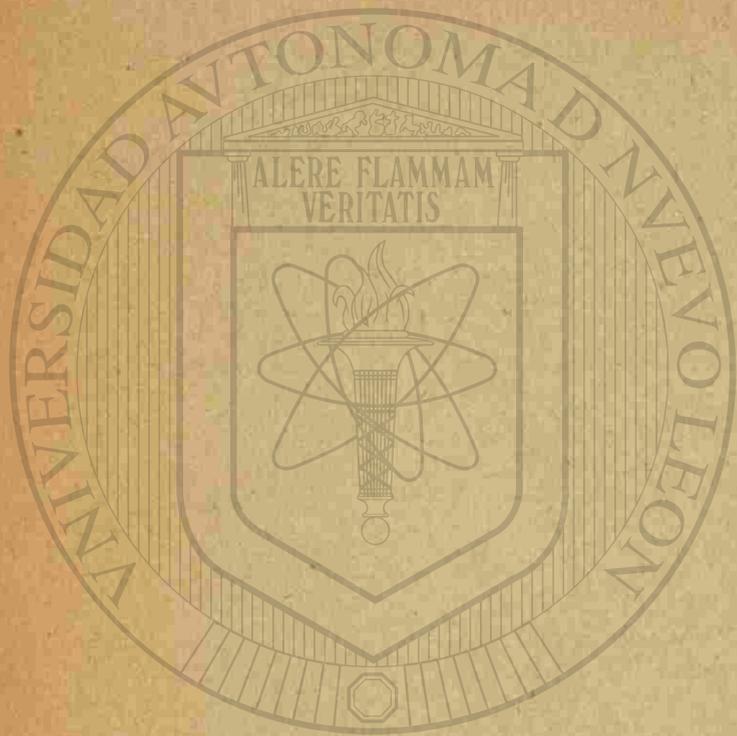
DB. 1279

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



TEORIA PSICOLOGICA

UANI

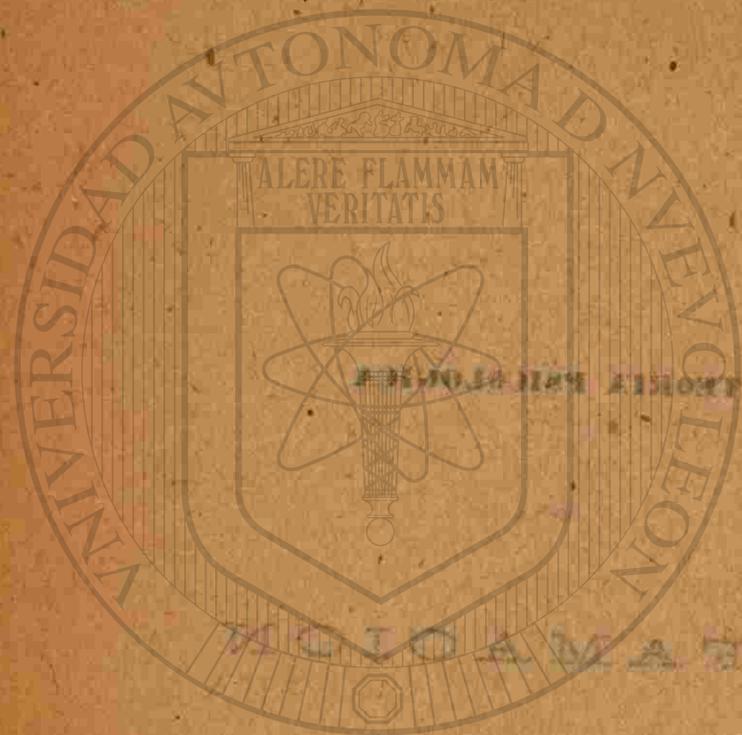
DE LA

DIFAMACION

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



TEORIA PSICOLOGICA

DE LA

DIFAMACION



ESTUDIO SOCIOLOGICO-JURIDICO

POR

EUGENIO FLORIAN

JURISCONSULTO ITALIANO

TRADUCCION ESPECIAL PARA "LA CIENCIA JURIDICA"

POR

P. HERRERA DE HUERTA.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



Capilla Alfonso
Biblioteca Universitaria

78564

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MEXICO.

TALLERES DE « LA CIENCIA JURIDICA »

HOSPICIO DE SAN NICOLAS Núm. 1

1902



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



DIRECCIÓN GENERAL DE

TALLERES DE LA CIENCIA JURÍDICA

Hecho en el día 1 de Mayo de 1903

1903

CAPITULO PRIMERO.

Noción del *animus iniuriandi* en la difamación.

1.—Dos elementos concurren á la formación del delito: el elemento subjetivo, que comprende su génesis psicológico, y el elemento objetivo, que es su externación, su manifestación exterior. Para la escuela llamada clásica la cuestión sobre cuál de los dos elementos tiene mayor importancia, no es, generalmente hablando, ni siquiera posible; mientras que para la escuela positiva tal investigación tiene grande valor y es susceptible de una solución.

Esta escuela, en efecto, establece el principio de la temibilidad y adaptabilidad del delincuente, como criterio esencial para determinar la medida de la pena y da, en consecuencia, grande importancia á los motivos determinantes.¹ Sin embargo, aun para la escuela clásica que admira en Francisco Carrara á su más fiel y autorizado intérprete, en determinados delitos domina el elemento subjetivo, como verbigracia, en los delitos contra el honor.

El *animus iniuriandi*, dice Carrara, se reputa parte esencial del hecho delictuoso,² así es que completa el *corpus criminis*.

¹ Garofalo, *Criminología*, Turin, 1891, p. 317 y sig.—Ferri, *Sociología Criminal*, Turin, 1892, c. III § 7, p. 559 677.

² Carrara, *Progr. del curso di dir. crim.*, parte speciale. Lucca 1888, III, 1751.—*Opuscoli*, Lucca, 1870 y sig., VI, p. 178.—En el mismo sentido; Pincherle, *La legge e la stampa*, Firenze, 1887, c. IV, n. 6, p. 138.—De Cola Proto L., *ingiuria nella scienza e nel foro*, Messina; 1888, p. 23.—Trib. di Catanzaro 12 Febrero 1891; *Foro ital., Rep.*, XVI, col. 796 N.º 12.

De lo dicho se desprende que, tanto para la escuela clásica, cuanto para la positiva, no carece de importancia el argumento de la presente disertación, ó sea, el estudio conciso y sin pretensiones del elemento subjetivo de la difamación, el más grave de los delitos contra el honor, cuya importancia ha aumentado ahora por las interesantes cuestiones y las vivas polémicas que las recientes disposiciones penales han suscitado en esta materia.

2. — Ante todo, para seguir un orden lógico, estudiaremos la noción del dolo en general y determinaremos después la del dolo propiamente dicho que caracteriza la difamación, (*animus iniuriandi*). El dolo viene á ser como la intención del delito, la *voluntas sceleris*; la voluntad es, dice Pessina,¹ la generadora de la acción, en cuanto constituye un deseo delictuoso; ó bien, según Tolomei² la voluntad deliberada de hacer aquello que se sabe que es malo.

Estas y otras muchas definiciones que podríamos citar están basadas en dos elementos: inteligencia y voluntad, creyendo con Carrara³ que el libre albedrío es un atributo de esta última; en consecuencia, aquellas que, como las citadas, se refieren únicamente á la voluntad, consideran que ésta encierra en sí el conocimiento, es decir, una voluntad conciente. De manera, que las definiciones más autorizadas podrian compendiarse en la siguiente: *el dolo es la voluntad conciente de delinquir*, ó lo que es mejor todavía, en la célebre de Romagnosi: *el dolo es la conciencia de contravenir á la ley, cuando se tiene la libertad de no violarla*.⁴

Pasaríamos los límites de nuestro modesto estudio, al

[1 Pessina. *Elementi di diritto penale*, Nápoles, 1882, T. I, c. IV, p. 153.

2 Tolomei, *Diritto e proc. pen.* Pádua, 1876, § 924.

3 Carrara, *Programma*, parte generale § 62

4 Romagnosi, *Gen. del dir. pen.* Prato, 1837, § 1334.

hacer un examen crítico de tales principios que son considerados por la mayoría de los autores como base fundamental de la imputabilidad penal; pero nos parece oportuno indicar que por una parte se asegura que el elemento del libre albedrío se halla desmentido por la psico-fisiología y, como quiera que sea, es siempre peligroso para la sociedad honrada;¹ y por otra, se proclama que el requisito de la inteligencia y de la conciencia debe interpretarse en un sentido rigurosamente científico, como sano juicio ético.²

3. — Algunos autores toman en cuenta otro elemento en la noción del dolo, es decir, la voluntad dañada, la mala voluntad,³ el fin avieso, la mala intención, la malicia;⁴ expresiones que se comenzaron á usar en la legislación Carlovingia⁵ y que se hallan también en la de María Teresa y de José II.⁶ Sin embargo, á pesar del respeto que merecen los ilustres autores citados, (en los límites de la escuela clásica), es preferible y aún tal vez sólo posible la noción del dolo, como conocimiento de que la acción que se ejecuta infringe la ley penal. Por lo demás, el conocimiento de si esta intención es buena ó mala, honrada ó no, es una apreciación útil y fecunda para la ética; pero extraña y sin interés en el terreno jurídico. El mismo Mittermaier⁷ afirma que el dolo consiste simplemente en procurar conseguir un fin por medio de una acción que se sabe es ilegal.

1 Ferri, obra citada., capítulo III. § 1

2 Tamassia. *Il nuovo codice penale*. Apéndice de medicina forense. Atti ist. Ven. 1889.

3 Mittermaier, *Idea e caratteri del dolo*. (Scritti germanici, trad. de Mori. Livorno, 1845, I, § 2.—Buccellati, *Ist. di dir. pen.*, Milán, 1885, § 194.

4 Wening, *Presunz. del dolo malo in D. R.* (Scrit. germ. cit., I).

5 Tolomei, obra cit., § 994.

6 Mittermaier, obra cit. § 1.

7 Pertile, *Storia del dir. Ital.*, Pádua, 1876, V, p. 68.

Basta, pues, que la intención sea antijurídica en el sentido de querer infringir la ley,

4.—Respecto al *animus iniuriandi*, que vamos especialmente á examinar, es de notarse, ante todo, que los autores están concordes en reconocer el papel principal que desempeña en los delitos de injuria.

Ya se encontraba escrito en las fuentes del Derecho: «*cum enim ex affectu facientis iniuria consistat*»¹ por lo que Walter, refiriéndose al Derecho Romano, decía que todo depende del *animus* del ofensor,² y Bentham, por la misma razón enunció la conocida máxima de que «*l'intention de l'injure fait l'injure*» (la intención de injuriar constituye la injuria).³ Y es tan grande la importancia del *animus iniuriandi*, que Carrara afirma; como ya dijimos, que es no sólo una condición de la imputabilidad del agente, sino que se refiere, completándolo, al elemento objetivo, ó sea, á la fuerza física subjetiva.⁴

Pero los autores no están acordes al expresar la noción del *animus* ni al precisar su diferencia característica del dolo en general. Por el contrario, la mayor parte de los tratadistas definen de tal manera el dolo especial de la difamación, que se confunde con el dolo común que acompaña á los demás delitos.

5.—No cabe duda que para la existencia del *animus iniuriandi* son indispensables los dos elementos que ya vimos son necesarios para constituir el dolo en general: voluntad é inteligencia.⁵

1 Dig. 47, 10, 3, § 1.

2 Walter, *Dell'onore e delle ingiurie secondo il diritto romano*. Scrit. germ. I, § 23.

3 Bentham, *Princ. du code pen.* (Œuvres, I, Bruselas, 1829, p. 149.

4 Carrara, *Progr. p. s.*, tom. III, § 1751 y 1752.

5 Nosotros tomamos aquí la palabra voluntad en el sentido científico, y no en el metafísico, como la escuela clásica.

6.—Podemos avanzar un paso y estudiar la diferencia que existe entre el dolo directo y el indirecto con relación al *animus injuriandi*.

Existe el dolo siempre que la acción antijurídica efectuada corresponde á la que el agente se había propuesto ejecutar, es decir, á la representación mental del delito, tal como se la formó su autor. Y según como se concibió esta acción, especial é individual, ó general y eventual, así el dolo resulta determinado ó indeterminado.¹

¿Será posible la difamación con dolo indeterminado? La respuesta debería ser afirmativa; pero en un sentido muy limitado, es decir, entre la injuria y la difamación. La voluntad de delinquir de un modo abstracto, la concepción confusa del mal que se quiere hacer á otro, no son posibles en la injuria en general. La palabra no tiene sentido cuando no encierra una intención especial. Por el contrario, puede suceder, siempre en los límites de esa intención, que el autor conciba confusamente el resultado de su obra, que intente indiferentemente difamar ó injuriar, ó hasta una y otra cosa. Sin embargo, nunca podrá haber dolo indirecto; cuando se prevee y, sin embargo, no se quiere herir la reputación de otro, cesa el delito de injuria hasta en su elemento material.

7. No obstante lo dicho hasta aquí, poco ó nada resulta de lo que caracteriza el elemento subjetivo de la difamación.

1 Los autores no están de acuerdo en esta clasificación del dolo que resulta evidente en Tolomei (§ 947) y en Pessina (I, 4, c. 1).—Carrara llama indeterminado el dolo indirecto (*Opuscoli* I, p. 303) y también Berner (*Trattato di dir. pen. trad. por Bertola*. Milán, 1887, § 95).—Algunos rechazan la distinción entre el dolo determinado y el indeterminado; en Italia, por ejemplo, Buccellati la llama falaz y peligrosa (*Ist. di dir. pen.*, § 275). Por el contrario, la del dolo directo y el indirecto es sustancialmente aceptada por todos los autores.

Interrogüemos, pues, á los autores para conocer la opinión que hoy domina, y ante todo al ilustre Carrara, de quien deben partir todos los estudios sobre derecho penal.

Pues bien, Carrara, refiriéndose al *animus iniuriandi*, proporcionó algunos elementos, dió aquí y acullá ciertas nociones; pero en vano se busca en su grandioso *Programma* una definición clara y terminante. El gran criminalista vaciló entre dos encontradas opiniones: considerar el *animus* como conciencia del carácter injurioso del acto ó de la responsabilidad, ó tomar en cuenta el elemento de la intención maligna, de la perversidad del fin.

Será oportuno reunir aquí los puntos que se refieren á este asunto con tanta más razón cuanto que Carrara frecuentemente ha sido citado y copiado de un modo unilateral.

«El dolo característico de los mismos consiste en la conciencia de divulgar un escrito ó una especie difamante, aun cuando sólo se haga por ligereza ó por parecer agudos y graciosos; el dolo consiste en saber que con este acto se va á zaherir la reputación de una «persona». Y en otra parte dice: «El dolo especial de la injuria consiste en saber que se difama á un semejante»²

Por el contrario, «en el delito de injurias, se comprende la intención maligna del que ultraja, etc.»³ Es preciso tener siempre muy presente que lo que constituye la injuria, es la malignidad del ánimo.»⁴ «La averiguación moral no puede constituir un delito mientras no

1 *Programma*, p. s. III, § 1754.

2 *Programma*, III, § 1765.—*Opuscoli*, VII, (I.XVII, *Diffamaz. elem. intentionale*) p. 347-348.

3 *Programma*, III, § 1751.

4 *Id.* § 1762. nota.

«se aclare la perversidad de su fin;»¹ y considera el dolo «especial de la injuria» como la intención directa de ofender el honor ajeno.»² No hay motivo para acriminar cuando el fin «desvanece toda sospecha de mala intención ó de manifiesta calumnia.»³ La esencia de los delitos contra el honor consiste «en la intención de ofender la honra ajena»⁴ El ánimo de injuriar «presupone, como elemento necesario, un odio, una antipatía contra el hombre que se quiere deshonestar.»⁵

¿Cuáles es, pues, la teoría de Carrara? ¿Se requiere ó no la malignidad del ánimo, el fin avieso? De los puntos citados es imposible deducir una consecuencia necesaria; pero, si consideramos la máxima importancia que aquel ilustre profesor daba al elemento moral en este delito y su opinión acerca de la *exceptio veritatis* y de la *fides veri*, de que hablaremos á su tiempo, tal vez podría creerse que se inclina á la doctrina del fin avieso.

8. Para fijar, pues, la opinión dominante, es necesario saber lo que dicen otros autores.

Tolomei, descubre en el *animus iniuriandi*, la intención de inferir una afrenta al ofendido por el placer de exponerlo al desprecio general y para privarlo de la estimación de los demás.⁶ Ellero parece que acepta, si bien parcialmente, la doctrina del fin, porque juzga dolosa «la imputación malévolamente de aquello que se sabe no es cierto»⁷ Crivellari asegura que debe existir en el agente, la mala

1 *Programma*, § 1768.

2 *Id.* § 1762. nota 1ª.

3 *Opuscoli*, IV, 593.—p. 586.

4 *Id.* IV, p. 614.

5 *Id.* VI, p. 188.

6 Tolomei, obr. cit., § 1779.

7 Ellero, *Delle leggi sulla stampa*, Arch. giurid., III, c. XXX, § 136.

intención ¹ Pessina considera que el *animus iniuriandi* es el propósito de manifestar falta de estimación á otro; pero cree que se puede probar la *inocencia* del propósito para excluir la acriminación; ² y Berner, como una voluntad conciente del caracter delictuoso de la acción ³ Pincherle afirma que la perversidad de la intención es manifiesta en todos los delitos de imprenta, salvas las contravenciones, ⁴ é igual opinión profesa Castori. ⁵ Paoli cree que el dolo es el principal fundamento de la imputabilidad de cualquier delito contra el honor y encierra la intención aviesa de exponer al odio y al desprecio de los demás ⁶ De Cola Proto reputa que existe la injuria cuando la ofensa está determinada por la intención de ocasionar á los demás un dolor moral ó un perjuicio ⁷ y se refiere también aún más explícitamente al fin de dañar y á la malignidad del propósito; ⁸ pero añade luego que la intención se compendia en la reunión de la voluntad y de la inteligencia. ⁹ Semmola pone el *animus* en la conciencia objetiva de la imputación difamatoria y prescin-

1 Crivellari, *La stampa*. Venezia, 1868 c. IV, p. 30-32.
 2 Pessina, *Elem.*, II, p. 116-117.—*La liberta della Stampa e il nuovo cod. pen.* Studi giuridici per il XXXV anno d'inseng. di Filippo Serafini. Firenze, 1892 § 1, p. 149-150, donde combate explícitamente la teoría del fin.
 3 Berner, *ob. cit.*, p. 381.
 4 Pincherle, *op. cit.*, c. IV, § 6, p. 137.
 5 Castori, *I reati di stampa e l'Editto* 26 marzo 1848. (Aten. Ven. serie 13^a, n° 3-6, 1888, c. 4, p. 200.)
 6 Paoli, *Espos. stor. e scient. del lav. prep. del cod. pen. it.*, Firenze, 1885, tom. II, § 413, § 415.
 7 De Cola Proto, *obra cit.*, p. 44.
 8 *Id. id.* c. II, § 2, p. 22-45.
 9 *Id. id.* c. IX, p. 132.

de del fin, ¹ como lo hacen Frola, ² Bono ³ y Armó ⁴

Según Capello, el *animus iniuriandi ó diffamandi* es la conciencia de decir ó hacer alguna cosa que ultraje la honorabilidad, fama ó decoro de una persona ⁵ Fulci, reconociendo la grande importancia de la interpretación en esta clase de delitos, ⁶ afirma que hay *animus iniuriandi* cuando el ofensor se propone causar un dolor moral en el ánimo del ofendido y (ó) hacerle perder la estimación pública. ⁷ También esta definición es muy vaga y parece que el autor, tanto rechaza la doctrina del fin, ⁸ cuanto la acepta parcialmente. ⁹

1 Semmola, *La censura pubblica nei liberi ordinamenti e la repressione delle ingiurie*. Napoli, 1889, c. IV, § 1, n. 2, p. 96 y 140.

2 Frola, *Ingiurie e diffamazioni*. Torino, 1890, c. I.

3 Bono, *La diffamazione e l'ingiuria ecc.* Stradella, 1889.—Este autor, cuya obra por lo demás no tiene ningún valor científico, dice que el dolo especial de la injuria "consiste en la intención directa de perjudicar á otro en su reputación".—Parte I, cap. § 3, p. 43. Muy vaga es esta definición para poder deducir que su autor sigue la doctrina del fin.

4 Armó, *Onore ed ingiurie*. Palermo, 1890. Define misteriosamente el *animus* como "unión verdadera de la conciencia y de la voluntad", p. 38. Pero á propósito de las ofensas á la memoria de los muertos, se refiere "al inte res público," que debería exculpar.

5 Capello, *Studio comparativo sulla diffam. e l'inguir.* Torino, 1890, p. 10. Pero este autor dice después que se requiere una voluntad aviesa (p. 15) y habla repetidas veces de la licitud del fin (tit. II, *passim*).

6 Lodovico Fulci, *L' intenzione nei singoli reati*. Messina, 1885, I, c. XXVI § 2.

7 Fulci, p. 300.

8 Los únicos motivos que desvanecen el *animus iniuriandi*, según Fulci, son: el *animus narrandi, defendendi, consulendi, placandi* (p. 300 y 320): enumeración taxativa que repugna á la doctrina del fin (libro cit. c. IV, § 46.) Además, el mismo Fulci dice que la buena fé (c. XXVI, § 3) y la verdad de la imputación (pág. 284, 290) excluyen el delito, sin atender al fin.

9 Esto parece respecto á la difamación de los eclesiásticos y de la memoria de los difuntos (p. 344.) Estas vacilaciones demuestran la incertidumbre que existe, aún entre los más doctos respecto á la noción del *animus iniuriandi*.

Algunos, que también han tratado la misma materia; pero bajo otro aspecto (como Bonasi, ¹ Buccellati, ² Manfredi ³, Gavazzi—Spech, ⁴ y Stivanello ⁵ —no se ocupan del *animus* ó no exponen claramente su noción.

En las recientes obras que se han publicado con motivo del nuevo Código, mientras que unos afirman que el *animus* debe considerarse sólo como conciencia, otros le atribuyen más ó menos el fin avieso ⁶.

Del anterior examen que nos parece inútil continuar, se deduce con toda claridad que en los varios autores y aún en uno mismo, predominan las dos tendencias que se manifiestan en Carrara: la una, de considerar el *animus iniuriandi* como el simple conocimiento del carácter difamatorio del hecho imputado; la otra, de asociarle el elemento de la malicia, de la malignidad del fin.

9. Sin embargo, por una parte es preciso reconocer que la primera solución no se deduce de las premisas sobre carácter especial y la importancia del *animus iniuriandi*; por otra, que la segunda no se ha planteado explícitamente, no está demostrada, no se deriva lógicamente de un cierto sistema rigurosamente fijado, y sobre todo, no precisa la noción jurídica de la mala intención.

Por tanto, para dar una base segura á la noción del *animus iniuriandi*, es necesario resolver, como problema

¹ Bonasi, *Sulla legge della stampa*, Bologna, 1881.

² Buccellati, *La libertà di stampa moderata dalla legge*. Memorie del R. Ist. Lombardo, clase de ciencias morales y políticas, T. XIV (V. serie III) p. 25-103.—Pero este autor da poca importancia al interés social como excluyente de la pena, p. 96.

³ Manfredi, *Il dir. penale della stampa*, Milán, 1881.

⁴ Gavazzi—Spech, *Sulla libertà di stampa*. Milán, 1881, algo imprecisa en la pág. 255.

⁵ Stivanello, *Il quarto potere*, Milano, 1885.

⁶ V. para mayores detalles é indicaciones de autores, el cap. II y V, II part e.

preliminar, la cuestión de la influencia que ha de atribuirse á la apreciación de los móviles y de los fines del individuo en quien jurídicamente nace el *animus* en cuestión.

Esto se refiere, naturalmente, á la esencia del delito de difamación y es, en consecuencia, el fundamento de toda la materia que hemos empezado á desarrollar. Es preciso, por consiguiente, tratar la cuestión desde un punto de vista algo elevado.

10. El problema se presenta en la forma de una antítesis, de un contraste. Por una parte el interés individual de conservar una buena reputación, cualquiera que sea la conducta real; por otra, el interés colectivo de desenmascarar al malvado, al que insidiosamente ataca las libertades públicas, á quien no quiere conformarse con las actuales exigencias de la vida social y que demuestra ser, de cualquiera manera, un elemento antisocial.

La cuestión, pues, se presenta como un aspecto especial de la más vasta y general de las relaciones entre el interés social y el particular, entre la sociedad y el individuo. Obsérvese que en estos tiempos se manifiesta, tanto en la doctrina como en la práctica, una viva reacción contra el individualismo que prevaleció en nuestro siglo, reacción que tampoco falta en Inglaterra, que fué la cuna del individualismo. ¹ La moderna sociología positiva demuestra que individuo y sociedad son términos inseparables y concordes de la vida humana y tiende á establecer el equilibrio entre uno y otra. ²

Se sabe, además, que el Derecho no es una cosa abstracta, eterna y fija, sino variable é histórica. «El derecho

¹ Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*. Turin 1890, núm. 319.

² Ferri, ob. cit., p. 432.—Garofolo, *Crim.*, p. 332.

es el andamiaje de la sociedad.»¹ la fuerza característica de la sociedad;»² «se desarrolla en un ambiente social y por él «se determina y toma una forma en vez de otra.»³ «En consecuencia, también á esta frondosa rama de la ciencia se ha extendido la reacción á que antes aludimos y que circula y se difunde en toda la vida contemporánea, y «si en un tiempo el Derecho parecía una fuerza egoísta, hoy no es sino el resultado del acuerdo entre el interés individual y el interés social. Este es el ideal más hermoso á que la actual jurisprudencia puede aspirar.»⁴ de lo que resulta que también el Derecho Penal, para ser útil, debe tomar los elementos de su constitución de la vida concreta de la sociedad é inspirarse en los principios de los tiempos nuevos.

Basándonos precisamente en este principio determinaremos las reglas que deben aplicarse al delito de difamación y resolver el problema planteado. El individualismo obligaba á sacrificar casi por completo al pretendido difamador, colocando al funcionario público y al individuo privado sobre un pedestal intangible, haciendo sumamente difícil el ejercicio de la censura y aumentando la pena; no consideró, puede decirse, más que uno sólo de los dos términos del problema: el individuo: ahora es preciso tomar también en cuenta el otro: la sociedad.

11.—En resumen la difamación no es sino una especie de crítica que un hombre hace de otro. Un individuo atribuye á otro acciones deshonrosas, inmorales, criminales, quiere hacerle perder la estimación que goza en la opinión de los demás. Prescindiendo por lo pronto de ave-

1 Carle, ob. cit. Introducción, p. XVI.

2 Ardigò, *Op. filos.*, IV, Sociol., c. II, § 4, p. 95.

3 Brugi, *Introduzione Enciclopédica*, Firenze, 1891, p. 35.

4 Brugi, Ob y lug. citados.

riguar la intención y el fin de quien tal hace y, dadas las relaciones entre el interés colectivo y el individual á que antes hicimos referencia, se presenta espontáneamente la cuestión de si la censura reviste un carácter de utilidad general.

Este es el punto culminante.

Teniendo presente que la censura puede recaer sobre funcionarios públicos é individuos particulares, es necesario examinar diversamente la cuestión, según se refiera á unos ú otros.

12.—Casi todas las legislaciones modernas, acordando la facultad de probar con respecto á actos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sancionan el derecho de la censura que es «la mejor garantía de la moralidad pública y una de las prerogativas más firmes del ciudadano en un país en donde impera la libertad»¹ Este principio, casi universalmente reconocido, no requiere un examen especial y nos limitaremos, por tanto, á hacer pocas observaciones.²

La ciencia moderna demuestra que la forma de gobierno, tal cual era en los principios de la vida social libre y democrática,³ tiende siempre á asumir de nuevo su carácter primitivo. El desarrollo industrial y el aumento de la potencia popular proceden de consuno⁴ de manera que la manifestación perfecta del tipo industrial necesita un órgano que sirva para expresar la voluntad

1 Semmola, *La censura*, Introd.

2 Para la demostración doctrinal y la exposición histórica de la teoría de la censura de los funcionarios públicos, así como también respecto á la imprenta, como manifestación de la censura, V. Semmola, c. II, págs. 26 y 47, sobre la utilidad de la verificación; Crivellari c. XVI, espec. p. 164-165 y los autores de Derecho Constitucional.

3 Spencer, *Sociologie*, París, 1878, Tomo III, § 464.

4 Spencer, *Soc.*, T. III, cinq. partie. ch. 9.

común; ¹ y el tipo industrial, en una época más ó menos lejana, se establecerá en definitiva. ² Esto sin tomar en cuenta que la psicología enseña que el mayor poder de representación, ó sea, el más grande desenvolvimiento del alma, requiere la mayor libertad política. ³ Por lo que el gobierno no es, en suma, sino un instrumento del que se sirve la fuerza del sentimiento público ⁴ única fuente del poder político en donde no hay ninguna influencia extraña. ⁵

Por tanto, si el principio en que se apoyan los Estados civilizados es, ó tiende á ser, la voluntad general, se desprende, como consecuencia lógica y necesaria, que todos los empleados, todas las personas que ocupan un puesto público, son directa ó indirectamente una emanación del pueblo cuya voluntad, legalmente manifiesta, tienen el deber de obedecer. ⁶

De esto resulta á su vez que toca al pueblo vigilar sus acciones y su conducta, para que no abusen de la confianza puesta en ellos ni falten al programa que se les había señalado.

En segundo lugar, dado el principio moderno de la responsabilidad de los funcionarios públicos, el derecho á la censura nace inevitablemente. ⁷

¹ Spencer, *Soc.*, T. III, § 575, p. 848, § 578, § 581, p. 871-877.

² Spencer, § 577, p. 859.

³ Spencer, *Prino. de Psychologie*, T. II, ch. IV, § 516 ch. VIII, § 530.

⁴ Spencer, *Soc.*, T. III, § 468.

⁵ Spencer, *Soc.*, T. III, § 469.—Carle, p. 548.

⁶ Respecto al empleado propiamente dicho, escribe perfectamente Max Nordau: "Según el concepto moderno del Estado, el funcionario no debería ser sólo un mandatario del público que recibe del pueblo su paga y sus poderes y sólo al pueblo es deudor de la consideración y del puesto de que disfruta." *Mentiras convencionales*, etc., trad. Milan, 1884, p. 194. V. Tocqueville, *La démocratie en Amérique*, Paris, 1864, T. II, p. 57-60.—Spencer, *Sociol.*, III § 468.—Buccellati, ob. cit. p. 55-61.

⁷ Semmola, c. II, § I, núm. 2.—Spencer, *Soc.*, III, § 578, p. 860.

En tercer lugar es condición de interés general que los destinos del país y la administración pública se confíen á personas imparciales y honradas que tengan por única mira el bien público. De esto resulta una utilidad directa evidentísima; pero también otra indirecta. En efecto, la persuasión de que los funcionarios públicos procuran realmente el bien de todos, inspira tranquilidad y confianza á los ciudadanos, robustece la opinión de la seguridad, y, en consecuencia, los trabajos son enérgicamente impulsados, se ensanchan y consolidan los negocios y en fin, más abundantes son las fuentes de la prosperidad común. Cuando por el contrario, como dice Spencer: cuando los productos de nuestras fatigas no están seguros, muy débil es el estímulo al trabajo. ¹

13.—Pasemos ahora al derecho de censura con respectencia á individuos que no ocupan puestos públicos y veamos si es también de interés general.

Sabemos que la filosofía positiva considera á la sociedad como un organismo viviente. ² El hombre, dice Carle, viene á ser para la sociedad como la célula primordial de los fisiólogos. ³ Pues bien, así como la naturaleza del agregado está determinada, tanto en sociología como en biología, por la naturaleza de los elementos ⁴ así mismo en

¹ Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, p. 259.

² Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles y Gerschel, Paris, 1971 t. II, deuxième partie, spec. ch. II, § 223 y ch. 12.—Foulliee, *La science sociale contemporaine*. Paris, 1880, ch. II, Sebaffl. op. cit., p. 691-719.—Sergi, *La sociologia e l'organismo delle società umane*, pref. á Spencer, *Intr. alla sociologia*. Milano, 1887, § V.—Boccardo, *L'animale e l'uomo*, pref. al tomo VIII de la *Biblio. dell' Economista*. Torino, 1881, c. I, p. XLVI-XLVII.—Sobre el desarrollo de la doctrina del organismo social en la historia de la filosofía desde Aristóteles á Spencer v. Espinas, *Des sociétés animales*. Paris, 1868, Intr. y espec., § 1, p. 7-44 § 3, p. 67-136.—Sobre la teoría de la evolución en general: Morselli, *Antropologia generale*. Torino 1888, lección III.

³ Carle, ob. cit. introducción § II.

⁴ Espinas, ob. cit. p. 130.

la sociedad el bienestar material y moral de ella depende del de los individuos que la componen, ya sean funcionarios ó simples particulares.

Además, los hombres que informan su conducta á fines enteramente egoístas ó contrarios al interés general son directa y efectivamente peligrosos y nocivos á la sociedad. Pero lo son aun indirecta y potencialmente.

En efecto, el ideal de la conciliación de los intereses de cada uno de los ciudadanos con los de los demás es la fusión de todos en uno ¹ por lo que el hombre debe espontáneamente procurar favorecer el bienestar ajeno ² y el bienestar social ³ posponiendo los sentimientos egoístas á los desinteresados. Pero el desarrollo de los sentimientos que encuentran su satisfacción en el bien de todos, es aquel de los sentimientos idóneos á las condiciones fundamentales de la salud social, ⁴ por lo que en la adaptación á las condiciones sociales reside el ideal de la moralidad ⁵ y el progreso exige que los fines individuales se hagan siempre más sociales, por ser ésta la tendencia de la época, ⁶ En consecuencia, los que obran impulsados por su grosero, primitivo y exagerado ⁷ egoísmo, son verdaderos elementos antisociales que carecen de la virtud de la adaptación é impiden el desenvolvimiento progresista de la sociedad.

De aquí proviene la necesidad de una sanción para pro-

¹ Spencer, *La morale*, § 93, p. 294.

² Spencer, ob. cit., c. VIII, spec. § 55.

³ Spencer, ob. cit. §. 97, p. 307. Morselli, *Il suicidio* Milán 1879, p. II § 3.

⁴ Spencer, *Principes de Psychologie*, t. II, § 525, p. 640.

⁵ Sergi *Prefacio á la Moral de Spencer*, p. XXVI.

⁶ Carle, p. 572. Sobre el ideal de la solidaridad: Asturaro, *Gli ideali del positivismo e della filosofia scientifica*, Génova 1892, § III, p. 46-47.

⁷ Esto no quiere decir que se proscriba el egoísmo racional que es tan necesario para la felicidad social y hasta cierto punto hace posible el mismo altruismo Spencer, *La Morale*, c. XI, p. 227-242.

ceder contra tales individuos; que esté principalmente confiada al cuidado de la opinión pública, pues si se dejara impune la libre manifestación de los instintos antisociales, además de que se desarrollarían en el individuo en quien germinan, se difundirían por todo el ambiente social, ocasionando los perjuicios que á nadie se ocultarán. Podemos repetir aquí, por haber mucha analogía, lo que decía Romagnosi, refiriéndose á la impunidad de los delitos: «la impunidad comunica al delito la más fatal y segura actividad. ¹

En tercer lugar, hay en nuestro favor una poderosa razón de defensa. Los hombres á que nos referimos, en todas y cada una de sus acciones, resultan perjudiciales á éste ó aquel individuo particularmente. Pues bien, si podemos sin peligro desenmascarar las malas acciones brutalmente egoístas de los individuos privados, defendemos al débil contra el fuerte, defendemos á aquellos contra quienes dichos egoístas despliegan toda su malignidad. Así se da lugar á que se manifieste y desarrolle ese elevado sentimiento que Spencer califica de voluptuosidad de la compasión y que se traduce en amor y defensa de los débiles. ² Pero hay también una razón de defensa indirecta, supuesto que, dando á conocer que determinado individuo es malvado, profundamente egoísta, se proporciona al Estado y á los particulares el medio de guardarse de él y se forma á su rededor un vacío que también suele ser una especie de castigo.

Como se comprende, estos argumentos son también comunes, tratándose de la facultad de censurar á los funcionarios públicos; pero hay uno especialmente, que tiene este carácter.

¹ Romagnosi, *Gen. del dir. pen.*, § 254.

² Spencer, *Psychologie*, t. II, § 532, p. 655 y sig.

Vimos ya que es útil para la sociedad que los fines de la vida individual armonicen siempre más con los de la vida social. Es evidente, en consecuencia, que quien afronta molestias, desengaños, amarguras y peligros, al acusar á quien le parece ser nocivo y perjudicial á la sociedad y lo hace por un impulso altruista, manifiesta grandes aptitudes para la vida social, demuestra hallarse dotado de cualidades, por decirlo así, eminentemente sociales. Es claro por otra parte que, si el Código Penal hace muy peligroso y difícil el ejercicio de la censura, las susodichas cualidades se debilitarán y atrofiarán en él y no se comunicarán á los demás. Si, por el contrario, su ejercicio es fácil y honorable, tales cualidades se desarrollarán y difundirán. En suma, es demasiado cierto aun en la actualidad, siempre que se tome la virtud en un sentido sociológico muy vasto, lo que escribía Gioia: «si prevalecen los sentimientos personales sobre los sentimientos virtuosos; si son continuas las tentaciones á que está expuesta la virtud común, es necesaria una sanción que la sostenga, la anime y la conforte.»¹

Además, sin la libertad de censura no puede existir libertad de discusión, y nadie ignora cuáles y cuántas ventajas sociales produce el régimen de la discusión.²

Hemos procurado demostrar, pues, que la censura, en las dos formas susodichas, es de interés social.

14.—Pero, para que la censura sea de interés general, se necesita además del elemento objetivo indicado, un elemento subjetivo. En efecto, es indudable que, aplicando los principios expuestos hasta ahora á la responsabilidad penal del difamador, se deriva como consecuencia lógica

¹ Gioia, *Dell'ingiuria e dei danni*. Lugano, 1840, p. 379.

² Bagehot, *Lois scientifiques du développement des nations*. Paris, 1873, liv. IV, § 1.

y necesaria que, cuando es el representante del interés general, de la colectividad, de la opinión pública, lejos de ser temible, se revela, por el contrario, elemento de progreso y de integración del orden jurídico. Pero, para que sea tal, es menester que á la acusación y á la denuncia no sea impelido por movimientos antijurídicos, sino que el fin que se propone sea el interés público, la utilidad general. Si el derecho, como lo hemos demostrado, se inspira en el interés general, éste deberá tutelarle en vez de infligirle un castigo.

15. La figura del verdadero difamador se revela, cuando el individuo hace la acusación, movido únicamente por el egoísmo, por la baja pasión de la envidia ó de la ambición; cuando el fin que se propone no es el interés general, sino pura y simplemente la deshonra del ofendido; cuando, en una palabra, haya antisocialidad en los motivos y en el fin que inspiraron al agente.

El difamador y los males que causa han sido argumentos ampliamente desarrollados por los autores en estos últimos tiempos, y con especialidad durante la formación del nuevo Código Penal, por lo que no insistiremos sobre este punto. Es de observarse más bien que el legislador italiano—y después tendremos ocasión de verlo mejor—pareció preocuparse en sus *Relaciones sobre el Código*, del difamador y del libelista vulgar y fulminó penas justamente severas contra ellos; pero después, en el texto definitivo, no hizo ninguna distinción, no acordó ninguna garantía, y dichas penas se tuvieron que hacer extensivas á los difamadores, por decirlo así, no delincuentes.

Y, sin embargo, la lógica requería que tales penas se aplicaran únicamente á aquellos que habían sido pintados con tan negros colores! Esta contradicción evidente

parece ser una consecuencia de la preocupación individualista antes indicada.

16. Supuesto que es difamador delincuente quien se revela antisocial, la noción del elemento subjetivo en la difamación se completa con la naturaleza de los móviles y fin del autor, los cuales deben ser individuales y antisociales.

Esta noción del *animus* se liga, por tanto, con los principios en que se inspira la escuela positiva, según la cual, «para que haya responsabilidad penal, generalmente es necesario un fin antisocial y antijurídico.»¹

En consecuencia el dolo característico que se requiere aquí sería verdaderamente un dolo común; pero esto poco importa, porque en este estudio se considera solamente el elemento subjetivo de la difamación y no la teoría general del dolo; por consiguiente el punto de partida, para evitar largas discusiones, debía ser el de la noción más común del dolo en cuestión. Y, supuesto que los resultados de dicho estudio hecho sin prejuicios é inspirado en las necesidades de la sociedad actual respecto á la difamación, coinciden con la aplicación de los principios de la nueva escuela á este delito, tenemos sin duda, una prueba más de la verdad de estos resultados.

17. Pero, sin embargo, á propósito precisamente de la escuela nueva, ésta (fuera del criterio psicológico indicado) nos parece que no da la importancia debida á los difamadores. Así, verbigracia, Garófalo opina que, en mu-

¹ Ferri, *op. cit.*, p. 504. La teoría del fin, como criterio de punibilidad aplicado á la difamación, fué indicada por el mismo Ferri, *ob. cit.*, p. 510, y de un modo más extenso, por Sighele, *Il Codice penale e la stampa nei reati di diffamazione*, *Arch. di psych., scienze penali*, etc. XIII, y por Lopez *opúsculos citados* § 31, núm. 1; pero hasta ahora nunca tuvo, que yo sepa, un desenvolvimiento propio y completo. Sobre los motivos antijurídicos véase también Setti, *Dell'imputabilità*, Tratado de P. Cogliolo, I-II, p. 594.

chos casos, la difamación es una de aquellas «ofensas al sentimiento de compasión que no pueden atribuirse á una crueldad instintiva, sino á lo que propiamente se suele llamar rudeza, y proviene especialmente de falta de educación y de cierta reserva convencional.»¹ La injuria y la difamación se hacen aparecer como delitos ocasionales, y los delincuentes ocasionales, como se sabe, tienen menos responsabilidad, por ser poderoso el motivo que los impelió a delinquir y son considerados víctimas de circunstancias externas preponderantes, más bien que verdaderos delincuentes.²

Aquí hay alguna confusión, supuesto que, considerando á los difamadores de hoy en día, como lo hacen nuestras leyes, que con demasiada severidad amalgaman á los falsos delincuentes con los verdaderos, aparecen igualmente malvados y por el contrario, la opinión que combatimos considera buenos á todos. Es preciso investigar, como nos proponemos hacerlo, la esencia del verdadero delito y entonces resulta claramente que la figura comprendida en los términos indefinidos indicados poco ha, no es real y propiamente una difamación. Le falta el elemento antisocial y antijurídico verdaderamente esencial. En ella está descrita la víctima de las actuales leyes que son tan defectuosas.³

El verdadero difamador ofende, por el contrario, los sentimientos de compasión y demuestra que más ó menos carece de ellos, si por compasión se entiende, como

¹ Garófalo, *Criminalogia*, p. 129-130.

² Lombroso, *L'uomo delinquente*, Torino, 1889, II, p. 379-399.

³ De la verdadera naturaleza de los llamados difamadores ocasionales y de las varias clases de difamadores nos ocuparemos adelante, después de haber hecho la crítica de la legislación y desarrollado por completo la teoría del fin.

dice el mismo Garófalo: «la repugnancia por las cosas «cruels y la resistencia á los impulsos que causarían un dolor á nuestros semejantes.»¹

¿Y qué mayor dolor que verse expuesto al desprecio público cuando el hombre tiene la *psiquis* normalmente organizada?

18. No obstante, el que difama con nobleza de intención no comete ningún delito, ni siquiera, según la escuela clásica. Ese individuo, en efecto, no es peligroso para la sociedad; su acción no disminuye ni la seguridad común, ni la opinión de la seguridad, supuesto que no deben tenerla sino los malvados. En consecuencia, su acción no es políticamente dañosa, y siendo así, no puede constituir un delito.² Queda el daño individual; pero éste ó no existe ó es insignificante y reparable; y, como quiera que sea, según enseña Carrara, el legislador se extralimitaría en sus poderes, declarando delito el acto que lo causó.³

19. Así queda resuelto el problema planteado en el sentido de que, para constituir el *animus iniuriandi*, es necesaria la antisocialidad de los fines y de los motivos. La solución se halla en los límites de aquellas que requieren la mala intención; pero la relación es en todo exterior y no sustancial, supuesto que está expuesta explícitamente, excluyendo toda idea abstracta y metafísica, y da al fin y á los motivos un valor meramente sociológico, es decir, jurídico. Así tenemos la noción del dolo especial de la difamación verdaderamente característica,

1 Garófalo, *ob. cit.* p. 21-sobre lo demás este libro, c VII.

2 Carrara, *Programma p. gen.*, § 13.

3 Carrara, *id.* § 14, § 31, § 104. El hecho que perjudicara á un solo ciudadano sin disminuir, ni siquiera en la opinión, la seguridad de los demás, no podría declararse delito. § 27, § 108.

comparada con la doctrina del dolo en general y que corresponde á las premisas de la investigación emprendida.

20. Antes de proseguir nuestro estudio es oportuno tratar aquí, aún cuando sea someramente, de la opinión pública¹ y de la libertad de imprenta, la cual (correlativa de la soberanía popular)² es su expresión más pura y más común, pues una y otra son realmente los órganos más autorizados de la censura, por lo que procuramos dejar plena y enteramente sentado su derecho. La opinión pública y la imprenta forman, según el dicho de un insigne sociólogo, los coros del drama social³

Nadie niega en la actualidad el inmenso desarrollo y la grandiosa importancia de la imprenta; la mayor parte la consideran una verdadera potencia que desempeña uno de los principales papeles en la organización del Estado.⁴ Sus funciones en la vida social han sido perfectamente definidas por Schäffle: «difunde, dice el ilustre autor, en todo el público los impulsos espirituales provenientes del centro y reúne las relaciones esparcidas de la periferia

1 Schäffle, *Bau und Leben des Socialen körpers*, trad. Turín, 1881, I, p. 376, 380. Spencer, *Sociologie*, III, § 446-470. Sobre los defectos de la opinión pública, v. Gioia, *ob. cit.* parte II, lib. II, secc. IV, c. III.

2 Tocqueville, *La democratie*, etc., tom. II, p. 18.

3 Schäffle, *ob. cit.* p. 379.

4 Ellero, c. X, § 55, p. 294.—Guerzoni, *La stampa odierna e la sua legislazione in Italia*, Nuova Antologia, Serie I, tomo 12, p. 50. Stivanello, *ob. cit.*—Pincherle, c. II, p. 77-83. Manfredi, lib. IV, c. I, p. 319.—Gavazzi-Spech, lib. I, c. I, p. 17-18.—Sommola, p. 163.—Crivellari, c. XXII, p. 242-249.—Pessina, *La liberta etc.*, § 1, p. 146.—Lopez, *Il codice penale e la liberta della stampa nel reato di diffamazione*, Foro penale, I, p. 67.—En contra: Castori, c. I, p. 178.—Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture e de la presse*. París, 1884, tom. I, introd. p. XXI.—Es muy notable que en los Estados Unidos, la imprenta se considera un instrumento poderoso más fuerte que el del Gobierno. V. Lombroso y Laschi, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, Turin, 1890, p. 108.

para reunir las al centro del movimiento espiritual»¹ Es cierto, en consecuencia, que existe en el periodismo una parte tan grande de la actividad y eficacia intelectual,² que es una de las más grandes instituciones sociales³ que por consentimiento casi unánime cumple una misión civilizadora,⁴ que se convierte, como dice egregiamente un ilustre maestro, en un eforado moral superior á todos.⁵ La imprenta, escribía Beccaria, convierte al público y no á unos cuantos, en el depositario de las santas leyes⁶ La libertad que ha ido conquistando la imprenta palmo á palmo, después de tremendas luchas seculares,⁷ es, según Blackstone, verdaderamente esencial á la naturaleza de un Estado libre,⁸ por lo que quien la restringe ú oprime (asienta un caluroso partidario del orden) impide ó retarda la libertad.⁹

Por lo dicho se ve que la imprenta es el órgano más caracterizado de la censura pública y que, por tanto, debe dársele una reglamentación formal y jurídica tal, que le permita vivir y cumplir su misión; pero sin convertirla en un ídolo y sin concederle odiosos privilegios. ¡Ni altanero desprecio, ni baja adulación!

1 Schäffle, *ob. cit.* p. 381.

2 Ellero, *ob. cit.*, c. XLI, § 189, p. 762.

3 Fransassetti, *La stampa periodica nell' odierna legislazione italiana*; Udine, 1891, p. 49 y 37.

4 Bianchi, *Le condanne dei giornali*. Scuol. pos. I, p. 536.

5 Pessina, *La libertà*, etc., § I, p. 146.

6 Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § V, p. 13. Obras. Florencia, 1854.

7 Pincherle, *ob. cit.* c. I.—Bouasi, *ob. cit.*—Gavazzi-Spech, lib. I, c. VII, X, XVI.—Tocqueville, tom. II, ch. III.—Barbier, *Código explicado de la presse*. París, 1887, tom. I, introd. § II.—Ley del, *Polizia di sicurezza*, IV, 10 en el, *Man. di Econ. pol. de Schöenberg*, v. Trad. Torino, 1892.

8 Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises avec notes de Christian* trad. Champré, París, 1822-23, t. V, p. 454.

9 A. Gabelli, *Sulla libertà della stampa e sull' editto 26 marzo 1848*. *Monitore dei Tribunali*, IX, Milano, 1868, p. 1130.

Esto especialmente no lo olvidamos en la discusión de nuestro tema, porque la imprenta es el medio más común de que se vale la difamación.

* * *

21.—Muchas objeciones pueden hacerse, sin embargo, á la doctrina desarrollada en este capítulo, especialmente desde el punto de vista del individualismo. Pero, como la cuestión se movió particularmente respecto á la *exceptio veritatis*, donde el individualismo quería hacer invulnerable la persona del individuo privado, nosotros trataremos de esta cuestión:

Tres objeciones de carácter general se presentan desde luego.

La primera (nada nueva y hecha ya contra la facultad de probar el hecho por Argentré¹ es ésta: ¿qué necesidad tienen estos hombres del fin santo, de recurrir á la difamación cuando todos pueden denunciar á la autoridad judicial á las personas que creen culpables? La denuncia á la opinión pública elimina por sí sola la posibilidad del fin noble y social. Pero esta objeción es muy superficial. Es preciso ante todo tener presente un sentimiento, muy difundido en nuestra sociedad, según el cual, quien hace una denuncia á la autoridad no merece el mismo respeto que es la recompensa de aquellos que, con conciencia de la verdad y sano intento, llevan la acusación ante el majestuoso tribunal de la opinión pública. Por eso encontramos en muchas personas la mayor repugnancia por la denuncia, llamémosla así, legal; repugnancia que, engendrando la abstención, hace desaparecer el elemento de la utilidad general el cual justifica la difamación en-

¹ Mittermaier, *Ecce della verita Scritti germani* II, p. 317. —La misma objeción hace Bono, p. 57.

noblecida por el fin. Este podrá ser un prejuicio; pero es preciso tomarla en cuenta, porque las leyes se hacen para determinada sociedad y deben adaptarse á determinado medio histórico y moral. Además, es más eficaz la denuncia á la opinión pública que á la autoridad, supuesto que en el sistema actual, á la denuncia no sigue siempre el ejercicio de la acción penal. ¹ Esta es una falta de garantía que puede explicar también la repugnancia arriba indicada.—Tampoco todos los actos reprobables, socialmente perjudiciales ó torpes, constituyen un delito, mientras que la censura y la difamación atacan especialmente á aquellas acciones que escapan á la represión judicial, y este es el fin á que tienden la doctrina y la legislación. ² Resulta que la llamada difamación tiene un dominio más extenso que la denuncia legal. Veamos por otra parte la realidad de la vida ¿hay ó no dos clases de difamadores? ¿Y si las hay, cómo podrá el Derecho amalgamar una con otra, sin incurrir en una violencia flagrante de los principios de la justicia? Tal vez, reformando el sistema de la acción penal, instituyendo la acción popular subsidiaria, los dos primeros argumentos quedarían, en parte, refutados y aun pudiera ser que el número de difamaciones disminuyera; ³ pero es indudable que

¹ El principio de que la acción debe ejercerse de un modo obligatorio por el Ministerio Público se halla sancionado en Bélgica y en Francia, mientras que entre nosotros es controvertido por la interpretación de los arts. 2-42 y 43 del Código de Procedimientos Penales.—V. Castori, *Delle azioni derivanti dal reato* § 22 (en el tratado de Cogliolo, T. II, parte IV). Además, la acción puede estar prescrita ó bien el delito solo puede perseguirse á petición de parte.

² Semmola, *ob. cit.*, c. II, § 1, n. 1, p. 29.—En contra: Manfredi, *ob. cit.*, p. 292-297.

³ Aquí se presenta un problema que se aparta de nuestro estudio y que no resolvemos por carecer ahora de datos estadísticos, pero que tiene grande importancia: ¿qué relación hay entre la facultad de ejercer la acción penal por parte del Ministerio Público y el número de las difamaciones?

al mayor extensión del contenido de los hechos difamatorios comparados con los punibles por la ley, existiría siempre. De lo que se deduce que difamación y denuncia legal no son iguales entre sí, y, en consecuencia, la objeción carece de fundamento.

Se dice, no obstante, en el mismo orden de ideas, que para alcanzar un fin bueno y laudable no pueden emplearse medios ilícitos; sin incurrir en la responsabilidad penal que tal vez les es inherente, ¹ lo que se resuelve evidentemente en una real y verdadera petición de principio, porque precisamente se discute si ciertos medios con determinado fin constituyen un delito, ó más bien dicho, si un dado fin justifica los medios y le quita su carácter delictuoso.

22.—En segundo lugar puede decirse: con vuestro sistema sustituis la autoridad de los órganos oficiales de la justicia pública por la individual; dais un magisterio punitivo al privado, y se protesta contra este *jus inspiciendi* y *jusdicendi* que, *ex suo marte*, se atribuye algún periodista. ²

Esta objeción, aun en los términos en que está expuesta, deja en pie la doctrina defendida en este capítulo.

Basta ponerse de acuerdo sobre el valor de la palabra *pena*.

Es cierto que, si pensamos en la pena como en una cosa en sí misma moral, que hiere al mal, porque es tal; si le damos una significación metafísica; si la restringimos á la expresión legislativa, el individuo privado no podrá ejercer la censura que le atribuimos.

¹ V. de Lucca, *La diffamazione e la libertà della Stampa*, Roma, 1891, p. 7.

² C. Bertolini, *Diffamazione* § 1, Legge, 1891, p. 718 y sig.—*Privilegio reclamato dalla stampa nella diffamazione* § 1, p. 4, Legge, 1892. Merlin, *Répertoire*, «Diffamation», § 1.—Manfredi, p. 283.—Tribunale di Roma, *Riv. pen.*, XXXIV, p. 302.—Bono 58.

Pero si, al contrario, consideramos la pena, prescindiendo de todo concepto de moral abstracta, de religión, de expresión legislativa, como un medio de defensa social, no se comprende por qué el individuo no podrá defender á la sociedad, ó sea, en resúmen, defenderse á sí mismo, cuando los órganos caracterizados de la defensa se revelan insuficientes. Y que son insuficientes lo veremos un poco más adelante, aun mejor después; pero advirtiendo que nosotros estudiamos el problema únicamente en relación con la sociedad actual.

Por lo demás, la objeción es puramente formal y no sustancial; si la censura en cuestión es manifiestamente útil, sería arbitrario pretender que una noción abstracta de *simetría* en la organización jurídica deba eliminarla.

Diremos aun que de ninguna manera se atacan las formas (tan apreciadas por nuestros contrarios) en este caso, supuesto que no hay usurpación de funciones por parte, lo llamaremos así, del difamador noble: ó la difamación se refiere á un hecho no delictuoso y entonces la autoridad no sería competente, ó se relaciona con un hecho que lo es y, siendo así, la autoridad se aboca su conocimiento y aplica la pena. También aquí falta la razón de la identidad.

Sin embargo, ampliando la objeción, dicen que hay otra clase de culpas, además de las que castiga el código penal, y protestan sobre todo de que hechos inmorales quedan sujetos á la censura.¹ Contra este razonamiento hay multitud de razones; pero nos limitaremos á observar en primer lugar, como dato positivo, que casi todos los Códigos modernos han extendido el sentido de la difamación más allá de los límites delictuosos, lo que ma-

¹ Manfredi, *ob. cit.*, p. 285-294.

nifiesta claramente una antigua necesidad social, supuesto que el legislador tardíamente suele dar forma á la convicción ya madurada en la conciencia popular, y expresarla, en segundo lugar, que hay una delincuencia social, fuera de la delincuencia legal, y mayor que ésta. Es inmenso el número de los delincuentes latentes, que cometen sistemáticamente malas acciones y engañan al prójimo, eludiendo hábilmente el Código Penal.¹ En tercer lugar, la objeción desconoce las relaciones intrínsecas y la eficacia recíproca del *jus* y del *mos* de los que la Roma antigua nos da un espléndido y admirable ejemplo.

23. La tercera y última objeción es: que se observa una falta de coordinamiento entre la teoría del *animus* en el delito de difamación y la del elemento subjetivo en los demás delitos, lo que es una laguna, pues el sistema penal requiere unidad en su elemento subjetivo.

Dividamos la objeción en las dos partes de que está compuesta y examinémoslas por separado.

Admitida hipotéticamente la segunda [unidad necesaria del elemento subjetivo en el sistema penal], la primera es verdadera únicamente en parte. En efecto, en un caso sólo es sostenible, esto es, cuando se considera nuestra teoría en relación con la teoría de la imputabilidad más comunmente aceptada. En este caso se aparta realmente del Derecho común y es independiente. Pero, si al contrario, la consideramos relacionada con la teoría de la imputabilidad, como lo enseña la escuela positiva [á la que nos adherimos], el coordinamiento es completo, como ya advertimos; tanto, que nuestro estudio, no es si-

¹ V. Lombroso, *Uomo delinq.*, II, p. 432-448. — Riccardi, *Antropologia criminale, Trattato di Cogliolo*, I, parte III, p. 225-226.

no la explicación de un criterio ya indicado en las obras de esa escuela ¹

Es cierto, no obstante, que la objeción, aun quedando restringida de este modo, es siempre muy poderosa contra un estudio como éste, que tomó por punto de partida, por las razones de oportunidad ya enunciadas, la noción común del dolo. Conviene, pues, después de haber reducido á su justo valor la primera parte de dicha objeción, analizar la segunda, que, por lo demás, no tiene fundamento alguno.

En primer lugar, nada presenta de sustancial; es formal y profundamente metafísica. Consiste en una proposición sentada *a priori* y que no ha sido deducida de las necesidades sociales cotidianas y urgentes. Si determinado delito tiene, por su naturaleza, un carácter especial, ¿por qué no podría requerir un elemento peculiar aún en su fuerza moral subjetiva? La unidad fundamental del elemento subjetivo invocada por los adversarios, es exigida únicamente por aquella necesidad de simetría, diríamos casi, de aparato escénico, de euritmia exterior de que tanto gusta la escuela clásica. Es evidente, pues, que la objeción que se examina supone que el derecho reside en la *elegantia juris*, en la cohesión lógica de sus partes y cae así en uno de los más grandes errores. ² La sustancia y la base del Derecho, es casi inútil repetirlo, son los hechos y las necesidades sociales; su forma exterior es accidental y secundaria. Por tanto, á quien hiciera tal objeción se podría contestar con el gráfico dicho lanzado por Lombroso contra los críticos superficiales de la nue-

¹ V. este cap. núm. 16.

² V. Holmes, *Il dir com Anglo-Americano*, trad. Lambertenghi. Milano-Sondrio, 1890- p. 43.

va escuela: «*Non essere più questo il tempo degli scolastici*» [Ya pasaron los tiempos de los escolásticos]. ¹

Sin embargo, es preciso notar que la objeción mencionada no se deriva necesariamente del sistema seguido por la escuela clásica, pues muchos de sus discípulos dan ó se proponen dar una noción especial del *animus iniuriandi*, lo que implica la insuficiencia de la fórmula general. Además, ¿qué cosa añade la teoría defendida en este escrito á la noción común del dolo, sino la apreciación del fin? Pues bien, el nuevo Código Penal, que es el monumento legislativo de la escuela clásica, ¿no requiere acaso, en algunos delitos, un fin especial? ² ¿Y algunos autores ortodoxos [Grippio, Meccaci], no afirman que es delito político el que tiene precisamente un fin político? ³

Concluamos. La falta de coordinamiento no existe sino en relación con la doctrina clásica; pero aun en este caso no constituye ni una laguna en nuestro sistema, ni un argumento tal que impida aceptarlo.

24. Y aquí, como apéndice y sin la pretensión de hacer una revista completa, examinaremos algunas legislaciones, lo que nos permitirá percibir la posición práctica de la doctrina del fin; y si á ella se inclinan, por ventura, los países más liberales, tendremos un nuevo argumento en nuestro favor, pues, como ha sido observado, la futura forma de la organización política se inspirará en los más amplios principios de libertad y democracia.

Es imposible comenzar una investigación, sin partir

¹ Lombroso, *L' uomo delinquente*. Torino, 1889, t. I, pref. p. LIV.

² V. *Cod. pen. ital.*, 148-340-345-364-402-489. *Cassazione*, 6 Julio 1892. *Riv. pen.* XXXVI, p. 244.

³ V. Lombroso y Laschi, *Il delitto politico*, p. 437.

del Derecho Romano, tan noblemente inspirado aun en materia penal. ¹

Desafortunadamente, si bien es cierto que se requería la intención de injuriar, ² es controvertida la noción del *animus iniuriandi*. ³ Sin embargo, se deduce de las fuentes y de los escritores que cierto elemento de desprecio personal era también necesario. Las locuciones *infamandi causa, infamandi gratia*, se encuentran á menudo. Y por cuanto parezca dudoso, si obtenida la prueba de la verdad, se seguía sin más la impunidad, ó si para esto se necesitaba la ausencia de la intención injuriosa, ⁴ parece probable que la buena fé no disculpara sino cuando se demostrase «*non convicti consilio aliquid iniuriosum dixisse.*» ⁵ Por lo demás es bien sabida la grande importancia que se daba en la teoría de la *exceptio veritatis* al interés público; y no debe olvidarse que Constantino establecía penas severas contra los autores de libelos anónimos á pesar de la verdad del hecho, ⁶ precisamente porque el anónimo supone en quien se vale de él un *animus vil* y abyecto. Valentiniano y Valente daban «*laudem maximam ac praemium*» á quien hubiera difamado por «*devotionis suae ac salutis publicae custodiam*». ⁷ En consecuencia, el fin del bien público debía tener cierta importancia.

25. Pasemos después á Inglaterra, cuna clásica de la libertad, país en donde la prensa observa una conducta

1 Ferri, *La riabilitaz. del dir. pen. rom.* negli Studi pel. Serafini, p. 47-49.
2 Arudtz-Serafini, *Pandette*, Bologna, 1873-75, II, § 339. Serafini, *Istit.* Firenze, 1888-89, § 155, p. 147. De Cola Proto, *op. cit.* p. 27.
3 Jhering, *Actio iniuriarum*, trad. Meulenaere, Paris, 1888, § 4. Ferri, *Dir. pen. rom.*, en el tratado de Cogliolo, I, part. I, p. 182.
4 De Cola Proto, *ob. cit.*, p. 144-146.
5 *Cod. IX, 35,5.*
6 *Cod. Theod. IX-34-1-4.*
7 *Cod. IX-36.*

ejemplar. Es sabido que el antiguo principio daba dos acciones contra el difamador; una criminal (*indictmen*) y la otra civil: (*acción*); la primera prescinde de la verdad del contenido y no cede ante tal verdad ¹ Pero desde estos tiempos aparece el concepto del fin avieso. En efecto, Blackstone, al definir los libelos, se refiere á publicaciones hechas con el objeto de perjudicar á alguno y publicadas con el fin de provocarlo, irritarlo, ó exponerlo al odio, al desprecio público ó al ridículo. (V, p. 448). En cuanto á la acción civil el mismo autor afirma que se puede intentar con motivo de propósitos que tienden á *perjudicar y desacreditar* (IV, p. 201); y reconoce que todo lo dicho sobre las intenciones manifestadas de viva voz es aplicable á los libelos. (IV, p. 209). De modo que en este orden de ideas, el *Acta* de Lord Campbell (6 y 7, c. LXLV) de 1844 permite á los propietarios y editores de periodicos, cuando sean citados ante la jurisdicción civil por alguién que se pretende difamado, que se justifiquen, declarando la falta de intención de dañar ² El libelo criminal tiene por fin injuriar ó humillar, y su carater esencial es la *malice*; ³ constituye un delito contra la tranquilidad pública el escrito injurioso que con intención aviesa difama á un particular ⁴ Los jurados suelen absolver, cuando se convencen de que el libelo fué hecho sin mala intención ⁵

Es cierto que por el *Acta* del VI y VII, c. 96 de la Rei-

1 V. W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises avec notes de M. Ed. Christian*, t. V, 448-449, IV, p. 203-209. Laya, *Droit anglais*, Paris 1845, t. II, p. 178-179. Crivellari, c. XV, p. 152. Stivanello, p. 33. Castori, c. II, p. 186-187 y c. IX, p. 254. Semmola, p. 20-22. Contra el sistema inglés: Bucellati, p. 91, y Taranto, citado por Bucellati.
2 Fabreguettes, t. II, p. 442, § 3.
3 Laya, II, p. 178 y 181.
4 Fabreguettes, t. II, § 9, p. 445.
5 Mittermaier, *Eccez. verita*, p. 326.

na Victoria, se castiga, aun faltando la intención de ofender; ¹ pero un Estatuto de Jorge III da una extensión muy vasta al fin, que reviste la mayor importancia en la Ley *News paper libel and registration act*. 1881 (27 Agosto). ² Según ésta, todo informe de una reunión pública, publicado en un periódico, goza de inmunidad (*shall be privileged*), cuando carece de malicia y se hace por interés público (art. 2). Y respecto á los libelos se admite la prueba para establecer que la publicación se hizo por interés público, y la Corte puede declarar que no ha lugar á proceder (art. 4). Mayor importancia daba todavía al fin de la utilidad pública el proyecto del Código Penal inglés, según el cual no podían perseguirse los hechos difamatorios, si se demostraba el fin de la utilidad pública que se proponían. ³ Por esta breve reseña aparece con toda evidencia la creciente importancia de la doctrina del fin en la práctica y en la legislación inglesa. ⁴

26. En el Código Penal austriaco no se requiere la intención aviesa en las ofensas contra la seguridad del honor (*gegen die Sicherheit der Ehre*); supuesto que constituyen delitos ó contravenciones que subsisten aún sin dicha intención aviesa. ⁵ Por lo demás, aun cuando fuera necesaria, está tan restringida su noción, que la jurisprudencia prescinde del fin. ⁶ En las ofensas contra el honor,

¹ Fischel, *Storia della costituzione inglese*, Milano, 1886, l. I, c. VIII, p. 139.

² Fabreguettes, II, p. 446 y sig.

³ Proyecto inglés de 1878, art. 179; De Cola Proto, p. 148-150.

⁴ Nótese que el Derecho común no admite que el inculpaado pueda alegar en su defensa la intención de no causar daño, sino que da inmediatamente derecho de oponerse á la excepción del privilegio alegada por el acusado, probando la malicia de éste en el caso concreto. Holmes, *Il dir. com. anglo-americano*, p. 183-184.

⁵ Cód. Pen. Austr., §§ 487, 488, 497-238.

⁶ Frühwald, *Man. del Cód. Pen. Austr.*, trad. Bertolini. Venezia, 1855, Vol. I, p. 24 y 217.-Bertoline, *Supplemento*, p. 11.

el móvil es indiferente. ¹ Aquí, pues, el elemento subjetivo es mínimo, lo que significa un contraste manifiesto con la amplitud admitida por el mismo Código respecto á la prueba de la verdad.

La doctrina del fin no desempeña tampoco ningún papel en el Código Penal del Imperio Alemán en los delitos de injurias. Falta el requisito de una intención especial de injuriar, ² por lo que es preciso recurrir á la teoría de la imputabilidad. (*Erster Theile, vierter Abschnitt*) y deducir que basta la libre determinación de la voluntad, ³ basta la conciencia del carácter injurioso de la acción. ⁴ Pero sin embargo, siempre se hace alguna concesión á la doctrina del fin, supuesto que implícitamente se requiere la perversidad del ánimo en la calumnia (*Werleumdung*), y para que exista, es necesario que el hecho no sea cierto y que haya sido imputado contra la conciencia, es decir, sabiendo que es falso. Gran contraste presenta con esta doctrina la de la difamación (*Ueble Nachrede*) en la que no salva la buena fé. ⁵

27. En Francia, desde los primeros estudios sobre la injuria en sentido técnico, se dió cierta importancia al fin, encontrando ese delito en lo que se dice ó hace con el objeto de ofender á alguno ó inferirle una afrenta con el designio de ofenderlo en el honor. ⁶ Pasando por alto las disposiciones del Código Francés de 1810 sobre la calumnia escrita y oral (367-374) que tuvieron la breve

¹ Frühwald, II, p. 157.

² Cód. Pen. Alem. §§ 186-187. Berner, p. 382.

³ Cod. Pen. Alem. § 51. Berner, p. 106 y 135.

⁴ Berner, p. 381.

⁵ Cod. Pen. Alem. § 186, 187, Berner p. 385.

⁶ Domat, *Supplement au droit public*, tit. II, § 1. Dureau, *Traité des injures*, 1775.

duración de nueve años,¹ encontramos el art. 13 de la célebre Ley de 17 de Mayo de 1819, que trae la definición de la injuria y de la difamación; que sirvió de base para la legislación ulterior de una y otra, tanto en Francia como en Italia y en gran parte de Suiza. No hace indicación alguna del elemento intencional; pero el Guardasellos, al presentar la ley, proclamaba elemento esencial de la difamación la *intention de nuire*,² fórmula que Carrara censuraba como muy elástica³

Apareció finalmente, tras muchas otras, la ley de 29 de Julio de 1881, que por la amplitud de su contenido puede definirse, con uno de sus comentadores, *un véritable code de la presse*,⁴ y reprodujo pura y simplemente el art. 13. La *intention de nuire*, elemento esencial de culpabilidad en los delitos de imprenta y en los delitos de Derecho común⁵ constituye el *animus iniuriandi*. Y este *animus* es el espíritu de denigrar, la malicia, la malignidad, el deseo de satisfacer una pasión innoble, un resentimiento.⁶ La intención de dañar en materia de difamación, consiste en la voluntad de causar un perjuicio material ó moral á un tercero, ó al menos, en la conciencia del perjuicio que se le puede causar.⁷ Esta definición comprende la doctrina del fin, porque se admite generalmente que el Juez puede absolver al difamador, si resulta que su objeto es serio y legítimo y tenía por fin

1 Fabreguettes, t. I, n. 1089, p. 384 y Barbier, *Code expliqué de la presse*, t. I, n. 397, p. 338.

2 Fabreguettes, t. I, n.º 1041, p. 385.

3 Carrara, III, § 1751, nota 1.

4 Barbier, t. I, p. 1, n.º 1.

5 Barbier, t. I, núm. 278. p. 242-Fabreguettes, t. I, núm. 1123, p. 418, t. II, n. 1807, p. 247.

6 Fabreguettes, lugar citado.

7 Barbier, t. I, p. 367 núm. 417.

el interés público.¹ De modo que la difamación consiste en divulgar hechos de la vida exterior más ó menos notorios, más ó menos probados, cuando el que lo hace no obedece sino á una mala inspiración y no tiene por mira la protección y defensa de un interés público.²

Estamos muy lejos de afirmar que la doctrina del fin esté aquí explícitamente formulada y enteramente aplicada; pero resulta manifiesta, aun cuando sea de una manera indirecta.

28. El Código Húngaro, al definir la difamación, no menciona el fin; pero de un modo muy limitado y unilateral, reconoce su importancia cuando admite la verdad del hecho asentado y de la expresión usada, si el acusado llega á probar que el *fin* de su aseveración era la comprobación ó defensa de intereses legítimos, públicos ó privados.³ Pero la prueba de la verdad da desde luego por resultado la impunidad del inculpado. Mayor importancia da al fin y á los *móviles*, el reciente proyecto de reformas del Código Penal Húngaro, según el cual, para que haya difamación, es necesaria la falsedad objetiva y subjetiva, como en la calumnia en Alemania.⁴

El Código Holandés permite que el juez haga la investigación de la verdad, cuando el inculpado afirma que obró movido por el interés general ó en su legítima defensa,⁵ y en consecuencia, también aquí se insinúa la consideración del fin.

29. Si pasamos á Suiza, el Código de Zurich nos presenta la forma especial del ultraje, el cual consiste en la

1 Barbier, t. I, núm. 417, p. 368.

2 Barbier, t. I, núm. 407, p. 353.

3 *Cod. Pen. Húng.*, § 263, núm. 5.

4 Heil, *Rifor. del Cod. Pen. Ung. Riv. Pen.* XXXVI, p. 96.

5 *Cód. Pen. Olan.*—arts. 261 y 263.

propalación de hechos *verdaderos* con el fin de causar un daño ó de exponer al ridículo ó al desprecio. ¹ Además, está sancionada la impunidad si la publicidad, se hizo «por motivos honrados y justo fin;» ² aquí la doctrina del fin ha sido evidentemente admitida.

Por el contrario, con más reserva es aceptada por el Código Ginebrino; no hay nada especial sobre el dolo en la definición de la difamación ³ y la prueba de la verdad exime siempre de la pena; sin embargo, la doctrina del fin se trasluce en ella, supuesto que está establecido que, si en el momento del delito existe una prueba legal de los hechos imputados y resulta á la vez que el inculpa-do hizo la imputación con el único fin de perjudicar y sin ningún motivo de interés público ó privado, está su-jeto á una pena. ⁴

El Código Penal del Canton de Vaud requiere que la imputación difamatoria se haga *méchamment* ⁵ (malig-namente) y castiga la increpacion hecha á un sentenciado por delito que ha cometido, cuando esto se haga sin un motivo suficiente. ⁶ La ley de imprenta del mismo Can-ton, á pesar de definir la difamación como la ley france-sa, ⁷ acepta la doctrina del fin, por cuanto castiga la di-vulgación de hechos relativos á la vida privada y domés-tica si la intención fué evidentemente dañada. ⁸

¹ *Cód. Pen. zurig.* § 152 a.

² *Cód. Pen. zurig.* § 151.

³ *Cód. Pen. del Cant. di Ginevra* art. 303; el cual ha sido calcado sobre el art. 13 de la ley francesa de 1819.

⁴ *Cod. pen. di Ginevra.* art. 309.

⁵ *Cod. pen. di Vaud,* art. 263.

⁶ *Cod. pen. Vaud,* art. 264; disposición análoga existe en el *Cod. Pen. Belga,* art. 449.

⁷ Ley del Cantón de Vaud, 26 Diciembre, 1832, art. 10, § 4.

⁸ Ley cit. art. 19.

La ley de imprenta en Servia, da una definición de la difamación parecida á la francesa ¹, que prescinde del fin. Sin embargo, algo se refiere á éste, cuando establece que, probada la verdad del hecho ó la buena fé del in-culpado, éste se castigará por ofensas, si se demuestra que obró deliberadamente ².

30.—La doctrina del fin ha sido aceptada más exten-samente por otras legislaciones. Así el Derecho Provin-cial Prusiano prevenía que, comprobada la imputación, no pueda absolverse al inculpa-do, mientras no pruebe á su vez que no ha tenido intención de ofender ³.

Pero los mejores ejemplos nos los suministra la Amé-rica. Los estatutos de Nueva York y de Massachussets exigen, además de la prueba de la verdad, la demostra-ción de que se divulgó el libelo con buena intención ⁴.

La constitución de California previene que se absuel-va al inculpa-do, cuando el jurado juzgue que las impu-taciones difamatorias se publicaron por motivos buenos y fines justificables ⁵.

El reciente proyecto de Código Penal para la Repúbli-ca argentina, (de Pinero, Rivarola y Matienzo) establece, á ejemplo de algunos de los Códigos Europeos antes ci-tados, que se debe siempre admitir la prueba de la ver-dad, cuando la imputación haya sido hecha “para defen-der ó garantizar un interés actual” ⁶.

¹ *Ley del 21 y 24 de Marzo 1881,* art. 24.

² Ley cit. 27, princ.

³ Mittermeier, *Della prova dell' eccezione della verità,* Scrite germ. del Mori tit. II n. 9, p. 317. Berner, p. 382.

⁴ Pessina, *Elem.* II, p. 129. De Cola Proto, p. 150.

⁵ *Costituz. del 7. maggio 1879,* Sez. IX, Tabreguetes, t. II, p. 526.

⁶ *Prog.* art. 139, § 1. Lehr, *Coup d' oeil sur le nouveau projet de code pen. pour la Rép. Argéntine,* Rev. de Dr. intern. XXIV, p. 585. El *Cód. Pen. de México* (art. 642) por medio de la palabra Costante comprensiva “dolosa-

30 bis. Estos pocos ejemplos demuestran claramente que la doctrina del fin, respecto á la difamación, es muy práctica, actuable y corresponde á las presentes exigencias sociales. De aquí proviene la necesidad de explicarla y desarrollarla de una manera completa, supuesto que las leyes mencionadas sólo hacen de ella una aplicación imperfecta y unilateral, y nosotros no hemos expuesto hasta ahora sino su concepto general. A este objeto, no sin haber hecho antes una breve crítica del Código Penal Italiano, consagraremos los capítulos siguientes de este libro ¹.

mente" abarca la teoría del fin y la del *animus iniuriandi*, exigiendo además como elemento constitutivo del delito, la probabilidad de que la imputación cause al ofendido deshonra ó descrédito ó lo exponga al desprecio de alguno.

1 Auu cuando la cita parezca extemporánea, no queremos terminar este capítulo sin recordar el espléndido libro de Giuseppe Sergi, "*Per l'educazione del carattere*" (Milán, 1893) dado á la estampa cuando ya habían sido impresos los dos primeros pliegos de nuestro estudio, por ser sumamente favorable á la tesis que sostenemos. En efecto, encontramos en él el principio general de que "las acciones no tienen en sí mismas ningún carácter moral ni ninguna significación, sino por los motivos que las han determinado." (pág. 8) Todo el libro es una demostración admirable de la necesidad de educar virilmente el carácter en las sanas virtudes y en los bellos ideales sociales, hoy tan degenerados, y de combatir los elementos serviles y abyectos. Verdades incontrastables en las que se funda en gran parte nuestra tesis fundamental.

CAPITULO SEGUNDO.

El animus iniuriandi en el Código Penal Italiano.

(Arts. 45 y 393).

31.—Determinada la noción del *animus iniuriandi*, según el concepto científico más moderno y las exigencias de la actual vida social, debemos examinar qué idea se puede deducir del nuevo Código Penal. La cuestión fué ampliamente tratada, con abundante y variada doctrina y con diferentes ideas, especialmente con motivo de cierta jurisprudencia que parecía oponerse á la misión de la prensa y conculcar sus libertades. Largo sería el resumen de toda la bibliografía sobre la materia. Nos basta indicar los varios grupos en que pueden reunirse y repartirse las distintas opiniones externadas á este respecto.

Algunos creen que el art. 393 admite la investigación del elemento intencional ¹; otros afirman que cualquiera

1 *La legge*, XXXI, parte II, p. 421. *La Riv penale*, XXXIV, p. 295, XXV, p. 286; *Il Foro Italiano*, XVI parte II, cap 397-400 De Luca, *La diffam. e la stampa periodica* Roma, 1891 p. 10. Valdata, *La diffam. nel Cod. pen. e la stampa*, relaz. della Comm. elleta dall'ass. lombarda dei giornalisti. Milano 1891, p. 8-15. Impallomeni, *Diffam. ed eccitamento al duello*, Riv. Pen. XXXIII, p. 531. Castori, *La diffam. nel cod. pen. e la liber della stampa*. Riv. Pen. XXXIV, p. 438-439. *Nota di Giurisprud. nella Cassazione Unica*, IV, p. 159. Bertolini, *Diffam. Legge*, 1891, p. 718, §2. T. López; *Il Cod. Pen. e la liberta della stampa nel reato di diffam.* *Foro Pen.* parte I, p. 65-75

30 bis. Estos pocos ejemplos demuestran claramente que la doctrina del fin, respecto á la difamación, es muy práctica, actuable y corresponde á las presentes exigencias sociales. De aquí proviene la necesidad de explicarla y desarrollarla de una manera completa, supuesto que las leyes mencionadas sólo hacen de ella una aplicación imperfecta y unilateral, y nosotros no hemos expuesto hasta ahora sino su concepto general. A este objeto, no sin haber hecho antes una breve crítica del Código Penal Italiano, consagraremos los capítulos siguientes de este libro ¹.

mente" abarca la teoría del fin y la del *animus iniuriandi*, exigiendo además como elemento constitutivo del delito, la probabilidad de que la imputación cause al ofendido deshonra ó descrédito ó lo exponga al desprecio de alguno.

1 Auu cuando la cita parezca extemporánea, no queremos terminar este capítulo sin recordar el espléndido libro de Giuseppe Sergi, "*Per l'educazione del carattere*" (Milán, 1893) dado á la estampa cuando ya habían sido impresos los dos primeros pliegos de nuestro estudio, por ser sumamente favorable á la tesis que sostenemos. En efecto, encontramos en él el principio general de que "las acciones no tienen en sí mismas ningún carácter moral ni ninguna significación, sino por los motivos que las han determinado." (pág. 8) Todo el libro es una demostración admirable de la necesidad de educar virilmente el carácter en las sanas virtudes y en los bellos ideales sociales, hoy tan degenerados, y de combatir los elementos serviles y abyectos. Verdades incontrastables en las que se funda en gran parte nuestra tesis fundamental.

CAPITULO SEGUNDO.

El animus iniuriandi en el Código Penal Italiano.

(Arts. 45 y 393).

31.—Determinada la noción del *animus iniuriandi*, según el concepto científico más moderno y las exigencias de la actual vida social, debemos examinar qué idea se puede deducir del nuevo Código Penal. La cuestión fué ampliamente tratada, con abundante y variada doctrina y con diferentes ideas, especialmente con motivo de cierta jurisprudencia que parecía oponerse á la misión de la prensa y conculcar sus libertades. Largo sería el resumen de toda la bibliografía sobre la materia. Nos basta indicar los varios grupos en que pueden reunirse y repartirse las distintas opiniones externadas á este respecto.

Algunos creen que el art. 393 admite la investigación del elemento intencional ¹; otros afirman que cualquiera

1 *La legge*, XXXI, parte II, p. 421. *La Riv penale*, XXXIV, p. 295, XXV, p. 286; *Il Foro Italiano*, XVI parte II, cap 397-400 De Luca, *La diffam. e la stampa periodica* Roma, 1891 p. 10. Valdata, *La diffam. nel Cod. pen. e la stampa*, relaz. della Comm. elleta dall'ass. lombarda dei giornalisti. Milano 1891, p. 8-15. Impallomeni, *Diffam. ed eccitamento al duello*, Riv. Pen. XXXIII, p. 531. Castori, *La diffam. nel cod. pen. e la liber della stampa*. Riv. Pen. XXXIV, p. 438-439. *Nota di Giurisprud. nella Cassazione Unica*, IV, p. 159. Bertolini, *Diffam. Legge*, 1891, p. 718, §2. T. López; *Il Cod. Pen. e la liberta della stampa nel reato di diffam. Foro Pen.* parte I, p. 65-75

investigación de este género está prohibida¹ y por último, otros no resuelven la duda que proviene del Código². Pero los autores del primer grupo no están de acuerdo sobre la importancia del elemento intencional, por lo que se dividen en tres categorías, como veremos después.

Por lo pronto es indudable que las preocupaciones que ocasionan las nuevas disposiciones son muy fundadas³ y que el problema reviste la más alta importancia científica y práctica, y es necesario proceder con mucho orden y cautela, al discutirlo.

Ante todo no hay que confundir la posibilidad de indagar, respecto al art. 393, el *animus* (elemento moral del delito en general) con la noción de este *animus*. Son dos cuestiones distintas y separadas, y tal vez el haberlas confundido fué la causa principal de que se llegase á la conclusión errónea de proscribir toda investigación sobre la *mens rea* del agente.

Il reato di diffam. col mezzo della stampa secondo il Trib. di Rzma, Foro Pen., parte I, p. 90-91. Cogliolo, Tribuna, IX, 245. Tolomei, Adriatico, XVI, 276. Tecchio, Adriatico, XVI, 244-274. Noreen, Cod. Pen. Annot., Arona 1890, Adriatico, XVI, 283. Nasi, Gazzeta di Venezia, CXLIX, 257. Pessina La libertà della stampa ed il nuov. cod. pen. (Stud. giurid. per il XV anno d'insegnam. F. Serafine, §1, p. 145-151. Sighele, il Cod. pen. e la stam. nei reati di diffam. Arch. di psichiatic. e scienze pen. XIII, par. I, p. 44-46. Ferri, p. 150, nota.

¹ Torraca, *Il cod. pen. e la stampa*; relaz. della Commiss. dell'assoc. della stampa. Roma, 1891, p. 10. Stoppato, *Gazz. di Venezia* CXLIX, 259-268. *Temì Venet.* XVII, p. 66. Pero ambos deploran que se deba interpretar así el art. 393.

² Semmola, *La censura, ecc. Appen. sulle dispos. del nuov. cod. pen.*, § II, p. 170. Fracasetti, *La stampa period. ecc.* p. 21-22. Capello se limita á repetir los acostumbrados trozos de la Relación Ministerial y del Senado; sin dar su opinión y sin ni siquiera formular la duda que se ofrecía. V. p. 7 y 72-73. Lo mismo Pincherie, *il Codice penal italiano annotato*, Torino 1890, p. 545 y sig.

³ Pessina, *La libertà, ecc.* p. 145.

Es preciso además evitar otra confusión que suele ser también fuente de equívocos y errores. Encontramos repetidas veces las palabras intención y elemento intencional en los trabajos preparatorios del Código, en los escritos que se adhieren á la escuela clásica y en los de los secuaces de la escuela positiva. Pues bién, la significación de tales locuciones para unos y otros es muy diferente. Para los primeros, intención y elemento intencional son generalmente sinónimos del elemento moral del delito; de la *voluntas sceleris* que prescinde de la *causa sceleris*; compendía, en suma, la noción común del dolo, tal cual la hemos indicado en el § 2, y comprende todo el elemento psicológico del delito¹. Al contrario, para los segundos, la intención se refiere al motivo por el que se quiso el acto, y es una parte del elemento psicológico del delito². De modo que es preciso, so pena de errores gravísimos, no atribuir al elemento intencional indicado por la escuela clásica el sentido estricto que le da la escuela positiva³.

Hechas estas advertencias, examinaremos la cuestión bajo los aspectos siguientes: a) si es necesario el *animus iniuriandi*—b) si es admitida la investigación del fin—c) cuál es la noción del *animus iniuriandi* que resulta del Código—d) á quién corresponde el *onus probandi*.

32.—Véamos la primera cuestión:

Segun el art. 45 el elemento moral se requiere en todo delito cuando el Código no dispone otra cosa en los

¹ Pessina, *La libertà ecc.* p. 147-151.

² Ferri, p. 503-504.

³ También incurrió en este error la Relación Lombarda, que admitió la investigación del fin p. 8-15. En el exámen del Código haremos uso, después de esta advertencia, de la locución «elemento intencional» en sentido lato de elemento moral en general, cuando evidentemente no resulte que le damos la significación de la escuela positiva.

casos particulares. Esta regla tiene un carácter general y es aplicable también al art. 393 sobre la difamación. Si el legislador hubiera querido excluir el elemento intencional, lo habría indicado claramente y se deduciría de los trabajos preparatorios; sin embargo, como no existe ninguna indicación á este respecto en el texto legislativo, ha habido poderosos motivos para dudar, examinando estos trabajos, é importa, por tanto, fijar en ellos nuestra atención.

Ante todo, en la Relación Ministerial sobre el Proyecto, el *animus iniuriandi* está considerado como uno de los elementos de la difamación y en ella se dice que la ley lo presupone.¹ La Relación de la Cámara admitió también el *animus iniuriandi*, tanto que requería que la divulgación se efectuara «no sólo en el modo, sino así mismo con el fin de difundir la noticia de los hechos injuriosos.»² Y además, en la Cámara el mismo ilustre Relator, H. Villa, respondiendo al H. Torraca, afirmaba que «la intención era uno de los elementos sustanciales de este delito.»³ Pero la Relación del Senado rechazó la corrección propuesta por el H. Villa é introdujo la locución: «hecho que sea tal que» para sustituir á la del proyecto: «hecho encaminado á.»⁴

Pero ¿cuál fué el pensamiento verdadero del H. Costa? No trató de excluir todo elemento moral en el delito de difamación, sino simplemente la investigación del fin que su autor se proponía. En efecto, asegura que la fórmula del Proyecto es impropia é infiel «si el Proyecto se propuso, como parece, prescindir de toda investigación acerca

1 *Relaz. Ministeriale*, lib. II; III, Torino, 1887, p. 17.

2 *Relaz. della Camera*, Torino, 1888, § 226.

3 *Discussioni alla Camera*, Torino, 1889, p. 387.

4 *Relaz. Senatoria*, Torino, 1888, art. 373, § 1, rel. Costa.

del fin.» Y para expresar claramente este concepto y excluir la doctrina de la Comisión de la Cámara de que la divulgación se hiciera *con el fin de difamar*, el H. Relator hacía la proposición antes indicada, y sosteniéndola afirmaba ser superflua una investigación particular *sobre el fin*.¹ De donde resulta que la proposición se hizo «no por que se creyó que el elemento material bastara para constituir la difamación; sino porque conservándola (la locución del Proyecto) se vió el peligro de que los jueces exageraran la demostración del ánimo expresamente encaminado á difamar.»² Por último, el H. Costa quería la exclusión del fin.

Por otra parte, en el Senado, el Ministro proponente, el H. Zanardelli, arguía al H. Riberi que pedía se asentara expresamente el principio de no existir difamación si el inculpado probaba su buena fe, sin embargo de referirse á la jurisprudencia dominante, que la condición del *animus iniuriandi* es un remedio eficaz en la misma difamación.³

La enmienda de la Comisión del Senado fué largamente discutida después en el seno de la Comisión Revisora; pero, aceptándola, no se tuvo la menor intención de excluir la investigación del elemento intencional, que se dijo resultar de la disposición general del art. 46 del Proyecto (45 del Código)⁴, y fué considerado necesario.⁵ Y mientras se expresaba la necesidad de completar la fórmula del Proyecto, que parecía referirse sólo al ele-

1 *Relaz. del Senato*, p. 272.

2 C. Castori, *La diffam. nel cod. pen. e la liberta della stampa*, § 4.

3 *Discussioni al Senato*, Torino, 1889 p. 235.

4 *Osserv. di Nocito. Verb. Commis.* Torino, 1890, Verb. XXXII, p. 652.

5 *Osserv. di Arabia*, p. 653.—V. también una indicación de Luechini, p. 652.

mento intencional, con la indicación del elemento objetivo, ¹ se afirmaba explícitamente, consolidado y establecido ese elemento, «que el hecho debe ser tal por su naturaleza que exponga al desprecio ó al odio público ú ofenda al honor.» Esto no lo expresaba la frase «*encaminada á,*» y se quería dar á entender con la propuesta por la Comisión del Senado. ²

Es, pues, evidente que, al aceptar la enmienda, la Comisión partía de un concepto diverso del que había inspirado al H. Costa, es decir, el de determinar claramente la necesaria idoneidad difamatoria de la imputación.

Por tanto, permanece, hasta ahora, el elemento subjetivo.

Pero viene, finalmente, la Relación del Guardasellos al Rey, en donde hallamos escritas las palabras siguientes que dieron mucho en que pensar: «El Proyecto decía—«un hecho tal que lo exponga»—pareció justamente á la «Junta del Senado y á la Comisión Revisora que se diera «á entender más exactamente que el carácter difamatorio «de la imputación debe buscarse, no en la intención del «inculcado, *investigación exuberante y peligrosa*, sino en «la naturaleza intrínseca y objetiva de dicha imputación.» ³

Aquí, pues, el H. Zanardelli acepta la enmienda, asociándose á los motivos de la Junta del Senado y de la Comisión Revisora, los cuales, por más que los compendie inexactamente en una fórmula excesivamente breve, son siempre la exclusión del fin y la afirmación de la idoneidad del hecho. La Relación nada innova; no es sino

¹ *Osserv. di Auriti*, p. 653.

² *Osserv. di Tolomei*, p. 653.

³ *Relación al Rey*, Turin, 1890, p. 108

un resumen; si en un lugar es obscura ó dudosa, es preciso recurrir á los trabajos que compendia, y en nuestro caso éstos establecen la necesidad del *animus iniuriandi*, por lo que las palabras citadas de la Relación al Rey en nada atacan la cuestión del elemento intencional.

Nótese, además, la profunda modificación que habría introducido en el concepto primitivo del Proyecto Ministerial la exclusión absoluta de la intención; pues bien, el H. Relator, por el contrario, presenta la enmienda como modificación *ligera* ¹ y *encaminada á esclarecer mejor el concepto que ya informaba* (en el proyecto se entiende) la noción de la difamación (Relación, lugar citado). Por lo que no es exacto afirmar que «de esta manera quedó sancionado el abandono de la teoría de la que se había partido como punto indiscutible.» ²

Pero, requiriéndose (como en la Relación) en el elemento objetivo la idoneidad difamatoria, se contiene implícitamente, en nuestro humilde concepto, la necesidad del elemento moral. En efecto, á la objetividad del delito se refiere también, en cierto modo, como dijo Carrara, el elemento intencional, que imprime el carácter delictuoso á la acción, á la palabra, al escrito. Si quisiéramos tomar á la letra la frase «*investigación exuberante y peligrosa*» deberíamos encontrarnos con una violación enorme de la doctrina que proclama grande y principal el elemento intencional, doctrina á la que se rendía homenaje en la misma Relación del Proyecto. Además, en el Código, el elemento moral nace del artículo 45; ³ y el Código es,

¹ En el mismo sentido V. Tecchio, *Adriatico*, XVI, 271.—Castori, *La diffam.* etc. p. 439.

² *Relaz. stam. romana*, § V, p. 10.

³ La objeción del Sighele, *Arch. psic. etc.* XIII, p. 45, deducida de la voluntariedad contenida en el art. 45, diferente del elemento intencional, sustituida á Torraca, no nos toca, pues hablamos del elemento moral en general.

y no la Relación, quien tiene un carácter obligatorio. Dice perfectamente Castori: «Aun cuando una frase aislada de la Relación pudiera justificar tal enormidad, ésta no sería razón suficiente para que los jueces estuviesen obligados á acogerla en sus sentencias.»¹ Debe añadirse que la frase combatida pierde todo su valor, comparándola con las nobles palabras con que terminaba la Relación al Rey: «á esta obra de la magistratura confío yo el nuevo Código, seguro de que ella, vivificando la letra de la ley, traducirá en acto, con perseverante voluntad, el pensamiento del legislador y lo hará corresponder dignamente á las crecientes necesidades de la sociedad.»²

Por lo demás, nunca la jurisprudencia excluyó la necesidad del elemento moral tomado en un sentido lato; y no es éste el verdadero punto de la controversia, sino otro del que hablaremos después.

Creemos, en consecuencia, que también, según el Código nuevo, es un elemento necesario el *animus iniuriandi* para constituir la difamación.

32.—Veamos ahora si se admite la investigación del

1 Castori, *ob. cit.* 23. *Relaz. Lom.* p. 13. Tecchio, *lug. cit.* Ferri, *L'art. 46 cod. pen. nella Corte d'Assise.* Scuol. pos., III, p. 15. Por lo demás, la misma Corte de Casación se atuvo frecuentemente á la interpretación directa del Código en vez de seguir servilmente los trabajos preparatorios del Cod Pen V. Carelli, *Y deputati sono pubblici ufficiali.* Scuol. pos. III, p. 123.

2 *Relazione al Re*, p. 134.

3 La primera y más severa sentencia comunmente citada es Cassaz., 26 Nov. 1890 (Corte Supr. 1890, p. 1076) la cual enseñó que era preciso atenerse á la naturaleza objetiva del hecho; pero añadiendo: "no es necesario indagar cuál es el ánimo del inculpado," se refería, parece, á la cualidad y no á la subsistencia del elemento moral. Después siguieron, para no citar sino las principales, las conocidas sentencias del Tribunal, 29 Agosto 1891. (*Rivista Pen.* XXXIV, pág. 295 y sig.) y de la Corte de Apel. de Roma, 23 Dic. 1891. (*Riv. Pen.* XXXV, 289 y sig.) en el célebre proceso de la *Tribuna*, las cuales no excluyeron en general el examen del elemento moral en sentido lato, y más bien consideraron el *onus probandi*, el *animus narranti* y la *fides veri*. Para comprobar que la jurisprudencia no ha entendido excluir el *animus*, citare-

fin; así tendremos ocasión de dar una noción del *animus* según el art. 393. Ante todo, la exclusión del fin, en materia de difamación, se deriva del principio que es la base de la imputabilidad en el Código. Este principio es, en efecto, la voluntariedad que prescinde en absoluto del fin especial que el inculpado se propuso. ¹ Por lo que la Corte de Apelación de Roma tuvo que proclamar "que el Código Penal no ha considerado la santidad del fin entre las exculpantes comunes á todos los delitos." ²

Pues bien, supuesto que en el art. 393 no hallamos indicado ningún otro elemento psicológico, es de creerse que en la difamación basta la voluntariedad y queda excluida en consecuencia, la investigación del fin. A la misma conclusión se llega, recordando la historia del art. 393 que rápidamente narramos en el número anterior. El proyecto decía: *hecho encaminado* (art. 372), y tal locución podía dar margen, juntamente con la Relación Ministerial y la de la Cámara, á entender que el fin debiese ser

mos dos notables sentencias: la una de Casación, donde se afirma explícitamente que el *animus iniuriandi* debe existir siempre en los delitos contra el honor. Sent. 15 Octubre 1891 *Tem.* Ven. XVII, p. 66, nota de Stoppato Casación Unica, IV, p. 159 con nota de Castori.—*Foro It.*, XVII, par. II, c. 7-9 (V. una interpretación restrictiva de ella, Bertolini, *Privilegio*, § 5. p. 10); la otra de la Corte de Apelación de Venecia, que reputa obligatoria la investigación de la intención. Sent. 25 Nov. 1891; *Tem.* Ven. XVIII, p. 67. Las dos sentencias contra la *Tribuna* fueron confirmadas en Casación, que hizo suyas las razones de la Corte de Apelación. V. Sent. 21 Mayo 1892; *Foro It.* XVII, par. II, c. 386-394. Respecto á la necesidad del elemento intencional V. también Sent. 8 Agosto 1892, Corte Apelación Catanzaro. *Foro It.* XVII, II, p. 381.— El defecto de la jurisprudencia no consiste, pues, en la exclusión absoluta del dolo sino, como veremos después, en señalar á quien toca probarlo.

1 V. Ferri *ob. cit.*, 503-514. *La voluntarietà nelle contravvenzioni.* Scuol. pos. I, p. 3-5. Sighele, § I, p. 45. Bertolini, *Imputa del delitto*, estr. della Legge, 1892, t. I, n. 2, § 3, p. 6.—López *El Cod. Pen. eccl.*, p. 72. Respecto á la voluntariedad en derecho Romano v. Magri, *Alcune moderne teorie nel dir. pen. rom.*, en el tomo por Serafini, § 3, p. 381-383.

2 *Riv. Penale*, XXXV, p. 289.

el de exponer al odio ú ofender, y que el fin social, el fin noble de la utilidad pública, no siendo tal, quitara á la imputación su carácter delictuoso. Pero, sin embargo, la locución: *hecho que sea tal* fué propuesta y luego aceptada con el propósito manifiesto de excluir la investigación del fin. Y así está confirmado por la jurisprudencia: "No puede considerarse, como exculpante, la santidad del fin que el difamador pudiera proponerse ¹. Eran, pues, generosas; pero inconcluyentes estas palabras del H. Vella á la Cámara: "El caso de un publicista que no se halle movido sino por un elevado sentimiento de moralidad pública, que escriba sin los impulsos del odio y "y sin la menor intención de penetrar en el dominio inviolable de la vida privada, no presenta ningún aspecto delictuoso. Aun cuando se excediera, se encontraría salvado de las penas conminadas por el Código, al faltar "uno de los elementos sustanciales del delito: la intención ².

Por lo demás, en este sentido muchos autores también convinieron que el Código, en la difamación, prescinde absolutamente del fin ³.

¹ Corte de Apel. de Roma; *Riv. Pen.*, vol. 35, p. 289. En igual sentido se pronunció la Corte de Casación en la misma causa de la *Tribuna*, *Riv. Pen.* XXXVI, p. 460.

² *Discusiones en la Cámara*, p. 387.

³ Indicáremos en éste lugar las demás subdivisiones de la opinión de los que juzgan necesario el elemento moral en general. Ante todo algunos excluyen el fin, alabando al Código: Pessina, *La Libertá, etc.* p. 149 y 151. Impalomeni, *Eccitamento ecc.*, p. 530-531. Castori, *La Diff. ecc.*, p. 440-441. *Riv. Pen.* XXXIV, p. 275 nota y XXXV, p. 289 nota. Bertolini, *La diff. ecc.*, § 3. De Luca, p. 10 ecc. Otros también excluyen el fin; pero critican el Código—Ferri, *Lug. cit.* Sighele, p. 45. *Il Foro Ital.*, XVI parte II, col. 400. Magri, *nota di giuris.* *Giurisp. Ital.*, XLIV, par. II, col. 379-382. Otros admiten el fin, aceptándolo sin restricciones: *Relación lombarda*, p. 13. López, *Il Cod. Pen. e la lib. della stampa* p. 25. En consecuencia, son cinco las varias opiniones.

Contradicción singular! Aquí, donde más que nunca, es tan grande la importancia del elemento psicológico; aquí, donde el elemento subjetivo, más que en cualquiera otro delito, es tan variable y elástico, se estableció la regla rígida é inflexible de excluir la investigación del fin. Una consecuencia lógica y necesaria de esta exclusión es la unidad de la pena, y como por consideraciones especiales á las que no fueron extrañas las exigencias políticas, ¹ era necesario establecer penas severas, se impuso la de reclusión. Como es bien sabido, de las dos penas paralelas, la reclusión se aplicó á los que delinquían con intención aviesa y maligna, y la detención, á los autores de delitos de opinión, ó sea, á aquellos que no manifiestan un ánimo depravado. Pues bien, nuestro Código considera á todos los que publican las malas acciones de los demás, como á otros tantos malvados, confundiendo así las dos categorías de difamadores que antes vimos existen en la vida real de la sociedad.

Por el contrario, según el mismo principio de las penas paralelas, el legislador habría debido establecer la reclusión para los difamadores con intenciones abyectas y motivos aviesos, y la detención para aquellos cuya acción está ennoblecida por la santidad del fin. Esto, naturalmente, desde el punto de vista del Código, que considera delincuentes aun á estos últimos, mientras que habría debido dejar al Juez la facultad de aplicar una ú otra clase de pena, si tal facultad estuviera en el sistema del Código. ² De este modo se habría conseguido, al menos en parte, hermanar las disposiciones del Código Penal con

¹ *Relación de la Cámara*, § 226. T. López. *H. Códice ecc.* p. 66.
² *Relax, lombarda*, p. 20-21. *Id romana*, XXIV, p. 44 y § XXXVI, n. 4, d. 48. Bertol. *Diffman.* § 4. Pessina, *La Liber. ecc.* § 3, p. 158-159, y en un sentido más general: Bucellati, *La libertá, ecc.* p. 51-54 y 98-99.

el sentimiento común, que habría debido ser uno de los fines principales del legislador.

33. -Excluida la investigación del fin, la noción del *animus iniuriandi* se desprende fácilmente del art. 393. Nada hay en él de especial ni característico; basta considerar la noción común del dolo como el concurso de la voluntad y de la inteligencia; basta, por decirlo así, *subjetivar* el elemento material. Cuando se conoce que este elemento material es capaz de perjudicar la honorabilidad de un individuo, de exponerlo al desprecio y á la odiosidad del público, y sin embargo, se quiere así, tenemos el *animus iniuriandi*.

Luminosamente escribe Pessina: «en la voluntariedad de la divulgación está el elemento del dolo, ó sea, el propósito de delinquir, el verdadero *animus iniuriandi* del difamador.»¹ Impallomeni dice: «El *animus iniuriandi* existe siempre que el autor sabe que la imputación del hecho puede perjudicar el honor, la reputación de la persona á quien ese hecho se imputa.»² Y Castori afirma que: «La difamación, para subsistir, no tiene necesidad de ser fin de sí misma.»³

Por otra parte, la jurisprudencia es casi unánime, al interpretar de este modo el nuevo Código. Hé aquí algunos ejemplos: «para la fuerza moral de dicho delito no se requiere en absoluto la intención de abatir la buena fama ajena, el fin de causar daño á determinada persona; basta la conciencia de divulgar un hecho capaz de destruir su reputación.»⁴ Y «el dolo característico de la

¹ Pessina, *La liberta*, etc.

² Impallomeni, *Diffamazioni*, p. 529.

³ Castori, *La Diffman*, etc. p. 441.

⁴ Trib. de Roma, 29 Agosto, 1891, *Riv. Pen.* 34, p. 301. V. también Corte Apel. de Roma, *Riv. Pen.* citada. A esta noción se adhieren todos los autores que hacen exclusión del fin, V. p. 43, n.º 3.

difamación consiste en la conciencia de divulgar cosas infamantes.»¹ Basta, en consecuencia, el dolo, como se desprende del art. 45.²

34. -La cuestión que queda por examinar es si el *animus* es presumible.

En realidad, se encuentra ligada á otra más general: ¿el dolo se presume comunmente? En Derecho Romano es indudable que no, y lo ha demostrado con un diligente examen de las fuentes, entre otros, Wening.³ En el Derecho moderno, tampoco; antes por el contrario, los criminalistas clásicos son severísimos en la exigencia de la prueba, tanto que algunos pusieron entre los requisitos del dolo su exterioridad.⁴ En materia penal no puede haber presunciones *juris et de jure*⁵ y la doctrina que presume de este modo el elemento moral es absurda y despótica.⁶

Una regla general campea en todo el sistema del Derecho Penal moderno, es decir, que no puede admitirse ninguna presunción contra quien se ha hecho culpable real y verdaderamente de un delito.⁷

Refiriéndonos de una manera más especial á nuestro tema de la difamación, diremos que no se proclamó directa y explícitamente que el *animus* se presume; pero interpretando con excesiva severidad un pasaje elástico

¹ Trib. de Vyrea, 6 Mayo 1890, *Riv. Pen.*, vol. 32, *mass.* 1244. V. Trib. Sup. de Guerra y Marina, 18 Mayo 1891, *Foro Ital.*, Rep., XV, col. 787, n.º 17.

² Es inexacta, por el contrario, la interpretación de la Comis. Lombarda, p. 8: "haber querido con ese hecho que es capaz de difamar, etc."

³ Wening, *Della presunzioni del dolo malo in diritto romano*, Livorno, 1884. Vol. I.

⁴ Puffendorf, V. Carrara p. g. I § 69, n.º 1, p. 113. Buccellati, *Ist. di dir. pen.*, 1885 § 271.

⁵ Carrara, *Prog.*, parte general, T. III, § 966.

⁶ Crivellari, p. 39. Arts. 9 y 642 del Cód. Pen. del D. F. de México.

⁷ Stoppato, *L'elem. sogget. nelle contravvenzioni*, Temi Veneta, X, p. 496

del Derecho Romano, llegaron los prácticos á enseñar que: «*quando verba sunt per se iniuriosa, animus iniuriandi praesumitur.*»¹ Regla que se toma en sentido restringido, se resuelve en una real y verdadera *praesumptio juris et de jure* é indirectamente restablece el sistema excecrado por todos los autores liberales.

Sin embargo, esta fórmula fué afortunada, y hoy la opinión dominante es que, si las palabras son manifiestamente inculminables, el dolo se presume y; si su significación es incierta, el dolo debe demostrarse por el acusador.² Esta doctrina ha sido adoptada por la Casación Francesa, la cual ha decidido repetidas veces que las imputaciones difamatorias se reputan de derecho hechas con la intención de perjudicar, salva la prueba en contrario que presente el inculpadado.³ En Inglaterra la publicación del libelo hace presumir la *malice* que caracteriza al libelo mismo.⁴

No obstante, la teoría de que el *dolus inest in re ipsa*, es inaceptable. Se presenta, como una derogación del principio general de que contra el inculpadado no se admite ninguna clase de presunciones; ¿y esta derogación está justificada? En realidad dos razones pueden haberla determinado: por una parte, la naturaleza odiosa y funesta del difamador; por otra, la dificultad que presenta la prueba. La primera podrá autorizar á aumentar la pena y hasta á modificar tal vez con mayor rigor los elementos del delito; pero jamás á prescindir

¹ *Cod.* IX, 35, 5.

² V. en este sentido: Pessina, *Elem.* II, p. 117.—Crivellari, 33.—Gavazzi Spech, p. 245.—Capelle, p. 12.—Guérzoni, p. 60.—Fulci, p. 293-294.—Bono, p. 124.—Pincherle, p. 546, etc.

³ Barbier, *Code expliqué* etc., I, § 279, p. 243 y § 451, p. 381.—Fabreguettes, *Traité*, etc., I, §§ 1128 y 1129 p. 419.

⁴ Laya, *Droit angl.*, T. II, p. 181.

de la investigación del verdadero difamador. Por el contrario, la necesidad de castigar con mayor severidad lleva consigo la de valuar más rigurosamente las pruebas para dar eficacia á las penas y conciliarles el favor del sentimiento público, castigando á los verdaderos difamadores, y proveyendo con amplios medios de defensa á los inocentes. En cuanto á la dificultad de la prueba, precisamente por esto debe suministrarla la acusación, que dispone de mayores medios que la defensa, y los secuaces de la escuela clásica no deben olvidar que, según Beccaria (de quien tiene origen su dirección científica), la dificultad de la prueba ocupa el lugar de la probabilidad de la inocencia.¹ Como quiera que sea, la dificultad de la prueba no puede agravar por sí sola la posición del acusado.

Esta es, además, una razón inícuca, supuesto que por ella inocentes y culpables serían igualmente condenados, bastando el menor indicio de culpabilidad.—Por último, de este modo una cuestión de principio (*¿á quién toca la prueba?*) se confunde con una cuestión de método y crítica criminal (*¿con qué medios se suministra la prueba?*)

La teoría dominante encierra también una verdadera petición de principio; si es cierto, como la mayor parte de los escritores admiten, que la intención de injuriar imprime escrito ó á la palabra el carácter delictuoso.

Desde el mismo punto de vista se percibe que la opinión dominante casi conduce á la *praesumptio juris et de jure* de los elementos del delito.

Es bien sabido, en efecto, que la imputación debe ser capaz de producir en la opinión pública ó en otros la disminución de la buena fama que goza el ofendido.

Pues bien, á la objetividad del delito se atiende (como

¹ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XIII, Opere, Firenze, 1854, p. 30.

siguiendo los enseñamientos de Carrara muchas veces se dijo) el elemento intencional que caracteriza la palabra injuriosa ó el escrito difamatorio. En consecuencia, si falta el elemento intencional, el hecho no tiene el requisito de la idoneidad y para demostrar este requisito es preciso demostrar aquel elemento.

Así es que lógicamente los adversarios, además de caer en una presunción *juris et de jure*, supuesto que excluyen de esta manera cualquier idea del elemento subjetivo, deberían hasta presumir, en parte al menos, la materialidad del delito!

Semejantes consecuencias demuestran el grande error que existe en la teoría prevaleciente, é inducen á exigir rigurosamente la prueba del *animus* en el difamador. ¹

35.— Mas examinaremos la cuestión con relación al Código. Es de notarse ante todo la expresión equívoca contenida en la relación del proyecto donde se dice que la ley *presupone el animus*. ¿Lo presupone en el artículo 393, ó en el inculpado de difamación? Preseindiendo de todas las palabras de que se hizo uso en los trabajos preparatorios para indicar la importancia del elemento intencional, es oportuno reproducir una parte de la relación del Senado, la cual resume la teoría de la prueba del *animus*. El Senador Costa escribía: «cuando resulta la intención de difamar de la índole del hecho atribuido al difamado y del modo de obrar del autor, no tiene necesidad de ser demostrada; cuando por el contrario, el

1 V. en este sentido: Carrara, para quien no basta un dicho ó un acto capaz de denigrar el honor ajeno (§ 1751, p. 80) y es un error creer que existe el *animus* sólo por ser injuriosas las palabras (§ 1751, nota, p. 93).—Castori, *Editto ecc.* cap. V, p. 200. En el mismo sentido hay una notable sentencia del Tribunal Supremo del Imperio Alemán, en que el *animus* se considera sólo como conciencia.

modo de obrar de dicho autor no contiene en sí la prueba del elemento del dolo característico, corresponde probarlo á quien se querrela.» ¹ Lo que, mientras confirma la necesidad del *animus iniuriandi* repite la cuestión paralogística suscitada por los prácticos. Pues bien, como el legislador ha seguido para el elemento moral de la difamación, la teoría de la Comisión del Senado, es probable que la haya seguido también en esta materia de la prueba.

Por lo demás, la Corte de Apelación de Roma profesa la misma teoría: «cuando el material de la difamación revela claramente en el autor el conocimiento y la intención de injuriar, se determina contra él una presunción de derecho que hace creer en la existencia del dolo mientras no se pruebe lo contrario.» ²

Y la Casación aun más explícitamente, decía: «el *animus iniuriandi* en los delitos de difamación se presupone siempre y no es necesario indagarlo.» ³ Y en otro lugar: el *animus* de injuriar es ínsito en las expresiones por sí mismas injuriosas ⁴ y se llegó á sancionar: «que está suficientemente motivada la sentencia que considera manifiesto el ánimo de injuriar por las contumelias que fueron proferidas.» ⁵

1 Discusiones en el Senado p. 285.

2 *Riv. Pen.* T. 35, p. 295. La misma Corte ha confirmado esta teoría en su reciente sentencia 22 de Octubre de 1892 en la causa de Mons. Amalfitano, *V. Riv. Ren* XXXVII, p. 143.

3 *Riv. Pen.* XXXV, massimario, 635.

4 *Id. Id.*, 1000.

5 *Id. Id.*, 580.—En este sentido muchas sentencias de la Jurisprudencia francesa. V. Barbier, I, § 280, p. 244. V. también, siempre en favor del *dolus in re ipsa*: Cassa. 8 Marzo 1890; *Foro ital.*, Rep. XV, col. 693-94, n.º 5. Cass. 9 Enero 1890, id. n.º 6. Cass. 21 Mayo 1891; *Foro ital.*, Rep. XVI, c. 787, n.º 14. Pret. di S. Cat. Villarmosa, 22 Septiembre 1892; *Riv. Pen.* XXXVII, p. 53.

La jurisprudencia, por tanto, exagerando la fórmula *dolus inest in re ipsa*, llegó á reducir todo el delito de difamación al elemento material, contradiciendo la doctrina puesta por ella en el *animus*. Y la jurisprudencia está sufragada por el voto autorizado de muchos intérpretes, ¹ si bien no faltan algunos discordantes ² y, últimamente, sentencias que parecían requerir con rigor la prueba de la acusación. ³

Pues bien, la jurisprudencia erró precisamente en la cuestión de la prueba y merece ser censurada. Dice en efecto el art. 45 de nuestro Código Penal: «En las contravenciones cada uno responde de su acción ú omisión, aun cuando no se demuestre que ha querido cometer un hecho contrario á la ley.» En consecuencia, por argumento *á contrario*, se deduce que en los delitos tal voluntad de cometer un hecho contrario á la ley, se debe demostrar caso por caso y no presumirse. Esto resulta también de los trabajos preparatorios. ⁴ Esta es, pues, una regla general que campea en todo el segundo libro del Código. El silencio del legislador en el art. 393 induce á hacerla extensiva aun á este artículo, supuesto que

1 V. los autores citados, especialmente Bertolini, *Diff.*, § 2. *Privilegio*, ecc., p. 10. Cogliolo, art. cit. De Luca, p. 20, etc.

2 Castori, *La diffam. etc.*, p. 441-442 y nota, etc. Lopez, *Il Cod. Pen. ecc.*, p. 68, etc.

3 V. Senten. Cass. 15 Octubre 1891, la cual enseña que, cuando por las especiales circunstancias del caso, está excluido el dolo, sería absurdo y contra los principios inconcusos del Derecho Penal, hablar de delito. *Tem. Ven.* XVI, p. 66 y Sent. Apel. de Venecia, 15 Noviembre 1891, *Tem. Ven.*, p. 67, y la nota ilustrativa de Stoppato, p. 68.

4 V. Majno, *Comm. Cod. Pen. Verona*, 1891, § 173. Ferri, *La voluntarietà ecc.*, p. 6. Setti, *Dell'imputabilità*, p. 623. Este último autor advierte que la dición del principio del párrafo del art. 46 del Proyecto Ministerial fué modificada con el objeto de demostrar mejor que la intención delictuosa no debe presumirse. *Ob. cit.*, p. 594.

si el legislador hubiera querido establecer una excepción para la difamación, habría debido indicarla claramente.

Resulta de lo dicho que, cualquiera que sea la clase de *animus iniuriandi* que requiere el art. 393, debe probarse por la parte acusadora. Al contrario, ante estos conceptos claros y luminosos se han exhumado viejos principios, y con la teoría del dolo que *in re ipsa inest*, han anulado la intención del delito exigida también por el Código. Pero obsérvese, además, que para presumir el *animus*, la jurisprudencia ha tenido que forzar la ley, y lo ha hecho para empeorar (evidentemente) la posición del inculpaado. Así es que la jurisprudencia holló el antiguo cánón de hermenéutica legal, según el cual se puede forzar la ley tan sólo para inclinarla á la equidad. Por el contrario, aquí, en donde la noción del *animus* es tan vacilante, la jurisprudencia forzó el precepto para suprimirlo por completo. Muy mal correspondió en verdad á la exhortación del ilustre Guardasellos, H. Zanardelli.

36. Agotadas del todo las cuatro cuestiones propuestas, concluiremos afirmando que la jurisprudencia interpretó exactamente el Código cuando requería el *animus iniuriandi* y lo concebía como conciencia de la idoneidad difamatoria del hecho; pero se desvió notablemente de los principios sanos y buenos, adoptando la teoría insidiosa y llena de peligros del dolo *in re ipsa*. Las muchas y severas censuras contra la magistratura no están, pues, justificadas, sino en parte. En cuanto se refieren á la noción y carácter del *animus*, el defecto está en el Código y si acaso se inculpa á la magistratura, es porque se olvida que los jueces no hacen las leyes, sino que las aplican como son. En cuanto se refieren al *onus probandi*, el defecto está en la interpretación del Código.

Es inútil añadir que nosotros formamos ardientes y

sinceros votos por la completa reforma del Código; pero desgraciadamente, por ahora, no podemos esperar ni la más ligera y parcial modificación.¹

1 Recientemente la agitación por la reforma del art. 393 y las censuras a la jurisprudencia, tuvieron un eco en la Cámara de Diputados. En Febrero de 1892, el H. Bonghi presentaba una moción que reproducía los votos de la prensa romana y lombarda (V. los informes de Torraca y Valdata); pero no obtuvo el honor de ser discutida. Más tarde, renovada la Cámara, el H. Comandini interrogó al Ministro Guardasellos Bonacci acerca de las modificaciones al Código Penal, y Bonacci respondió no ser absolutamente necesaria por ahora la reforma invocada, asociándose por lo demás a la doctrina propugnada en los últimos tiempos especialmente por Pessina, para la exclusión del fin en la noción del *animus*. *Atti Parlam. Legis. XVIII, I Sess., Discus. tornata* 6 Diciembre 1892, p. 192. El H. Luzzato, que en la Sesión del 10 de Diciembre interrogaba al Guardasellos sobre las discordancias de la jurisprudencia en la difamación este último, completando su concepto, contestaba que daría prueba de no entender el Código quien sostuviera que en el art. 393 el legislador había creado un delito sin el dolo y al definir el delito de difamación, había hecho abstracción del *animus iniuriandi*. *Id.* p. 339. Así es que la doctrina que considera el *animus* como conciencia de la idoneidad difamatoria de la imputación, recibió una especie de consagración oficial y la esperanza de una próxima revisión de los artículos sobre la difamación quedó desvanecida.

CAPITULO TERCERO.

De algunas aplicaciones menos importantes de la teoría del fin.

37. Fijada la noción del *animus iniuriandi*, conviene desarrollarla ulteriormente y ver como se resuelven con ella las principales cuestiones que se presentan respecto al elemento subjetivo de la difamación.

Dividiremos la vasta materia en tres capítulos,¹ comenzando aquí por los argumentos de menor importancia.

La malignidad de los motivos y del fin (entendida en la mas amplia significación sociológica arriba indicada) nos presentará, cuando sea demostrada, verdaderos difamadores, elementos realmente peligrosos para la sociedad. Se obtiene con esto la ventaja de poder dictar contra ellos penas graves sin incertidumbre y el escrúpulo que por una parte ocasionan el temor de castigar á un inocente, y por otra, el disentimiento de la opinión pública.² En consecuencia, es más enérgica y segura la defensa social contra los difamadores.

Es natural, además, que (por lo que se refiere al ele-

1 V. Cap. III, IV, V.

2 Manfredi, al hablar de esta discordancia, dice: «La moderación de las penas no es sólo aquí un precepto de justicia, sino una norma de conveniencia y de política.» *ob. cit.*, p. 455. Esta observación justa en el sistema contrario, cae en el nuestro por completo.

sinceros votos por la completa reforma del Código; pero desgraciadamente, por ahora, no podemos esperar ni la más ligera y parcial modificación.¹

1 Recientemente la agitación por la reforma del art. 393 y las censuras a la jurisprudencia, tuvieron un eco en la Cámara de Diputados. En Febrero de 1892, el H. Bonghi presentaba una moción que reproducía los votos de la prensa romana y lombarda (V. los informes de Torraca y Valdata); pero no obtuvo el honor de ser discutida. Más tarde, renovada la Cámara, el H. Comandini interrogó al Ministro Guardasellos Bonacci acerca de las modificaciones al Código Penal, y Bonacci respondió no ser absolutamente necesaria por ahora la reforma invocada, asociándose por lo demás a la doctrina propugnada en los últimos tiempos especialmente por Pessina, para la exclusión del fin en la noción del *animus*. *Atti Parlam. Legis. XVIII, I Sess., Discus. tornata* 6 Diciembre 1892, p. 192. El H. Luzzato, que en la Sesión del 10 de Diciembre interrogaba al Guardasellos sobre las discordancias de la jurisprudencia en la difamación este último, completando su concepto, contestaba que daría prueba de no entender el Código quien sostuviera que en el art. 393 el legislador había creado un delito sin el dolo y al definir el delito de difamación, había hecho abstracción del *animus iniuriandi*. *Id.* p. 339. Así es que la doctrina que considera el *animus* como conciencia de la idoneidad difamatoria de la imputación, recibió una especie de consagración oficial y la esperanza de una próxima revisión de los artículos sobre la difamación quedó desvanecida.

CAPITULO TERCERO.

De algunas aplicaciones menos importantes de la teoría del fin.

37. Fijada la noción del *animus iniuriandi*, conviene desarrollarla ulteriormente y ver como se resuelven con ella las principales cuestiones que se presentan respecto al elemento subjetivo de la difamación.

Dividiremos la vasta materia en tres capítulos,¹ comenzando aquí por los argumentos de menor importancia.

La malignidad de los motivos y del fin (entendida en la mas amplia significación sociológica arriba indicada) nos presentará, cuando sea demostrada, verdaderos difamadores, elementos realmente peligrosos para la sociedad. Se obtiene con esto la ventaja de poder dictar contra ellos penas graves sin incertidumbre y el escrúpulo que por una parte ocasionan el temor de castigar á un inocente, y por otra, el disentimiento de la opinión pública.² En consecuencia, es más enérgica y segura la defensa social contra los difamadores.

Es natural, además, que (por lo que se refiere al ele-

1 V. Cap. III, IV, V.

2 Manfredi, al hablar de esta discordancia, dice: «La moderación de las penas no es sólo aquí un precepto de justicia, sino una norma de conveniencia y de política.» *ob. cit.*, p. 455. Esta observación justa en el sistema contrario, cae en el nuestro por completo.

mento subjetivo) la medida de la pena sea tanto más grande cuanto más antijurídicos y antisociales fueren los motivos determinantes y el fin propuesto. Una explicación ulterior de este principio la encontraremos después, examinando cada uno de los *animi* que la escuela considera, y estudiando las hipótesis en las que se resume toda la teoría desarrollada hasta aquí.

38. Sin embargo, respecto á la medida de la pena, según nuestro principio, deben rechazarse no sólo las proposiciones de penas excesivamente severas dictadas contra una y otra clase de difamadores indistintamente, sino también las que tienden á disminuirlas, siguiendo el mismo sistema de confusión. Así, la Comisión encargada por la Asociación Romana de la Prensa de estudiar las modificaciones que deberían introducirse en el delito de que nos estamos ocupando, propone que, dejando intacto el *maximum*, se reduzca el *minimum* de la pena y la reclusión se sustituya con la detención.¹ — Evidentemente tal proposición se preocupa únicamente de una clase de difamadores, desatendiéndose de la formada por los que se hallan movidos por una malignidad interesada y manifiesta: á éstos muy bien puede aplicárseles la reclusión. La propuesta es unilateral en sentido inverso del Código, el cual mira siempre en el difamador un ser abyecto. En nuestra opinión, aun en los límites del sistema del Código, la solución se presenta natural y espontáneamente, supuesto que en parte se pueden considerar dos distintas clases de difamadores respecto al género de pena aplicable á una ú otra. En cuanto á la teoría defendida por

¹ Relaz. cit., § XXIII-XXIV, p. 43-45. Pessina, *La libertà, etc.*, § III no aprueba la pena única de la reclusión, p. 158; pero aprueba la disminución del *minimum*, p. 161.

nosotros, como no se castiga, según ella, sino á los difamadores que son verdaderos delincuentes, resulta lógicamente la unidad de la pena. Se dice esto, no obstante, haciendo abstracción de las modificaciones de la pena que podrían requerir las especiales condiciones psíquicas en que eventualmente se encontrase el reo.

39. El principio del dolo característico tiene, como se comprende, un alcance general y se aplica á toda clase de difamaciones, cualquiera que sea el medio ó forma en que se cometan.¹ La naturaleza del medio servirá la mayor parte de las veces para apreciar los móviles y el fin: así estos aparecerán con mucha frecuencia nobles en la difamación por medio de la prensa; y entonces se desterrará el concepto del delito.

De este modo podemos resolver nosotros la debatida cuestión de la injuria por medio de la prensa según los principios más liberales; podemos sostener la impunidad de quienes atacan á los malvados y, á la vez, el derecho á la más amplia defensa contra los calumniadores y difamadores vulgares, sin temer las objeciones que todos los días se hacen á aquellos que por medio de la prensa piden favor en esta materia, es decir, que el medio diverso no muda la índole del delito.² Aquí no depende la impunidad del medio usado, sino del elemento psicológico del agente; en consecuencia, existiría, repitiéndose la naturaleza de tal elemento, aun cuando la difamación se cometiera de otra manera.

¹ Se percibe por lo expuesto que nosotros tratamos el asunto de la difamación desde un punto de vista más general que los demás autores, los cuales lo desarrollaron en relación al concurso, Ravizza, (Bonasi, Manfredi, Pincherle, Gavazzi-Spech, Stivanello) y, más recientemente, respecto al nuevo Código Penal, los cuales se preocuparon sobre todo y casi exclusivamente del famoso libelo.

² Esta objeción se halla también en la *Relación del Senado*, art. 272, § 2.

Es preciso advertir que esta consecuencia del principio del dolo característico está de acuerdo con el movimiento científico más moderno, el cual tiende á sujetar los delitos cometidos por medio de la imprenta al Derecho Penal común. ¹ A él se inclina hoy la legislación, ² se adhiere la Relación Ministerial sobre el Proyecto del

¹ Tal movimiento es manifiesto. V. Buccellati, c. II, p. 33-37.—Ellero, c. XXVII, § 125-126; c. VIII, § 44, p. 219. Pincherle, c. IV, p. I, p. 93-99. A. Gabelli, p. 1131-1133; Lucchini, *Riv. Pen.* t. XIX, p. 281-290. Lecci, *I reati di stampa nel diritto comune. Archivio giur.* t. 48, p. 1-31. Fioretti, *La stampa nella legislaz. german.* § 4, p. LVI-VII. (*Appen. all'introd. del Pessina nelle leggi penali della Germania. Manuale di legislazione universale*, I Serie, t. XIV, Nápoles, 1888). Manfredi, c. II, p. 28-31. Ley mexicana de 15 de Mayo de 1883. *Contra*: Bonasi, § 112. Gavazzi-Spech, l. II, c. II, p. 156 y 164. Y por su oportunidad, Crivellari c. III, p. 26. Castori, c. V, p. 198. V. también Fabreguettes, t. I, *introd.*, p. XXXV-XL. Cisotti, *Della legge sulla stampa, Riv. Pen.* XIII, p. 142-147. Leloir, *La liberté de la presse et le droit commun.* Paris, 1890 p. 83.

² El primer paso para que los delitos de imprenta quedaran sujetos al Derecho común se dió, como es sabido, en Francia, con la Ley fundamental de 1819 (V. Bonasi, § 88, p. 108; Crivellari, c. III, p. 21-23); pero la evolución en este sentido no es todavía completa. Solamente en Austria (ley de 1862) V. Ellero, c. VIII, p. 219, § 44. Lecci, p. 31); en donde por lo demás ese sistema es antiguo (V. Crivellari, p. 24); y en Alemania—ley de 1874 (V. Berner, *Trattato, Introd.* § 62, p. 77 y *Lehrbuch des deutschen Pressrechts*, 1876, p. 161. Fioretti, ob. cit.)—las leyes penales de imprenta reúnen las disposiciones de policía sobre la misma, dejando al Código Penal todos los delitos que se cometen por su medio. Forma un método especial el seguido después en Francia desde 1819 en adelante de reunir en leyes especiales todas las reglas que rigen los delitos contra el honor cometidos de palabra, por escrito ó con la prensa. V. Chauveau et Helie, *Théorie du code pénal.* III, ch. 20. V. contra este sistema las fundadas observaciones de Pincherle, ob. cit., p. 96-99.

nuevo Código ¹ y suele mostrarse favorable la misma jurisprudencia. ²

40.—El principio sostenido aquí es aplicable, tanto á la difamación que ataca la vida pública cuanto la privada, supuesto que ambas interesan á la sociedad; en consecuencia no pueden aceptarse desde nuestro punto de vista las proposiciones hechas para percibir tal distinción. Así, en la Cámara, el H. Morini ³ proponía castigar con penas graves á los que atacan la vida privada y con pena leve á los que atacan la vida pública, lo que no es justo, porque puede haber un fin noble, tanto en el que ataca á un hombre público como en el que denuncia á un particular que tenga, verbigracia, la costumbre de golpear brutalmente á su mujer ó hijos. El caso del fin noble en tal difamación, por decirlo así, privada, podrá ser más raro; pero no imposible. El crear, pues, una presunción de maldad á cargo de quienes penetran en el santuario (como suele decirse) de la vida doméstica, es suprema-

¹ Relac. á los libros II y III p. 15 ed. cit. En Italia, durante la larga elaboración del nuevo Código, la cuestión de incluir los delitos cometidos con la imprenta en el Código Penal ó de su separación del mismo se resolvió de varias maneras. Se pronunciaron por la separación el Proyecto de 1868, art. 334, § 2; el de la Comisión Mancini de 1876, art. 445, § 2 y Zanardelli de 1883;—por la inclusión, la Comisión de 69 y los Proyectos de Vigliani de 1874, art. 407 § 2; el del Senado de 1875, art. 415, § 2 y Savelli de 1883 art. 354.—V. Paoli, *Exposición histor. y cient. de los trabaj. preliminar. del Cód. Pen.* t. II, § 427-441. p. 149-154. Buccellati, p. 26-29. Pincherle, p. 99-102. Lecci, p. 10-11. En el Código Italiano, como sucede en Bélgica, existe un sistema de bipartición y confusión (Manfredi, p. 122) que presenta muchos inconvenientes. V. Lecci p. 9, 21, 24, 29, 30 y Lopez *It. Cod. Pen. ecc.* p. 67. Sobre la innovación, v. Pessina, *La libertà, ecc.* p. 157, 159 y 161. Además, como nota Castori, unificada la legislación penal general, la especial de la imprenta es diversa en Nápoles y Sicilia respecto al resto de Italia. *L'Editto*, c. I, p. 178-179.

² V. *Riv. Pen.* t. 32, Massimario n° 1460. Corte Cassaz. 22 Enero 92, *Riv. Pen.* 35, p. 287 con nota. En contra: Cassaz. 11 Abril 1891, *Foro italiano*, XVI, parte II, c. 36-373.

³ *Discussioni alla Camera*, p. 277.

mente inícuo; equivale á prescindir de la realidad de la vida humana.

Por la misma razón no es admisible la proposición de la Comisión Romana de la Prensa según la cual deberían únicamente deferirse á la Corte de Asises los delitos de difamación para los que está permitida *de jure* la *exceptio veritatis*, ó en otras palabras, que no se refieren á la vida privada. ¹ *Ceteris paribus*, estos delitos no dejan de revelar *a priori* en quienes los cometen una malignidad menor de la que implican las difamaciones relativas á la vida privada. Si el jurado es un beneficio, es injusto privar de él á los autores de estas últimas, y decimos esto, prescindiendo enteramente del valor de dicho jurado. ²

Además, la proposición de la mencionada Comisión es de desecharse también, porque —según las ideas desenvueltas en este trabajo— llega á faltar el argumento de la prueba de la verdad en la cual se apoya; ó sea, el principio de que tal prueba se admita *de jure* sólo cuando la imputación se refiera á la vida pública.

¹ Rel. cit. § XVIII-XX y XXXVI n.º 3. Idéntica es la proposición Crispi presentada á la Cámara el 18 Mayo 1875, V. Pincherle, ob. cit. apén. IX, p. 757. Opinión análoga manifestaron Pincherle, c. XVI, p. 484-487 y Bonasi, § 135, p. 194. Contra la jurisdicción del jurado en la difamación, V. Ellero, c. XL, § 185-188, p. 758-762. Crivellari, c. XXX, p. 373. Manfredi, l. V, c. III, p. 442-445. Gavazzi-Spich, l. II, c. XXI, p. 315. Gastori, cap. XIII, p. 276. Lessona, *Stampa e difam.* art. en la *Giustizia*, Roma, 1891 n.º 48. Nosotros no aceptamos la proposición de la Comisión Romana, aun prescindiendo de la cuestión general del jurado, porque parte del supuesto erróneo de la distinción entre vida pública y privada. Por lo demás, ante el descrédito que va alcanzando el jurado, es inhábil é impolítico proponer que se extienda su aplicación sin decir que (como observaron ya Fessina, *La libertà*, § IV, p. 161 y Sighele, § III, p. 47) tal cuestión no es urgente en absoluto comparada á la imperiosa necesidad de modificar el Código en el elemento intencional, en la prueba y en la pena.

² Sobre el jurado en general el pensamiento de la nueva escuela positiva es muy explícito. V. Ferri, c. IV, n.º 3, p. 642-676. Garofalo, *Crim.*, p. 423-448.

41.— La doctrina del *animus* que defendemos resuelve también la cuestión sobre el carácter del hecho atribuido. Si un individuo revela al público un hecho que deshonra á un tercero y no tiene ninguna importancia social, porque no indica una forma particular de inmoralidad en su autor, evidentemente, en condiciones psíquicas normales, queda excluida la pureza del fin y demostrado, por el contrario, el fin egoísta. Así como el fin para exculpar debe ser social, de la misma manera debe tener una importancia social la inculpación hecha, la cual debe estimarse según la opinión más común; pero guardándose de favorecer los prejuicios. ¹ Es necesario, además, poner aquí en claro que tal doctrina se diferencia de aquella, si bien enseña que el hecho debe interesar á la sociedad, supuesto que nosotros entendemos aquí tal importancia en un sentido amplísimo y la sometemos enteramente á la noción del fin, del dolo característico. En consecuencia, la punibilidad de este difamador depende en resumen de la intensidad del elemento doloso á la que la naturaleza del hecho sirve como argumento de demostración. La importancia social del hecho y el fin social no pueden existir. Si se presentan casos que impliquen esa coexistencia, ó se trata de mala fé ó de una defectuosa organización psíquica, que no aprecia justamente las relaciones de las cosas, entonces la cuestión es diferente. Por el contrario, en nuestra opinión sería opuesto á nuestro sistema y peligroso en la práctica reducir la importancia de que se trata de una relación puramente objetiva, ó peor todavía, indicar taxativamente cuáles imputaciones carecen de interés social, por la grande elas-

¹ Manfredi, p. 273 y sig. y más generalmente Spéncer, *Introd. alla sociol.*, cap. VIII-XII.

ticidad y flexibilidad que tiene toda la materia relativa á las injurias. Basta, por el contrario, la doctrina del dolo característico. Si yo, por ejemplo, con el fin de demostrar que un ministro tiene predisposición á la delincuencia, afirmo y pruebo que en su árbol genealógico cuenta varias personas alcohólicas ó ladronas ó epilépticas, etc., es evidente que puede haber un buen fin, dadas determinadas circunstancias, aunque el hecho en apariencia tenga carácter individual. Así puede concebirse algunas veces el fin social aun en aquel que imputa una imperfección física, verbigracia, la sordera á uno que aspira á la diputación política. Esto prueba que no pueden establecerse reglas absolutas.

Mas se podría objetar que echar en cara un nacimiento bajo ó calidades personales viciosas, no puede deshonrar ni ofender y que faltaría, por consiguiente, el elemento material de la difamación. Pero además de que esta objeción no entra en el tema que nos hemos propuesto estudiar, supuesto que se refiere al elemento objetivo y nuestro trabajo trata del subjetivo, se puede replicar que esa imputación no debería deshonrar; pero que no obstante deshonra en las actuales condiciones de civilización. Como quiera que sea, podría considerarse siempre como una ofensa sangrienta á la *dignitas* individual.

42. También se suscitó la cuestión de si la premeditación es posible en los delitos de injuria y debe considerarse en la medida de la pena.

Carrara responde que sí ¹ y considera como "una laguna censurable en las legislaciones actuales el haber omitido la aplicación de la diferencia radical entre el dolo subitáneo y el dolo de propósito, ó no haberles dado la

¹ Carrara, *Progr.*, p. sp. III, §§ 1772-74—*Opusc.*, I, p. 300.

importancia que sería (en su sentir) conveniente." El gran criminalista pisano cita, como precursor de esta doctrina, á Gioia; ¹ y también Pessina admite que la injuria puede ser agravada por el dolo de la premeditación. ²

Carrara sostiene su tesis que se concreta luego al aumento de la pena para la injuria premeditada, demostrando que la premeditación aumenta el daño mediato y á la vez el inmediato de la misma injuria.

El daño mediato aumenta, como los delitos de sangre "por disminuirse la posibilidad de la defensa privada ante un enemigo que viene á agredir con designio maduro y deliberado y después de haber calculado fríamente los modos más oportunos para alcanzar mayores probabilidades de éxito."

Nosotros aceptamos sin dificultad la doctrina de Carrara; pero nos persuade poco la razón que da para justificar el aumento del daño mediato, supuesto que la injuria premeditada no disminuye la posibilidad de la defensa privada. ³ Ante todo si se trata de contumelia, quien la contesta no se defiende, porque defenderse significa aquí destruir la opinión desfavorable que el hecho ó la palabra han producido en el ánimo de los demás. Pues bien, esto no se obtiene injuriando á quien nos ha injuriado, sino demostrando que no se merece la ofensa; al contrario, un cambio recíproco de injurias despierta en las personas bien nacidas un sentimiento de repugnancia y de náusea. En la difamación simple y en el libelo famoso, la defensa se hace demostrando que es falso el cargo que se imputa, y como tal demostración muy raramente en

¹ Gioia, *De la injuria y de los daños*, p. 44.

² Pessina, *Elementi di dir. pen.*, II, p. 126. Pincherle, c. XII, p. 376.

³ Este tema no se refiere á la indagación sobre el fundamento de la premeditación en general.

la primera y nunca en el segundo puede hacerse en el acto ó inmediatamente después de la ofensa, pues se trata de hechos especiales y determinados, la premeditación ó sea, el mayor artificio con que se haga la acusación, no disminuye en nada la posibilidad de la defensa. Parece, por tanto, que es diferente la defensa en los delitos contra la vida y la integridad personal y en aquellos, contra el honor y, por consiguiente, la analogía entre unos y otros, respecto á la premeditación, cae desde luego.

¿Cuál es, pues, el principio que justifica el mayor daño mediato y en consecuencia la pena mayor? En nuestra opinión es éste: el difamador con premeditación revela mayor perversidad de ánimo, mayor tenacidad en la intención de delinquir, una capacidad más arraigada para invadir arbitrariamente la esfera del patrimonio moral ajeno. Es natural, pues, que tanto los hombres honrados, como los que no lo son, crean en tal caso menos segura su reputación, y que la opinión de la seguridad disminuya. En una palabra, el delincuente se revela más temible.

Pero es preciso hacer aquí una advertencia. Según la doctrina del dolo característico, la premeditación no ejerce una función independiente, sino subordinada al fin antisocial y egoísta. Esto supuesto, la premeditación servirá para demostrarlo todavía más y hará aumentar la pena.

El nuevo Código Penal no escapa á la censura de Carrara, supuesto que solamente en el Capítulo del homicidio se refiere á la premeditación, y queda excluido, por tanto, que ésta pueda aplicarse á las injurias.

43.—Otra importante cuestión respecto al elemento moral de la difamación es la que se refiere al error, la cual merece ser desarrollada más ampliamente de lo que de ordinario se hace.

Carrara dice sin ambages que el error de hecho, aun cuando sea vencible, es exculpante.¹

El error puede recaer sobre el medio empleado y sobre la persona injuriada, consiguientemente, para usar la terminología de Carrara, sobre el sujeto activo secundario y sobre el sujeto pasivo del delito.²

En cuanto al primer caso, si el individuo agente yerra sobre la veracidad del hecho imputado, se nos presentan dos hipótesis, de las que nos ocuparemos después, al tratar de la *exceptio veritatis*. Pero puede suceder que el error recaiga sobre la naturaleza, sobre la idoneidad difamatoria del medio empleado, es decir, que el agente *repute difamatorio un hecho que no es*, ó al contrario, que *no era difamatorio un hecho que es tal*.

En este segundo caso, cuando resulte probado, el error de hecho es esencial y, según los principios generales, eximiría de la imputación, justificando plenamente.³ Según la doctrina y según la noción del *animus*, tomada del Código, falta la *conciencia* de la imputación difamatoria, falta el elemento subjetivo del delito.—La teoría del dolo característico aquí no puede menos de llegar á las mismas conclusiones, supuesto que la opinión razonable y probada de la incapacidad de la imputación para difamar, implicaría necesariamente la falta absoluta del animo avieso, de donde, según nosotros, toma su forma y sustancia el elemento subjetivo en el delito que examinamos.

Por otra parte, si el agente atribuye á una persona un

¹ Carrara, *prog.* p. s., t. III, §§ 1753 y 1825.

² Carrara, *prog.* parte gen., § 40. Pero también pueden ser sujeto pasivo en estos delitos terceras personas fuera del paciente, Carrara, *ob.* cit. p. s. § 1705.

³ Carrara, *prog.* p. g., §§ 260, 261 y 266.—Conti, *Dell' imput.*, trat. di Cogliolo, t. I, p. II, p. 235 y § 54, p. 274.

hecho que cree difamatorio y no lo es, la *communis opinio* induciría á absolver, porque faltaría el elemento material, la atribución difamatoria idónea.

Muy distinto es el resultado de nuestra teoría. En la hipótesis, es preciso no desunir el error del fin, de la intención. Pues bien, si la opinión de la aptitud difamatoria del cargo va asociada al fin noble, los principios expuestos arriba requieren la impunidad, y en esto vamos de acuerdo con la teoría clásica. Si, al contrario, el error está revestido de intención antijurídica, entonces dicho error nada quita al carácter delictuoso del agente; antes parece más bien que exista cierto elemento material, que haya también cierto daño, supuesto que el difamador ha demostrado, al querer atacar á determinado individuo, que no lo estima; ha difundido la opinión que se puede concebir alguna sospecha sobre la integridad de su carácter, y esto podría perjudicar su buena fama. En realidad al difamador no le falta en este caso sino la idoneidad del medio; se podría, en consecuencia, hallar en su acción, según la teoría alemana,¹ en gran parte aceptada y completada por la nueva escuela,² una tentativa punible de difamación. En efecto, en la hipótesis, tanto el mismo medio, poco ó nada idóneo, cuanto el conjunto de motivos, revelarían en él una naturaleza peligrosa.

Esta conclusión que á nosotros nos parece equitativa y conforme con los principios de defensa social, se encuentra, por el contrario, en abierta oposición con los enseñamientos de la escuela clásica, la que ante todo no admite la tentativa en la difamación verbal³ y no ha-

1 V. Castori, *Il tentativo*, en el trat. de Coglioto, t. I, p. 3 §§ 84 y 87.

2 V. Garofalo, *Criminología*, p. 343-352.

3 Carrara, III, §§ 1829, 1830.—Froila, p. 263 y siguientes.—Castori, *Il tentativo*, § 34.

llaría en la hipótesis, una tentativa punible, no siendo evidentemente idóneo el medio, si bien el error no excluya aquí el dolo.

Vengamos al segundo caso: que la persona difamada no sea la que el autor se proponía. La cuestión es importante bajo doble aspecto.

El primero consiste en la razón del mayor ó menor respeto que se deba al ofendido efectivamente, y en consecuencia, de la pena más ó menos grave para castigar al agente; consiste, más generalmente, en la apreciación de las diversas circunstancias agravantes ó atenuantes.

En estos casos suele aplicarse el principio general de que «no se harán pesar sobre el autor las causas agravantes provenientes de la calidad del ofendido ó perjudicado «y se tomarán en consideración las circunstancias que habrían disminuido la pena por el delito si lo hubiere cometido en daño de la persona contra la que se dirigía «su acción.»¹

La cuestión es general y pasa de los límites del tema especial sobre la difamación; sin embargo, séanos permitido observar que las dos disposiciones contenidas en el artículo citado—por más que provengan, como se afirma,² de la teoría general de la imputabilidad profesada por la escuela clásica, se contradicen recíprocamente. En la segunda, en efecto, se considera solamente la representación subjetiva del delito, se da la mayor importancia á la intención; en la primera, al contrario, sólo se toma en cuenta el resultado objetivo, prescindiendo de la intención.³

1 Código Penal italiano, artículo 52.—V. Carrara, p. gen. 1, § 261. Conti, § 55 y § 58.

2 Conti, p. 278.

3 Prescindiendo en modo relativo, se entiende.

¿Cuál es la razón de la diferencia? Evidentemente ninguna otra fuera de la de favorecer al reo, razón siempre muy débil, en verdad; pero aún más aquí, en la difamación, supuesto que dada la noción del dolo característico que, sostenemos, nos encontramos ante delinquentes vulgares y peligrosos.

Para nosotros, pues, probado el dolo característico, probada la persona determinada que el difamador quería atacar, el error, puramente accidental, no puede servir de ninguna manera.

El caso fortuito por el cual el hecho excede de cualquier modo la voluntad del autor, nada quita al carácter delictuoso del mismo. Y si, como nosotros admitimos, el criterio esencial para determinar la medida de la pena es la temibilidad del delincuente, la responsabilidad debe graduarse según la representación subjetiva del delito y no por el resultado objetivo accidental, dada siempre una violación externa del Derecho. De esto resulta que las circunstancias agravantes ó atenuantes que provienen del error no son imputables, mientras que sí lo son todas las que subsistieran, si la acción hubiese sido cometida en perjuicio de la persona contra la cual se dirigía.

El segundo aspecto de la cuestión propuesta consiste en la influencia que la verdad de la *convictio* puede ejercer en el error de persona; y esto en cuanto á la facultad de la prueba y en cuanto al resultado de la misma. Hipótesis éstas, raras, pero no imposibles en la práctica.

La cuestión se presenta desde el primer punto si por

¹ Esta y no otra nos parece la teoría del error que proviene de los principios de la escuela positiva. V. una indicación incidental y poco explícita en *Ferri, Intorno al nuovo Codice Penale. Nuova Antologia*, terza serie, t. XXII p. 681-685.—En contra de *Ferri Conti* p. 286 y 288.

ventura un individuo quisiera echar en cara un hecho difamatorio á un funcionario público, contra el cual está admitida—según la opinión más común—la prueba de la verdad, y por error ú otro incidente, dirigiera la difamación contra un tercero que no fuera el funcionario en cuestión. Se pregunta: ¿podría ser admitida al inculpado la prueba de la verdad del hecho? Considerando la cuestión según el sistema de nuestro Código Penal, como la ciencia y el Código consideran el delito subjetivo y objetivo según las ventajas que pueden resultar al reo, en la hipótesis, sería natural conceder la prueba del hecho. El igual solución debería adoptarse desde nuestro punto de vista, bien diverso: es decir desde el punto de vista de la formación psicológica del delito.

En cuanto al segundo punto ¿si el agente prueba la verdad del cargo,—ó por facultad que le sea cometida ó por derecho, siendo el ofendido un hombre público, ó estando vigente el principio general de la prueba—quedará libre de toda pena aun en el caso de error sobre la persona? ² La respuesta no puede ser sino afirmativa; y así resulta, tanto por el principio de considerar que prevalece la representación subjetiva del delito en el autor, cuando por el principio que inspira el Código de favorecer al reo. Existe, sin embargo, una diferencia análoga al caso precedente que es inútil repetir.

44.—Importantes aplicaciones de la doctrina del dolo especial, desde el punto de vista sostenido en esta obra se encuentran, considerando la difamación reunida á

¹ Obsérvese que el caso considerado aquí se desterraría en nuestro sistema, según el cual (V. c. V, p. I) la prueba de la verdad es siempre admitida.

² Nótese que sustancialmente la cuestión no cambia en el caso en que se requiera para la exención de la pena, como creemos, algún otro elemento además de la verdad del hecho, V. Cap. V, parte II.

otros delitos. La cuestión debe resolverse prácticamente en cada uno de los casos que se presenten, y sería imposible hacer aquí, *a priori*, una completa enumeración de ellos.

Nosotros, por tanto, consideramos dos casos fáciles de encontrarse en la práctica, tanto más, cuanto que de uno de ellos se ha ocupado ya nuestra jurisprudencia, ó sea, cuando la difamación existe juntamente: 1º á un delito contra la propiedad; 2º á una provocación para batirse en duelo.

Si uno difama á otro simplemente para ocasionarle un daño, no tenemos sino una difamación, supuesto que el delito contra la propiedad en general requiere el fin del lucro ilegítimo (*lucri faciendi causa*); y el daño, único que prescinde de tal elemento, ¹ debe recaer inmediatamente sobre las cosas, y de cualquier modo, es fin de sí mismo. ²

Si por el contrario, lo difama para dañar á otro y procurar para sí mismo ó para otros una ventaja, entonces puede presentarse el caso de un delito contra la propiedad, y precisamente el de una estafa, considerando la vasta extensión de lo que se contiene en este delito. ³ ¿Y entonces, según el Código, tenemos dos delitos connexos ó concurren idealmente? ¿Es preciso aplicar el art. 77 y el 78?

Parece que no se trata de un concurso ideal; para éste se requiere la unidad del hecho. «La unidad de pena depende de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real delictuoso. ⁴ Y por hecho debe entenderse, dice la Rela-

1 V. Carrara, p. spec., IV, §§ 2014, 2015.—Pessina, *Elem.* II, § 90.—Puglia, *Delitti contro la proprietà*, Trat. Cogliolo, t. II, p. II, p. 21, 22 y 527, 528.

2 V. Carrara, IV, § 2449.—Pessina, *Elem.* II, p. 277, § 139.

3 *Cód. Pen. Ital.*, art. 413.—Bomer, p. 464, 468.—Puglia, p. 424, 428.

4 *Relaz. della Camera*, § 98.

ción al Rey» ¹ no sólo la obra del agente, sino éste y aquella con todos los «elementos del delito.» Aquí tenemos por hipótesis, por una parte, el *animus iniuriandi* y la *imputación* difamatoria; por la otra, el daño ageno y el lucro nuestro ó de otros, procurado y propuesto como fin.

Nos encontramos, por tanto, en el caso del artículo 77, supuesto que, según éste, debe tratarse de hechos distintos, y si es en el hecho mismo constitutivo del delito donde puede verificarse otro delito, ya no se tratará de un concurso real, sino ideal; ² resulta que en la hipótesis propuesta, los dos delitos son distintos é independientes. En consecuencia, dada la acción del *animus iniuriandi* que se toma del art. 393, en el caso de difamación hecha como medio del delito de estafa, se debe aplicar el art. 77, ó sea el concurso de penas.

Según la ciencia, por el contrario, la conexión del medio con el fin es uno de los casos del concurso formal. ³

Por último, desde el punto de vista de la presente obra, hay difamación real y verdadera, supuesto que es evidetísimo el fin avieso. Prescindiremos, pues, de la sutil indagación de si se trata de dos delitos ó de uno solo; tenemos una acción antijurídica cuyo motivo (excesiva avidez de lucro), es de los más malvados y por consiguiente aumentaremos la pena. ⁴

Relativamente al segundo caso, en el cual se presenta un problema análogo al primero, recordaremos ante todo á Carrara. Este gran criminalista opinó primero que la intención de provocar á duelo no excluye el *animus iniuriandi*; después, al contrario, aceptó la opinión opues-

1 *Relaz. al Re*, § 25.

2 V. Castori, *Concorso di reato e di pena*, en el Tratado de Cogliolo, t. I p. III, § 26.

3 Carrara, p. g., §§ 167 y 168.—Pessina, *Elem.* I, § 127, p. 305.

4 Garofalo *Crim.*, p. 364 y 365.

ta, porque en el caso indicado el fin delictuoso especial desnaturaliza el delito que sirvió como medio. ¹

Ante el *jure condito*, en el sistema de la doctrina clásica la cuestión debe formularse sobre la base del *animus iniuriandi*.

¿Consiste éste en la conciencia de que el hecho imputado expone al odio ó al desprecio público? Pues bien, la intención de provocar á duelo no lo excluye.

¿Se requiere, por el contrario, el fin especial del deshonor por sí, de la ofensa? Entonces quizá esa intención podrá excusar ó exculpar, quitando el *animus*.

De este modo se reduce á su justo valor la primera razón aducida por Carrara en apoyo de su doctrina, ó sea: «que es una condición esencial de la injuria el ánimo de injuriar.»

La segunda de dichas razones: «que provocar á duelo no ofende el honor ajeno, pues, al contrario, es una prueba de estimación, porque con persona vil y deshonda nadie quiere medir su espada», tiene un valor únicamente relativo, porque depende también de la noción del *animus iniuriandi*, por ser capaz de excluirlo. Efectivamente, esta razón huelga si el *animus* consiste en el conocimiento de la idoneidad difamatoria de la imputación, supuesto que precisamente la conciencia de que la imputación es capaz de provocar á duelo, implica la de la capacidad de difamar para que la provocación consiga su intento. Sin decir que quien recurre á medio semejante para inducir á una persona á recurrir á la suerte de las armas, demuestra con este solo hecho que la desprecia y la considera vil y cobarde.

Planteadas de este modo la cuestión y habiendo dado á las dos observaciones de Carrara su justo valor, la so-

¹ Carrara, ob. cit. p. s. tomo III § 1752, n. 1 y § 1839 ncta. T. V., §§ 2906-2907.—*Opuscoli*, T. IV. (XIV, *Injuria e provocazione al duello*), p. 610 y 617.

lución, según los principios de nuestro derecho penal, se presenta espontáneamente.

¿Cuál es la noción del *animus* según el art. 393? Hemos procurado ya fijarla con las fuentes, la doctrina y la jurisprudencia: es la conciencia de que, atribuyendo á determinada persona cierto hecho, se la expone al odio, al desprecio público y demás, sin que pueda hacerse la menor investigación sobre el fin; Ahora, supuesto que, como observamos arriba, quien hace tal cargo para provocar á duelo, tiene conciencia clara de la idoneidad difamatoria del hecho imputado, el *animus iniuriandi* es en él real y verdadero.

De conformidad con estos principios se pronunció el Tribunal de Venecia, considerando reo de difamación á un periodista que, valiéndose de ella, había retado á un enemigo suyo para dirimir sus diferencias en el llamado campo del honor. Sin embargo, poco tiempo después, la Corte de Apelación de la misma ciudad reformaba la sentencia del Tribunal y consideraba al culpable tan sólo responsable de provocación á duelo. ¹

«En los delitos contra el honor—observaba la Corte—debe existir siempre el «*animus iniuriandi*,» y en la investigación de tal extremo el juez no puede tener presente sino el fin (!) que se propuso el autor, en vez de atender á la materialidad de los medios empleados. Evidentemente este razonamiento parte de un principio erróneo, es decir, de una noción del «*animus iniuriandi*» que está muy lejos de ser la del artículo 393. Tanto más que la sentencia dice luego: «todas las expresiones difamantes ó injuriosas contenidas en los dos artículos (del perió-

¹ Sentencia 26 Febrero 1891, *Riv. Pen.* t. XXXIII, p. 467, V, Abogados Leopoldo Bizio, Donati, Stoppato, (compilador) *Defensa*, Venecia 1890, p. 9, 16.

dico) están encaminadas á atraer sobre él (adversario) el desprecio público, poniendo de manifiesto su pusilanimidad y vileza." Basta leer el Código, para que aparezca clara é incontestablemente la difamación. Por lo que la observación de la Revista Penal,¹ según la cual la consecuencia á que llegó la Corte, resulta evidente y espontánea, una vez excluido tanto en el hecho como en la especie el ánimo de injuriar, podría sostenerse sólo que en la especie faltara realmente el *animus*, lo que no es, como resulta del considerando de la Corte en cuestión.²

Comencemos, por tanto, con excluir que se trata pura y simplemente de provocación á duelo. Impallomeni cree que, considerando la objetividad jurídica de los dos delitos en la difamación que tiene por objeto el duelo, no entra absolutamente el concepto de la provocación, y no se trata tampoco de concurso formal.³

También nos parece que debemos excluir el concurso formal, y por un razonamiento análogo al hecho en el precedente ejemplo de concurso, consideremos en la hipótesis un caso de conexión á que aplicar, en consecuencia, las reglas que rigen el concurso de penas.

Finalmente, si consideramos la cuestión desde el punto de vista del elemento subjetivo característico, ante todo, como en el caso anterior, deberemos dar cierto valor al fin con que se hace la difamación.

Hemos procurado demostrar que el fin puede ennoblecer la difamación al grado de quitarle todo carácter delictuoso y, por el contrario, dárselo, cuando sea bajo y antisc-

1 *Rev. Pen.*, lugar citado, nota 1.

2 Contra esta sentencia: Impallomeni, *Diffam. ed. eccitum, al duello*.

3 *Rev. Pen. T. XXXI*, p. 529; Majno, *Comm.*, § 1163.

3 Impallomeni, § 5.

cial. Todo depende, pues, de la naturaleza de ese fin, es decir, si se encuentra relacionado con el interés general ó bien si es puramente egoísta; si revela en quien se lo propone instintos sociales ó bien antijurídicos. Pues bien, el duelo es un resto de barbarie, una costumbre antisocial en el sistema actual (provisto de una organización judicial para vigilar por el honor),¹ fuente perenne de desórdenes y desgracia,² y contrario al interés general. En consecuencia, quien se lo propone ó provoca á él demuestra cierta incapacidad de adaptación á la vida social presente. Además, se muestra desprovisto del sentimiento fundamental de piedad, supuesto que se propone herir y aun matar á un semejante. En tercer lugar, por lo mismo que se dirige contra un débil y lo provoca con violencia al combate, se muestra un prepotente adorador de la fuerza. Todo esto está muy lejos de los sentimientos de fraternidad, de respeto mútuo y amor que requieren las condiciones sociales en que vivimos y á las que afanosamente aspira el género humano.³

Por consiguiente, para nosotros, existe la difamación agravada con el caracter profundamente antisocial de los móviles y del fin.

En consecuencia la Corte de Venecia erraba primero desde el punto de vista del Derecho Positivo, y después.

1 V. Worms. *Les attentas á l'honneur*, Paris, 1890, ch. IV, p. 77 y 81-87.

2 El duelo humbla la libertad y enjendra la perversión de los sentimientos morales, haciendo aparecer fuertes á los jactanciosos y presuntuosos y valerosos á los cobardes. Ellero, *Questione sociale*, Bologna, 1877, c. XXIV, p. 92.

3 Notemos que estas ideas no son las que comunmente profesa nuestra escuela sobre el duelo; muchos positivistas creen que el duelista no es un elemento inadaptado á la sociedad. Berenini, *Offese e difese*, Parma, 1886, p. 49, *Et. Quello nel progetto Zanardelli*. Arch. di psych. IX, p. 175, Garofalo, *Crim.* p. 419, Ferri, *Soc.* p. 333, nota 4; Majno, *Comm. al cod. pen.*, § 1140, p. 631. Por ideas parecidas á las del texto: Puglia, *Duello*, Arch. di psi. ch V, p. 423.

también desde el punto de vista abstracto, y casi diría científico, supuesto que daba su valor justificativo á un fin completamente egoísta y antijurídico.¹

De aquí se ve asimismo que dicha Corte hollaba el precepto de hermenéutica ya recordado que permite forzar la ley sólo para plegarla á las exigencias siempre nuevas de la equidad y de la moral social.

45. Dos objeciones podrían hacérsenos:

Desde el punto de vista del Derecho positivo vuestra solución castiga sustancialmente dos veces—desde el de vuestro dolo característico la solución mencionada olvida que la antisocialidad del fin está ya castigada en la provocación al duelo.²

A la primera nada podemos responder, porque aceptamos la afirmación que contiene.

Si uno comete dos delitos y en consecuencia (aún cuando sea con un hecho solo) manifiesta una naturaleza doblemente peligrosa, ¿porqué deberá castigarse como si hubiere cometido uno sólo? Por lo demás, si la solución depende del sistema del Código, como nos parece, supuesto que exige para el concurso formal la unidad del efecto delictuoso que en la hipótesis falta en absoluto, la censura, en todo caso, no nos tocaría.

Más importante es la segunda objeción. Respondemos que, si la antisocialidad del fin es castigada en la simple provocación á duelo, no es castigada en este caso la mayor gravedad del medio que aparece, cuando se emplea la difamación. Y el medio más grave usado manifiesta en el

¹ El egoísmo impele naturalmente á los duelos, porque da al individuo la opinión de su prevalencia sobre el juez y el legislador, Carrara, *Progr.* p. s. V. § 2872.

² Las objeciones abrazan también el caso de concurso considerado primero, pero como el segundo es casi típico y más práctico, nosotros las consideramos en relación á él.

agente mayor tendencia á conseguir esé fin; y por consiguiente mayor temibilidad. Por último, en la hipótesis hecha por nosotros no tenemos una simple provocación á duelo, porque existe además la difamación; no tenemos una simple difamación en el sentido clásico, porque existe, además, la provocación á duelo; tenemos, pues, dos indicios para determinar la temibilidad del reo, ninguno de los cuales deba desatenderse. Falta la razón de la identidad entre las dos clases de delitos, y poco importa que la antisocialidad del duelo sea castigada en una de ellas; al contrario, esto no impide que también se pueda castigar en la otra.

En nuestra hipótesis, esta antisocialidad se manifiesta en una forma diversa y más peligrosa que en la simple provocación á duelo.

CAPITULO CUARTO

De los diversos "animi" que eliminarían el "animus iniuriandi."

46.—La doctrina del dolo característico, expuesta en el capítulo primero, encuentra importantísimas aplicaciones, al examinar los *animi* especiales que los autores consideran capaces de excluir el *animus iniuriandi* clásico.

Pero, si dicha doctrina, en el sistema de esta obra, es justificada plenamente como ilustración demostrativa del principio soberano del fin jurídico ó antisocial, en el sistema generalmente aceptado se presenta como una anomalía, supuesto que es preciso sostener la eficacia de tales *animi* como excepción de la noción del *animus iniuriandi*, entendido en el sentido más obvio de conocimiento del carácter difamatorio que se halla en la imputación hecha y del elemento que excluye la investigación del fin.

Además, establecida así la noción del *animus iniuriandi*, éste no está excluido de las direcciones particulares que la intención puede seguir y se denominan *animus corrigendi*, *defendendi*, etc. Se trata propiamente del fin bueno y útil, que justifica; en tales casos el *animus iniuriandi* entendido como conciencia, lejos de quedar eliminado, permanece en toda su plenitud, y es, por el contrario, un supuesto necesario de ese fin bueno y útil.

Por consecuencia, quienes combaten la doctrina del fin, encerrándose en los estrechos límites del conocimiento difamatorio y luego nos hablan de *animi* especiales que excluyen el *iniuriandi*, se contradicen, supuesto que dichos *animi*, lo repetimos, no quitan la conciencia de la idoneidad difamatoria de la imputación.¹

Por el contrario, desde nuestro punto de vista, resulta natural la aceptación de ellos como fines buenos y que excluyen el dolo característico.

El examen que ahora vamos á hacer no agota, en nuestra opinión, la serie de fines especiales que pueden excluir el *animus iniuriandi*, pues las circunstancias multiformes y variables de la vida social pueden originar á cada paso otros nuevos.

Por lo demás, no se les da, *a priori*, un absoluto valor justificativo, y al hacer su exposición no tenemos pensado tocar todas las cuestiones, sino únicamente las controvertidas y que presentan mayores dudas. Nuestro objeto es subordinar rigurosamente el examen de estos *animi* á la doctrina del fin, para la mayor dilucidación de la misma y como crítica severa de la teoría prevaliente.²

«ANIMUS CORRIGENDI.»

47—Los autores consideran tres casos: 1º que la corrección se haga por un superior á un inferior; 2º entre iguales; 3º de un inferior á un superior.

En el Derecho Romano hallamos algunos pasajes que enseñan implícitamente que, si alguien injuria co-

¹ Vervigracia Capello. Da la noción del *animus* como conciencia (ob. cit. p. 10) y después considera los *animi* especiales como otros tantos fines que excluyen la intención injuriosa (p. 16).

² Por esto se ve que el examen de los *animi* especiales tiene, en oposición de Armó (ob. cit. p. 55) verdadera importancia científica.

corrigendi animo aut emendandi, non tenetur. Tres ejemplos nos presentan las fuentes: el del padre hacia el hijo, el del maestro para con el discípulo, el del amo para con el siervo. Creemos útil ocuparnos de ellos, porque en esta materia se suele dar mucho valor á la tradición que sirve de fundamento al Derecho Romano. Debemos recordar ante todo el carácter particular que atribufa aquel Derecho á la injuria.

Prescindiendo de la grave disputa acerca del verdadero sentido de la injuria,¹ es indudable que ésta comprendía no sólo las ofensas morales, sino también parte de las corporales, de aquellas que *patimur in corpus como verberibus et illatione stupri*, según enseña Paulo,² que se hacen *cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit*, según la afirmación de Gajo³ ó, más generalmente con Ulpiano, de las injurias *quae manu fiunt*.⁴ Al padre, al maestro, al amo, se les daba mayor potestad que en la actualidad, aun cuando se conceda la dirimente del *animus corrigendi*, lo que nos impide introducir completamente en nuestro derecho los principios del Romano.

Poco importa conocer si, en los casos particulares, se trataba realmente en el Derecho Romano, de la exclusión del *animus iniuriandi*.

El padre tiene sobre el hijo un poder más amplio que el de injurarlo. La patria potestad se presenta también bajo la forma de derecho punitivo,⁵ el cual, desde el

1 Walter, *Dell'onore e delle injurie secondo il Dir. Rom.*, § 19.—Jhering *Actio iniuriarum*, § II.

2 Pauli, *Sententiarum ad filium*, V, 1 v. 4. (Cogliolo *Man. d. font. del Dir. Rom.* Turin, 1885-87 p. 117.—Serafini, *Ist. di Dir. Rom.*, II, § 155.

3 Gaius, III, § 220. *Inst.*, IV, 4, § 1.

4 *Dig.* 47, 10, 5 pr.

5 Serafini, *Ist.*, II, § 169, p. 192.—Padelletti.—Cogliolo, *Storia del Dir. Rom.* Firenze, 1886, p. 192.

punto de vista estrictamente jurídico, llega hasta la facultad de matar al hijo. Naturalmente comprendé, por tanto, aun la facultad de injuriar, y por esto vemos que la *actio iniuriarum* permitida á los hijos *qui non sunt in potestate* sólo cuando lo requiera la *atrocitas*, es negada siempre á los hijos sometidos á la patria potestad *etiamsi atrox fuerit*.¹ Por lo que no hay necesidad de recurrir al *animus corrigendi* en el caso de injurias hechas por el padre al hijo para buscar el fundamento de la impunidad del primero, pues ésta descende de un principio más alto y es regla general. En cuanto á la *potestatem in corrigendis minoribus pro qualitate delicti* dada *senioribus propinquis* (*Cod.* IX, 15) se deriva de la misma patria potestad primitiva, si se habla de la corrección según la calidad del delito.

Se ve mejor todavía que no se trata de *animus corrigendi* en caso de injuria hecha á un siervo. Este, en su calidad jurídica de cosa, no puede ser susceptible de injuria,² supuesto que carecía del honor civil que suponía la libertad.³ Por consiguiente, las injurias á los esclavos no se tomaban en consideración sino en cuanto que, siendo atroces, atacaban indirectamente á los dueños de dichos esclavos.⁴ Así se comprende porque *si virgis aut loris servum dominus afflixerit, aut custodiae causa in vincula coniecerit... nullum criminis metum servo mortuo sustineat*.⁵ Sería absurdo en estos casos buscar la razón de la impunidad en el *animus corrigendi*, que excluye el *iniuriandi*.

Haciéndolo así, se llegaría á sacar la curiosa conse-

1 *Dig.* 47, 10, 7, § 3.

2 Gaius, III, § 222.—*Inst.* IV, 4 § 3.

3 Walter, *op. cit.*, § 4.

4 Ferrini, *Dir. Pen. Rom.* L. II, c. IV, *Tratt. Cogl.* t. I, p. I.

5 *Cód.*, IX, 14.

cuencia de que el amo, para corregir al siervo, podría hasta matarlo!

Hablemos del tercer ejemplo. Juliauo dice: «iniuriarum quidem actionem non competere» contra el maestro que: «puero dicenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur.»¹ Aquí es evidente que la impunidad resulta de la falta del «animus iniuriandi;» pero es claro también que se trata de una forma especial de la injuria imposible en nuestros tiempos.

Ya volveremos á ocuparnos de este último caso y notaremos, entre tanto, que tales enseñamientos han sido generalmente aceptados y repetidos, sin pensar que faltaban las razones que los inspiraron entre los romanos, y que faltan aún. Faltan, en el primero y segundo ejemplos, las razones de la patria potestad punitiva sobre el hijo y de la propiedad sobre el esclavo; falta en todos los tres casos en nuestra opinión, la razón de la identidad, supuesto que en los tiempos modernos se precisó mejor el concepto de la injuria, excluyendo, á ejemplo de la legislación germánica, las violencias materiales sobre la persona que, según el derecho romano, como indicamos, estaban comprendidas en el concepto de la injuria.² Pues bien, es muy probable que se procediera á la exclusión del «animus iniuriandi» tal vez en los primeros casos (concurriendo, sin embargo, las razones anteriormente expresadas); pero especialmente en el tercero, considerando la naturaleza de la corrección, la cual se nos representa siempre como golpe, «verberatio» y por este tenor, como una ofensa material, pues, según ciertos conceptos (que muy bien pueden desarrollarse en una civilización, como la

1 Dig., IX., 2, 5, § III.

2 Pertile, *Stor del dir. ital.*, V. § 202.

romana, donde es vivísimo el sentimiento de la fuerza; pero que actualmente no puede existir),¹ es fácil atribuir á los golpes cierta eficacia correctiva, eficacia de que carecen la injuria real y verdadera y la injuria en sentido técnico. Nos parece por tanto, que la exclusión del «animus iniuriandi» en virtud del «animus corrigendi» se tomará en consideración, no en toda la extensión del concepto romano de la injuria, sino en parte tan sólo y con más propiedad, al tratarse de la injuria en el sentido de golpes materiales, y no de la injuria en el sentido moderno.

Faltan textos á propósito de la corrección entre iguales y de superior á inferior; pero se sigue el mismo principio de que: «un ánimo excluye al otro,» según Ferrini.² Tal conclusión, sin embargo, no parece bastante justificada.

48. Reducida á su justo valor la influencia que todavía puede ejercer la tradición romana, debemos prescindir de tales distinciones, restos de otra organización social, y afrontar el problema como se presenta en la vida moderna.

¿Es admisible que el fin de corregir ennoblezca la injuria y la difamación hasta hacerles perder su carácter delictuoso?

Es preciso establecer dos hipótesis distintas. O quien corrige usa de la palabra injuriosa ó atribuye un hecho difamatorio cuando no haya más persona que el ofendido, y entonces no hay que hablar de delito, no porque falte el elemento subjetivo, sino porque aun antes de éste, falta el elemento material, es decir, el de la divulgación necesaria para constituir la difamación.³ O quien corrige

1 Así es que la Casación tuvo que excluir el *animus corrigendi*, tratándose de golpes, malos tratamientos, etc., (V. Capello p. 19.)

2 Ferrini, ob. y lug. cit.

3 De Cola Proto, p. 91-93.

lo hace en los modos indicados, en presencia de otras gentes, y entonces es preciso valorizar la naturaleza de este fin de corregir. Este, en abstracto, es verdaderamente noble; ¿pero acaso difamar es el mejor medio de corregir? Con él no se hace sino procurar el deshonor de quien se trata de corregir. La enmienda debe buscarse con medios bien diferentes. Y aquel que, para conseguirla, difama públicamente, manifiesta que carece en parte de aquellos sentimientos de cortesía y urbanidad que son tan necesarios á las sociedades civilizadas; hay en él algo de dureza, algo de antisocial. El daño que efectivamente produce con la difamación, supera en mucho la utilidad por él esperada ó conseguida. Concediendo una eficacia absolutamente exculpante al *animus corrigendi*, se favorecería la difusión de un método correctivo que es antisocial y educa para la ofensa. Como dice un ilustre autor: «la corrección debe encaminarse á confirmar la conciencia del Derecho y no á dar el ejemplo de su violación.»¹ Sería, pues, peligroso proclamar sin más que el *animus corrigendi* excluye al *iniuriandi*; aquel podrá tal vez, en algunos casos, servir de atenuante. Esta doctrina, además de la ventaja general antes indicada, tendría la especial de reprimir la mala y despótica costumbre, en vano deplorada² de injuriar gratuitamente á los criados, aun no despojados para algunos, según parece, de la antigua incapacidad romana, inherente á los esclavos.

49. En cuanto á nuestro Código, como no permite la investigación del fin, sería inútil oponer la excepción de este *animus*, que se reduce á un fin especial.

ANIMUS CONSULENDI.

Si hacemos una injuria ó reprochamos un hecho difamatorio á la misma persona á la cual nos proponemos

1 Semmola, p. 215.
2 Frola, p. 51.

aconsejar, entonces entramos en la materia del *animus corrigendi*. Queda por tanto que la injuria ó la difamación se refieran á persona diversa de aquella que nos pide consejo. Naturalmente, si esto se hace á solas, no hay más que hablar, porque faltaría el elemento material ó de la injuria ó de la difamación. Pero admitamos el elemento de la publicidad; hay un fin bueno, el de ser útil á otro; pero no creemos que, para conseguirlo, sea preciso difamar. Alguno de los secuaces de la teoría común¹ establecía cierta limitación, afirmando que los informes deben ser pedidos; ² que si el amo, interrogado, descubre públicamente los defectos ó vicios del criado, es responsable; ³ que es necesario usar de la prudencia la cual excluye la publicidad y el dolo. ⁴

Nosotros, por tanto, refiriéndonos á cuanto dijimos en el párrafo anterior, creemos que no puede establecerse de una manera absoluta la regla de que el *animus consulendi* puede considerarse como exculpante del de injuriar.

En cuanto al sistema del Código, tal *animus* no puede ni siquiera proponerse.

51. Pero, antes de examinar los demás *animi*, es menester detenernos á considerar una contradicción que tal vez alguien podría quizá encontrar entre la doctrina de la sociabilidad del fin expuesta en el Capítulo I y la aplicación que de ella se hizo á propósito del *animus corrigendi* y del *animus consulendi*. Esto contribuirá á esclarecer todavía más los conceptos expuestos hasta ahora.

¿No es acaso útil y social el fin de corregir y aconsejar? ¿Y entonces, porqué, no puede ser una exculpante?

La objeción es sutil; pero no tanto que no se pueda

1 Enseña que el *animus corrigendi* elimina el *animus iniuriandi*.
2 Fabreguettes, I, §, 1132; *contra*: De Cola Proto, p. 42.
3 Capello, p. 22, conforme con Dalloz.
4 Buccellati, p. 96.

contestar que el fin social suprime la difamación tan sólo en cuanto que no se puede alcanzar por otro medio que el de la difamación.¹

Se favorecerían indudablemente la mayor confusión y el desorden más grande, admitiendo sin más que en todos los casos el fin social quita el delito, aun cuando ese fin pudiera conseguirse por otro medio menos peligroso.

Medio y fin se ligan estrechamente, casi se confunden, y en consecuencia no se pueden considerar aisladamente. Hay medios cuyo empleo excluye desde luego la nobleza del fin.

Es cierto que la corrección y el consejo se pueden impartir por medios mucho menos dañosos que el de la difamación, mientras que, si alguno ocurre á ésta, se muestra inexperto y poco adaptado para el cargo que trata de desempeñar y no merece la protección que imparte la ley á los elementos manifiestamente sociales. En una palabra, nosotros pensamos que entre los medios y el fin hay una relación íntima, estrechísima, éste determina y circunscribe á aquellos. Quien afirma que se propone un fin social por medios que, en resumen, son antisociales, ó es un estúpido cuya psiquis desordenada no sabe apreciar con exactitud las relaciones de las cosas, ó es un individuo profundamente malvado que procura distraer su depravada intención con el manto de la hipocresía. En el primer caso entramos en la teoría de la imputabilidad; en el segundo no salimos de nuestro tema y se castiga severamente.

ANIMUS JOCANDI.

52. Ya en el Derecho Romano se encontraba sancionado que este *animus* elimina el *animus inuriandi*² y

1 V. § 41.

2 *Dig.*, 47, 10, 3, § 3 y 15, § 23.

esta regla, admitida por los prácticos que consideraban indicio nada falaz la retractación,¹ predomina hasta hoy, aunque se procura restringirla dentro de los más estrechos límites.²

Según nuestro Código, no se podría, en rigor, atribuir ninguna eficacia exculpante al *animus iocandi*, por el bien conocido principio general de que no admite el examen del fin.

Considerando la cuestión de *jure condendo*, según nuestra teoría no es admisible que el fin de chancearse elimine el elemento moral de la difamación.

Según nosotros, el fin, para justificar, debe ser socialmente útil, y es evidente que la chanza no lo es. Es cierto que el chiste es sano y la mala cara no; pero es preciso atender á los medios y no valerse de los que atacan los derechos ajenos.— El difamador por broma ante todo se presenta como hipótesis muy improbable, y además, desarrolla seguramente sentimientos egoistas, predispone y conduce á la ofensa material y moral de la persona.— Aquí toda la cuestiones de carácter puramente privado. Pues bien, si el injuriado se considera tan ofendido que presente querrela, la sociedad no debe preocuparse del fin del ofensor, que nada le interesa, y que lejos de demostrar en él alguna virtud, por decirlo así social, revela un ánimo fácil á propasarse contra las personas. Siendo así, la ley inculcará el más alto respeto á la personalidad.

Por lo demás estos conceptos han sido ya parcialmente admitidos.

En efecto, el enseñamiento común y clásico creyó que ante las injurias cometidas por medio de la prensa, difi-

1 Carrara, *ob. cit.* t. III, 1757, n.—De Cola Proto p. 2.1

2 Capello, p. 31.

cilmente podría aceptarse la excusa del «animus jocandi» pues el medio empleado sería trascendental é impropio.¹ y la jurisprudencia decidió explícitamente que, tratándose de la prensa, no puede admitirse tal «animus.»² Sin tener en cuenta que nuestra conclusión es más amplia, observamos que esta coincidencia parcial de miras parte de distintos principios como resulta de nuestro trabajo todo.

Nada tienen que temer por lo demás de esta teoría los periódicos humorísticos, supuesto que no están proscritos los chistes inocentes, moderados y correctos, sino los ofensivos é inconvenientes.

ANIMUS RETORQUENDI.

53. La doctrina de la retorción y de la compensación, aun cuando se remonta al Derecho Romano, fué propiamente elaborada por los prácticos modernos.³ Su exposición más completa se encuentra en las clásicas obras de Carrara.⁴ Veamos, por tanto, sus formas fundamentales.

Se distinguen tres especies: provocación, retorsión y compensación. La provocación consiste en una aplicación al caso especial de la injuria del principio general que se expone en la teoría de las causas que eliminan ó disminuyen la imputabilidad, y es simplemente una excusa. Tiene su razón en el ímpetu iracundo y en el justo

¹ Pincherle, c. XII, p. 377.

² Frola, p. 54.—De Cola Proto, p. 49, donde se toma, como criterio para determinar la intención, la forma de la afirmación.

³ Ferrial, *ob. cit.* p. 183.—Pessina, *Elem.*, II, § 67.—De Cola Proto, p. 134 y siguientes.

⁴ Carrara, *Programma*, p. s. I, §§ 1758, 1759, 1838 nota, 1916, núm. I.—*Opuscoli*, t. III, (núm. XI. *Compensazioni delle injurie*). T. VI, (núm. XXXIX *Della ritorzione delle injurie*).

dolor que causa la ofensa. Como es natural, la ofensa tiene que ser injusta.—Si el injuriado ofende al injuriante, tenemos la retorsión, la cual se halla ligada con la legítima defensa.¹ La compensación favorece á entrambos injuriantes y resulta del carácter privado de la «actio iniuriarum.»

Esta es, en pocas palabras, la doctrina de Francisco Carrara á la que añadiremos alguna observación crítica.

54. Según Carrara, provocación, retorsión y compensación se derivan, cada una, de principios especiales. En nuestro humilde concepto, aun permaneciendo dentro del sistema clásico, todas ellas quedan reducidas á un sólo principio.

La provocación se verifica propiamente, cuando el injuriante ha sido ofendido de tal manera que no constituye la injuria en sentido técnico; ² la retorsión se verifica cuando el hecho determinante es la injuria. Por consecuencia en la retorsión tenemos substancialmente una aplicación del principio general de la provocación injusta. La opinión dominante que funda la causa de la justificación de la retorsión en la legítima defensa, ³ no es aceptable por el concepto ya expuesto de que en la re-

¹ El mismo insigne autor tuvo, no obstante, que enseñar que, en la hipótesis, la razón de la impunidad reside en la ausencia del *animus iniuriandi*. V. III, § 1759, núm. I, p. 116.

² Explícitamente, Carrara, *Opusc.*, IV, p. 238.—Paoli, *Esposiz.*, etc, II, §§ 477, 479, 480.

³ Carrara, *Progr.* p. g. III, § 1759, nota.—*Opusc.*, III, p. 279, VI, p. 197, 198-200 (*passim*).—Capello, p. 46.—Pessina recurre también al principio *vim vi repellere licet*, pero admite la excusa de la provocación, si la retorsión excede los límites de la ofensa sufrida, *Elem.*, II, p. 141-142.—Parece que de este modo el ilustre maestro destruye el principio sentado antes por él. En el mismo sentido De Cola y Proto, ps. 137 y 138.—V. una indicación de Pincherle p. 408.—Mucha jurisprudencia está con Carrara (V. Capello, p. 46.—Para la opinión ominante V. también Fulci, p. 312.—Bono, p. 112.

torsión no puede hallarse uno de los modos de defenderse ni falta el «animus iniuriandi,» si se le considera especialmente como conciencia.

Es, pues, más conforme á la realidad admitir, con el ilustre criminalista berlinés Alberto Berner, que también la retorsión es excusada por la provocación.

En cuanto á la compensación Carrara afirma una cosa justa tan sólo en parte, al decir que proviene del carácter privado de la acción penal en materia de injurias; es inexacto, cuando afirma que es una manera de extinguir la acción penal por ambas partes.

En efecto, el principio privado de la acción sirve al primer injuriante: ha cometido un delito y el adversario comete otro contra él, haciéndose justicia por su mano y cerrándose el camino para perseguirlo ante los tribunales; pero no sirve al segundo.

Aceptando también en esto la teoría de Carrara, la injuria hecha por el primer ofendido quedaría extinguida antes que fuera consumada. La injuria que le fué inferida, extinguiría la acción penal contra él aun antes de que se cometiese el delito. ¿Pero acaso la acción penal no resulta del delito? Nos parece, pues, salvo el gran respeto que nos merece el insigne maestro, que nos encontramos ante un absurdo.

Además, la misma teoría dominante encierra una contradicción y da una idea inexacta de la compensación, pues, enseñando que ésta puede ser "total ó parcial,"² niega implícitamente que es siempre uno de los modos de extinguirse la acción por entrambos lados y contraviene

1 Berner, *Tratt. di dir. pen.*, p. 388, y una indicación de Carrara, *Progr.* III, § 1759, núm. 1, p. 117.

2 V. Carrara, § 1759.—Pincherle, p. 408.

á la presuposición necesaria de la compensación misma, que es la elisión recíproca de los dos delitos.¹

Según nosotros, si se verifica la elisión, no sucede por un sólo principio, sino por varios. Es decir, no puede intentarse una acción penal contra el primer injuriante, porque el ofendido prefirió hacerse justicia por su mano; el segundo no comete un delito, porque la provocación elimina el elemento subjetivo.

Sin embargo, podría hacerse una objeción: la provocación se considera atenuante y no dirimente como la compensación.² Pero se elimina, observando que las consecuencias jurídicas de un principio no pueden echar por tierra el principio mismo, y que, de todas maneras, la provocación puede ser tan grave que llegue hasta suprimir todo elemento moral de delito, como lo admite Carrara.³

Por consiguiente en el «animus retorquendi» nada hay de particular sobre injurias. Se le aplican los principios generales en materia penal, de la provocación, y el de que, eligiendo un camino, no se puede tomar otro, cuando se trata de querrela de parte.⁴

55. A la teoría común, sin embargo, puede hacersele con mayor facilidad una crítica menos analítica y más general. Ella enseña, con pocas divergencias parciales,⁵ que en materia de injurias prevalece la regla «paria cum paria compensantur»,⁶ deduciendo la razón de esto de la parte puramente objetiva del delito y prescindiendo en absoluto de su elemento subjetivo, de la «mens rea» del

1 Pessina, *Elem.*, II, p. 141.

2 Carrara, *Opusc.*, VI, p. 238.—Capello, p. 43.

3 Carrara, § 1838, núm. 1, p. 256.

4 Capello, p. 47-49.

5 Capello p. 47, y 49.

6 De Cola Proto, p. 134.

autor. Una pura accidentalidad enteramente material y exterior exime de la pena; pero queda todo el caracter delictuoso del agente, amalgamando así, con criterios de justicia y simetría extrínseca, á los difamadores delictuantes con los que no lo son; y dando á los primeros un medio fácil de desahogar su ánimo depravado con el pretexto de la retorsión y de la compensación. Fuera del principio de que la eficacia exculpante de la compensación depende del caracter público ó privado del delito de difamación, ¹ según la teoría del fin la doctrina general del «animus retorquendi» se modifica profundamente y se apoya en la subsistencia ó ausencia del fin social. —En el primer caso, por cuanto es viva la provocación ó zahiriente la retorsión, el delito existe; se trataría de la medida de la pena; pero no de la impunidad. En el segundo caso, falten ó no tales circunstancias, el difamador quedará exento de toda pena. En resumen, provocación, retorsión y compensación son puras accidentalidades de hecho, que pueden considerarse solamente como elementos de prueba, para determinar el «animus» y las circunstancias concomitantes para la cantidad de la pena; pero no deben desempeñar una función propia é independiente.

56. Se preguntará ahora ¿los principios expuestos se aplican tanto á la difamación como á la injuria? La duda no se presenta sino en el sistema clásico, según el cual, naturalmente, las aplicaciones se harán con más frecuencia, tratándose de injurias; pero no se puede «a priori» excluir la difamación, si se piensa en la cantidad de hechos varios y nuevos de que es tan fecunda la vida social. Pessina, por ejemplo, admite que tales conceptos son aplicables á toda clase de injurias, comprendidos los libelos famosos, y Carrara trata de ellos á propósito del «animus

¹ Carrara: *Opuse.* III, p. 280 y 293

iniuriandi» en general. ¹ Al contrario, la regla del Código y del Proyecto ² se refiere únicamente á las injurias.

³ Pero el principio de la provocación, siendo general, bien se podrá invocar aún en materia de difamación. ⁴

A este respecto sería peligroso proceder con reglas demasiado severas y absolutas; al contrario, es preciso que sean muy elásticas para dar mayor preponderancia á los motivos y al fin, y por consecuencia, que no sean obligatorias para el juez. Es digno, pues, de alabanza el legislador italiano que, tratándose de compensación de injurias, da al juez la facultad y no le impone la obligación de exonerar de la pena. ⁵

ANIMUS DEFENDENDI.

57. Los autores lo tratan bajo el doble aspecto de que se infiera una injuria á quien injurió ó se cometa contra

¹ Pessina, *Ele n.*, II, p. 142. — Carrara, *ob. cit.*, § 1751 y siguientes. — Pincherle, p. 408-409.

² Paoli, § 474-476. Capello, p. 47-49.

³ *Cód. Pen. Ital.* art. 397. — La jurisprudencia decidió precisamente que la compensación puede verificarse solamente entre injurias, excluida la difamación. — Casación, 24 Abril 1890, *Foro Ital., Rep.* XV, c. 696, n. 32.

⁴ *Cód. Pen. Ital.* art. 51. — Así consideró nuestra jurisprudencia la provocación excusante que puede adaptarse á cualquier delito. (Casación, 6 Octubre 1892; *Scuola Posit.* t. II, Mass, n.º 10, con nota de Carrelli) y admitirla en la injuria y difamación (*Foro Ital., Rep.* XVI, c. 789, n.º 36).

Al contrario, en Francia generalmente, la provocación no excusa la difamación, Barbier, I, § 419.

⁵ *Cód. Pen. Ital.*, art. 397. — Se suscitó la cuestión si la compensación puede hacerse valer en las injurias hechas por la prensa, y algunos contestaron que no. La cuestión se resuelve más fácilmente si se sigue la teoría que somete los delitos de imprenta al fuero común. Hemos, pues, creído conveniente no tratarla. Por lo demás puede verse á Pincherle en la obra y lugar citados.

él algún otro delito. ¹ Es evidente que en tal caso volvemos al argumento del párrafo anterior.

Sin embargo, las cosas dichas acerca del «animus defendendi» con relación á la retorsión, deben completarse en el sentido de que la difamación, cuando la exige necesariamente la defensa de nuestros derechos, goza de la impunidad, no solo conforme al antiguo principio «qui suo jure utitur iniuriam non facere videtur,» sino también porque en realidad falta el fin antisocial y entra el diametralmente opuesto de la tutela del orden jurídico.—Pero estos principios no podrían tener una aplicación rigurosa en el sistema de nuestro Derecho Penal sobre injurias por la conocida teoría que excluye la investigación del fin. ²

La aplicación más notable del «animus» encaminado á la defensa del propio derecho reside en la «facultas conviciendi» dada á los defensores y á las partes ante la magistratura. Es un principio que se remonta al Derecho de Roma, donde era costumbre de los retóricos «hacer pesar sobre los reos todo el mal que podían, aun cuando en nada se refiriera al objeto de la causa». ³ Los prácticos, fundándose en dos conocidísimos pasajes de las fuentes, lo han desarrollado según las dos condiciones que son co-

¹ Carrara, *ob. cit.*, § 1761, además de la protección impartida al honor, admite la de los derechos patrimoniales; pero, una vez sentado el principio, no debemos detenernos en él. V. Pincherle, p. 401 y siguientes.—De Cola Proto, p. 32.—Capello, p. 37.

² En efecto, la jurisprudencia decidió que el *animus defendendi*, aducido como defensa de sí mismo, no puede excluir la difamación. *Trib. de Nápoles* 30 Diciembre. 1892; *Riv. Pen.* XXXVII, p. 253 y siguientes.—Evidentemente con la excepción de tal *animus*, se aducía, en forma diversa, la excepción del fin bueno, ya desechada unánimemente por la jurisprudencia, por lo que el tribunal de Nápoles, confirmando la teoría común, observaba que, sea por venganza, sea por defenderse á sí mismo ó por cualquiera otro motivo que se profiera la injuria, no deja de ser punible (*Ut supra*, p. 256). Pero en este caso no parece que se trata propiamente del *animus defendendi*.

³ Ferrini, *ob. cit.* p. 184.

munes á cualquiera forma de legítima defensa, la «utilitas litis,» es decir, la necesidad, y la «medida,» esto es, el límite negativo de la falta de exceso en el modo. ¹

También esto está perfectamente en armonía con el principio de la investigación del carácter del fin y de los motivos en que se inspira nuestro modesto trabajo; y nosotros lo aceptamos.

Resulta, sin embargo, de este principio que, si el fin no fuese la defensa del derecho, sino que de la defensa se hiciese un medio y un instrumento para dar rienda suelta á añejos rencores, á inveterados propósitos de venganza, á bajas é infames pasiones, entonces desaparecería la característica jurídica del fin y quedaría un fin egoísta y antisocial digno de represión. Tendremos, por consecuencia, un autor de difamación tanto más peligroso, cuanto que la difamación le queda facilitada por la nobleza del magisterio de que abusa.

También aquí, por la suma elasticidad y la suma variabilidad que domina en los delitos contra el honor, la regla no debería ser fija é inflexible. Por lo que, mientras merece un elogio el legislador italiano, por haber dispuesto que el juez: «puede ordenar la supresión, en todo ó en parte, de los escritos ofensivos y á instancia del ofendido designarle una indemnización pecuniaria,» puede ser censurado, por haber establecido la regla absoluta de que: «no se procede por las ofensas contenidas en los escritos presentados ó en los discursos pronunciados por las partes y sus defensores, ante la autoridad judicial, relacionados con la causa. ²

¹ V. *Dig.* 39, 3, 2, § 9.—*Cód.*, 2, 6, 6, § 1.
² *Cód. Pen. Ital.* art. 398.—Existé sí el límite de que los escritos exentos deben concernir á la causa; pero no parece suficiente. A faltá de cosa mejor será preciso exigir severamente ese requisito. V. Pincherle, p. 403-404.

Tal regla impide la valorización del fin que nosotros deseamos que impere, y yerra sobre la naturaleza de la defensa jurídica. Esta puede ser fin de sí misma, como la considera siempre el Código; pero también puede servir de medio á otro fin tal vez antisocial y delictuoso. En sustancia no es admisible, sin entrar en lucubraciones y prescindir de la realidad de la vida humana, de la conexión necesaria é ineludible entre la defensa jurídica y el fin bueno y social que presupone la regla dominante consagrada por el Código.

Según la tésis defendida por nosotros, nada tendría que temer la libertad «canvincendi», y sí se reprimirían eficazmente los abusos que podrían cometer á su sombra. ¹

ANIMUS NARRANDI.

58. Es grave la disputa de si la intención de narrar puede eliminar el *animus iniuriandi*:

Si partimos de la noción común del *animus iniuriandi*, como conciencia de que la narración de un hecho expone á una persona al odio, al desprecio público y por este tenor, debemos concluir necesariamente que el «narrandi» no excluye el «iniuriandi».

Y tal es la solución que nuestro Código da á la cues-

¹ Respecto del *animus defendendi* se suscitó así mismo la cuestión de si las arengas judiciales gozan de impunidad, aun cuando se difundan entre el público. Pero es ociosa é inútil, supuesto que el principio de la defensa del derecho prevalece, cualesquiera que sean los medios empleados. V. Carrara. § 1761, nota. Pincherle, p. 407-408.

ción; así lo ha juzgado la jurisprudencia ¹ y es la opinión dominante en la doctrina ²

Pero consideremos la repetida cuestión desde el punto de vista de los principios más elevados, del *jure condendo*.

Ante todo es menester ponerlo en sus verdaderos términos y señalarle los límites correspondientes. El presente tema no tiene por objeto la hipótesis en que la narración no sea fin de sí misma, sino medio para alcanzar otro. En este supuesto es preciso valorizar, caso por caso, el fin que se propone: podemos narrar para defendernos, para aconsejar á otros, etc. Pues bien, se debe considerar precisamente este fin: narrar, la intención de referir. Además del problema del fin, la cuestión se debe distinguir de la de la buena fe y de la verdad del hecho de que trataremos después. ³

Fijado este punto importantísimo, es necesario hacer otra eliminación que ya se encuentra en germen en Carrara. «El narrador charlatán, enseña el ilustre maestro,

¹ Véanse las tres sentencias de la *Tribuna* (c. II, p. 41, n. 4)—Según Lucchini, los representantes del Ministerio Público estuvieron concordes en rechazar (?) que el *animus narrandi*, aunque sin la intención de injuriar, hace desaparecer el delito de difamación.—Lucchini, *I discorsi di apertura per l'anno giudiziario 1892*, § 32.—*Riv. Pen.* XXXVI, p. 496.

² Algunos no admitieron como exculpante el *animus narrandi* (Impallomeni, *Diffam. etc.*, § 2, p. 531. De Lucca, p. 12. 23.—Bertolini, *Privilegio etc.*, § 5, p. 9. 10.—López, *Il reato di diffam.*, etc., p. 90.—Frola, p. 55, etc.—Otro, opinaron lo contrario (Fulci, p. 300, 302.—Castori, *La Diffam.*, etc. § 5.—Cappello, p. 27.—Nasi, art. cit., etc.)

³ No siempre se tuvieron presentes estas distinciones por los autores, y confundieron la intención de referir con el fin de la imputación, y especialmente con el fin avieso y antisocial. López observa «la grande odiosidad de este delito» (p. 90) y De Luca dice, que admitiendo como exculpante el *animus narrandi* se vería uno inevitablemente arrastrado á admitir que en la mayor parte de los casos no podría haber difamación por medio de los periódicos» p. 20.

que no tiene ninguna necesidad de hablar»,¹ que habla de esto y de aquello, es un elemento peligroso, desprovisto de sentimientos de respeto hacia los demás, que no se propone ningún fin socialmente útil, manifiesta una intención depravada incompatible con la naturaleza del fin, ó bien demuestra ser un estúpido ó desequilibrado. Evidentemente, circunscrito nuestro estudio á la pura intención de referir é informar, estas dos hipótesis huelgan también.

Al contrario, muy propiamente entra en nuestro tema el caso en que uno se halle en la necesidad de narrar, y más especialmente, si su narración reviste un carácter social y público. Este individuo no manifestará entonces un ánimo perverso, al reunir los decires de la opinión pública y al exponer el resultado de los hechos presenciados ó de los documentos examinados, informando de todo á sus conciudadanos.

59. La forma clásica en que tal principio se aplica es la de la prensa periódica. Ya hemos hablado en otra parte de la importancia de la prensa y de los periódicos desde el punto de vista de la vigilancia pública y del de sus funciones de órgano de la opinión pública. Aquí es preciso revelar su importancia bajo otro aspecto, ó sea el de la propagación de las noticias, de que son el medio más eficaz. Por esta parte la prensa es, como dice un periodista de talento y gran corazón, la parte orgánica de la sociedad contemporánea.² Es evidente que las narraciones de la prensa tienen un interés público. La gaceta, la crónica son una necesidad cotidiana de la vida moderna y un elemento indispensable de la misma. Por más que se diga que la misión de la prensa pasa los lí-

¹ Garrara, *ob. cit.*, § 1765, p. 132.

² Darío Papa, en la *Relaz. Lombarda*, p. 5.

mites de la relación de hechos sin importancia, es indudable que lo que la caracteriza es su reportazgo. Una gaceta larga y rápida es una obligación impuesta por el público al periodista y si no cumple con ella, muere el periódico.² Sin crónica—dice Cogliolo—no hay periódico, sin la historia de hechos bonitos ó feos, honorables ó difamantes, no hay crónica. Y las cuestiones tienen que discutirse, como se presentan en la vida práctica y no como agradaría á este ó aquel, quienquiera que sea.

¿A qué proclamar, pues, la grande importancia y la inagotable utilidad del periodismo, si después se le quitan los medios de que puede subsistir? No sabe qué hacer del Derecho formal y abstracto contenido en la fórmula vacía de la «libertad de imprenta» reclama, y con razón, una libertad de hecho, una libertad que no decline ante las susceptibilidades personales resentidas ó ante la soberbia vanidad desilusionada ó desenmascarada.

Y no se diga que la mejor defensa de la imprenta es la facultad de probar los hechos, pues que las legislaciones modernas no siempre lo conceden. Además, aun cuando de derecho se admitiera dicha prueba del modo más amplio, siempre resultaría insuficiente. Y, en verdad, cualquiera que no ignore las costumbres periodísticas sabe que si el periodista tuviera que esperar, para narrar los hechos que se encuentran ya bajo el dominio público, las pruebas de su veracidad, entonces no contaría nunca nada ó la relación sería tan añeja que haría perder el crédito á su periódico. La violencia con que por necesidad impresindible se forma el periódico, hace imposible reunir pruebas y pesar rigurosamente los he-

¹ V. Castori, *La diffam.*, p. 437.

² Fracasseti, p. 41. Bianchi, *Le cond. dei. gior.* p. 537. *Rel. Lom.* p. 5. Fabreguettes, I, XXII.

chos,¹ considerando las innumerables dificultades que se interponen en el camino de quien quiere descubrir la verdad.

Pero se responde que el honor y la reputación de los ciudadanos deben salvarse ante todo y que no deben ser las víctimas de la impotencia ó insuficiencia de la prensa en el esclarecimiento de la verdad.²

Pero es evidente que la prensa, institución de interés social, no puede á su vez ser víctima de las exageradas pretensiones individuales. Aquí nos encontramos otra vez frente al interés y á la utilidad sociales, representados por el periodista honrado que narra, para cumplir su misión, y ante el interés privado, representado por el individuo á quien toca la revelación. Y, si debe haber una víctima, los principios modernos sobre la posición del individuo en la sociedad no permiten que se vacile en afirmar que le toca ceder al individuo.

La prensa es hasta demasiado explotada por los políticos, banqueros y gente de esta calaña³ que la convierten en dócil instrumento de sus miras ambiciosas, ávidas y torpes, y sería desaconsejado y fatal poner tropiezos á la prensa honrada con ciertas prohibiciones que empeorarían, respecto de la otra, su inferioridad ya evidentemente deplorable.

Pero, para que hubiera una víctima, sería menester que la persona á quien se refiere la narración difamatoria fuera ofendida en su honor, en su reputación, cosas que, considerando la cuestión desde el punto de vista del *animus narrandi*,

¹ *Rel. Lom.*, p. 6.—Bianchi, p. 337.—Fracassetti, p. 23.—Lopez, p. 74.—Cogliolo, art. cit.—Manfredi, p. 330, que lo deplora. En contra: De Luca, p. 21.

² De Luca, p. 22.

³ Schaeffle, *ob. cit.*, I, p. 382-383.

mus narrandi, están á salvo. En efecto, entrando aquí la primera parte de la objeción aducida, si la narración es fiel á la realidad, no puede resentirse, jurídicamente, la persona á quien se refiere, pues en tal caso no tiene ni honor ni reputación; y si la narración es falsa ó no puede acaso poner las cosas en su lugar, haciendo reparar el daño, exigiendo al periodista una rectificación amplia y leal? Admitamos que el periódico publique su remitido y, como debe, que lo publique íntegro,¹ sin interpretaciones malignas, sin comentarios insidiosos ó reticencias hipócritas ¿no quedan entonces á salvo el honor y la reputación?

Es cosa distinta, si el periodista se rehusa á rectificar. Entonces, en la mayoría de los casos, se cae en la hipótesis del fin avieso.

Y á propósito de las consecuencias aparentemente perturbadoras de tal sistema es preciso no olvidar que el *animus narrandi*, según nuestra teoría, para poder exculpar, debería estar enteramente privado de toda intención maligna. No tienen, pues, razón de ser los temores manifestados por la *Revista Penal*² que exagerando mucho escribía á propósito del *animus narrandi*: «buena disculpa tendrían los malhechores de pluma que, con excusa de hacer la crónica de la ciudad, podrían atacar impunemente la reputación y el honor de los ciudadanos.»

Por lo demás, aun admitiendo que de este modo se suscitaran peligros para la honorabilidad de un individuo, es preciso observar que, cuando se quiere una institución ó el desempeño de un encargo, es preciso disfru-

¹ En el mismo sentido Pincherle, capítulo VII, § 2, p. 268-277. Castori *Editto*, capítulo X, p. 259. *Relazione Lombarda*, p. 14.

² *Riv. Pen.* p. 34, p. 296, nota.

tar sus ventajas y al mismo tiempo soportar sus consecuencias perjudiciales inevitables.

Dice perfectamente Ellero: «toda institución humana lleva consigo cierta imperfección, y la ley no puede re-
«frenar todos los errores del libre albedrío»¹ Y si «en la
prensa están reunidos el bien y el mal,» también es cierto, según el mismo autor, que el bien es sin comparación mayor que el mal.»² Si causa algún mal es también capaz de producir mucho bien.³

La necesidad de dar eficacia exculpante al *animus narrandi* se deduce, además, de las consecuencias dañosas que acarrea el sistema contrario. Los adversarios, especialmente algunos autores,⁴ tienen la preocupación de que debe ocultarse el mal social. Es evidente que las prohibiciones encaminadas á ello engendran un sistema mentiroso é hipócrita. Si el mal existe, ¿no es por ventura mejor descubrirlo y ponerlo en evidencia? ¿Porqué se debe temer la verdad? Es intuitivo que la sociedad no podrá libertarse de los males que la afligen, mientras no sean conocidos.

Esta preocupación conduce lógicamente á prohibir también la narración de los hechos delictuosos, de los delitos. Esta conclusión, por cuanto acariciada por algunos escritores respetables,⁵ en las actuales condiciones sociales es absurda y remotísima de la realidad. Hoy es cierta en toda su extensión la sentencia de Schaeffle de que: «la publicidad es una necesidad social y psicológica.»⁶

1 Ellero, *ob. cit.*, p. 763.

2 Ellero, *ob. cit.*, p. 764.

3 Fabreguetes, I, I, *Introd.*, p. XXV.

4 Frola, y Stivanello, *ob. cit.*, *passim*.

5 Frola, p. 59. Sergi, *ob. cit.*, págs. 250, 252, 256, 268 y 270.

6 Schaeffle, *Struttura*, ecc. t. I, p. 163.

No parece aceptable la opinión de que sólo deberían anunciarse simplemente los delitos, reservando la publicación de los nombres y los detalles del crimen para cuando el inculpado fuese condenado, ó por lo menos, juzgado.¹

Las dos grandes razones expuestas por Chassann que autorizan la narración de los delitos, es decir: 1ª que el hecho sea del dominio público y 2ª, que el periodista tenga únicamente el fin de satisfacer la curiosidad del público, permanecen siempre en pie y son inamovibles á pesar de las débiles y, en parte, sofisticas objeciones de los contrarios.²

Basta lo dicho respecto al *animus narrandi* en su forma objetiva; ahora nos ocuparemos de él bajo su aspecto subjetivo.

Por esta parte no puede haber duda de que, si el periodista narra un hecho, aunque sea difamatorio, con el único objeto de informar al público y llenar su cometido social, no da pruebas de malignidad ni ofrece resistencia á la forma actual de la vida en común. Por el contrario, es un elemento grandemente social, como resulta por lo que antes dijimos de la prensa, como órgano de información.

En consecuencia, el *animus narrandi* en el periodista lo exime de cualquiera pena.

60. Pero el *animus narrandi*, como nosotros lo entendemos, puede existir en otros casos fuera del clásico de la prensa. Así, por ejemplo, cuando uno, como historiador, se pone á hacer la biografía de otro. Pero en este

1 Semmola, *La censura ecc.*, p. 163.

2 Tales nos parecen las de Semmola: al primer argumento responde que la noticia de la delincuencia de una persona cae bajo el dominio público después de la sentencia (evidentemente no se trata aquí de la noticia de la delincuencia, sino de la inculpación, la que efectivamente cae bajo el dominio público; al segundo opone la necesidad de no hacer escarnio del nombre de una persona (?)-*ob. cit.* c. VI, p. III núm. 3.) Por lo demás el ilustre autor no es consecuente, porque aun el simple anuncio excita la curiosidad pública que él desearía permaneciera quieta. (p. 161.)

punto la materia se ensancha y se presenta el importante argumento de la injuria contra los muertos.

A nosotros no nos corresponde resolver aquí el problema de si la difamación es, y por qué, un delito, aun cuando se trate de un muerto; ¹ nosotros, dado que sea delito, lo consideramos con respecto al *animus narrandi*.

La cuestión, ante todo, debe resolverse con un primer criterio, que es el de la libertad de la crítica de la vida pública de los difuntos, enseñado por el insigne maestro pisano: «quienquiera que narre hechos sin mala intención, y no para desahogar su enemistad, sino por amor á la verdad, y al narrarlos refera las cosas en el modo que á su crítica ó según sus observaciones le parezca más conforme á la verdad, no puede ser inculpado, si censura, á quien obró mal, en nombre de la patria.» ²

Pero tal concepto es completado por el otro de abrir á las investigaciones del historiador aun la vida privada. Falta, es cierto, cuando el hombre ha muerto, las razones de defensa y utilidad social que dan el derecho de censurar la vida privada del mismo mientras vive; pero puede haber otras causas para escudriñarla.

Aquellos que, también respecto de los muertos, hacen de la vida privada una roca inexpugnable, ³ parten del

1 La opinión dominante encuentra la punibilidad de la difamación contra los difuntos en la ofensa al derecho de los vivos, V. Carrara, *Progr.*, p. s. III, § 1820. *Opusc.*, t. IV, XIII, 584-588. Pessina, *Elem.* II, § 66, p. 137. Crivellari, c. XIV, p. 143-145. Pincherle, p. 415. Gavazzi-Spech, p. 249. Manfredi, p. 305-308. Castori, p. 252-253. Semmola, c. V, p. 110-128. Paoli, § 455. De Cola Proto, c. VIII, p. 126-127. Capello, p. 103. Fulci, t. I, p. 341-343. Bono, p. 144. En contra: Ellero, *ob. cit.*, § 143; considera tal difamación como lesión de un derecho social (§ 146, p. 640.)

2 Carrara, *Progr.*, § 1823.

3 Carrara es de este número, *Progr.* § 1822. Sin embargo, admite la investigación de la vida privada en cuanto pueda esclarecer algunos hechos de la vida pública, § 1823, y la libertad de escribir cuando el fin sea bueno y el sentimiento que inspire á hacerlo sean el bien y la verdad, *Opusc.*, IV, p. 390. De cualquier modo la noción del *animus* salva los derechos de la historia *Opusc.*, IV, p. 591-594. Pincherle quiere la prueba de los hechos "sin restricción alguna," p. 415. De Cola Proto no admite distinciones entre la vida pública y la privada, p. 128, 130 y lo mismo Fulci, (p. 344) y Armo, p. 87. En el sentido indicado en el texto; Semmola, p. 127 y Frola p. 218 y sig.

supuesto falso que entre la vida privada y pública hay una diferencia sustancial. Por el contrario existirá del lado objetivo; pero del subjetivo, falta enteramente, y para retratar el carácter moral de un individuo, el biógrafo y el historiador tendrán que penetrar en ese santuario de la vida privada que, según la conocida sentencia de Royer-Collard: «doit être murée aux yeux d'autrui» ¹ hallarse cerrado á las miradas extrañas; pero puede oponérsele la de Bentham: «qu'il faut sauver la liberté, de l'histoire et la liberté de la critique (es preciso dejar á salvo la libertad de la historia y de la crítica,)» ² y, en consecuencia, la libertad plena de investigar la vida pública y privada, escudada por el fin noble y social.

61. Los criterios fijados para el *animus narrandi* sirven para resolver muchas cuestiones que se han suscitado respecto á él de las cuales sólo trataremos las principales.

Se pidió en estos últimos tiempos que se refrenara la excesiva libertad con que los periodicos publican los informes judiciales. La cuestión se ensanchó luego y se discutió sobre la oportunidad, en general, de tal publicación. Pero reconociendo la conexión entre la divulgación por la prensa y las formas históricas del proceso, ³ resulta que si ésta es público, su publicidad por medio de la prensa es naturalmente una consecuencia casi necesaria.

Los informes fieles dados de buena fe dan lugar precisamente al *animus narrandi* y no pueden ser atacados por la ley penal, ⁴ así como las narraciones de hechos referidos y formados sobre procesos verbales, ⁵ supuesto

1 Manfredi, p. 289. Gavazzi-Spech, p. 230-263. Stivanello, c. XXI, Frola, p. 67. Bonasi, p. 136. Sergi, *lug. cit.*

2 Bentham, *Princ. du Code Pen* (Oeuvres, t. I, p. 149.)

3 Pincherle, p. 428.

4 Pincherle, p. 428-440. Barbier, t. I, p. 424.

5 Fabreguettes, I, § 1131. Barbier, I, p. 432. En contra: Las conocidas sentencias contra la *Tribuna*.

que el periodista obedece á las exigencias de su profesión, á la obligación de informar. Si el fin es distinto, entonces la cuestión es diferente.

Mucho se grita, empero, por los hechos escandalosos que se conocen en los Tribunales y luego son pasto de la malignidad á la que los arroja la prensa; pero es preciso no temer las palabras.

Los escándalos! ¿Son ciertos? ¿Pues por qué esconderlos? ¿Por qué razón deben substraerse á la apreciación, al juicio de la opinión pública? ¿Por qué ocultar el verdadero estado social y la condición real de las cosas? Se habla en nombre de la moral; ¿pero qué moral peor, fingida, aparente, es la que produciría semejante sistema? ¿Son falsos? ¿Y en este caso la publicidad no se hace necesaria quizá para poner fin á la calumnia y á las insinuaciones?

Por lo demás la prohibición de publicar el resumen de los procesos penales debería ser precedida por la supresión de la publicidad de las audiencias, la cual se halla ligada á toda la organización del procedimiento penal. Se comprende, por lo dicho, que el problema se ensancha y pasa ya los límites de nuestro trabajo.

Sólo observaremos que en nuestro concepto no debe darse demasiada importancia á la consideración de que la educación del carácter mucho se compromete por los espectáculos tristes y vergonzosos de los jurados, y pues es unilateral ó inconcluyente. La publicidad de las audiencias no es por sí sola dañosa, sino que se hace tal por la manera en que el proceso se desenvuelve ahora. Además, para obtener la educación vigorosa, sana, dirigida á sentimientos y conceptos de solidaridad social, se necesitan otras reformas orgánicas que nada tienen que ver con la

1 Styanello, *ob. cit.* c. XII. Sergi. *Per l'educ. del carat.*, p. II, c. IV. Cavagnari, *La pubblicazione dei dibattimenti e l'educazione del carattere*, Scuola Positiva, III, p. 216 y sig.

publicidad de las audiencias. Guardémosnos de exagerar ó de empequeñecer las cuestiones.

Pero esto lo decimos incidentalmente. Nos basta establecer el principio de que en los informes de los procesos hechos con exacta imparcialidad tenemos un caso evidente del *animus narrandi*, y que, en consecuencia, ellos, desde el punto de vista subjetivo, el único desde donde consideramos las cuestiones en este trabajo, quedan exentos de toda represión.

Por lo demás nada impide que se hagan algunas limitaciones al principio, como sucede en la actualidad.

62. Otra cuestión suscitada respecto del *animus narrandi* es la de la propalación sucesiva, no original, y de la *nominatio auctoris*, advirtiendo que algunos trataron del *animus narrandi* únicamente en relación á los «se dice.» No juzgamos que la cuestión merezca un examen particular; está comprendida en el concepto general expuesto hasta aquí, supuesto que el origen de una noticia puede estar acompañada de un fin nobilísimo, y la reproducción, porque se oyó decir á otros, puede tener un fin malo y egoísta, y *vice versa*.

63. Finalmente respecto al *animus narrandi* se ha presentado también la cuestión de las condiciones especiales del período electoral.¹ Pero evidentemente aquí salimos fuera de los límites de nuestra hipótesis, pues en la lucha electoral debe aplicarse en toda su plenitud la teoría del fin social, con tanta mayor severidad, cuanto más grande es el peligro de que en los días de batalla

1 Pessina, *Elem.* II, p. 126. Semmola, c. IV, § 1, n. 4. Buccellati, p. 96. *Relaz. Rom.* § XX. Fabreguettes, t. I, §§ 1135-1138. Barbier, t. I, §§ 437-438. En Italia la jurisprudencia ha decidido que el ardor de la lucha electoral no quita el *animus diffamandi* (*Riv. Pen.* XXXVI, *mass.* 1198, p. 92) y no puede excluir la *exceptio veritatis* de la vida privada de los candidatos (Id. n. 1199.) La lucha electoral se consideró como atenuante, no exculpante, (Trib. de Milán, 23 May 1890; *Foro Ital., Rep.* XV, c. 694, n. 15-16) é incapaz de sustituir el *animus iniuriandi* por el *consulendi* (Apel. Venecia, 25 feb. 1892; *Tem. Veneta*, XVIII, p. 158.)

electoral se aprovechen los malvados para dar rienda suelta á sus pasiones. La circunstancia de la lucha electoral puede servir solamente, como argumento de prueba, para determinar la intención del ofensor.

64. Antes de pasar á otra cosa, es necesario considerar otra objeción que, aunque tiene mucho de general, concierne más especialmente al *animus narrandi*.

Se deploran las miserables condiciones de la prensa, se alaba al legislador que castiga con más severidad al libelista, y se aprueban todas las restricciones¹ que hacen del sistema italiano el más antiliberal de cuantos existen en Europa.²

Podemos examinar esta objeción al respecto de Italia; pero el concepto de que parte es aplicable á cualquiera otro país, supuesto que es una manifestación del orden teórico que da á la legislación la virtud de las grandes reformas. Una buena ley sobre la prensa mejoraría ésta indudablemente.

Ante todo, es de observarse que los autores han descrito, tal vez con excesivo rigor, ó por lo menos con cierto pesimismo, las condiciones de la prensa en Italia. Se ha dado demasiada importancia á los libelos y muy poca á la prensa honrada, de la que tenemos, sin embargo, tantos buenos ejemplos.³

Pero, sin tener esto en cuenta, la prensa es lo que es, no por su virtud exclusiva, sino como consecuencia de las condiciones generales de la civilización de un pueblo. La prensa es un fenómeno social, y así se une é informa en principios que predominan en las costumbres de la mis-

¹ De Luca, ps. 29-32.

² *Relaz. Rom.*, § XI, p. 24.

³ En este sentido: Gabelli, ps. 1129, 1130.—Guerzoni, *La stampa odierna*, etc. *Nuova Antologia*, serie I, t. XII, ps. 39, 40.—Bonási, § 100, p. 130.—Stivanello, *ob. cit.*, c. VIII, ps. 83, 88.—Buccellati, *ob. cit.*, p. 31.—Maufredi, *ob. cit.*, ps. 319, 330.—Armó, p. 78.

ma sociedad.⁴ La ley es impotente para reformarla. La opinión pública es en Inglaterra la sola ley que dirige y refrena la imprenta⁵ y en Holanda, donde también está vigente una ley muy imperfecta, son rarísimos los delitos de imprenta.⁶ En América, la ofensa del periódico es despreciada, y si el periódico quiere vivir tiene que ser verídico.⁷ La opinión pública, dice Guerzoni, tiene las llaves de la moralidad y de la dignidad de la prensa.⁸

Pero no basta; la corrupción de la prensa depende también del sistema político, y sobre todo, de la organización económica capitalista actual.⁹ También, tratándose de la prensa el salario es «precio de servidumbre»⁷ y mientras el capital domine como soberano incontrastable, la verdadera libertad de imprenta y la independencia efectiva de la misma, serán vanas palabras. La feroz dependencia que el capital omnipotente impone á toda clase de trabajadores, envuelve y oprime también al periodismo y puede decirse que los capitalistas procuran apoderarse de él tanto más, cuanto mayores son su importancia y eficacia. La prensa tiene, pues, necesidad de buenas le-

¹ En el sentido del lazo entre la prensa y las costumbres, desatendido generalmente por los autores, que hicieron de ella la pintura más negra.—Pincherle, *ob. cit.*, p. 67.—Gavazzi, *Spech*, I, p. 14 y IX, p. 100.—Fracassetti, p. 39. Para un análisis más profundo de las causas de la corrupción de la prensa, v. Schaeffle, *ob. cit.*, I, p. 385.

² Guerzoni, p. 49.

³ Bonazi, p. 52.

⁴ Gavazzi, *Spech*, p. 101.

⁵ Guerzoni, p. 51 y 47, 43 y 77.

⁶ Sobre el carácter esencialmente capitalista de la prensa actual y sus consecuencias, v. Schaeffle, *ob. cit.*, II, p. 554.—Sobre el periodismo al servicio de los Bancos y sobre el abuso de la prensa como perturbadora de la distribución de la riqueza, v. al mismo.—*Gesellschaftliche, System der Menschlichen, Wirthschaft* § 314 y Lassalle, *Capitale e lavoro*, postilla, *Bibl. dell' Econ.*, s. III, t. IX, parte I, p. 905.

⁷ Guerzoni, p. 48.

yes que la reformen y la libren de los graves males que la minan. Espera su regeneración de la regeneración social, de que quede abolida la explotación organizada en sistema.

Pero, volviendo á tratar más directamente de la objeción, aun cuando se admita, como verdadera; toda la hipótesis de los adversarios, es enteramente inconcluyente contra nuestro sistema, porque necesariamente no exige que se castiguen indiferentemente los periodistas nobles y los abyectos, é implica, evidentemente, que solo á los segundos se castigue y con severidad, lo que es precisamente la consecuencia inevitable y el fin del sistema que defendemos en nuestra obra.

65. Con el *animus narrandi* terminamos la lista de las intenciones especiales que los autores suelen tomar en consideración; pero es preciso repetir que nuestra rápida ojeada no tuvo otro objeto sino ilustrar con ejemplos la teoría del fin, que tiene una importancia mucho más vasta que la que surge de aquellas, supuesto que se aplica á otra infinidad de casos. Si la doctrina no hubiese hasta aquí dedicado en el tratado de las injurias un capítulo á cada uno de los *animi* examinados, imponiendonos en consecuencia la obligación de demostrar las modificaciones que los principios enunciados introducirían en las conclusiones comunmente aceptados al respecto, no nos hubieramos aventurado á hacer una rápida é incompleta revista.

Debemos advertir que quizá pudiera parecer demasiado severa la doctrina, según la cual el Código no consiente la investigación del *animus corrigendi*, *consulendi* y demás, y juzgar exageradas las consecuencias prácticas. Pero la censura no tendría ningun fundamento. El Código no consiente la investigación del fin, y nosotros consideramos cada uno de los *animi* como otros tantos fines.

La deducción era, pues, lógica é inexorable¹ En cuanto á las consecuencias, no nos son imputables á nosotros, sino al legislador. Por lo demás, el art. 49 del Código *podría modificarlas un poco.*

¹ Es contradictorio admitir la noción del *animus* como conciencia y luego conceder alguna eficacia á los fines en particular. Presenta un extraño anacronismo (por lo demás tan apreciado de Capello, varias veces citado. Este autor concede eficacia á los *animi* en particular, aun según el Código; pero interpreta el actual art. 393 con la jurisprudencia de la legislación pasada. (Cap. I y II hasta el § 35).

CAPITULO V.

La teoría de la "exceptio veritatis."

66. El problema conocido con el nombre de *exceptio veritatis* se ha considerado hasta ahora como el más importante de todos en materia de injurias, el verdaderamente decisivo para determinar la figura del delito de difamación, elevando algunos á elemento esencial de ella la falsedad de la aserción, y otros prescindiendo de él en absoluto.

Pero la discusión larga y elocuente casi se limitó al lado objetivo del problema, es decir, ó á considerar la inmoralidad de condenar á quien afirma la verdad, ó á ensalzar las ventajas que resultan de manifestar los vicios y culpas ajenas, ó á exponer los peligros y desórdenes que acarrea este sistema; mientras que la investigación más interesante que otra cualquiera de la responsabilidad del agente, fuera de la verdad de la imputación en sí y por sí, fué, ó desatendida, ó no apreciada debidamente.

Por el contrario, el problema que examinamos, se resuelve por la teoría del fin, de muy diferente manera, y es preciso coordinarla. La intención es el principal elemento de la difamación. Ni la verdad comprobada, ni la buena fé, que subjetivamente corresponde á la verdad, podrían ejercer real é independientemente sus funciones; deberán considerarse subordinadas á dicha intención; su verdadero carácter se convierte, por tanto, en el de prueba; y una y otra tienen importancia como elemento que sirve para determinar la intención del autor ¹

¹ Así, en Francia, donde está prohibida la prueba de las imputaciones privadas, se admite, no obstante, que el juez busque en los documentos de la causa la prueba de los hechos con el fin de determinar la intención de agente. Barbier, II, p. 98-99.

De este modo el problema, tan antiguo, de la verdad de las palabras ó frases injuriosas, se transforma por completo y tal vez se podrá hacer alguna nueva observación contra las antiguas y repetidas objeciones.

Pero es preciso no exagerar hasta hacer de la cuestión de la *exceptio veritatis*, una cosa indiferente ó de importancia secundaria; ¹ ante todo, como elemento de prueba, la investigación es esencial, supuesto que sin verdad objetiva ó buena fé, no hay nobleza en el fin; además, es útil socialmente, porque pone en evidencia á los malvados, á los hombres groseramente egoistas, á los reos latentes, cuyo número es inmenso; en fin, se manifiesta indispensable para fijar el resarcimiento del ofendido.

Por consecuencia, en nuestra opinión, el problema de la *exceptio veritatis* tiene dos aspectos: uno, objetivo; otro, subjetivo. Es decir: 1º ¿Interesa á la sociedad saber si el hecho imputado es cierto ó falso? 2º ¿Qué influencia ejerce, dada la verdad del hecho, para fijar la responsabilidad del agente?

Examinemos desde luego estas dos cuestiones.

I.

67. Para no divagar en una discusión excesivamente extensa, tomemos la cuestión como se presenta en la doctrina y en la legislación de nuestros días. Es cierto que los Códigos que no hacen de la falsedad del cargo un requisito esencial de la difamación, no llegan tampoco hasta el extremo opuesto, es decir, al de establecer completa y absolutamente la prohibición de la prueba, extremo casi totalmente abandonado; sino que dividen en dos clases á las personas que pueden ser difamadas: funcionarios públicos ó individuos privados. Para los primeros

¹ V. en este sentido á López, *Il Cod. Pen. e la libertà della stampa*, etc. p. 73.

admiten la facultad de la prueba, y, para los segundos, la niegan.¹

También nosotros adoptaremos, por la oportunidad de la discusión, esta distinción, comprendiendo en la primera clase todos aquellos que desempeñan un empleo ó cargo público, estén ó no pagados.

68. Sentado el principio no controvertido de que el Estado tiene necesidad de empleados y funcionarios honrados y conocedores de su cargo, es evidente que, siempre que se haga una acusación contra ellos, es necesario conocer su verdad ó falsedad, para determinar no tanto la responsabilidad penal del acusador, sino la idoneidad social del acusado. Además, admitido el derecho de la censura pública sobre los funcionarios del Estado, resulta natural el derecho á la prueba de la verdad, que es una garantía de aquel.²

Pero es preciso sacar de este principio todas las consecuencias que de él naturalmente emanan, ó sea, es menester que dicha facultad de probar no sufra ninguna restricción. Al contrario, encontramos aquí una limitación grandísima que resulta lógicamente de la distinción fundamental antes enunciada. Esta implica, en efecto, que la conducta privada de los hombres es incensurable; por tanto, aplicando tal principio á la mencionada clase

¹ La mayor parte de los Códigos Penales establecen esta distinción, de modo que es más provechoso indicar los que no la hacen y son: el austriaco, el alemán y el de Zurich, los que no contienen ninguna regla á este respecto. Pero, exigiendo, para que haya difamación, la falsedad, naturalmente admiten la prueba contra los funcionarios públicos. (Semmola, p. 48 51. Forma aparte, como es sabido, el sistema inglés. El libelo prescinde enteramente de la verdad ó falsedad, y no sólo, sino que, mientras más cierto es el libelo, tanto más grave resulta. *Mansfield*; y su falsedad no es esencial sino en la acción civil por daños. *Blakstone*, ob. y lug. cit. Pero Christian, anotando á *Blakstone*, observaba que le parecía que la opinión dominante entre los jurisperitos ingleses era la de deducir de la verdad de la inculpación una justificación suficiente (*Blackstone*, IV, p. 200, núm. 1).

² V. Semmola, *La censura, etc.*, c. II, p. 47.

que examinamos, á los funcionarios públicos tomados en sentido lato, resulta la distinción bien conocida y aceptada por cuantos admiten la separación primitiva indicada antes entre el acto ejecutado por el funcionario en el ejercicio de sus funciones y el hecho en otras ocasiones. Respecto al primero, la prueba es admitida; respecto al segundo, está vedada.

Examinemos, por tanto, esta distinción, supuesto que militan en su contra razones especiales, además de las de carácter general que exponremos después, contra la prohibición que cuida y protege la vida del hombre privado.

Esta distinción nos parece viciada por un error fundamental que tiene dos aspectos: uno subjetivo y objetivo el otro.

Se funda, por una parte, en el concepto erróneo de la naturaleza humana, suponiendo en el hombre una doble personalidad, un doble carácter, un doble sentido moral. La opinión contraria se adhiere evidentemente á la psicología de los intelectualistas y metafísicos, según la cual la sensación viene á ser un hecho accidental, un momento separado de la vida del individuo que no tiene relación alguna con todos los demás momentos de esa vida.¹ A esto la psicología positiva contrapone el principio de la persistencia del dato de la conciencia,² la noción de la psiquis humana como único organismo mental y afectivo;³ si un hombre es mal padre, si comete acciones torpes ó deshonorosas como individuo particular ¿podrá ser un buen empleado, un óptimo funcionario público? ¿Existe la presunción de que no falte jamás á sus deberes, que conserve en su vida pública una conciencia inmaculada y enteramente cerrada á toda influencia que no sea inspirada por el criterio de la utilidad común? La

¹ V. Ardigo, *Opere filosofiche*, vol. III, *La morale dei positivisti*, p. I c. IV, § 3, pág. 36.

² Ardigo, ob. cit. p. I, c. IV, § 8, pág. 39.

³ Ardigo, ob. cit. p. -c. VI § 9, pág. 27.

presunción es, en realidad, muy diferente. El hombre es honrado ó no lo es; y es una ú otra cosa en todas las formas de su actividad ¹ Es, pues, imposible dividir el lado subjetivo de la conducta pública y privada de un hombre.

Por otra parte, el error de la teoría dominante es aun más manifiesto. En efecto, por el lado objetivo, la vida pública y privada están ligadas y ejercen tanta influencia recíprocamente, que es imposible desunirlas; y aislarlas, para considerarlas por separado, es enteramente imposible. Bentham había escrito ya: "¿cómo puede censurarse una medida, sin atacar hasta cierto punto, el juicio ó la probidad de su autor?" ² En efecto ¿cuándo acaba el hombre privado y comienza el público? ¿Cuál es el criterio para distinguir la conducta pública de la privada? Los autores de la distinción no solo no fijan ninguno, sino que ni siquiera están de acuerdo en la noción de funcionario público, en una palabra, del hombre censurable ³; noción, como se comprende, verdaderamente fundamental en el sistema contrario. Esta discordancia se manifiesta no sólo en la discusión abstracta, sino hasta en la interpretación del Código, que ha dado, no obstante, la definición del funcionario público. Acabamos de ver que se agitó en Italia una polémica docta y brillante para establecer si los miembros del Parlamento son ó no funcionarios públicos; y la solución es todavía muy controvertida ⁴, lo que es una cosa verdaderamente lamentable.

¹ Esto por lo demás, lo admite también alguno de los adversarios. — V. Stivanello, XXII, pág. 107.

² Bentham, *Prin. du code penal*, p. 215.

³ V. Pincherle, p. 392-394. — Gavazzi-Spech, p. 258. — Semmola, c. 2^o § 2. — Frola, pág. 93 y sig. — Barbier, 2^o § 563. — Sin tener en cuenta que algunos reconocen explícitamente la dificultad de la separación (Guerzoni, p. 52. — Stivanello XXII, p. 208. — Barbier, 2^o § 564.

⁴ La cuestión se suscitó, como es sabido, con motivo de los escándalos bancarios, para establecer si los diputados y senadores pueden ó no ser procesados en caso de corrupción; pero también tiene mucha importancia en nuestro caso, supuesto que, si son funcionarios públicos, se admite (*de iure*) la prueba de la verdad. V. Stoppato, *I membri del Parlamento non*

porque de este modo es imposible ó por lo menos muy difícil emitir un juicio sobre los que ejercen la más importante de las funciones públicas, como es la legislativa, y que por tanto tienen en sí eminentemente el requisito de hombres de Estado. La disputa se hace más viva todavía con relación á los candidatos electorales, supuesto que la teoría dominante, rigurosamente aplicada, los excluye del número de los funcionarios públicos ¹, manifestándose enteramente inepta para la defensa social y dejando una laguna enorme que los más previsores tratan de llenar ². Además, la teoría contraria, dada también la noción del funcionario público, toma en cuenta los accidentes de hecho y se complace en el formalismo, olvidando la verdadera razón por la cual se ejerce la censura. ³

Desde el punto de vista objetivo, sin embargo, la vida pública y la privada no sólo no pueden distinguirse claramente, sino que, aun cuando fuera posible establecer una distinción, subsistiría su conexión intrínseca, pues es indudable que la vida privada ejerce grande influencia sobre la pública, que penetra y se insinúa en ésta por mil medios, dando una forma especial é infinitos aspectos á la conducta pública del hombre, y por el contrario, los efectos de ciertos actos ejecutados, como funcionario pú-

sono pubblici ufficiali. Tem. Ven XVIII p. 101-104, 118-119. — Carelli, *I deputati sono pubblici ufficiali*, Scuol. Pos. III, p. 113-125. — Bertolini, Tem. Ven. XVII p. 117-118. — *Il deputato ó senatore corrotto*, Riv. Pen. XXXVII, p. 329 y 333. — Según la antigua jurisprudencia se excluía á los miembros del Parlamento del número de los funcionarios públicos; V. Clavarino, *Legge sulla stampa*, Torino, 1881, p. 159. Por el contrario, en Francia, la Corte de Casación adoptó la opinión contraria en el reciente proceso de Panama. Compárese la Sentencia de 24 de Febrero de 1893. Riv. Pen. cit. p. 376-381.

¹ V. Sentencia de 25 de Febrero de 1892 Ap. de Venecia, Tem. Ven. XVII, p. 158 y nota 4.

² V. Buccellati, p. 96. — Stivanello, p. 215 y sig. — Semmola, c. IV § 1, n. 1. — De Cola Proto p. 152. — Frola, p. 102. — Fabreguettes, II, § 1361.

³ Por ejemplo: Bono considera inatacables á los magistrados *post officium* por hechos relativos á sus funciones (ob. cit. parte 2^a, cap. 4^o)!!!

blico, se repercuten en las paredes del hogar. Es ésta una verdad de hecho que la historia confirma y que realmente no tiene necesidad de ser demostrada. Por lo demás, la reconocieron implícitamente los autores del sistema que combatimos, supuesto que hallamos escrito que las imputaciones sobre la vida privada están exentas de pena, cuando de cualquiera manera pueden influir sobre las funciones públicas¹; que la parte de la vida privada del ciudadano que puede tener alguna conexión con la vida pública ó es una consecuencia de ella, se encuentra sometida á la censura,² y que dicha censura puede extenderse á la vida privada del hombre público sólo en cuanto revele sus cualidades como tal.³ Es claro, por consecuencia, que es sustancialmente errónea la distinción entre vida pública y privada aplicada á los hombres públicos y esto aun precindiendo de los defectos más generales de que trataremos despues.

Peró hay también otras consideraciones en favor de nuestra tesis. La acusación que pesa sobre el hombre público, quien quiera que sea, cuando no se dilucida, perjudica á la autoridad, perjudica á toda la expresión concreta de la soberanía, á todo el gobierno, disminuyendo su prestigio. Por otra parte, semejante espectáculo, además de ser desmoralizador para el gobierno, es también peligroso y dañoso á la moralidad social, ya porque los funcionarios públicos informan su conducta privada en los principios que les son inmediatamente más útiles y dan por consecuencia mal ejemplo al resto de la población, ya porque su intangibilidad disminuye ó elimina enteramente la censura pública.

Además, la censura para los hombres públicos sobre su vida toda es también necesaria desde el punto de vis-

1 Carrara, *Opuscoli*, V, p. 518.

2 Semmola, p. 59.—Pessina, *La liberta, ecc.*, § 2, r. 15.

3 Fulci, ob. cit., 1 p. 277-279.

ta de la antropología criminal. Sabemos, en efecto, que el gérmen delictuoso frecuentemente se transforma en una tendencia política innovadora; ¹ sabemos también que en la democracia moderna, fácilmente accesible á los hombres que meten raldo, es grande el número de los desequilibrados que se consagran á la cosa pública, llegando algunas veces á ejercer notable influencia política y social ² ¿Cómo se puede descubrir á tales individuos, cuando á la sana crítica de la opinión pública y á la vigilancia de los partidos les está prohibido penetrar en el interior de sus casas? ¿Cómo se puede defenderse de ellos cuando no es posible valerse de todos los elementos necesarios para juzgarlos?

Respecto, pues, á los funcionarios públicos, debe ser plena y entera la prueba de la verdad. La objeción de que así se sujeta al funcionario público á un *jus singulare*, permitiendo en su perjuicio, cosa no permitida tratándose de otros, ³ quedará eliminada con lo que diremos adelante, pues para nosotros no hay aquí tal *jus singulare*.

69. La disputa es más viva al tratarse de individuos particulares. Examinemos la prohibición primero en su sustancia y luego en la forma que ha venido revisitando más tarde y que hoy toma generalmente.

Analicemos ante todo brevemente las razones principales que se aducen para sostener que la conducta privada de los hombres debe ser intangible é inescrutable.

Se afirma, en primer lugar, que el Estado debe proteger el patrimonio moral, el honor, la reputación del ciudadano, ⁴ y creemos, con Carmignani ⁵ y Paoli, ⁶ que el

1 V. Lombroso, *L'uomo delinquente*, II, p. 433. Lombroso y Laschi, *Il delinquente politico*, part. I, cap. VIII.

2 V. Lombroso, *L'uomo di genio*, Torino, 1888, part. III, cap. IV; parte IV, c. V.

3 V. Castori, *La Libertá, ecc.*, § 6, p. 444.

4 V. Semmola, p. 86.

5 Carmignani, *Juris crim. elem.*, § 263.

6 Paoli, *Esposiz. ecc.*, § 407.

patrimonio moral es muy superior al de los bienes materiales. Pero hasta aquí el argumento es inconcluyente para la tesis en favor de la que milita; es necesaria una investigación ulterior, es decir, ¿esta protección ha de ser ciega, meramente formal y no se ha de preocupar de la sustancia?

Esta es precisamente la opinión dominante y aquí se condensa todo el problema que toca, por consecuencia, íntimamente á la noción del honor. La buena fama, escriben, no se debe relacionar jurídicamente con los méritos del individuo que la goza; el Derecho encuentra este patrimonio del ciudadano y sin muchas indagaciones lo protege y conserva como tal. ¹ En esto está de acuerdo la jurisprudencia: «la ley ha querido proteger sin condiciones ni restricciones la reputación y la buena fama del ciudadano.» ²

Este razonamiento parte, sin embargo, de un concepto erróneo y metafísico del Derecho. Ya tratamos de demostrar (Capítulo I) que la denuncia y el desenmascaramiento de los malvados concuerdan con el interés general, independientemente de cualquiera preocupación individualista; y hemos recordado que el Derecho en general, y en consecuencia también el penal, no es una cosa absoluta é inflexible que se derive de la recta razón; sino una manifestación social que ha sido hecha por la sociedad y de ella ha tomado los elementos de su existencia y de su formación característica. Pues bien, de tales principios se deriva la consecuencia lógica y natural de que el Derecho no puede proteger ni defender un estado de cosas contrario al interés de la colectividad, al interés social, es decir, un estado de cosas anormal y antijurídico. Por tanto, para que la buena fama sea digna de la tutela del Derecho, es preciso que sea real y no únicamen-

¹ Ferrini, *ob. cit.*, p. 175.

² Tribunal de Roma. (*Riv. pen.*) 34, p. 391.

te formal, es preciso que corresponda en realidad á los méritos de quien la goza ó aspira á ella.

Nosotros admitimos también el concepto de la presunción; pero le damos en este caso su verdadero valor; y como según dice Pessina ¹ las presunciones nada pueden contra la realidad de los hechos, así la presunción de la honradez no es sostenible cuando la acusación de un hecho determinado empaña el brillo de la buena fama, ¿acaso en la protección del patrimonio material que, según la mayoría, tiene una importancia por lo menos igual al moral, se instituye una *praesumptio juris et de jure* á favor del poseedor? ¡Aun la razón de la analogía es contraria á los adversarios! Por otra parte, las presunciones para tener un valor social requieren que todos les den fe. Si uno manifiesta no creer en ellas, en realidad la buena fama desaparece y es útil por tanto al hombre honrado y á la sociedad que se dé la prueba y se vea si la buena fama es sólo aparente ó bien efectiva. Si se prohíbe la prueba ¿quién osará decir que el ofendido goza todavía de buena reputación? Además, así como cada individuo se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario, así también todo hombre se presume honrado mientras no se prueba que es malvado; ¿pero cómo podrá demostrarse si no se admite la prueba de la verdad?

Por último hay razón de preguntar qué cosa es el derecho al honor que, según algunos autores, tiene toda persona en la sociedad. ² Nada hay tan difícil, dice Worms, ³ como contestar á esta pregunta tan sencilla.

Comenzaremos entre tanto á separar el honor interno (*dignitas*) del honor externo (*bona fama*), ⁴ y como aquí

¹ Pessina, *Elem.* tomo I, § 57.

² Buccellati, p. 36. Capello, p. 8.

³ Worms, *Les attentats etc.*, c. I, p. 1 y 2.

⁴ Sobre el honor interno y externo, V. Worms, *ob. cit.*, p. 19 y sig. Sobre el concepto del honor en general V. Tocqueville, III, ch. XVIII. Manfredi, lib. IV § 1. Castelli, *La prova della verità nella diffamazione*, § III, *Arch. Giur.*, XLVI, p. 324-326.

sólo nos ocupamos de la difamación, únicamente examinaremos el segundo.

El concepto del honor en el sentido de *bona fama*, por cuanto sea relativo, ¹ se manifiesta como el valor efectivo de la persona en la sociedad; su verdadero fundamento está en la capacidad de quien lo tiene. ² El honor está formado por la virtud, el valor, la honradez y la delicadeza. ³ Los mismos criminalistas clásicos lo consideran como la manifestación exterior de la forma honrada de la vida, como el derecho que tiene el hombre á que no se le atribuyan culpas ó trasgresiones que no ha cometido.

Qualquiera otro concepto del honor es metafísico é injusto.

Como escribía Gioia, la reputación es la seguridad de obtener los servicios libres y gratuitos que dependen de la benevolencia, ⁴ por lo que son grandes é importantes las ventajas de que goza la buena reputación ⁵ y el honor para los seres sociables, es un medio de obtener la victoria en la grande lucha por la vida. ⁶ Pues bien, es altamente injusto que de dicho honor, tan útil en la práctica, disfrute el hombre malo, perjudicial y orgulloso, como si fuera un individuo que con sus obras honorables y útiles se hubiera formado una buena reputación. Por consiguiente, si el Derecho protegiera el honor, sin tomar en consideración la sustancia, cometería una injusticia.

Pero no es esto sólo. Los autores de la prohibición no consiguen el objeto que se proponen, ó sea el de proteger

1 Sobre la relatividad de las ideas del honor V. Garofalo, *Crim.* p. 19. Fabreguettes, I, § 1083. Barbier, I, 409. Worms p. 28-30.
2 Schaeffle, *Ban und Leven*, etc., I, 430-431, Worms, p. 13-14.
3 Fabreguettes, I, § 1083.
4 Pessina, *Elem.*, § 125-127.
5 Tolomei, *Dir. e proc. pen.*, § 173.
6 Gioia, *Dell' ingiuria*, 18.
7 Gioia, *ob. cit.*, I, lib. I, cap. I, § 2-14.
8 Schaeffle, *ob. cit.*, II, 595.

el honor, pues como enseña Ellero, protegiendo el honor de los deshonrados (y á esto conduce su sistema) el honor de las personas honorables es una palabra vacía de sentido. ¹ Ya insistiremos sobre este punto.

Resumiendo: aceptamos la proposición de nuestros adversarios de que el honor debe ser protegido; pero, tomada en su sentido más amplio, es menester que exista un honor verdadero, y por tanto, lejos de proscribir la investigación de la verdad, quita el carácter delictuoso á la imputación verdadera, por falta de material vulnerable, como dice Stoppato. ² Esto, prescindiendo naturalmente por ahora, del aspecto subjetivo del problema.

70 La segunda de las razones principales que se aducen para negar la prueba de la verdad consiste en la exagerada pintura de los escándalos, de las ofensas á la tranquilidad general y á las buenas costumbres á que daría lugar el sistema de la prueba ordinaria. ³

Esta es la objeción más seria que se hace al principio defendido aquí, porque contiene mucha parte de verdad; pero es preciso no exagerar.

En primer lugar tal turbación, por la que el sistema inglés equipara la difamación á un delito contra el orden público, quedaría muy atenuada, si no del todo, con nuestro sistema, porque, como ya indicamos y demostraremos después, la verdad no daría por resultado inmediato y sin más requisitos la impunidad. En segundo lugar todos saben que la perfección no es de esta tierra y en la discusión de los problemas sociales es cuestión de medida. Pues bien, si la verdad acarrea algunas consecuencias

1 Ellero, *ob. cit.*, XXIX, § 135, p. 633.
2 Ellero, *ob. cit.*, § 136. Castelli, p. 330. Stoppato, *Gazz. cit.* En contra: Worms, p. 23.
3 V. Pincherle, 390.—Buccellati, 96.—Manfredi, 280 y sig.—Semmola, 66.—De Cola Proto, 151.—Capello, 55.—Fabregattes, II, § 1355.—Barbier, II, § 556, 97.—Castori, *La diffamazione*, ecc., § 6, 445.—Bertolini, *Il privilegio*, ecc., § 1, 3.—Bono, 57 etc.

dañosas, es menester no sancionar sin más ni más la prohibición, sino examinar antes si ésta no causa mayores perjuicios, ¹ como sucede en realidad.

En efecto, con el sistema de la prohibición el honor pierde mucha parte de su valor, supuesto que, cuando el ejercicio de la censura es difícil y peligroso, la estimación no es del todo la manifestación más sincera y espontánea de la conciencia individual ó colectiva, sino que se halla coartada y parece impuesta por la organización social. El honor que no proviene del juicio libre de los hombres, ya no es honor, ² es una mentira legal, una cosa enteramente convencional, carece de valor y favorece el sistema de la hipocresía general. En consecuencia no se cree nunca el verdadero honor ó se cree muy rara vez en él ³.

La prohibición de la *demonstratio veritatis* hace que muchos gocen de una buena reputación que no merecen y que la ley conceda su protección á personas indignas ó poco apreciables. Así es que el honor se convierte en una mentira en la que nadie cree; es solo una apariencia, un hermoso vestido que esconde las formas torpes y nauseabundas de la sustancia, una mentira convencional de la civilización moderna fabricada expresamente en provecho de los bandidos, malhechores, filibusteros é intrigantes cuyo número, desgraciadamente, aumenta cada día más. Por el contrario, mediante el sistema de la prueba ordinaria, vivificamos el honor con el aliento regenerador de la sinceridad y renovamos las bases de las relaciones sociales, damos al honor su valor verdadero; su-

¹ V. un concepto análogo en Spencer, *Moral*, § 103, p. 320-321.—Bagehot, *ob. cit.* 29.
² V. Buccellati, p. 99.—Berner, 390.

³ Hé aquí un ejemplo elocuente: En Francia, durante el período de compresión inexorable establecido por Napoleón, no se creía en las publicaciones oficiales nisiquiera cuando afirmaban la verdad, y se creía á las extranjeras, aun cuando fueran mentiras. Bonasi, 29 y Castori, III, 194.

puesto que todos pueden atacar al malvado impunemente, y mayor estimación gozan las personas ilesas de la censura pública.

Pero de la discordancia entre el honor real y legal resultan otras consecuencias exorbitantes. Se quita toda eficacia á la pena; subjetivamente, porque el culpable se consuela al pensar que personas más honorables que él han sido condenadas por el mismo delito, ¹ y, objetivamente, porque la pena que se aplica no está sancionada por la opinión pública. Además, con tal sistema, falta un criterio positivo para contener pretensiones inadmisibles, gustos y deseos ilegítimos ² de las personas que por el más ligero motivo se consideran ofendidas.

Además, para proteger el honor de los deshonrados han tenido que remontarse á las nubes, separar enteramente la imputación de la persona que la hizo y de aquella á quien fué hecha, procediendo no á la investigación lógica y natural encaminada á comprobar si ofendió en realidad el honor, sino á sober si es de tal naturaleza que pudiera ofender el honor. . . . si éste existiera! ³

Para hacer más palpable la absurdidad del sistema prohibitivo, recordaremos la jurisprudencia de Francia en donde está en todo su vigor. Se decidió, verbigracia, declarar difamación la acusación hecha á una mujer pública de darse á la prostitución, la revelación de que un individuo fué acusado de robo, etc. etc. ⁴ Creemos que esto basta para demostrar que el desenmascarar ciertas culpas individuales y sociales es menos malo para las costumbres y tranquilidad común que la prohibición ⁵ pues

¹ Stivanello propone que el querellante jure ser inocente (juramento purgatorio) *ob. cit.* 179.
² Bianchi, *Le condanne dei giornali*, Semola positiva, I, 538.
³ V. Gioia, *Par. I*, Lib. I, cap. II, § 3.—Worms, 20.
⁴ V. Barbier, I, § 409, 358.
⁵ Fabreguettes. I § 1084.

ésta da lugar á la hipocresía y á la mentira, sin tomar en cuenta los absurdos más evidentes ya indicados y á la debilitación de la defensa. Si en la peor hipótesis la cuestión es de medida, la solución no puede ser dudosa ni tardía.

71. Nuestros adversarios nos lanzan, sin embargo, otro argumento.

Según ellos, la prohibición es legítima, porque la vida íntima no interesa en nada á la cosa pública, en una palabra, porque el particular es muy dueño de sus acciones. ¹ Pero esta doctrina es un antítesis de la psicología y sociología positivas. Es un producto de la filosofía tradicional según la cual el individuo es enteramente independiente; formaría, como dice Espinas, ² un mundo aparte. Según el concepto científico de sociedad, las partes de ésta, por el contrario, están unidas por una relación de rigurosa dependencia igual á la que une las partes de un cuerpo vivo. ³ De manera que con el desarrollo de la organización social, se hace mayor la cohesión y la dependencia mútua de la unidad, y el bien de cada cual se halla más estrechamente ligado al de todos los demás. ⁴ Resulta lógicamente que el méjoramiento de los demás, ya sea físico, moral ó intelectual, nos concierne personalmente. ⁵ En consecuencia, es lícita y natural la vigilancia que se ejerce en la vida de nuestros conciudadanos, ya sean individuos particulares ó funcionarios públicos. De este modo el concepto de la vida privada no puede tener sentido.

Respecto al mismo orden de ideas, se aduce la seme-

¹ Semmola, 81.—Capello, 55.—Fulci, I, 273-275.

² Espinas, *ob. cit.* Introd., 142.

³ Spencer, *Sociologie*, II, § 217, 9. Sergi, *ob. cit.* 36-37; 125.

⁴ Spencer, *Id.*, II, § 226 y tom. III § 451. *Psychologie*, II, § 525., 640.

⁵ Spencer, *Las bases de la moral*, § 79, 255.

janza completa y absoluta que existe en penetrar en los actos de la vida privada y en violar el domicilio ¹

Ante todo diremos que es muy extraño este modo de discutir, supuesto que, para resolver *de jure condendo* el problema de la *exceptio veritatis*, se habla de una institución, de una disposición legislativa en vigor. Tenemos en consecuencia el derecho de prescindir de la analogía, por ser inconcluyente, y reunir sólo la parte sustancial del razonamiento, que se resume toda en el respeto debido á la familia, en su inviolabilidad y en la proposición de que ella no interese para nada á la sociedad. Contra este parecer, además de las razones expuestas á propósito del argumento precedente, está la importancia máxima que los últimos estudios han dado á la familia, hasta llegar á considerarla como la célula del tejido social, ² como un microcosmo social, como la base de todas las funciones sociales. ³ La familia interesa, pues, muchísimo á la sociedad como elemento, por decirlo así, fisiológico, y como escuela de los sentimientos, virtudes é ideas que son necesarios á una sana organización humana. Contra tales argumentos exhuberantes de vida, nada pueden las fórmulas vacías y las inútiles protestas individualistas.

Un argumento á favor de la prohibición, se saca también de la dificultad que hay para juzgar la conducta privada. La vida no nos es enteramente conocida en todos sus particulares, los que por otra parte nos son indispensables para juzgar exactamente. ⁴ En realidad, este argumento prueba demasiado, porque la dificultad indicada es inherente á cualquiera especie de conducta, á la

¹ Argumento de Joseau repetido por Buccellati, *ob. cit.* 95. V. también en este sentido Castori, *La diffam. ecc.*, § 6, 446. *Relaz. Rom.*, § 12. 28. Lopez, *Il reato di diff. secondo il trib. ecc.*, 91. Bertolini, *Privilegio*, § 1, p. 5.

² Schaeffle, *ob. cit.* 179-180.

³ Schaeffle, *ob. cit.* 46.

⁴ Semmola, III, § 3, 76. Castori, *La diffam. ecc.*, § 1, p. 446. En contra Castelli, § IV, 331.

conducta en general¹, y sería preciso proscribir la prueba, aun de la conducta pública, en toda su extensión y absolutamente la de la conducta privada, lo que no hacen los autores del sistema prohibitivo. Por lo demás, en el delito de difamación no se trata de juzgar, sino de exponer hechos de los cuales interesan las generalidades y no las particularidades, la cuestión de otros hechos menores que atenúen ó quiten del todo el carácter acaso inmoral ó delictuoso de los mismos es cosa que corresponde al juicio y no á la prueba. Aquí se trata de prueba, supuesto que al acusado corresponde probar y no juzgar. El juicio lo hará el público y es cosa que corresponde al difamado. Si él cree que el conocimiento de otros hechos puede servir para disminuir en la opinión pública la impresión penosa que haya causado lo que se le imputa, lo puede revelar y poner en evidencia; tanto mejor. —Con tal conexión de circunstancias secretas que atenúan y embellecen las imputaciones malas, los malvados tendrían un excelente juego! De manera que también este argumento cae, porque prueba demasiado y desnaturaliza el problema.

72. Después de haber hablado de las razones en sentido positivo, veamos las objeciones que, además de la de la turbación, se oponen al principio de la prueba de la verdad.

Es evidente que la doctrina del fin avieso y de los motivos determinantes elimina las que resultan de la naturaleza del hecho imputado.² Otras no están en armonía con los conceptos modernos; así, decir que es contrario á

¹ V. Spencer, *La moral*, § 109, y *Tratado de la psicología*, cap. I.

² En Mittermaier, *ob. cit.* §. 2 se encuentran las principales.

³ Queda por tanto eliminada, desde nuestro punto de vista, la objeción de Castori contra el sistema de la facultad general de prueba, por el cual, según este ilustre autor, se podrían echar en cara los defectos físicos, la ilegitimidad del nacimiento, etc.—*Ob. cit.*, § 6,444.

la caridad cristiana publicar los pecados ajenos, equivale á desconocer que la base de la vida social actual no es la caridad de Jesús, sino la utilidad general, y que es conforme á ésta conocer tales culpas. Diciendo que de este modo se destruyen la felicidad y la tranquilidad de la persona atacada, se afirma una cosa inexacta é inconcluyente; inexacta, porque se roban la quietud y la tranquilidad á quienes lo merecen, á los malvados que se han hecho indignos de una y otra: inconcluyente, porque es un argumento que prueba demasiado. Tomando en consideración la compasión imprevisora por la tranquilidad y felicidad individual de quien cometió una acción indigna, sería preciso abolir todo el Código Penal.

73. A favor de la facultad general de prueba pueden añadirse algunos argumentos positivos.

En primer lugar, no se comprende por qué puede decirse la verdad, tratándose del funcionario público y no del particular. ¿Cuál es, en resumen, el criterio que admite la prueba en el primer caso? Evidentemente ningún otro fuera de la utilidad general. Pues bien, después de lo expuesto en este escrito ¿no aparece bastante claro que el mismo argumento milita también en favor de la prueba respecto de individuos particulares? Si algún valor tiene el principio de la utilidad, tratándose de unos, debe tenerlo también, tratándose de los otros, siempre que se demuestre que decir la verdad sobre éstos es útil. Por tanto, cuando los autores, afirmando en largas páginas una verdad conquistada por la ciencia, titubean al demostrar que se puede decir la verdad sobre los funcionarios, esgrimen tal vez inconscientemente, una arma contra sí mismos. Además, todos los odios, los escándalos y el desorden que produciría la prueba de la verdad respecto de los particulares ¿no se verificarían acaso respecto de los funcionarios públicos también?

Se trata, pues, de extender un poco más el concepto de la utilidad, ya acogido por el sistema contrario.

Carrara observó precisamente que el principio debe ser admitido ó rechazado por entero, y si se acepta, debe regir tanto en caso de injurias contra funcionarios cuanto contra particulares ¹

Pero aún hay más.— El sistema de los adversarios conduce á consecuencias exorbitantes que sus mismos autores repudian. Una vez admitida la prohibición de inmiscuirse en la vida privada de los individuos, debería aplicarse por completo y hacerse extensiva no sólo á los hechos deshonorosos, sino también á los dignos de encomio y que aumentan la reputación. Supuesto que no puede decirse lo que es malo, tampoco podrá decirse lo que es bueno. Que esto es así, lo demuestra claramente el ejemplo de la legislación francesa, donde el art. 11 de la ley de 1868 (lois Guilloutet) consideró, como un delito, la publicación de un hecho de la vida privada, aun cuando fuera un elogio; artículo que encontró alguna adhesión ² y duró hasta la última ley de 1881 ³. Esta consecuencia es tan absurda y tan lejana de la realidad de nuestra vida, que actualmente casi nadie la acepta, y demuestra cuán defectuoso y lleno de peligrosas insidias es el principio de donde nace. Y si es lícito atribuir á una persona hechos que aumentan su reputación, ¿por qué no podrán imputársele también los verdaderos ó creídos tales que la perjudican ó denigran, siempre que faite la intención de hacer mal? ⁴ El sistema es único é indivisible; sentado un principio, el otro se deduce lógicamente; por tanto, ó la prohibición debe abrazar tanto la conducta privada deshonorosa cuanto la que no lo es, ó debe suprimirse para ambas.

1 Carrara, *ob. cit.*, § 1773.

2 V. Crivellari, XVIII.—Stivanello, XXII, 212.—Fule i I, 302.

3 Fabreguettes, tom. I, § 1088, pág. 406.—Barbier, I, § 441, 359.—En contra: Guerzoni, 65.—Pincherle, 394, 401.—Gavazzi-Spech, 243, 244.

4 Castelli, *La prova della verita nella difamaz.* p. 329.

74 Optimo medio de crítica es el de indagar las razones é impulsos por los que surgió una institución ó cualquiera disposición legislativa, si perduran en la sociedad actual.

Nosotros pediremos ahora los elementos de la respuestas á los jurisconsultos de la escuela clásica.

Por una parte afirma Carrara explícitamente que la prohibición de la prueba general de la verdad proviene del despotismo, por la consabida liga entre las cosas penales y las políticas ¹. Por la otra, se dice que para determinar esa exclusión influyó principalmente el Derecho Canónico ² de la Iglesia, la cual se propuso siempre extinguir el pecado, promover la santidad de los hombres, y establecer su derecho en los principios cristianos ³ que, en realidad, reprueban y condenan la murmuración, la divulgación de los hechos deshonorosos, prescindiendo de su naturaleza verdadera ó falsa.

Se ve, pues, que la prohibición que se examina provino, por una parte, de una forma de organización política viciosa é incompatible con la sociedad presente; y por otra, de la contemplación de un bien y de un deber religioso que no son de esta tierra, y al mismo tiempo de la acción perturbadora de la Iglesia en el Derecho penal, acción que en la actualidad está eliminada y proscrita.

El Derecho moderno tiende siempre más á emanciparse de la Iglesia, mientras que el Estado se dirige con paso rápido á la forma más ampliamente democrática.

—Las dos razones más importantes de donde nació la prohibición no existen ya, y por consecuencia también la prohibición debería quedar eliminada.

1 Carrara, *Opuscoli*, V, XXVIII, *Cause di scriminaazione delle ingeuri*, 504-505.

2 Mittermanier, *Della prova ecc.*, 316. Pincherle, 380.—*Relaz. Minis.*, 350-351.—Castelli, 317.—Armó, 22-23.—Fabreguettes, II, § 1354, 16.

3 Berner, 44.

75 Examinemos ahora las sucesivas vicisitudes, la evolución de tal prohibición, para determinar su suerte en el porvenir ó al menos su forma probable.

En un principio la prohibición era completa y absoluta, sin limitación alguna, ¹ por lo que, como en Inglaterra, no se podía censurar ni siquiera á los funcionarios públicos, porque la crítica recaía sobre el mismo monarca. ² Después, con el progreso de los principios democráticos, se abrió paso la distinción entre vida pública y vida privada y se permitió la prueba para la primera, excluyéndola para la segunda. La prueba de la vida pública fué aceptándose en un sentido cada vez más amplio, pues también fué extendiéndose siempre más la noción del funcionario, respecto á la que se admitía la investigación; por lo que el caracter de hombre público criticable, antes limitado al funcionario público, se ensanchó después en la teoría y en la práctica hasta la persona que reviste un caracter público cualquiera ³ y hasta á los directores y administradores «de toda empresa industrial, mercantil ó hacendaria relacionada con el ahorro ó crédito» ⁴ De este modo se fué ensanchando, por decirlo así, el campo de la vida pública y restringiéndose, relativamente, el de la vida privada.

Pero esta restricción del concepto de la vida privada se efectuó independientemente de la noción de funcionario público, supuesto que se enseñaba últimamente que la vida privada es una cosa distinta de la vida íntima y que sólo ésta es inviolable é impenetrable. ⁵

¹ V. p. e. *Carolina*; art. 110.—Garmignani, *Elem.* § 970 y muchos otros citados por Carrara, § 1800, nota 186.

² Pincherle, 386.

³ Véase tratándose de un concepto amplio de funcionario público: Pincherle, 392-394.—Gavazzi-Spech, 254.—*De Cola Proto*, 152.—*Relaz. Romana*, § XI—VII.—*Relaz. Lóm.* 18-19.

⁴ Ley francesa de 29 de Julio de 1881, art. 35, § 2.

⁵ V. Semmola, Cap. III, § 1, 98.—Pessina, *La liberta ecc.* § 2, 155.—Buccellati; 96.

Por último, la última etapa de la evolución nos presenta suprimida tal diferencia y admitida siempre la investigación de la verdad. ¹

También por esta parte el movimiento evolutivo conduce inevitablemente al pleno derecho de prueba.

76.—Hay en nuestro favor un eficaz argumento de analogía. El delito de calumnia, que consiste en la imputación de un hecho delictuoso ante la autoridad judicial, requiere la falsedad objetiva de la imputación y la mala fé del agente, pues de otro modo no existe la figura del calumniador. ²

Pues bien, en sustancia, no hay aquí sino una difamación calificada por el modo; los mismos autores clásicos la consideran como otra especie de difamación, ³ como una especificación de ésta y de libelo famoso; ⁴ y esto es tan cierto, que algunos códigos, como el español, el bávaro, el brasileño y el de Friburgo, equiparan la difamación á la calumnia; y para el Código austriaco un medio de consumación de la calumnia es su difusión por medio de la prensa. ⁵ No es natural, por tanto, que para constituir un delito, la imputación de un hecho delictuoso, si se hace ante la autoridad judicial, sea falsa enteramente; si se hace de otro modo, no sea necesario este requisito entero; si se refiere á cosas inmorales y que no tienen señalada una pena, se prescinda regularmente de él.

¹ Filangieri, *Scienza della legislazione*, Milán, 1817, tom. IV, lib. III, c. LXII.—Gioia, *Dell'ingiuria e dei danni*, etc. parte I lib. I, c. VII. § 1.—F. Heile, *Revue de législation*, XVIII, 206.—Ellero, 196.—Castelli, *ob. cit.*—Sighele, § 2, 47.—Los Códigos Aleman, Austriaco y de Zurich, que no tienen reglas especiales sobre la distinción, admiten la prueba de la verdad, aún tratándose de la vida privada.

² V. Carrara, *Progr. part. spec.*, V, § 2610—2648.—Buccellati, 87-90.—Castori, Editto, 252.—Perrone Ferranti, *Dei delitti contro l' amministrazione della giustizia*, c. III, en el Tratado de Cogliolo, II, parte 1^a A).

³ Buccellati, p. 88, 90.

⁴ Buccellati, p. 88, 90.

⁵ *Cod. Pen. Austr.* § 209.—G. B. Pagani, *Delle ingiurie e calunnie secondo il dir. pen. e l' austriaca*, Milán, 1855, p. 58.

Evidentemente que tampoco las consideraciones especiales que hacen de la calumnia un delito contra la administración de justicia, pueden determinar modificaciones tan profundas respecto al contenido de la difamación; á lo sumo, podrán agravar la pena.—El único principio, pues, que aquí vale es el consabido de la utilidad, y entonces al limitación es irracional.

77.—La necesidad de poder decir impunemente la verdad se deriva de la condición psíquica más común en que se encuentran los ánimos. Vemos en la actualidad que es mucho más eficaz en los ánimos la pena que proviene de la conciencia de la reprobación de los demás, hasta cuando es exitada por alguna cosa que tiene algo de injusto en sí, que no la formada por la conciencia de haber hecho alguna cosa que es intrínsecamente injusta. ¹ Esto, naturalmente, requiere que la reprobación se manifieste, y hace casi necesario el derecho de decir la verdad.

78. Hasta aquí la prohibición como regla; veamos ahora sus excepciones.

Como decía elocuentemente Jules Simón en el parlamento francés, el que es atacado en su honor no tiene necesidad de que quien lo vilipendia sea castigado; la tiene de reducir la calumnia á la impotencia, de modo que de ella no queden vestigios. ² Pues bien, se le quita tal facultad con la prohibición absoluta de probar los hechos relativos á la vida privada; de manera que, en resumen, la prohibición redunde en perjuicio de los mismos difamados, á quienes les está prohibido rehabilitarse ante la opinión pública. ³ Por lo que se desarrolló la idea de dar á quien quiere salir puro de toda sospecha en el

¹ Spencer *Psych.*, II, § 523, 636 y adelante § 105.

² Crivellari, c, XVIII—177

³ Este defecto se reconoce por todos.—Castori, *Editto*, IX 249.—Barbier, II, § 556, 96.—Hace excepción Manfredi; según él la exclusión de la prueba sirve al difamado (*ob. cit.* 286); pero no á todos los difamados, sino sólo á los bribones.

proceso por difamación (como dice Pincherle). ¹ y mirar por su decoro y conservar inmaculado su nombre; (como afirma Paoli, ² el derecho de conceder al difamador la facultad de la prueba; idea que halló gran favor en la doctrina ³ y en la legislación.

79. El sistema que da al difamado la facultad de conceder la prueba es irracional é insuficiente para la defensa social.

Es evidente, ante todo, la gran contradicción en que incurren los autores que lo defienden. Si, como ellos afirman, la razón principal que prohíbe la prueba es de orden público, es decir, está fundada en la necesidad de la tranquilidad general á la que causaría grandes trastornos la prueba de los hechos; si, como dice Semmola, esta prueba acarrearía la «perturbación en las familias, con gran descrédito de los mismos intereses sociales», ⁴ ¿cómo es que desaparecen estos inconvenientes cuando la *demonstratio veritatis* es permitida no ya por el Estado, sino por un particular? ¿Y qué sistema es éste de subordinar el interés público á la voluntad y al beneplácito de un individuo? ¿Acaso no surgirán así odios y enemistades? ¿No queda sustituida quiza la autoridad del Estado con el arbitrio privado? No obstante, los mismos que defienden esta teoría se afanan casi unánimemente para reprobar en la doctrina de la facultad general de la prueba, el gran defecto de convertir en juez al particular. En realidad, estos autores se hallan dos veces en abierta contradicción consigo mismos.

Hizo muy bien Pessina (el más consecuente de nuestros adversarios) cuando proclamó absoluta la prohibición de

¹ Pincherle, 391

² Paoli, *Espos etc.*, II, 172.

³ Buccellati, 96.—Pincherle, 394.—Gavazzi-Spech, 252.—Paoli, 509.—Stivaello, 209.—Semmola, § 1, c. III.—*De Cola Proto*, 155.—Erola, 88.—Capello 55.—Bertolini, *Privilegio*, § 6, p. 11. etc.

⁴ Semmola, *ob. cit.* p. 66.

probar la verdad de los hechos, negando al difamado la licencia de conceder esa facultad.¹ El sistema que hace ya tiempo se sigue en Francia² se parece mucho al inglés y fué aprobado por otros, aunque algunas veces con ciertas limitaciones.

Pero también este sistema de la concesión no es suficiente para la defensa social. En efecto, protege mejor á los bandidos y delincuentes que á los hombres honrados. La cosa es clara por dos partes: por lo que concierne á las personas atacadas y que, por tanto, pueden conceder la prueba, y por lo que atañe á los difamadores.

Es indudable que el hombre honrado á quien se difama, concede desde luego la facultad de la prueba (salvo casos excepcionalísimos de personas muy conocidas y por encima de cualquier sospecha) seguro de su triunfo, mientras que el malvado, el pícaro á quien se echa en cara un hecho verdadero, buen cuidado tendrá de conceder la prueba, y continuará bajo la égida del Código, pasando legalmente por honrado, y moralmente siendo un infame. De este modo el sistema, cuando no es inútil, protege á los malvados.

Por otra parte, como ha dicho Castelli,³ y otros han repetido,⁴ respecto á los que hacen la imputación, si ésta es cierta, el difamador verídico y noble es castigado lo mismo que el calumniador vulgar, considerando como antes dijimos, que la prueba, por costumbre general, no es admitida; si es falsa, mientras el primero, fuerte por su

1 Proyecto Pessina, art. 372.

2 Limitándose á la vida íntima lo aprobó Semmola (p. 81) y no tratándose de la privada en general (p. 83). La facultad fué combatida durante los trabajos del Código por Comorti (Pincherle, 304). Y en sentido favorable Pessina y Fracassetti, *ob. cit.* 24; y explícitamente Armò, 39.

3 Castelli, *ob. cit.* 322.

4 Terraca, 28. — Sighele, § 2, p. 46. — Fracassetti, p. 26.

fé en la verdad, no escapa de la pena, no es raro el caso en que, hábiles y malignos los calumniadores verdaderos, consigan con engaños, artificios y sobornos, probar su dicho ó á darle ciertas apariencias de verdad. De esta manera los bandidos de palabras y pluma, publicistas simoniacos y estafadores que, como dice Buccellati,¹ son plagiarios morales, gozan de una posición jurídica más favorable que los denunciadores generosos y desinteresados, si es que no son considerados iguales á éstos por su poca habilidad. Así es que, en definitiva, el sistema de la concesión produce todos los males y peligros que se deploran en la facultad general de prueba, sin que tenga sus ventajas.

Además, el Código se aparta aquí completamente de la moral social, porque ésta impone siempre á quien es acusado la obligación de conceder la prueba, y la negativa equivale, según el buen sentido, á una confesión tácita de que hay algo de verdad en la imputación, aun cuando no sea enteramente verdadera. Por consecuencia, la condenación del pretendido difamador es casi siempre una apoteosis para éste y una verdadera sentencia contra el difamado, cosa que también puede ser frecuentemente injusta. ¡Desgraciada la legislación, exclama Mittermaier, que obliga á los jueces á pronunciar sentencias que reprueba la opinión general.²

Graves razones aconsejan repudiar este sistema de la concesión, el cual, en nuestra opinión, es considerado en su naturaleza íntima, un importante argumento á favor de la tesis del derecho general de prueba. Es decir: el principio que niega la censura de la conducta privada conduce á consecuencias exorbitantes que sus autores

1 Buccellati, 31.

2 Mittermaier, *Eccez. della verita*, 332.

más ardientes rechazan; por lo que éstos, para atenuar su rigidez y malos resultados, se ven obligados á violarlo, conociendo su insuficiencia. ¿Qué prueba más elocuente de que el principio comienza á desterrarse y abandonarse? El movimiento evolutivo contrario á él se ha iniciado ya y tiene que continuar.

Hemos puesto en evidencia de este modo el llamado sistema mixto que establece por regla la prohibición, y, como excepción, la prueba, tratándose de funcionarios públicos, de hechos delictuosos¹ ó cuando la concede el ofendido.

80. El sistema mixto vicia y ataca la teoría dominante de una manera todavía más general.

En efecto, cuando en los tres casos indicados se concede y da la prueba de la verdad, queda excluido, se dice, el delito de difamación, porque falta el objeto de éste;² pero se pregunta: ¿cuál es el fundamento del delito cuando no se admite la prueba? Si es admitida, el fundamento reside en la falsedad; y si no lo es, en dónde? No se sabe ni se dice; pero aun cuando se supiera y dijera, siempre existiría el defecto; porque el delito tendría ya una base, ya otra, según las circunstancias accidentales de la persona ofendida, de la naturaleza del hecho, ó lo que es peor todavía, de la voluntad del mismo ofendido.

81. Recientemente se han manifestado dos nuevas tendencias que demuestran como el movimiento evolutivo para abandonar los férreos sistemas antiguos, continúa rápidamente.

Algunos querrían, á ejemplo de los Códigos Húngaro y Holandés, que se admitiera la prueba de la verdad

¹ Es inútil ocuparse aquí de la excepción relativa á los hechos delictuosos después de lo que dejamos dicho en el § 21.

² Buccellati, 97.

cuantas veces pareciera al juez que se debe determinar si el inculcado obró movido por el bien público.¹ Esta doctrina, en las presentes condiciones, es ciertamente preferible á la común; pero, sin embargo, tiene el defecto de no precisar si, presentada la prueba, resulta desde luego la impunidad y, además, el de sustituir el arbitrio privado al del juez. Una consecuencia de tal doctrina sería la incertidumbre de la facultad de probar que hoy domina y se debe suprimir, por ser un obstáculo y una mordaza para el libre ejercicio de la censura. Decir la verdad sobre sus conciudadanos es un derecho, porque está de por medio el interés general y por tanto debe ejercerse libremente y sin restricción alguna.

Otros querrían que se admitiera la prueba cuando el hecho imputado fuese público.² Pero esta proposición tiene el triple defecto de establecer como regla de un derecho colectivo una circunstancia puramente accidental, de aceptar la distinción errónea de vida pública y privada y de no proveer, en fin, á la defensa social: deficiencia ésta que bastaría por sí sola para hacerla inaceptable.

Sin embargo, prescindiendo de la bondad intrínseca de las dos proposiciones, no carecen de importancia, porque manifiestan la necesidad que existe actualmente de una libertad de prueba mayor y más grande.

Al concluir este largo examen afirmamos que la prueba de la verdad es requerida por la teoría del fin y de los motivos como por supremas razones de utilidad social. De este modo se rehabilita, dándole el carácter de una verdad demostrada, la solemne sentencia de Paulo, que

¹ V. Pincherle, 391.—Gavazzi-Spech, 292.—Castori, *Editto*, 255.—Bertolini, *Privilegio*, § III, 7.—Stoppato, nota de Jurispr. en la *Temà* cit. 68.—*Relax lombarda*, 19.—Brusa, *Comm. di revis. del Cód. Pen. nuovo*, *Verbale* XXXII, 656.—Magri, *Not. de Juris. cit.*, 380.

² *Relax romana*, § 17, 35.—Fracassetti, p. 35.

fué la base del sistema romano de las injurias: «peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire»¹ Ya no sería, pues, el caso de hablar de la *exceptio veritatis*, sino de la *demonstratio veritatis*, supuesto que la prueba de la verdad se convertiría en un elemento normal, tratándose de injurias.²

II.

82. Hemos ya dicho que la teoría dominante proclama que la verdad del *convicio* no toca el elemento subjetivo del delito³ y atribuye á la prueba dada plena eficacia exculpante, prescindiendo enteramente de cualquiera consideración sobre los móviles, el fin, y el ánimo del agente.

Por el contrario, según la teoría desarrollada en esta obra la verdad no tiene más objeto que el que le corresponde como elemento de prueba de la intención y de los motivos que tuvo el agente. Para nosotros no quiere decir que «probada la verdad del hecho imputado, deba absolverse al culpable»⁴ como se cree generalmente, sino que se requiere otra investigación sobre la *mens rea* del elemento subjetivo. Por lo que, estudiado el problema de la *exceptio veritatis* desde el punto de vista objetivo, es menester desarrollarlo desde el subjetivo, reuniendo los resultados de lo que dejamos expuesto sobre la teoría psicológica bosquejada en el capítulo primero.

1 Dig. 47, 10, 18. — 2 El Cód. Alemán, v. g., no habla de la *exceptio veritatis*, sino de su demostración. — Berner, 387. — 3 De Cola Proto, c. IX, p. 141. — Castellí, *ob. cit.* p. 332. — 4 Castori, *La diff. ecc.*, § 3.

83. Para proceder prudente y ordenadamente en una materia tan difícil como hasta cierto punto inexplorada, es oportuno dividir el problema en sus elementos simples; y así, por oportunidad de discusión, tenemos las siguientes combinaciones:

I. Verdad del *convicio* y nobleza del fin.

Es mérito de la nueva escuela haber propuesto tal problema que lógicamente se imponía dado el criterio psicológico del fin para todos los delitos y, por consecuencia, también para la difamación (V. Cap. I. § 16.) Después de la indicación incidental y necesariamente incompleta de Ferri («no se debe castigar al difamador que dice la verdad y lo hace impelido por el «bien público».—*Sociologia crim.* 505.—V. también Ferri, *La riad. del dir. rom.* en los citados estudios por Serafini, p. 49.) el problema fué tocado por Sighele, que presentó la proposición de la nueva escuela sobre la difamación; pero sin demostrarlo (Sighele, *Il Cod. pen. e la stampa*, etc., p. 43-49.)—Nosotros disintimos de su opinión en muchos puntos.—El problema fué tratado superficialmente por otros también, y siempre de una manera incompleta; unos parece que aceptaron la solución positiva solamente para el hecho famoso (López, *Il Cod. pen. e la libertà*, ecc. 90-92; pero desea que se respete la vida privada [91].—Cogliolo, en la *Trib. cit.*) otros se alejan mucho más de la teoría positiva, subordinando mas ó menos la admisión de la prueba de la verdad al fin bueno y al celo por el interés público que acaso hubieran inspirado al difamador; dejan al juez la apreciación de tales circunstancias (veanse los autores citados en la pag. 149 nota 1.) Por lo demás la teoría se aceptó y acogió aun por la escuela penal clásica. En efecto, durante la larga elaboración del Código Penal, Brusa opinó muchas veces por el castigo del difamador aun cuando probara la verdad de los hechos siempre que faltara el fin del interés público y estuviera aconsejado únicamente por el fin de perjudicar y ultrajar (V. De cola Proto, 157; pero v. también la nota 1 en la pag. 149.) Así también, durante los trabajos preparatorios, De Falco sostuvo que debía castigarse al difamador, aunque probara la verdad de su dicho, si la difamación «no tenía por origen el interés público ó privado, y si el único fin de dañar y ultrajar» (V. Fulci, *ob. cit.* 283.) Corpsov, citado por Mittermaier (*ob. cit.* p. 317) creía que no tenía disculpa quien trató de perjudicar á otro, aun cuando pudiera comprobar la verdad de su aserto.—Recientemente la teoría del fin aplicada á la difamación fué aceptada y defendida por un joven magistrado muy docto en un brillante discurso inaugural. (Silvio Longhi, *Discorso inaugurale al Tribunale di Piacenza*. Piacenza, 1893, p. 23 y 28.—Con mucha razón sostiene el ilustre autor que: «no salva el manifestar que el hecho es cierto, si el difamador fué impelido únicamente por la mala intención» (pag. 28.)

II. Verdad del *convicio* y fin antisocial, egoísta é ilegítimo.—La verdad puede ser: a) subjetiva y objetiva á la vez; b) solamente objetiva (hecho supuesto falso, falsedad subjetiva.)

III. Falsedad del hecho subjetiva y objetiva á la vez.

IV. Verdad subjetiva y falsedad objetiva, es decir, buena fé asociada: 1º á un fin noble: 2º á un fin antisocial.

84 La primera y tercera hipótesis no dán lugar á duda; todos están de acuerdo en proclamar que el autor de una imputación cierta, hecha por un fin social, está exento de pena.

La tercera hipótesis es precisamente la antítesis de la primera, y el autor de la difamación debería ser castigado con una pena, y bien severa, porque manifiesta gran capacidad de difamar, por sus instintos claramente antisociales y ser su acción altamente perjudicial. Naturalmente en este caso no es ni siquiera presumible la nobleza del fin; éste no es otro aquí más que el del daño privado, el de la difamación por sí misma. «Es imposible—dice uno de los más ilustres maestros de nuestra ciencia—hablar de fines nobles y elevados; es imposible hablar de celo por causa del país y por la rectitud de la administración pública. Estas sagradas palabras serían en los labios del difamador una increíble profanación de las ideas más levantadas y de los más nobles sentimientos.»¹ Magníficas y elocuentes palabras á las que nos adherimos incondicionalmente.

La discusión se agita, al contrario, á propósito de la segunda y de la cuarta hipótesis.

1 Pezzina, *Da libertà della stampa*, p. 152.

85. Respecto á la segunda, la teoría dominante enseña que, cuando se ha rendido la prueba de la verdad, se debe absolver. La regla se impone general é inflexiblemente, y casi todas las legislaciones admiten, no importa en qué medida, la prueba de la verdad, y se inspiran en ella.¹ Nuestra jurisprudencia ha llegado hasta proscribir la prueba indirecta de la verdad,² al contrario de la francesa.³

La teoría del fin repele categóricamente este principio. Ya el mismo Carrara, al exponer el sistema del Código Sardo, notaba que era siempre muy problemática la regla exculpante aceptada así, sin tomar para nada en consideración la intención del agente,⁴ y creía que el principio dominante del problema era el que se deducía del *animus* del acusado.⁵ Precisamente la *communis opinio* tiene ante todo el defecto grave y fundamental (propio por lo demás, de toda la escuela clásica) de desentenderse del delincuente por fijarse en el delito; la regla dominante considera un sólo lado de la cuestión: el objetivo, sin hacer caso del subjetivo; prescinde del autor del delito y se ocupa de la imputación únicamente. De esto resulta

¹ Pezzina, *Elem.*, II, § 65.—Bucellati, 97.—Paoli, *Espos.*, § 502.—Frola, 88 y sig.—Bernier, 390.—Fabreguettes, II, § 1389.—Barbier, II, § 567.—Adoptan con mayor ó menor amplitud la doctrina del fin, ó mejor dicho, no sancionan sin otro requisito la impunidad, una vez comprobada la verdad, las legislaciones penales de Inglaterra, Bélgica, Cantones de Ginebra y Vaud, Nueva York, Massachussets, California y Prusia (antes del Código Penal Alemán.—Para mayores detalles V. Cap. I. § 24 y sig.

² *Hiv. pen.* XXXVI, Mass. n. 1623.

³ Barbier, I, §§ 407-413, II, § 556.

⁴ Carrara *ob. cit.*, § 1809.

⁵ *Id.* *Id.* § 1812.

que se confunden en una las dos clases de difamadores, mientras que son sustancialmente diversas, incurriendo en la manifiesta injusticia, confesada por los mismos autores del sistema restrictivo, ¹ de castigar tanto al hombre honrado cuanto al malvado, y hacer que pague el justo por el pecador, y, añadimos nosotros, de quitar á la pena toda su eficacia social.

Ya observamos que la distinción basada sobre la naturaleza de los motivos y del fin tiene una importancia general, por lo que, mientras es una garantía segura para los elementos útiles á la sociedad, se convierte en un motivo de represión severa para los elementos antisociales, cualquiera que sea su condición. De aquí se deduce lógicamente que, una vez probada la verdad del hecho imputado, se debe proceder á la investigación del elemento psicológico; y si resulta probado que el autor de la imputación obró por motivos innobles ó tuvo el objeto egoísta de difamar, de deshonorar á quien atacó, entonces ha lugar á la aplicación de la pena. En resumen, la verdad de la imputación es un accidente que nada tiene que ver con el elemento psicológico del delito que se examina; además muchas veces es el resultado de los artificios y engaños de los malvados; en consecuencia no quita para nada la naturaleza antijurídica del difamador, si la tiene. Quien difama por el gusto de difamar, de atraer el desprecio sobre otro y perjudicarlo, se muestra desprovisto, á lo menos en parte, de ese sentimiento de conmiseración que es una de las bases del consorcio civil. «Fácilmente se deduce—dice Carrara ²—que, cuando no se imputó un hecho falso, se procedió con un fin bueno; pero ésta no es sino una presunción, que llega á faltar cuando las cir-

¹ V. p. c. De Luca, p. 32

² Carrara, *ob. cit.*, § 1901.

circunstancias de hecho y los antecedentes del inculpado concurren para demostrar lo contrario. Si no falta el *animus iniuriandi*, ¿cómo se puede absolver "*cum tamen ex affectu facientis iniuria consistat*" como afirma la célebre respuesta romana?

Más tampoco falta enteramente el elemento del daño. Indudablemente el daño existe siempre; existe leve y pequeño en su esfera de daño inmediato; pero muy grande en su otro aspecto de daño mediato. Nada hace suponer que, si el hecho no hubiera sido cierto, el difamador se hubiera abstenido de propalarlo igualmente. Supongamos el caso de que sea cinco ó seis veces reincidente ¿no tendría acaso razón todo el mundo, honrados ó no, para suponerse amenazados en su honor, considerando demasiado débil é ineficaz la defensa de su patrimonio moral? Por tanto, supuesto que en la hipótesis existe el *animus* y resulta un perjuicio, nosotros encontramos evidentemente un delito.

Esta opinión, por más que sea contraria al enseñamiento de la escuela clásica y común, concuerda rigurosamente con el supremo principio de la defensa y utilidad social que debe inspirar al Derecho Penal, como han reconocido más ó menos claramente ilustres criminalistas de todas las escuelas. ¹ Absolviendo con la pura prueba de la verdad, el organismo social no se defiende, tanto más cuanto que la prueba de la verdad, generalmente difícilísima, pueden suministrarla algunas veces los malvados, los difamadores de oficio, los delincuentes á quienes la costumbre ha hecho hábiles. Así se da razón á los opositores, en cuanto afirman que el sistema de la libertad de la prueba es un generador demasiado fecundo de to-

¹ En Francia, la Ley de 1831 (art. 20) no reproduce la disposición anterior de la Ley de 1819 (art. 20).—Faber, *op. cit.*, II, § 132. En Prusia, la Ley de 1831 (art. 17) no reproduce la disposición anterior de la Ley de 1819 (art. 17).—Faber, *op. cit.*, II, § 132.

da clase de males. Sin embargo, luego se contradicen, supuesto que atribuyen á la prueba plena eficacia exculpante en los casos en que esté concedida y se rinda.

Es claro que no provee suficientemente á la defensa social en el caso que examinamos, la doctrina, según la cual, siendo cierto el contenido de la imputación, cuando la forma es injuriosa, nada quita al delito de injuria; principio éste, como dice Pincherle, 1. acogido por todas las legislaciones, comprendidas las que aceptaron ampliamente la prueba de la verdad, y por el mayor número de los tratadistas.

Es evidente que son varios los puntos de partida y el carácter entre la doctrina defendida hasta ahora de la punibilidad de la intención antisocial y la culpabilidad de la forma injuriosa á pesar de la verdad del contenido. En efecto, la primera parte de la investigación del elemento psicológico, y, sobre la mayor ó menor temibilidad del difamador atiende á la defensa social. La segunda, al contrario, parte del examen del hecho exterior por el que se exteriorizó la imputación, y se propone la defensa de la *dignitas* individual, considerada sagrada é intangible. Las dos doctrinas son en consecuencia sustancialmente diversas, y no se pueden sustituir, ni aun *a priori*, recíprocamente, porque no se equivalen.

De que la forma injuriosa del contenido difamatorio verdadero es punible, preescindiendo en absoluto de la in-

1 Pincherle, *ob. cit.*, c. XII, p. 374.
2 La exposición más amplia de este principio se halla en Semmola, *ob. cit.*, c. III, § 2. p. 87-90 y p. 18 y 25.—Le son favorables también: Ellero, § 137, p. 635.—De Cola Proto, 159.—Buccellati, 97.—Gavazzi-Spech, 253.—Fulci, I, 284, 290.—Castelli, *ob. cit.*, 334 n. 1.—Bernier, 390.—Mittermaier, *ob. cit.* § 6.—En contra: Pessina, *Leggi pen della Germania*, I, part. II, § V, p. XXI. En Francia, la Ley de 1831 (art. 35) no reprodujo la disposición análoga de la ley de 1819 (art. 20).—Fabreguettes, II, § 1387 y sig.—Barbier, II, § 554.

tención, resulta que tal doctrina se manifiesta, desde nuestro punto de vista, por una parte demasiado lata y por otra demasiado estrecha. Es demasiado lata en cuanto puede comprender casos en que, siendo nobilísimo el fin, la forma reviste el carácter injurioso por mero accidente, y entonces ataca elementos sociales. Es demasiado estrecha en cuanto que la represión es eventual y subordinada á la suerte, al arte ó á la astucia con que el autor ha formulado la imputación y en consecuencia deja impunes á los que, á pesar de estar animados por un fin avieso, han sabido recurrir á la hipocresía de la forma. También sucederá aquí que quedarían impunes los más astutos y malvados y serán castigados más severamente por la ley, los generosos que se dejan llevar impelidos por la buena intención. Dicha doctrina sacrifica, por consecuencia, la forma á la sustancia, y sin contar con que de cualquier modo, la pena, en el caso de injuria, es mucho más suave que en el de difamación, podemos asegurar que es insuficiente para la defensa social é incapaz de llenar el objeto atribuido á la doctrina de la punibilidad de la intención á pesar del contenido verdadero.

Por lo demás, los mismos adversarios adoptan, en parte, nuestro sistema. En efecto, consideran delito aun la imputación de un vicio ó deformidad del cuerpo visible á todos. Aquí la verdad de la imputación es luminosa, y se castiga, por tanto, en vista de la intención, que es todo.

No debe temerse por esto que quede disminuida la censura pública á la que acordamos tan grande importancia, porque ésta requiere, para ser útil, órganos honrados y sociates en los móviles y en el fin.

Es tan importante este punto, que, según nosotros,

1 Carrara, § 1776.—Capello, 64.—De Cola Proto, 23.—Bernier, 390.

puesto el dilema de proscribir enteramente la prueba ó admitirla con la regla que combatimos, sería preferible aceptar lo primero. Es preciso impedir que un sistema liberal pueda servir á los malvados.

86. Mas la investigación del elemento subjetivo puede extenderse aún, y entre los difamadores con fines aviesos y egoístas, establecer una distinción entre los que conocían al momento de difamar, la verdad de la imputación y los que creían falsa esta última.

En efecto, entre el difamador que creyera falsa la imputación en el momento de hacerla y el que supiera que era verdadera, teniendo ambos un fin egoísta, la diferencia desde el punto de vista subjetivo y de la defensa social, es grandísima. Evidentemente el primero ha demostrado mayor perversidad que el segundo y por consecuencia, aplicando la doctrina positiva debería ser castigado de diferente y más rigurosa manera que el otro. Desechando tal doctrina, parece á lo menos que el primero no podría quedar exento de pena. Y no obstante, según la opinión común, entrambos serían absueltos igualmente!

Respecto del primero, podemos repetir más especialmente lo que ya antes se dijo, es decir, que la verdad del hecho es una eventualidad que razonablemente de nada le puede servir, y que no puede quitar ni disminuir el elemento psicológico antisocial. Tratándose de excusas, escribe Carrara, «la imputación equivale á la verdad.»¹ Pero si este principio es bueno para defender á un delincuente; ¿por qué no serviría cuando se tratara de defender á una sociedad de personas honorables? Aquí hay, subjetivamente, un hecho falso y un fin innoble;

¹ Carrara, ob. cit., § 184.

precisamente lo contrario de la buena fé, y por tanto la pena se presenta necesaria y naturalmente.

La regla absoluta que combatimos debería, pues, tener una excepción, al menos en el caso de verdad objetiva acompañada de falsedad subjetiva. Esto, naturalmente, lo asentamos como una forma práctica é intermedia de transición entre el sistema actual y la aplicación entera del que defendemos nosotros.

87. Dada esta teoría se resuelven fácilmente algunas cuestiones que presentan varias dificultades en orden á la *exceptio veritatis*.

Se pregunta si difama quien echa en cara á otro una sentencia penal que había ya sufrido y las respuestas, tanto respecto á los principios, cuanto al derecho positivo, son discordantes. En efecto; admitiendo la teoría común de que la verdad exculpa siempre y que se prescinde del fin, la impunidad resulta naturalmente. Sin embargo, tal solución repugna á la equidad, á los sentimientos naturales y por eso la teoría dominante, mostrándose insuficiente, tiende á encontrar difamación cuando exista una intención maligna. A igual conclusión llega; pero por un proceso, tanto más lógico y necesario cuanto el otro es ilógico y arbitrario, la teoría del fin, como aparece luminosamente de por sí.

La doctrina que sostenemos resolvería equitativamente otro caso análogo de grande importancia discutido por los escritores. Si uno acusa á otro de un delito por el que éste fué condenado, siendo inocente, y como prueba de la verdad del hecho presenta la sentencia que lo condenó

¹ Gioia, ob. cit. p. 1 lib. I, c. VIII, § 2, 116.—Paoli, *Espos. etc.* II, p. 189 n. 1.—Semmola, *Appendice III*.—Capello, 62.—63 Castelli, 324.—Eula y Pesatore, *Atti parlamentari del Senato, Discussioni*, Legislat. XII Sess. 1874—1875, p. 1099—1104.

¿quedará exento de pena? La respuesta sólo puede ser afirmativa con respecto de aquellos códigos que, como el Francés, requieren únicamente la prueba legal, ó que, como el Alemán, (§ 190 n. 1) la consideran suficiente; y tal vez aún con respecto de los demás, dado el principio de que "*res judicata pro veritate habetur.*" Es una solución infeliza, justamente deplorada por Berner; ¹ pero que resulta lógicamente de los principios comunmente aceptados.

Por el contrario, según los que defendemos nosotros, existe un fin avieso, falsedad subjetiva, y por consecuencia, plena aplicación de la pena, prescindiendo de la investigación sobre la sentencia condenatoria.

88. La teoría del fin nos ayuda también á resolver otra cuestión respecto á la *exceptio veritatis*; ó sea, la que se refiere á la extensión de la prueba. ¿Es preciso probar la verdad de la imputación en todos sus particulares, ó basta dar la prueba de los puntos fundamentales y esenciales? El problema reviste mucha menor importancia en nuestro sistema del fin que en el comunmente aceptado. Es claro, en efecto, que tomando la verdad como prueba en general, del fin y como criterio para la valoración de los daños; cuando el hecho queda establecido en su contenido esencial, la parte accidental puede desatenderse; pero tal teoría debería ser sostenida aún por el sistema común. En efecto, probada la sustancia de la verdad, el delito de difamación desaparece por falta de contenido objetivo; quedarán circunstancias accesorias y subalternas que, separadas é independientes, carecerán de idoneidad difamatoria y por tanto, del elemento material.

¹ Berner, *ob cit.*, p. 391.

Mas, si las circunstancias no probadas tienen por sí solas la aptitud para difamar, evidentemente nos apartamos de la hipótesis, supuesto que ellas se vuelven entonces sustanciales, por lo que, en nuestra opinión, fundadamente decidía el Tribunal de Roma que la prueba parcial no es suficiente para excluir la difamación, si las otras circunstancias narradas y no probadas, son tales que exponen al ofendido á los daños previstos por la ley. ¹

Pero se objeta que frecuentemente la índole y el daño de la difamación consisten en tergiversar los hechos y en revestirlos de circunstancias que no son verdaderas. ² Esta objeción no puede oponerse á la teoría del fin que defendemos nosotros, en cuanto que, la tergiversación deliberada indicará claramente en el autor la intención dañada. Tampoco en el sistema común tendrá razón de ser, porque los principios en que se apoya prescinden del fin y de los motivos y se atienen estrictamente á lo material de la imputación, y por esta parte se excede, valorizando las circunstancias, que, por más que esten artificiosamente falseadas, no tienen poder de difamar.

Por lo demás es preciso tener en cuenta el criterio de

¹ Trib. de Roma, Sent. 29 Agosto 1891, *Riv. Pen.* XXXVI, Pág. 295. Parece que también la Corte de Apelación de Roma es de este parecer (*Riv. Pen.* XXXV, 293; pero requiere una «prueba plena, amplia y segura» [*id.* 294]. Conforme á la opinión sostenida en el texto, la jurisprudencia considera que hay libelo famoso, aunque se imputen hechos determinados y característicos que, si bien tienen cierta relación con la verdad, difieren de ella sustancialmente, de manera que constituyan hechos nuevos que perjudican la honradez ajena.—Trib. de Milán, Sent. 23 Mayo 1890.—*Foro Ital. Rep.* XV, c. 694, n. 13.—Vease también Corte de casación Sent. 21 Mayo 1892; *Riv. Pen.* XXXVI, 458.—Respecto á la teoría de que basta probar la verdad en su entidad moral, v. Stoppato, *nota de giur. cit.*, 68.—En contra: Bertolini, *Privilegio*, etc. § 111 p. 8.

² Bertolini, *ob. y lug. cit.*

interpretación enseñado por el insigne Carrara, quien escribía que las varias disposiciones relativas á la prueba de la verdad de la imputación y de sus efectos deben siempre interpretarse de la manera más favorable y amplia para la libertad de la censura ¹ Además, abolida generalmente la obligación de la prueba legal, ² ¿no se renovarían los peligros y dificultades, estableciendo la regla absoluta de dar plena y entera la prueba de la verdad, la que haría la mayor parte de las veces enteramente inútil, la ley, cuando consiente dicha prueba? ³

* * *

89. Veamos la cuarta hipótesis.—¿*Quid juris* si falta la prueba de la verdad y resulta, por el contrario, la buena fé, la *fides veri*, la verdad subjetiva?

La buena fé es la opinión razonable que alguno tenga de la verdad del hecho difamatorio que imputó á otros ⁴. Para determinar, según la teoría del fin, su valor en la responsabilidad del agente, es preciso ante todo establecer un principio que los mismos secuaces de la escuela clásica enseñan, es decir, que en las cuestiones intencionales lo que se cree equivale á la verdad ⁵; y aquí la cuestión es esencialmente intencional.

¹ Carrara, *Opuseoli*, IV (n° XXXIII). *Cause di scriminazione de l'ingiuria*, 107.

² Cod. Francés de 1810, art. 370.

³ También en Inglaterra, según Christian, basta probar "las inculpaciones generales del libelo". (Black., IV, 209, n. 1).

⁴ Para la definición dada V. Stoppato, *Dell' elemento soggettivo nelle contravvenzioni. Temi Veneta X*, 489—513 y también "la buena fé debería consistir en la plena, concienzuda y razonable convicción de la verdad y exactitud de los hechos narrados". Trib. de Roma, *Riv. Pen.* 34, p 302;—Fabreguettes, I, § 1124, Bertolini, *Diff. I*.

⁵ De Cola Proto, 161.—Castori, *La diff. ecc* § 6. p. 445.

Esto supuesto, es necesario distinguir, para evitar confusiones, los buenos de los malos difamadores.

90. A. —Si el autor del delito propaló el hecho difamatorio, impulsado por móviles ilegítimos, bajos, egoístas, antisociales, tratando de dañar á otro pura y simplemente, nosotros, desde el punto de vista de la temibilidad del reo, y por tanto, de la defensa social, volveremos al caso ya discutido de la verdad subjetiva y objetiva asociada al dolo característico. En consecuencia la circunstancia de la buena fé nada quita al carácter antijurídico, supuesto que antijurídicos son los móviles y el fin. Poco importa que el autor creyese verdadero el hecho; esta circunstancia subjetiva le facilitó la comisión del delito, es decir, la consecución del propósito de deshonorar á la persona que se proponía. El, además, erró ofendiendo á un hombre respetable y causándole daño; obró á la ligera, y no por un fin social que pudiera justificarlo, sino por satisfacer su egoísmo. Demuestra de este modo que respeta muy poco ó nada el derecho de los demás, con tal que pueda denigrar á su odiado enemigo. Sin embargo, semejante fin no requería necesariamente la verdad de la imputación; nada indica que, sabiendo que era falso, no habría difamado, ya que solo hubiera tenido necesidad de un poco de más valor. Un aserto que se sabe es falso, dice Holmes, ó que excede de lo que requiere la ocasión, no es necesario que se haga con el fin de hablar libremente ¹. Subjetivamente él es un vil que abusa del débil, desprovisto al mismo tiempo del valor, que es una de las dotes del carácter social. Naturalmente que también en la difamación por medio de la prensa puede haber buena fé y fin avieso. Muy bien se dijo por la Corte de Apelación de Roma, que: "puede existir la mejor bue-

¹ Holmes, *ob. cit.* 185.

na fé sobre acontecimientos verificados juntamente con la más cruel maldad en divulgarlos.”¹ En la hipótesis, tenemos completo el *animus*, eminente el peligro social (daño mediato); tenemos después el daño privado (daño inmediato); en un palabra, existen todos los elementos del delito.

91 B.— Pero puede suceder también que la buena fé se asocie á un fin noble y social. En tal caso, por el principio mismo de la escuela clásica antes citado, nos encontramos, respecto del agente, en la hipótesis ya indicada de verdad objetiva y fin bueno; la absolución resulta natural.

Falta ante todo, según nuestra teoría, el *animus iniuriandi*; el fin noble del autor dice desde luego que si no hubiese creído un malvado á aquel hombre, peligroso para la sociedad, no lo habría denunciado ante el grandioso tribunal de la opinión pública. Hay una conexión necesaria entre los dos términos. Este pretendido difamador no demuestra capacidad difamatoria ninguna y lejos de ser un elemento perjudicial para la sociedad, es un elemento utilísimos que concuerda con el interés general, como tratamos de demostrar más arriba. Su acción no infunde temor sino á los malvados, por consiguiente, falta también el daño político. Queda el daño privado é individual que sufre el difamado, pues según dice Frola,² aunque con alguna exageración, el daño no depende de la opinión que el agente tuviese al decir una cosa no difamatoria. Pero ya hemos dicho que, según la doctrina del mismo Carrara, el daño individual no acompañado del social no puede convertir una acción en delito.³

1 Sent. cit. (*Riv. Pen.*, vol. 35, p. 294).—Fabreguettes, I, § 1224, p. 418. — Barbier, I, § 1474, p. 368.

2 Frola, *ob. cit.* p. 20.

3 V. c. I, § 18.

Además, aquí el daño, aún admitiéndolo, es muy ténue y no podría dar lugar á responsabilidad civil, de la que, sin embargo, nos ocuparemos después.

92. En cuanto á la prueba de la buena fe es necesario ciertamente que la narración corresponda exactamente á las informaciones tomadas de las fuentes de donde se origina; pero es necesario también que las informaciones fueran atendibles por sí mismas, que presentaran cierta solidez y cierto valor. No puede ni debe prestarse fe á cualesquiera dices. Y aquí se presenta la grave cuestión de la injuria por culpa; pero esta cuestión la trataremos en el capítulo siguiente. Baste, por ahora, dejar sentar¹ que faltan en la hipótesis los elementos del delito.

93. Nosotros rechazamos por lo mismo, tanto la opinión que atribuye á la buena fe un valor exculpante cuanto la que no le concede ninguno. Una y otra no miran por la defensa social.

Tampoco merece ser tomada en consideración la doctrina, hoy dominante, de considerar la buena fe como atenuante,¹ pues es insuficiente y arbitraria.

Nosotros debemos ocuparnos de las principales objeciones que se hacen á la teoría de la *fides veri* exculpante.

Advertimos en primer lugar que hasta ahora, casi todos los autores discutieron la cuestión, considerando la buena fe en sí, aislada del fin que el autor se proponía, y este fué precisamente un error de método que contribuyó mucho á formar la teoría común. En efecto, se pensó que, admitiendo la buena fe como exculpante, los di-

1 Pessina, *Elem.*, II, § 65, p. 132 y *La Libertá, ect.*, p. 153. Bincherle, p. 410. Semmola, c. VI, § 2 n. 2. Capello, p. 24-26. Bertolini, *Privilegio* § 5, p. 9. Carrara subordina la buena fe al *animus*. (*Progr.*, 1, III, § 1801.

famadores perversos quedarían impunes y para evitar esta injusticia, se condenó al ostracismo total ó parcial la *fides veri*; excediendo así el motivo y el objeto por los que surgió la doctrina, supuesto que de esta manera se castiga también á los difamadores buenos y sociales, los que, en vez de pena, merecen alabanza y fomento.

Las objeciones se dirigieron, por tanto, contra la teoría que considera como exculpante la buena fe, sin considerar el fin,¹ la cual era la única que se contraponía á la dominante que niega á la buena fe toda eficacia.

Es, pues, evidente, que la distinción propuesta y subordinada al *animus* deshace la objeción deducida del peligro que la doctrina de la buena fe exculpante introduciría, sirviendo de salvaguardia ó siendo una escapatoria para los pillos.² Los pícaros, los difamadores animados por motivos bajos ó torpes pasiones antisociales, serían castigados sin misericordia.

No puede objetarse que de esta manera se mina en sus bases la doctrina de la *exceptio veritatis*³ supuesto que es una la investigación sobre la verdad y otra la que se hace sobre la buena fe; como quiera que sea, un deseo apriorístico de vana simetría jurídica no puede impedir la actuación de lo que es útil á la sociedad; al fin y al cabo la doctrina de la buena fe exculpante, como está presentada aquí, se manifiesta plenamente en armonía con todo el sistema de nuestro libro.

También se podría hacer otra objeción, aspecto especial de la más general del desorden que domina toda nuestra materia, es decir el honor y la reputación de

¹ Para una demostración amplia de esta teoría, según el Derecho Romano y según los principios V. á Fulci, I, XXVI, § 3.

² Semmola, *ob. cit.*, c. VI, § 2, p. 148 y apéndice p. 170.

³ Semmola, *ob. cit.*, p. 148.

las personas no quedan así abandonadas á las pasiones y ligereza ajenas? ¿Mil peligros no se suscitan quizá alrededor del individuo, especialmente por parte de los ciegos y fanáticos que pululan en determinados momentos de la vida social?

Nos parecen oportunas aquí dos observaciones: que el hombre probo ofendido por un hombre generoso bien pronto ve rehabilitada su reputación, porque también el fin hizo fácil y excusable la obra del pretendido difamador, quien, por lo demás, precisamente, porque no es un malvado, procederá con cierta cautela (nosotros hablamos aquí de los difamadores que representan el tipo medio normal y no de los que difaman por un motivo psico patológico, como, verbigracia, las personas histéricas y monomaniacas que calumnian y mienten con tanta facilidad (V. §§ 107 y 108).

Aceptemos, no obstante, la doctrina de los adversarios de que existen grandes peligros para el honor de las personas. Pues bien, si se admite la solución opuesta, la de proscribir la buena fe ¿no existirían peligros para la libertad y el bienestar individual y social? Negando el beneficio de la buena fe, muy difícilmente se ejercería la censura pública que hemos tratado de demostrar es de utilidad general, porque antes de lanzar una acusación sería preciso tener pruebas irrefragables de su veracidad. Contra este escollo se estrella otra objeción que se opone á la *fides veri*, declarando que todo hombre está obligado á abstenerse de acusar ante el tribunal de la opinión pública á otro hombre, mientras no tenga en su poder, la prueba de lo que afirma.¹ Es preciso tener presente que los delincentes más ó menos manifiestos tienen tanta ha-

¹ Pessina, *Elem II*, p. 132.—*La Libertá, etc.*, pag 153

bilidad,¹ falsean con tal arte y esconden con tanto cuidado sus malas acciones, que la prueba, por mucha diligencia que se emplee, se hace muy difícil y no pocas veces imposible. Los hombres, como dice Gioia, tienen más cuidado de parecer perfectos que de serlo.² Por lo que, si la buena fe no salva, toda censura se elimina ó queda muy disminuida.

Las malas consecuencias de la abolición de la censura se verificarían muy especialmente en la prensa; ¿cómo puede procurarse el escritor las pruebas irrefragables de cuanto afirma? Aun; si lo puede después, será muy raro, ya que no imposible, que posea esas pruebas en el momento de la acusación. Y si espera tenerlas para poder acusar, el malvado acaba su obra y huye. Todos saben los innumerables obstáculos que se oponen al publicista que desee conocer la verdad de un hecho. Por lo demás, se desnaturalizaría de esta manera la función del periodista, el cual usurparía las atribuciones de la autoridad judicial. ¿Cómo podría interpretarse también la opinión pública, que carece de documentos?

Por consecuencia, nos hallamos aquí otra vez ante la utilidad individual y la de la sociedad.Cuál de las dos debe prevalecer cuando estén en conflicto, no nos parece dudoso.

III.

94. Como conclusión general notaremos, por último, que la función que atribuimos á la verdad y á la buena fe elimina esta otra objeción que Castori hacía á aquellos que quieren ensanchar la *exceptio veritatis*: entrando,

1 Lombroso, *L'uomo delinquente*, I, p. 449---451.

2 Gioia, *ob. cit.*, p. 20, § 5.

escribía, en este terreno, se ofrecería un campo tan vasto á la defensa, que ya no habría difamadores, sino únicamente hombres que, creyendo decir ó diciendo la verdad por interés público, ofendieran la reputación de otros¹.

Notaremos que nuestro Código [art. 394], mientras al principio admite dentro de los límites del sistema mixto la prueba de la *verdad* ó *notoriedad* del hecho, luego, por el contrario, considera solamente la verdad; ¿la notoriedad es entonces un pleonasma?

En cuanto á la buena fé es evidente que, excluyendo el sistema del Código respecto á la difamación la investigación del fin, la distinción defendida por nosotros entre la buena fe con fin innober y buena fe con fin noble, no sería aplicable.

El mismo artículo no contiene nada concerniente á la eficacia exculpante de la buena fe, de modo que la cuestión relativa queda encomendada á la jurisprudencia² que se ha demostrado vacilante.³

95. Por lo que á nosotros toca, creemos que la buena fe, según el Código, no exculpa. En efecto, no quita la conciencia de la idoneidad difamatoria de un hecho, como no la quita la verdad de éste, que, subjetivamente, se identifica con la buena fe. Por tanto, el argumento que

1 Castori, *ob. cit.*, § 6, p. 445.

2 Lo dijo en el Senado el Guardasellos Zanardelli, contestando al H. Riberi que defendía la buena fe como exculpante. (*Discussione al Senato*, p. 235.)

3 En el sentido de la exclusión V. Sent. Trib. de Roma cit. *Riv. Pen.*, 34, p. 295.—*App. de Roma cit.*, *Riv. Pen.* 35, p. 294.—*Casaz. cit. Foro Ital.* XVIII II, 386, 394.—*En contra*; Sent. 24 Dic. 1891, App. de Venecia, *Tem. Ven.* XVII, 67.—Observemos que la jurisprudencia sobre el Código anterior solía excluir la buena fe; V. Clavarino, *ob. cit.* 160.—En cuanto á los representantes del Ministerio Público, los oradores que se ocuparon del argumento en los discursos del año judicial de 1892, rechazaron la opinión de que la buena fe hace desaparecer el delito de difamación. V. Lucchini, *I discorsi di apertura, etc. Riv. Pen.*, XXXVI, 496.

de *jure condito* induce á proscribir la investigación de la buena fé, es de la noción del *animus iniuriandi* contenida en el art. 393.

No tiene ningún peso, en nuestro concepto, otro argumento aducido para sostener la misma tésis, ó sea, que, si el inculpado pudiera probar su buena fe, se llegaría á eludir la prohibición de la ley acerca de la verdad de la imputación. ¹ Los hechos que hacen presumir la verdad, son distintos de los que la demuestran; y si de todos modos la distinción en un punto se hiciera difícil y casi imposible, sería fácil al juez, por razón de la prohibición, limitar la admisión de los primeros. ²

¹ *Foro Ital.*, XVI, p. II, c. 397.—*En contra*: Castori, *La diff. nel Cód. Pen.* etc., § 5, p. 443.—Tecchio, *Adriatico*, XVI, 244, p. I, c. 2.

² Fabreguettes, I, § 1141.—Barbier, II, § 556, p. 99.

CAPITULO SEXTO

SEIS HIPOTESIS RECAPITULATIVAS

Resarcimiento de daños y difamación delictuosa:

96. Habiendo terminado el análisis, podemos presentar ahora la síntesis de la teoría psicológica desenvuelta en este estudio.

El *animus iniuriandi* está caracterizado por la antisocialidad de los motivos y del fin que inspiraron al agente, entendiéndose la antisocialidad en un amplio sentido psicológico y presindiendo de cualquiera enumeración taxativa y apriorística. Ante este elemento subjetivo verdaderamente dominante, todo otro elemento del delito que examinamos es subalterno y secundario, y de él parten y toman su importancia las varias accidentalidades de hecho que acompañan á la imputación difamatoria.

Esta explicación práctica de la teoría psicológica de la difamación se agota con las siguientes hipótesis recapitulativas, tal como resultan de este estudio:

a) hecho verdadero subjetiva y objetivamente y fin bueno—impunidad.

de *jure condito* induce á proscribir la investigación de la buena fé, es de la noción del *animus iniuriandi* contenida en el art. 393.

No tiene ningún peso, en nuestro concepto, otro argumento aducido para sostener la misma tesis, ó sea, que, si el inculpaado pudiera probar su buena fe, se llegaría á eludir la prohibición de la ley acerca de la verdad de la imputación. ¹ Los hechos que hacen presumir la verdad, son distintos de los que la demuestran; y si de todos modos la distinción en un punto se hiciera difícil y casi imposible, sería fácil al juez, por razón de la prohibición, limitar la admisión de los primeros. ²

¹ *Foro Ital.*, XVI, p. II, c. 397.—*En contra*: Castori, *La diff. nel Cód. Pen.* etc., § 5, p. 443.—Tecchio, *Adriatico*, XVI, 244, p. I, c. 2.

² Fabreguettes, I, § 1141.—Barbier, II, § 556, p. 99.

CAPITULO SEXTO

SEIS HIPOTESIS RECAPITULATIVAS

Resarcimiento de daños y difamación delictuosa:

96. Habiendo terminado el análisis, podemos presentar ahora la síntesis de la teoría psicológica desarrollada en este estudio.

El *animus iniuriandi* está caracterizado por la antisocialidad de los motivos y del fin que inspiraron al agente, entendiendo la antisocialidad en un amplio sentido psicológico y presindiendo de cualquiera enumeración taxativa y apriorística. Ante este elemento subjetivo verdaderamente dominante, todo otro elemento del delito que examinamos es subalterno y secundario, y de él parten y toman su importancia las varias accidentalidades de hecho que acompañan á la imputación difamatoria. ®

Esta explicación práctica de la teoría psicológica de la difamación se agota con las siguientes hipótesis recapitulativas, tal como resultan de este estudio:

a) hecho verdadero subjetiva y objetivamente y fin bueno—impunidad.

b) hecho verdadero subjetiva y objetivamente con fines y motivos aviesos—pena.

c) hecho verdadero sólo subjetivamente (buena fe) y nobleza del fin—impunidad.

d) hecho verdadero sólo subjetivamente, con fines y motivos aviesos—pena;

e) hecho verdadero sólo objetivamente (falso subjetivamente) fin avieso necesario—pena;

f) hecho falso subjetiva y objetivamente [fin avieso necesario]—pena ¹

Basta tener presente que en las hipótesis b, d, e, f, es necesaria una sanción defensiva, determinar el género sería una investigación extraña á nuestro modesto tema y en gran parte poco concluyente, porque el género de pena debe adaptarse al reo más que resultar de la construcción jurídica del delito.

Se comprende de este modo que la medida de esta sanción podrá ser diversa en las varias hipótesis; pero aun á este respecto cualquiera ilustración sería inoportuna y supérflua.

Establecido el principio soberano de la antisocialidad de los fines, ya no tendremos sino que aplicar la teoría expuesta por Garofalo, espléndidamente desenvuelta y com-

¹ Estas conclusiones son naturalmente más completas no sólo que las que presenta la escuela clásica para la que sólo son posibles tres hipótesis (falsedad objetiva y subjetiva—verdad objetiva—y verdad únicamente subjetiva; V. Pessina, *La Libertá*, etc., 151-154); sino también de las que fueron expuestas en nombre de la escuela positiva. Las hipótesis de Sighele son cuatro (omitiendo la d y e). Se encuentra una gran laguna en Bianchi, el cual distingue solamente la difamación que tiene algo de pasión é interés personal y la que carece de objeto y se cometió involuntariamente, ya por negligencia ó por descuido profesional (art. cit., p. 538). ¿Pero qué pensará el ilustre publicista de los difamadores que se proponen conseguir un objeto noble y social?

pletada luego por Ferri. ¹ Indudablemente deberán pesarse las varias circunstancias de hecho, la dignidad de las personas injuriadas, la de las personas presentes á la injuria, la mayor ó menor publicidad, la forma del insulto y otras. ²

97. Es preciso, por el contrario, poner en claro dos puntos en que nuestras conclusiones no están de acuerdo con las presentadas por otros sobre el mismo argumento y en la órbita del mismo orden de ideas en que nuestro trabajo se ha inspirado.

El uno se refiere á la obligación de resarcir los daños; el otro á la difamación delictuosa de la cual intencionalmente no nos ocupamos ya.

98. Es natural que en la hipótesis en que se requiere la pena, sea también obligatorio el resarcimiento; y hasta aquí *nulla questio*; pero ésta se presenta cuando se trata de un caso en que no existe la pena.

En efecto, algunos, en el caso de imputación falsa, motivo noble y buena fe, querrían echar sobre el autor el peso enorme de la responsabilidad civil; ³ proposición que á nosotros no nos parece admisible.

Al exponer esta opinión no es nuestra intención negar la obligación del resarcimiento de los daños en los demás casos; cosa generalmente admitida por los escritores, muchos de los cuales exigen la fianza por parte del periódico. ⁴

¹ Garofalo, *Crim.*, p. III, cap. II, § III. Ferri, *Sociol. crim.*, c. III p. VII.
² Gioia, *ob. cit.*, p. I, l. I. c. V. Armó, *ob. cit.*, p. 54.
³ Sighele, art. cit., p. 46-49. Nasi, *Gazzetta cit.* Según Magri (*not cit.*, c., 382) para los difamadores por móviles sociales basta la retractación y el resarcimiento de los daños.—Bianchi (art. cit., 538) querría que el periodista que yerra, pero sin dolo, estuviera obligado tan solo al resarcimiento civil.
⁴ Entre los escritores más recientes son favorables á la fianza: Bonasi, § 129 Manfredi, 357-368.—Bertolini, *Privilegio* § 8, p. 13—Buccellati, 47. Stivanello, c. XVI. Le son contrarios: Ellero, § 98-99.—Guerzoni, 73.—Crivellari, c. XXIII, 235.—Pincherle, 206-207.—Castori, XI, 262 y XV, 289.—Sey-

Además, la cuestión se examina *de jure condendo*, prescindiendo de las eventuales disposiciones legislativas ¹ y rigurosamente según los principios de la teoría del fin.

Sentado esto nos parece que la doctrina de la nueva escuela, á pesar de ser tan rigurosa, tratándose del resarcimiento, en la hipótesis, conduce á una solución opuesta á la expresada.

La cosa es de una evidencia luminosa.

En efecto, la escuela positiva no conoce mas que dos formas de represión: a) eliminación total ó parcial; b) obligación de resarcir, destinada ésta como una pena particular, á los delincuentes menos temibles, sin depravación moral.²

El resarcimiento, se reduce, pues, á una pena, por lo que Garófalo, en su sistema racional de penalidad, lo propone como único mediodefensivo contra la difamación, sin hacer distinción entre difamación y difamación.³ Pues bien, ¿cómo podrá aplicarse una pena y especialmente la de la difamación, en la hipótesis, si faltan por completo, según demostramos, los elementos de tal delito? Además, el ciudadano que hace una imputación á otro, ¿no ejerce acaso derecho de censura? ¿Y de cuándo acá el ejercicio de un derecho atrae una pena? El Derecho Penal Romano enseñaba que *«is qui jure publico utitur, non videtur iniuriæ faciendæ causa hoc facere»* y que *«nemo damnum facit, nisi it qui id facit quod facere jus non ha-*

del *op. cit.* § 16, p. 317. La fianza fué instituida primeramente para garantía del Erario (por multas y gastos del proceso) y después para la de los particulares (resarcimiento de daños). Debe observarse que hoy sólo es combatida por su carácter anti-liberal y limitativo.

¹ Sighele por único argumento aduce el art 1151 del Cód. Civ.

² Garófalo, *Crim.*, p. III c. I. p. I. c., IV, p. III. Ferri, *Sociol.* 696-705 y 761-764. Dice Ferri explícitamente que la obligación del resarcimiento se considera como una forma de responsabilidad penal (p. 697).

³ Garófalo, *ob. cit.*, p., 471-474.

bet.» Enseñamientos que son todavía verdaderos hasta hoy, en que aparece lo absurdo de encontrar un cuasi delito en donde el delito no existe.¹

Pero aún hay más: para poder aplicar el resarcimiento es preciso que la acción que lo origina, sea por lo menos antijurídica y antisocial, por más que no sea delictuosa.² En la hipótesis, este carácter falta enteramente y tenemos, por el contrario, una acción que coincide con el interés general, con el orden y el progreso jurídico que favorece el bienestar social, como á su tiempo procuraremos demostrar. No hay, pues, motivo para el resarcimiento.

Algunos afirman, no obstante, que el resarcimiento debe fundarse en la conexión puramente objetiva de la acción con el daño causado.³ Haciendo á un lado lo que tiene en sí de general el principio y prescindiendo de sus aplicaciones eventuales en el campo del Derecho, nos parece que no se puede adoptar una forma de represión penal, como es precisamente el resarcimiento del daño, sin la investigación subjetiva de que la acción generadora del daño constituye un delito. De todos modos, no podría aceptarse ese principio en nuestro tema, sin pensar en la naturaleza especial de éste, supuesto que las necesidades y las condiciones sociales actuales requieren el más amplio ejercicio de la censura pública conciliado con la más enérgica defensa contra los difamadores antisociales. Pues bien,

¹ Fabreguettes, II, § 1389, 2092. Barbier, II, § 567, 884. Notemos que en Inglaterra, el país clásico de la responsabilidad civil, no hay resarcimiento si se prueba la verdad de la imputación.

² Ferri, *ob. cit.*, 557-558.

³ Castelli, *L'azione civile contro i delinquenti pazzy*, § 3. *Arch. di psicol. etc.* X, 308-314. Desde hace tiempo se espera con interés la publicación de un trabajo del abogado Venezian sobre este importantísimo asunto; esperamos que pronto se vea cumplido el deseo de los estudiosos y que pronto se dé á luz.

¿cuáles serán las consecuencias de la obligación del resarcimiento impuesta al difamador noble, en caso de que falte la prueba de la verdad?

99. Consideremos estas consecuencias. Es preciso reconocer que el resarcimiento para muchos individuos es un peso más grave que la misma pena de retención. Resultaría, por consecuencia, que el temor de no hallar la verdad alejaría á muchos del ejercicio noble y útil de la censura. Se renovarían, en una palabra, todos ó gran parte de los males ya deplorados que acarrea no permitir se pruebe la buena fe. ¿Con qué objeto se declara entonces que la buena fe y el fin noble quitan todo delito? Se echa un mal por la puerta y se deja que vuelva á entrar por la ventana. Por consiguiente, disminuye la censura.

Pero aun hay algo más; el resarcimiento convertiría el derecho de censura en monopolio de pocos; impondría á esta nobilísima función el funesto yugo del capital y del dinero, y como consecuencia última habría un trato desigual, porque ¿cómo podría resarcir quien careciese de medios? ¿Debería ir á la cárcel? Es ésta una grave dificultad que no han pulsado los autores del resarcimiento.

Es cierto que la escuela positiva, para el delincuente que no pueda pagar el resarcimiento á que hubiera sido condenado, propone el trabajo corto, sin la prisión; pero es evidente que esto implica necesariamente cierta disminución de la libertad personal ¹ y hay siempre diferencia de tratamiento que aleja á los menos abyectos del ejercicio de la censura que debería ser accesible á todos.

100. Más es intuitivo que para que surja la obligación del resarcimiento es preciso que exista el daño efectivo. ¿Existe quizá en nuestro caso?

¹ Ferri, *Soc.* 683, 751, Garofalo *Crim.*, 393, 473, 474.

Aparte de la dificultad de probar y estimar el daño ¹ es indudable que no debe favorecerse la tendencia, tan extensamente desarrollada hoy, de covertir la querrela de difamación en un medio lícito para especular y acumular oro. ² Comenzaremos, pues, por distinguir los daños morales de los materiales. Por comodidad de la discusión podríamos adoptar desde ahora la teoría de que el daño moral nunca puede resarcirse ³ y la cuestión quedaría resuelta; pero, al contrario, para no rehuir las dificultades que presenta el asunto, partiremos de la opinión más común de que los dolores y daños morales en general, y, en consecuencia, también los que ha ocasionado la difamación, deben repararse. ⁴

Es indudable que, dado el fin noble, dada la buena fe, el daño moral desaparecería ó quedaría muy atenuado; pero, como quiera que sea, como dice muy bien Gavazzi Spech, el daño moral de una difamación no se paga ⁵ y la reparación (como juzgó también la jurisprudencia francesa) no se hace exclusivamente con dinero. ⁶ Las maneras de rehabilitar la fama del ofendido, no faltan. Así, la publicidad de la retractación solemne de la imputación podría considerarse para el ofendido una compensación moral suficiente, retractación (*revocatio. actio ad palidoniam*; satisfacción testificativa) que tiene un carac-

¹ Fabreguettes, II, § 1,144.

² V. *Relaz lomb.*, p. 15.—“Quien pide una indemnización comunmente exagera.” Gioia p. 161.

³ V. Sobre esta teoría á Chironi, *Lu colpa nel dir. civ. odierno. Colpa Aquiliana*, Torino, 1884, II; n. 412, p. 219-220.—Pedrazza, *Del danno morale*, Giurisp. Ital. XLIV, p. IV, c. 357-359.

⁴ Bono, *ob. cit.*, p. III, 197.

⁵ Gavazzi-Spech, 281.—Contra la satisfacción pecuniaria. V. Bentham, *Principes du Cod. pen.*, p. I. ch. XI, *Oeuvres*, I, 152.—En favor: Gioia, *ob. cit.*, p. II, sez. IV y IX.

⁶ Barbier, II, § 853-V. Bentham, *ob. y lug. cit.*, ch. VIII.

ter altamente itálico ¹ y debería eliminar la mala impresión causada por la acusación en la opinión pública. Tal vez no sería tampoco inoportuno establecer alguna cosa como la reparación al honor, sancionada por el Derecho francés para los ultrages á los funcionarios ². En suma, los medios de reparar el daño moral no faltan, especialmente hoy que tenemos el grande vehículo de la publicidad periodística.

Restaría acaso un daño material que generalmente se refiere al pasado; ³ pero pequeño y poco frecuente. ¿Más por qué razón debe resarcirlo el autor de la imputación?

El hombre vive en sociedad; debe, pues, aceptar sus ventajas é inconvenientes, y el daño no es resarcible, si es el resultado de las necesidades sociales y de las leyes generales que rigen la vida del cuerpo social; y tal sería precisamente el daño en nuestra hipótesis. Si en ciertos casos existiera realmente el perjuicio y fuera considerable, la obligación del resarcimiento, por las consideraciones ya expuestas, sería de la sociedad entera en cuyo interés se hizo la denuncia y que debería, naturalmente, sufrir las malas consecuencias eventuales. Y no se crea que esta consecuencia es tan heterodoxa, como á primera vista parecería.

Ya Bentham, al hablar de satisfacción, proponía, ⁴ y

1 Bentham, *ob. cit.* p. I, ch. XIII, (Oeuvres, I, 155).—Gioia, *ob. cit.*, lib. III sez. II, c. I.—Pertile, *Stor. del dir. itali.*, V, § 202.—Capello, 5, 6.—Los defectos observados por Gioia en cuanto á la ejecución (1891-90) desaparecen en nuestro sistema. En cuanto al que se refiere á la naturaleza de la satisfacción (191) véase lo que dejamos dicho sobre el resarcimiento del daño material.

2 V. Chauveau, et Hélie, *Théorie etc.*, VII, ch. XVI, § I.

3 Respecto á la distinción entre la satisfacción referente al pasado y a futuro, V. Bentham, *ob. y lug. cit.*, ch. VI. Gioia, *ob. cit.*, p. 177-178.

4 Bentham, *Prin. du cod. pen.* p. I, h, VIII, (I, p. 167).

en esto consentía Gioia, ¹ que, no teniendo el ofensor la posibilidad de pagar, la comunidad, ó sea, el tesoro público, debiese pagar por él; y así lo disponían muchos estatutos italianos.

Además ¿no se pidió por muchos, aun no partidarios de la escuela positiva, la intervención del Estado para resarcir á las víctimas de errores judiciales? ² La razón de la proposición reside en el carácter de la función pública que ejercen los acusadores, órganos del Estado; y esta razón, si examinamos bien la sustancia, prescindiendo de la forma, sirve también en nuestro caso. Además, supuesto que esa proposición prescinde de los motivos y del fin del acusador y nosotros le damos la mayor importancia, resulta que en nuestro caso se requiere más rigurosamente todavía el carácter de la función pública en el autor de la imputación.—Se enseñó asimismo que el Estado debería convertirse en el cesionario de los derechos de las víctimas del delito y darles una satisfacción inmediata, salvó hacer valer su acción, por decirlo así, contra el ofensor y el reo. ³ Por consecuencia, la proposición presentada aquí subordinadamente, sería como la aplicación ulterior de un principio ya admitido.

De este modo se resarciría el sólo daño efectivo, y este objeto, al que tienden todos, se conseguiría, sin que quedara disminuido el ejercicio de la censura por temor al gravamen que podría pesar aun sobre los difamadores con fin noble.

101. Puede suceder, sin embargo, que existiendo los dos elementos esenciales, esto es, el fin noble y la *fides veri*,

1 Gioia, *Delle ingiurie etc.* l. III, sec. I, c. II, § V.

2 Ferri, *Soc. crim.*, 703.—Berenini, *Degli effetti e dell'esecuzione delle condanne penali* § 14. (Tratt di P. Cogliolo, t. I, p. II.)

3 Ferri, *Sociol.*, 702-703.

intervenga otra circunstancia que concierne propiamente á la causa de la buena fe, no acompañada de verdad objetiva, es decir, la negligencia del autor, y de este modo surge la difamación por culpa.

Este es un problema tan importante como difícil.

La doctrina, casi concorde, enseñaba, en general, que no puede haber difamación por culpa; ¹ pero últimamente volvió á presentarse la cuestión y, con el noble intento de substraer á los periodistas del yugo de la nueva ley penal, se propuso categóricamente la distinción entre difamación dolosa y difamación por culpa. ² Pocas observaciones haremos en contrario, supuesto que varias de las razones expuestas sirven también para combatir la difamación por culpa, que existe cuando el autor tomó informes con negligencia, omitiendo el cuidado que debe ponerse en todas las cosas por un hombre normal.

102. Es requisito esencial de la culpa, según los enseñamientos más comunes, la falta de previsión de las consecuencias dañosas que hubieran podido preverse. ³ Es

¹ V. Carrara, III, §§ 1.753-1754.—Pessina *Elem.* II, 116.—No faltan, sin embargo, las opiniones discordantes. Ellero, además de la calumnia maliciosa, concibe la calumnia *temeraria* ó *procax*, que existe cuando el agente no ha usado todas las precauciones posibles con que los hombres suelen asegurarse de las cosas. (*ob. cit.*, § 138, p. 635).—Bonasi, en caso de negligencia ó inadvertencia, quería la multa y el resarcimiento de los daños (*ob. cit.* §§ 123, 125).—Por esta clase de difamación se pronunció casi toda la jurisprudencia (V. Capello, p. 22.—Sent. de 25 de Mayo de 1872, Casación de Turín, en la *Jurisp. Ital.*, 1874. N. 127).

² V. Carlo Lessona, *Stampa e diffamazione* (*Giustizia*, II, 48).—Bianchi *Condanne dei giornali* (Scuola Positiva, I, 538).—Sighele, *ob. cit.*, p. 49.—Stoppato, *nola di giurisp. cit.*, 68.—Longhi, *Discorso, etc.*, 27.—En el extracto de su artículo adicionado, Bianchi insistía en la idea de que, faltando el objeto antisocial, interviniendo la buena fé, tratándose de un hecho que interesa al público y habiéndose reparado inmediatamente el error, el periodista es solamente reo de contravención, salva la responsabilidad civil (*estr.* p. 6.)

³ V. Carrara, *Pragr.*, p. g. § 20.—Pessina, *Elem.*, § I, 64 p. 178.—Ellero § 180 p. 755.

indudable que cuando uno, teniendo la posibilidad de examinar diligentemente las pruebas, lo omite ó descuida, no puede hallarse animado por un fin noble y social que busca la verdad y el bien, sino que está impelido por una pasión brutal: por el odio, supuesto que existe una conexión íntima entre la solicitud de reunir y valorizar las pruebas y la clase de fin que tenía la difamación. Si una negligencia cualquiera interviene, desaparece desde luego el fin noble y social, considerando el carácter de éste como resulta de nuestro trabajo. Requiere, por el contrario, el más escrupuloso examen de las pruebas cuando es necesario.—Como quiera que sea, ese individuo se halla desprovisto de la idoneidad que deben tener los órganos de la censura pública.

Sin embargo, en la mayor parte de los casos, dicho examen no es ni siquiera posible. Así, por ejemplo, en la difamación por medio de la prensa, la rapidez de la gaceta y de la censura, la prisa de la composición y la deficiencia de los medios, no permiten observar al periodista una grande diligencia y quitan consiguientemente la posibilidad de la previsión. Esto sucede muchas veces aun cuando la difamación se haga por otros medios. De modo que, en realidad, la distinción propuesta no consigue el objeto de los que la propusieron, ó sea, el de resolver equitativamente la cuestión de la difamación por la prensa y favorecer á los periodistas, sin pretender por eso su impunidad.

Resulta que la difamación por culpa, excluida en el mayor número de casos, quedaría limitada á pocos en que por las circunstancias de hecho bien puede decirse que: *culpa lata dolo malo aequiparatur*.

El delito de culpa, además, debe ser antisocial, ¹ mien-

¹ Ferri, *Sociol.*, p. 506.

tras que, en la hipótesis, la divulgación por ligereza no lo es absolutamente, supuesto que la antisocialidad proviene, en nuestro concepto, del motivo.

En fin, mayores y más frecuentes serían los perjuicios de la disminución de la censura y de la debilitación de la energía por el bien público á que nos referimos, al hablar de la buena fe.

En efecto, de todo nuestro estudio resulta evidentemente la necesidad de facilitar la vigilancia y la censura; es preciso, pues, que quien desempeñe estas funciones esté seguro de que, probando la nobleza de sus móviles y de su fin, no resulte gravado ni perjudicado. Con la difamación por culpa, desaparecerá tal seguridad y sería muy probable que resultara condenado á ese gravamen, cuya idea acabaría por ser en su mente un poderoso motivo que le impediría ejercer la censura.

La conciencia de haber hecho lo posible para descubrir y manifestar la verdad, jamás sería suficiente garantía para eximir de la pena, supuesto que eso de la previsibilidad es un concepto subjetivo y elástico, susceptible de aplicaciones prácticas muy oscilantes y contradictorias. De esto resulta que el castigo de los difamadores incautos daría el pésimo resultado de poner obstáculos á los difamadores nobles y conscientes. Se ve, pues, que en nuestro caso falta la razón de la necesidad social, que justifica, aun según Carrara, la punibilidad de los delitos deculpas.

Por otra parte, la distinción, tal como ha sido propuesta, es insuficiente é injusta, porque confunde dos casos muy distintos: el de la buena fe con fin noble y el de la imputación hecha con ligereza. Y la confusión se verifica ó en las premisas, ó en las consecuencias (Bianchi), es decir en la equiparación de los dos casos en la sanción,

que se resuelve después en la obligación del resarcimiento (Sighele).

Lo repetimos, ambos casos son muy distintos subjetivamente y también desde el punto de vista del daño social. En consecuencia, toda equiparación en la sanción es injusta e ilegítima.

Nosotros, por tanto, rechazamos así el resarcimiento en el caso de buena fe con fin noble, como la difamación por culpa, en razón de los graves daños que resultarían si se admitiera.

* * *

104. Hemos trazado ya el sistema que, en nuestra opinión, se deriva de la teoría del fin; pero para que provea mejor á la defensa social es necesario una reforma complementaria respecto á las personas responsables de delitos cometidos por medio de la prensa. Nosotros pedimos que la responsabilidad en los mencionados delitos, y por consecuencia también en los que contra el honor se cometen por medio de la prensa, se considere y valore en donde quiera que exista, suprimiendo la ficción ridícula del gerente, caricatura monstruosa de lo que se hizo en Francia ¹ y por consentimiento común inmoral ² se reveló fuente escandalosa de fáciles absoluciones ³

105. Habiendo dado ya la noción de nuestro sistema, podemos apreciar con mayor exactitud la objeción de la perturbación y del desorden social ya examinada. En primer lugar el ejemplo autorizado de América demues-

1 V. Bonasi, § 96-99, p. 120 y sig.

2 La literatura moderna contra la institución del gerente es riquísima: V. Ellero, 173-175, p. 750. Manfredi, 440, cap. II, p. 341-357. Pinchele, c. V., 152. Bonasi, *ob. y lug. cit.*, Buccellati, c. III, p. 42-46. Castori, XII, p. 264. Stivanello, XV, p. 128. Crivellari, *ob. cit.* XXIV-XXV, 269-293. Gayazzi-Spech, 286-297. Fioretti, *ob. cit.*, § IV, p. LVII-LXII. Fracassetti, *ob. cit.*, p. 28-31. Lecci, *ob. cit.*, 28. Bertolini, *La diff.*, 5.

3 V. Bonasi, *ob. cit.*, § 101. Guerzoni, p. 71.

tra que no hay conexión necesaria entre el decir de todos y de toda la verdad, y la decantada consecuencia de la perturbación. El espíritu del periodista en América, dice Toqueville—es de seguir á los hombres en su vida privada, de descubrir sus debilidades y defectos. ¹ y no obstante, como observa Bonasi, ese pueblo puede gozar una tranquilidad profunda. ²

En segundo lugar, nuestro sistema alcanza á todos los malvados, ó á su mayor parte, respecto á la difamación, en sentido activo y pasivo, y no gozan de impunidad sino los elementos sociales. De modo que se puede afirmar que no acontece una perturbación real de la vida social.

Admitamos, no obstante, la hipótesis más favorable á los adversarios, y, por tanto, la temida perturbación. ¿Qué sucedería? ¿El criterio que debe seguirse no es siempre el del menor de los males? ¿Acaso nada vale el objeto de defender la sociedad, de depurarla de toda clase de malvados y proteger la honorabilidad de los individuos? ¿Será preferible un sistema de honor convencional y mentido á la lucha grande y fecunda que eleva los caracteres enteros y sociales y echa á pique los miserables, egoistas y anti sociales?

Por otra parte es indudable que el freno de la opinión pública, de la que los difamadores nobles son órganos necesarios, es muy eficaz contra las malas acciones y un estímulo para las buenas costumbres. Con la evolución se ha formado una sanción social que sirve de refuerzo á las sanciones políticas y religiosas y es uno de los medios de conservación; ³ por lo que los hombres apartados del estado moral elevadísimo que subtrae la conducta de la consideración de las consecuencias y opiniones de las demás personas, sienten mayor pena por el reproche de

¹ Torqueville, ob. cit., II, p. 25.

² Bonasi, 19.

³ Spencer, *Morale*, 142-144.

otros que acompañe un hecho, aun cuando no sea intrínsecamente injusto, que no por la conciencia de haber hecho algo injusto en sí y por sí. ¹ Por este motivo los políticos ingleses consideran un castigo el silencio de la prensa ² y apenas un ciudadano (siempre en Inglaterra) cree tener motivo para quejarse de la actitud de un funcionario, del gobierno ó hasta de una empresa particular, su primera palabra para que se le haga justicia y expresar su descontento, es la amenaza de dirigirse á los periódicos. ³ Además el descrédito moral, fuera de la impresión psíquica que causa en la vida interior del individuo, produce daños considerabilísimos en la vida exterior de sus relaciones. ⁴ Se puede concluir, por consiguiente, que el temor del juicio libre sirve para prevenir muchas acciones deshonorosas é ilícitas. ⁵

No olvidemos tampoco las célebres palabras de Cayetano Filangieri tantas veces citadas: "el legislador no debe temer ningún mal de esta censura privada que, lejos de perjudicar, podría, por el contrario, favorecer las costumbres, sirviendo de freno al vicio y de un temor más al vicioso"; ⁶ ni el enseñamiento de Romagnosi si quien, tratando de las sanciones del honor, como poder cooperativo, para prevenir los delitos, escribía: "cuando es sana é ilustrada la opinión de que hablamos, podremos prometernos con razón que será poderosa, perenne é inexorable la sanción del honor para prevenir en la sociedad toda clase de delitos." ⁷ También Bentham consideraba

¹ Spencer, *Morale*, § 46, p. 145-146. Id. *Psychol*, II, § 523, p. 636 *Sociol*, III, 470 p. 444.

² Bonasi, p. 11.

³ Cuheval Clabigny, *Histoire de la presse en Angl.*, ch. IV, p. 110, cit. por Bonasi, ob. cit. p. 139. Fracassetti, p. 38.

⁴ Gioia, ob. cit., par. II. lib. II sez. IV, c. IV y V.

⁵ Mittermaier, ob. cit., p. 390., En el mismo sentido Ellero, § 135, p. 633.

⁶ Filangieri, *Scienza de la lejislaz*. lib. III, p. c. 63, p. 175.

⁷ Romagnosi, *Genesi del dirt pen.*, § 12 14.

el estímulo del honor y la sanción popular como medio indirecto de prevenir los delitos.¹

Si existe, pues, algún pequeño desorden, queda abundantemente compensado por los múltiples beneficios de la censura, que sirve, como ya se vió, para la selección social.

105 bis. El mal es que de este modo se admiten legalmente otras culpas fuera de las que castiga el Código Penal.² Esta objeción ha sido ya contestada,³ y es inútil repetir lo que entonces se dijo.

Se dice también que esta ilimitada facultad de descubrir los vicios de la humanidad y sus grandes y pequeñas debilidades, es una fuente de inmoralidad que impide la sana educación del carácter que todos deseamos. "Esto es una corrupción ó una tendencia á ella, porque muchos hombres honrados, pero ambiciosos, no habiendo podido conseguir su objeto, se sirven de las malas artes de los demás, que llegan á su noticia, por las que lograron sus propósitos, pensando que no debe sorprender que ellos mismos tengan debilidades y empleen medios ilícitos cuando hombres eminentes que ocupan altos puestos los han usado y son, sin embargo, respetados y estimados públicamente. Así, la corrupción de las costumbres y la patología del carácter se extienden á todas las clases con mayor facilidad."⁴

La objeción debe ser examinada, sea por la autoridad del eminente sabio que la aduce, sea porque nos presenta otra de las múltiples formas del problema discutido en este libro, ó sea, la de la corrupción y decadencia del carácter que podrían ser fomentadas por la publicidad de los delitos.

1 Bentham, *ob. cit.*, p. IV, ch. XVII. Gioia, *ob. cit.*, p. 379-381.

2 Manfredi, p. 285.

3 V. Cap. 1º, § 22, *in fine*.

4 Sergi, *Per l'educazione del carattere*. p. II, c. V, p. 273.

Se puede contestar á ella, diciendo en primer lugar que la prohibición de revelar las acciones deshonorosas y las culpas de otros, no consigue el objeto que se propone. La noticia de tales acciones y culpas corre siempre de boca en boca, se habla de ellas en los círculos y en los cafés y se difunde por la ciudad con el exceso de que, ignorándose su verdadera importancia, se aumentan exageradamente sus proporciones gracias á la fácil excitabilidad de la fantasía popular y al estímulo que ejerce siempre la duda.

En segundo lugar, decir que de este modo los malvados no tendrían ya ningún escrúpulo porque estarían animados por el ejemplo de personas notables que se hubieran revelado inmorales ó criminales, es una cosa que, si bien en parte es exacta, fácilmente se vuelve en contra de los adversarios. Es evidente, en efecto, que algunos pueden detenerse en el mal camino por la consideración de que su culpa no quedaría oculta ni impune, supuesto que ni ocultas ni impunes quedaron las de otros hombres que ocupaban un puesto más elevado en la sociedad y por consiguiente podían disponer de mayores medios de defensa contra la maledicencia y la curiosidad, supuesto que, cuando se llegan á conocer las faltas de los grandes, les alcanza la sanción de la opinión pública y desde ese momento ya no son ni estimados ni respetados. Esto puede decirse, naturalmente por lo que concierne á personas con tendencias antisociales sobre las que pueden ejercer cierta influencia el ejemplo y la educación.

Por último, es preciso no omitir otras dos observaciones importantes. El gran problema de poder decir la verdad tiene otros fines fuera del de la educación del carácter (principalmente el de la defensa contra los elementos perjudiciales y la verdad y sinceridad que deben informar las relaciones sociales), fines que se sacrificarían

al de la educación, si se siguiera el mismo orden de ideas de que partió la objeción,¹ y esto sin conseguir el mejoramiento esperado. Además, es evidente que la sana educación social del carácter se debe procurar y puede conseguirse por otros medios más eficaces que el de la prohibición de que se trata especialmente cuando ésta, aun admitiendo por hipótesis que produjera algún bien en la educación, ocasiona tantos males en otros sentidos.

Nos parece por lo demás que dar publicidad á las culpas de todos, grandes y pequeños, no es fomentar la corrupción, sino uno de los medios mejores para dar una educación sana y viril que rinda culto á la sinceridad y á la verdad.

Concluimos, afirmando que los daños que se originan á la educación del carácter, aun admitiendo que sean tan considerables, como quieren suponerlo los contrarios, está abundantemente compensados por los beneficios de alta índole social que produciría la aplicación del sistema positivo.

Respecto á esa objeción y á la precedente se debe añadir, por último, que los daños atribuidos serían nada, comparados con los gravísimos é irreparables que resultan de la prohibición de indagar y manifestar la verdad.

1 En efecto, sin contar con que no se conocerían todos los reos en el sentido legal, supuesto que los órganos públicos se han manifestado incapaces de hacerlo, quedaría cubierta la corruptela no delictuosa que el mismo Sergi confiesa es numerosísima (ob. cit., p. 196, 249 y 250). En consecuencia, habría muchos hechos penales que deliberadamente se hubieran ocultado, y, por consecuencia, ninguna defensa contra sus autores.

2 Florian, *Pel diritto di conoscere i fatti criminosi. Scuola Positiva*, III, p. 319, 325 contra; el artículo de Cavaguari citado en la pág. 116, nota.

3 Es interesante notar que, mientras aumenta la necesidad de facilitar la censura, la jurisprudencia la hace siempre más difícil. Así, por ejemplo, acaba de proclamar la responsabilidad civil del tipógrafo en cuyo taller es imprime el periódico (Sent. 22 Oct. 1892; Corte Apel. Roma; *Riv. Pen.* XXXVII, p. 143); sin embargo, la Casación fué de opinión contraria (Sent., 28 Ener 1893; *Temé Veneta*, XVIII, p. 162-164.)

CAPITULO SEPTIMO.

Categorías de los difamadores.

106. En este punto el desarrollo de la teoría del fin podría, en realidad, considerarse agotado; pero como dicha teoría examina detenidamente las condiciones psíquicas de quien difama, es oportuno indicar las varias categorías en que se dividen los difamadores. Esta investigación completará el estudio sobre el elemento subjetivo de este delito y nos permitirá sacar la consecuencia general sintética de que el sistema defendido es un óptimo factor para la profilaxis del crimen.

Sin embargo, antes de proceder al examen de cada categoría, es necesario conocer la masa en la que se hacen las reparticiones, es decir, ver cuál ha sido en estos últimos tiempos el movimiento del delito de difamación.

Una dificultad se presenta desde luego. Casi todas las estadísticas penales no consideran la difamación por separado; sino que la unen á la injuria; la estadística belga es la única que no lo hace así, como luego veremos. Resulta que no podemos conocer sino aproximadamente el número de difamadores, aun prescindiendo de las demás razones que hacen incapaz á la estadística de darnos las condiciones reales de este género de delincuencia y que exponemos más tarde. (§ 112).

al de la educación, si se siguiera el mismo orden de ideas de que partió la objeción,¹ y esto sin conseguir el mejoramiento esperado. Además, es evidente que la sana educación social del carácter se debe procurar y puede conseguirse por otros medios más eficaces que el de la prohibición de que se trata especialmente cuando ésta, aun admitiendo por hipótesis que produjera algún bien en la educación, ocasiona tantos males en otros sentidos.

Nos parece por lo demás que dar publicidad á las culpas de todos, grandes y pequeños, no es fomentar la corrupción, sino uno de los medios mejores para dar una educación sana y viril que rinda culto á la sinceridad y á la verdad.

Concluimos, afirmando que los daños que se originan á la educación del carácter, aun admitiendo que sean tan considerables, como quieren suponerlo los contrarios, está abundantemente compensados por los beneficios de alta índole social que produciría la aplicación del sistema positivo.

Respecto á esa objeción y á la precedente se debe añadir, por último, que los daños atribuidos serían nada, comparados con los gravísimos é irreparables que resultan de la prohibición de indagar y manifestar la verdad.

1 En efecto, sin contar con que no se conocerían todos los reos en el sentido legal, supuesto que los órganos públicos se han manifestado incapaces de hacerlo, quedaría cubierta la corruptela no delictuosa que el mismo Sergi confiesa es numerosísima (ob. cit., p. 196, 249 y 250). En consecuencia, habría muchos hechos penales que deliberadamente se hubieran ocultado, y, por consecuencia, ninguna defensa contra sus autores.

2 Florian, *Pel diritto di conoscere i fatti criminosi. Scuola Positiva*, III, p. 319, 325 contra; el artículo de Cavaguari citado en la pág. 116, nota.

3 Es interesante notar que, mientras aumenta la necesidad de facilitar la censura, la jurisprudencia la hace siempre más difícil. Así, por ejemplo, acaba de proclamar la responsabilidad civil del tipógrafo en cuyo taller es imprime el periódico (Sent. 22 Oct. 1892; Corte Apel. Roma; *Riv. Pen.* XXXVII, p. 143); sin embargo, la Casación fué de opinión contraria (Sent., 28 Ener 1893; *Temí Veneta*, XVIII, p. 162-164.)

CAPITULO SEPTIMO.

Categorías de los difamadores.

106. En este punto el desarrollo de la teoría del fin podría, en realidad, considerarse agotado; pero como dicha teoría examina detenidamente las condiciones psíquicas de quien difama, es oportuno indicar las varias categorías en que se dividen los difamadores. Esta investigación completará el estudio sobre el elemento subjetivo de este delito y nos permitirá sacar la consecuencia general sintética de que el sistema defendido es un óptimo factor para la profilaxis del crimen.

Sin embargo, antes de proceder al examen de cada categoría, es necesario conocer la masa en la que se hacen las reparticiones, es decir, ver cuál ha sido en estos últimos tiempos el movimiento del delito de difamación.

Una dificultad se presenta desde luego. Casi todas las estadísticas penales no consideran la difamación por separado; sino que la unen á la injuria; la estadística belga es la única que no lo hace así, como luego veremos. Resulta que no podemos conocer sino aproximadamente el número de difamadores, aun prescindiendo de las demás razones que hacen incapaz á la estadística de darnos las condiciones reales de este género de delincuencia y que exponemos más tarde. (§ 112).

Además, no es de creerse que las cifras de la injuria y difamación agoten la noción de toda la delincuencia que desde el punto de vista psicológico y sociológico se halla al frente de la mentira, de la falsedad, de la intención de herir la reputación ajena; en este caso sería necesario también seguir el movimiento de la calumnia, del falso testimonio, del perjurio, y de otras clases de delitos. Por esta parte la estadística es todavía muy deficiente y se impone urgentemente la necesidad de una reforma en la clasificación de los delitos. ¹

Hechas estas advertencias, cedemos el puesto á la elocuencia de la cifras que se refieren á la injuria y difamación en algunos de los principales Estados de Europa.

ITALIA ²

Delitos de DIFAMACION E INJURIA por los que se intruyó proceso de 1880 á 1890.

AÑOS.	CIFRAS EFECTIVAS	CADA 100,000 HABITANTES
1880	6356	20.33
1881	6149	21.61
1882	6577	22.89
1883	6814	23.49
1884	6833	23.27
1885	8069	27.17
1886	7864	26.26
1887	9075	29.98
1888	7975	26.09
1889	9191	29.70
1890	12555	40.20

¹ V la docta monografía de A. Bosco, *Lo studio della delinquenza e la classificazione dei reati nella statistica penale*, Roma 1892, § III y IV.

² *Della statistica giudiziaria penale*, años 1880-1890.

ALEMANIA ¹

Imputados condenados por injurias y difamación en los años de 1882 á 1890

AÑOS	Núm. complejo de los imputados condenados	AÑOS	Núm. complejo de los imputados condenados
1882	38971	1887	44084
1883	39911	1888	42959
1884	42616	1889	43600
1885	40859	1890	45351
1886	42586		

FRANCIA ²

Imputados Juzgados por los Tribunales Correccionales por DIFAMACION e INJURIAS en los años de 1879-1888

AÑOS	Número complejo de los imputados juzgados	AÑOS	Número complejo de los imputados juzgados
1879	3840	1884	3751
1880	4027	1885	3439
1881	4154	1886	3368
1882	3516	1887	2972
1883	3508	1888	3045

BELGICA ³

Imputados Juzgados por Difamación en los Tribunales Correccionales en los años de 1876-1880, 1881-1885.

AÑOS	Número complejo de los imputados juzgados	AÑOS	Número complejo de los imputados juzgados
1876	173	1881	311
1877	237	1882	286
1878	245	1883	375
1879	272	1884	359
1880	237	1885	284

¹ De la *Statistik des Deutschen Reich-Kriminalstatistik*, 1889-90. - V. *cod. tedes.* § 185, 187 y 189.

² De la *Compte général de l'administration de la justice criminel en France*, 1879-1880.

³ De la *Administration de la justice criminelle et civile de la Belgique*, 1876-1880 y 1881-1885.

Estas cifras demuestran desde luego el aumento progresivo de la injuria y difamación, y á este respecto son de notarse, sobre las otras, las de Italia y Bélgica. Las de Italia, porque la progresión es realmente enorme y porque, tratándose de delitos sujetos á proceso, ejerce menor influencia el elemento perturbador de la injuria; ¹ las de Bélgica, porque nos dan únicamente el movimiento de la difamación, separada de la injuria.

¿Pero qué es lo que nos dice esta horrible masa de difamadores de que estaría infestada la sociedad moderna? ¿Son éstos en realidad todos delincuentes vulgares que con intención depravada se arrojan sobre la reputación ajena para destrozarla? Si así fuera, sería una cosa verdaderamente desconsoladora.

A estas preguntas se puede contestar, separando desde luego las varias categorías en que se dividen los difamadores. Tales distinciones arrojarán mucha luz sobre el cúmulo heterogéneo y confuso de las cifras antes citadas.

Es á todos bien conocida la importancia máxima que, en la órbita de los criterios adoptados para determinar la responsabilidad penal del agente desde el punto de vista positivo, reviste la doctrina de la categoría antropológica del reo. ²

Otro concepto adquirido por el patrimonio científico de nuestra escuela, es el de que en una misma forma de delincuencia puede haber reos de varias catego-

¹ Esto es evidente porque, en las cifras referentes á Italia, están comprendidas todas las difamaciones y excluidas las injurias directamente denunciadas al Pretor y juzgadas por él. Otra razón aconseja estudiar las injurias y difamación denunciadas en vez de las juzgadas, porque es grande el número de difamaciones que no llegan á juzgarse por remisión de la parte ofendida ú otro motivo. V. *Statistica giudiziaria penale per l'anno 1890*, p. XXXVIII.

² V. Ferri, *Sociol. Crim.*, 563.

rías diferentes; ¹ de aquí proviene la innovación profunda y sustancial por la que los procedimientos defensivos deben adaptarse precisamente á las categorías antropológicas de los delincuentes ² más bien que á la clase abstracta del delito, según las teorías de la escuela clásica.

Resulta que los difamadores pueden pertenecer á cualquiera de las categorías en las que la antropología criminal ha clasificado el mundo de los delincuentes. ³

Hay, no obstante, algunas categorías que dan mayor contingente á la difamación, hasta llegar á hacer de ella una verdadera delincuencia característica, y de ellas puntualmente debemos ocuparnos ante todo.

107. La opinión vulgar compendiada y expresada en los proverbios y esparcida en nuestros libros, de que la mentira es habitual en la mujer, ha penetrado en el terreno de la ciencia, que ha procurado indagar cuidadosamente las razones. ⁴ El hábito de la mentira es orgánico en la mujer, especialmente á causa de su múltiple condición de inferioridad comparada con el hombre, de su debilidad congénita y del estado de opresión en que siempre la ha tenido la organización social. Para defenderse, para ofender y vencer ha tenido que hacerse una arma del engaño, un instrumento de sus gracias características y de sus encantos.

Pero la mentira en sí, sociológicamente hablando, no es un mal; cuando sale de los labios de la virgen, de la

¹ V. Ferri, *ob. cit.*, 190, 195.

² Ferri, *ob. cit.*, p. 105 y cap. IV. V.—Garofalo, *ob. cit.*, p. 389.

³ Sobre clasificación de delincuentes V. Colazanni, *Sociol. crim.*, Catania, 1889, I, p. 345.—Riccardi, *Antrop. crim.*, I. III c. XXVIII. Garofalo, *Crim.*, p. II, c. I, § VI. Ferri, *ob. cit.*, c. I, § III. La clasificación más completa y comunmente aceptada es la de Ferri (delincuentes locos, nacidos habituales, ocasionales y pasionales).

⁴ V. Lombroso y Ferrero, *La donna delinquente*. Torino, 1893, p. 123-39.

esposa y de la madre para inspirar paz, para infundir consuelo, por delicadeza cortés, por refinamiento de candor y casto afecto, entonces la mentira es santa. Degenera en criminal, por el contrario, cuando se propone un objeto malo con intención aviesa, supuesto que es siempre ésta la que da valor sociológico á la cosa.

Entonces vemos muchas veces, aun tratándose de la mujer normal, un extraño maridaje entre la mentira é hipocresía descarada, entre éstas y la maledicencia gárrula y petulante, de donde resulta la facilidad con que las mujeres se injurian y, á veces, hasta se golpean entre sí. ¹

Esta inclinación fisiológica de la mujer á la mentira, tiene manifestaciones importantísimas en dos de las principales formas de la patología social: en la prostitución y en la criminalidad.

Por la bien conocida ley de la adaptabilidad al ambiente, la mentira y la ficción se hacen el carácter especial de la prostituta, supuesto que se imponen á ésta como necesidad imprescindible del torpe comercio que hace de sí misma, del oficio que ejerce y que le da el pan. ²

En cuanto á la delincuencia femenil, la indicada propensión á la mentira se revela ante todo de una manera general en la resistencia obstinada é invencible que las mujeres criminales suelen oponer á la investigación de los jueces para hacerlas confesar su delito; lo niegan siempre á pesar de las pruebas más irrefragables y contundentes y con una inventiva asombrosa se fabrican excusa sobre excusa, algunas ocasiones inverosímiles. ³ Esto se comprende y explica mejor todavía, pensando que en las mujeres delincuentes se encuentran combina

¹ V. Lombroso y Ferrero, *ob. cit.*, p. 150 y sig. p. II, c. V. y § 7 c. II, § 5.

² Lombroso y Ferrero, *ob. cit.*, p. IV, c. VIII, § 20, p. 566.

³ Lombroso y Ferrero, *ob. cit.*, p. IV, c. IV, § 19, p. 400; pero V. también § 20.

das y asociadas la predisposición orgánica á la mentira propia de su sexo, y el hábito de mentir que es también común á los delincuentes en general. ¹

En segundo lugar, la inclinación á la mentira de que ya hicimos mención se manifiesta en algunas formas de delincuencia característica y, para referirnos á nuestro tema, en la grande participación de la mujer en la difamación y en la injuria.

Las pocas cifras siguientes pueden dar una idea de esto.

Condenados en Alemania por difamación é injurias, divididos por sexos

AÑOS	HOMBRES		MUJERES	
	Cifras efectivas	Cada 100 condenados	Cifras efectivas	Cada 100 condenado
1886	31,188	73.24	11,398	26.76
1887	32,118	72.86	11,966	27.14
1888	31,057	72.29	11,902	27.71
1889	31,687	72.68	11,913	27.32
1890	33,105	73.—	12,246	27.—

Imputados juzgados por difamación é injurias en Francia, divididos por sexos.

AÑOS	HOMBRES.		MUJERES.	
	Cifras efectivas	Cada 100 juzgados	Cifras efectivas	Cada 100 juzga dos
1884	2691	71.74	1060	28.26
1885	2413	70.17	1026	29.83
1886	2384	70.78	984	22.22
1887	2097	70.56	875	29.45
1888	2205	72.41	840	27.59

¹ V. Lombroso, *L' uomo delinq.*, l. p. 446.—Lombroso y Ferrero, *ob. cit.*, p. 625. La mentira es muy común especialmente entre los delincuentes natos.

Imputados Juzgados por Difamación en Bélgica, divididos por sexos.

AÑOS.	HOMBRES.		MUJERES.	
	Cifras efectivas	Cada 100 Juzgados	Cifras efectivas	Cada 100 Juzgados
1876-80	781	67,1	383	32,9
1881-85	1137	70,4	478	29,6

En cuanto á Italia, las estadísticas anteriores á 1890 no indican, como es sabido, las calidades personales de los imputados en relación á cada especie de delito, ni se conocen aún los resultados del método nuevo introducido en 1890¹ de manera que carecemos absolutamente de datos.

Comparemos las cifras antes enunciadas con las siguientes que da Roncoroni en un estudio reproducido por Lombroso,² aun cuando sólo nos permitan hacer una comparación aproximativa. En cada cien sentencias el sexo femenino esta representado por 14.8 p§ en Austria, 11.65 p§ en Hungría, 16 p§ en Francia y 20 p§ en Inglaterra; se ve, pues, que el término medio especial de la participación de la mujer en la difamación é injurias es superior al término medio general de la participación del sexo femenino en la delincuencia en algunos de los principales Estados de Europa.

Observemos, además, que la mujer tiene menos ocasio-

¹ Este nuevo método consiste, como es sabido, en reunir los datos sobre cada imputado ó condenado por medio de apunte individual. Por razón de economía, sólo hasta hace pocos meses se comenzó el trabajo de ordenar los apuntes. Tampoco sería posible, según me escribe el Abogado Bosco, de la Dirección General de Estadística, mientras estoy corrigiendo las pruebas de mi obra (Mayo), obtener noticias sobre un delito determinado en el estado en que se encuentra aquel trabajo.

² Lombroso, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria de antropologia criminale*, Turin, 1893, c. IX, p. 178.

nes y probabilidades de difamar real y positivamente, en sentido jurídico, que el hombre, y que, tratándose de un delito á petición de parte, es más difícil que se proceda contra una mujer, aunque sea culpable de difamación é injuria.

Hechas estas advertencias, podemos creer que la injuria y la difamación son formas de delito en las que cae la delincuencia femenil, y esto se explica con lo que antes dijimos del carácter de la mujer normal. Pero aún hay más todavía.

Cuando hablamos de difamación, el pensamiento vuela espontáneamente á una vasta categoría de mujeres, afligidas por una terrible enfermedad, que á fines de este siglo va generalizándose, á la categoría de las histéricas. Las calumnias, las denuncias falsas, las difamaciones y la maledicencia, les son habituales. Y ellas persisten con tan feroz encarnizamiento y feroz energía, que en una persona sana no podría hallarse cosa igual. Tienen verdadera necesidad de mentir; de modo que mienten sin objeto, víctimas algunas veces de una sujestión.

Los casos de histéricas calumniadoras estudiados por la ciencia son numerosísimos; y nos demuestran que en las histéricas, la manía de calumniar se une, casi siempre con la cleptomanía, erotismo y aún á atroces delitos. Los autores y la práctica judicial nos dan numerosos ejemplos de mujeres histéricas que robaron, y después acusaron á otros de su robo; de mujeres que se dijeron víctimas de actos libidinosos y atentados al pudor, designando como autores á hombres enteramente inocentes; de mujeres, en fin, que cometieron algún atroz delito, inculcando á este ó á aquel, algunas veces por puro accidente. La calumnia que con más frecuencia suelen emplear las histéricas, es la de haber sido víctimas de estupro; sobre

veintiuna calumniadoras se encontró que nueve acusaban por estupros imaginarios, cuatro imputaban á sus maridos haber empleado con ellas violencias y es extraño que las personas más comunmente acusadas son el sacerdote y el médico. En cuanto á la cleptomanía, tenemos la clase verdaderamente *fin de siècle* del robo en los grandes almacenes de modas. Lombroso, en ochenta y tres histéricas inculpadas, encontró diecisiete de esta clase de ladronas, y Legrand du Saulle cuenta que sobre cien acusadas de robo en las tiendas de París, cincuenta eran histéricas.¹

Si, además, la delincuencia congénita, la prostitución y el histerismo coinciden en la misma mujer, entonces tenemos el verdadero tipo criminal femenino, y la calumnia viene á ser el compendio y la última expresión de toda su actividad delictuosa.

Un modelo de esta especie fué la Zerbini, histérica, ladrona, prostituta, asesina y calumniadora.²

Fué en ese proceso famoso donde la noble elocuencia de Ceneri demostraba prácticamente los preciosos servicios que la antropología criminal puede prestar en el difícil arreglo de las pruebas.³

Otro ejemplo, si bien menos típico, presentaba más recien-

1 Fuera de las obras clásicas de Charcot, Krafft Ebing, Richer y otros, Lombroso, *L' uomo delinq.*, II, p. 203-258, 327-351. Legrand du Saulle, *Les hysteriques*, París, 1883.—Fulci, *L' intenzione, etc.*, I, 261, 373.—Ricardi, *Antrop. crim.*, lib. III, c. XIV, p. 211, 229.—Filippi, *Medicina Legale*, Firenze 1889, § 61.—Lombroso e Ferrero, *ob. cit.*, p. IV, c. XII, §§ 1, 6-8, 12.

2 Righini, *I proced. giudiz. e l' antropol. crim.*, *Arch. di psic.*, II, fase 2.—Ceneri, *Por A. Pallotti*, Bologna, 1884.—Lombroso, *I processi Pel e Zerbini e la nuova scuola criminale*, § 2, *Arch. cit.*, VI, p. 251 y 258.—Lombroso y Ferrero, *ob. cit.*, p. 621, 622.

3 V. sobre tan importantes aplicaciones de la antropología criminal, las espléndidas páginas de Lombroso, *Le più recen. scop. etc.*, c. XII p. p. 272-292.

temente Gabriela Bompard, histérica, prostituta, con todos los caracteres del criminal nato; ella, de cómplice de un horrendo delito que tal vez había provocado, se hace acusadora de su amante y cómplice. Ya desde sus primeros años se había demostrado mentirosa.¹

Observaremos, en fin, que las histéricas, en el ímpetu de su manía calumniadora, llegan hasta acusarse falsamente á sí mismas.

108 Los desequilibrados, y especialmente los políticos, suministran un contingente vasto y característico á la difamación.² El altruismo exagerado y el sentido moral pervertido³ hacen que dichos individuos sean inclinados á las querellas, calumnias y difamaciones que se lanzan con frecuencia por el celo del bien público. Muchas veces se creen perseguidos y en este caso se hacen, á su vez perseguidores temerarios y feroces. Los desequilibrados de este género encuentran fácilmente séquito en las masas, ya por la apariencia de convicción y por el celo perseverante que imprimen á sus acciones, ya porque la organización social actual está efectivamente consumida por llagas que pocos osan descubrir, ya, en fin, por esa especie de sugestión que reciben las turbas y que pueden suscitar en ellas fáciles entusiasmos y violentas pasiones. En este último caso se verifica y difunde real y verdaderamente una psicosis epidémica, una epidemia psíquica de que hay multitud de ejemplos tanto nuevos como viejos.⁴

1 V. Lombroso, *ob. cit.*, c. XII, § 8.

2 V. Lombroso, *L' uomo delinq.*, II, 366-368.—Lombroso y Laschi, *Delitto polit.*, 312-314.—Lombroso, *Tre Tribuni*. Torino, 1887.—Lombroso, *L' uomo di genio*, p. III, c. IV.

3 Añádase la extremada vanidad.

4 V. Sergi, *Per l' educaz. ecc.*, p. I, c. VIII.—Lombroso, *L' uomo di genio*, 265-347, 390-391

Casi siempre los desequilibrados son también grafómanos, y se sirven mucho de la prensa para lanzar sus acusaciones. Un ejemplo típico lo tuvimos en Mangione, grafómano quejumbroso que tenía la manía de la persecución y calumniaba y escribía sin descanso. ¹

Todos vemos lo peligroso que es para la sociedad la obra incoherente y exagerada de estos falsos apóstoles que ejercen, sin embargo, tan morbosa influencia moral, política y social. ²

Nos parece oportuno recordar que el hábito de difamar no sólo es común á los desequilibrados que, como dice Lombroso, tienen la apariencia del genio y la sustancia del hombre vulgar, ³ sino que no falta tampoco entre los verdaderos hombres de talento. Briffault y Laurent estaban atacados de caluniomanía; Cardano se declaraba difamador y tuvo un hijo criminal nato que llegó hasta calumniar á su padre y hacerlo encarcelar; Rousseau, célebre tipo lipemaniaco, calumniaba á otros y á sí mismo. ³

109.—Muchas son las semejanzas de orden psicológico descubiertas entre los delincuentes y los muchachos, lo mismo que entre éstos y los salvajes; la más característica de ellas es precisamente el hábito de la mentira, y, por consecuencia, la inclinación á difamar. ⁴ En los muchachos, así como en los delincuentes y mujeres, la mentira es una cosa habitual. La experiencia cotidiana nos suministra no pocos ejemplos. ⁵

¹ Lombroso, *ob. cit.*, 472-476.

² Lombroso, *ob. cit.*, 287.

³ Lombroso, *L' uomo di genio*, 58, 65, 143 y 150.

⁴ Lombroso *L' uomo delinquente*, I, 98-103, Riccardi, *ob. cit.*, III, XXVI 246.

⁵ V. un ejemplo típico en Hosieck, *Un libelista a quindici anni*, *Arch. de psicolog.*, VII, 129-139. V. otro ejemplo en Lombroso, *Le più recent. scoperte etc.*, c. X, § 10.

Y precisamente la experiencia cotidiana nos puede enseñar mucho más que las estadísticas sobre este punto, porque éstas suministran muy pocos datos sobre la delincuencia de los menores. En efecto, es muy raro el caso de que se interponga querrela contra un menor por difamación, porque difícilmente se le da importancia; por lo demás la mayor parte de los muchachos están protegidos por la impunidad en razón de su edad, y, más que de real y verdadera difamación, que son incapaces de formular, se trata de propensión genérica á la mentira.

Por tanto, si hechas estas consideraciones vemos que la participación de los menores en el delito de que tratamos, es hasta cierto punto importante, tendremos una prueba más de que es cierto lo que afirmábamos antes.

Y así sucede en realidad, como lo demuestran las cifras siguientes:

ALEMANIA

Menores condenados por difamación é injuria en los años de 1886-1890.

AÑOS	Numero complejo de condenados	Menores de 15 años		De 15 á 18 años		De 18 á 21 años	
		Cifras efectivas	Cada 100 condenados	Cifras efectivas	Cada 100 condenados	Cifras efectivas	Cada 100 condenados
1886	42586	98	0.23	622	1.46	1582	3.71
1887	44084	120	0.27	612	1.39	1585	3.60
1888	42959	141	0.33	607	1.41	1711	3.98
1889	43600	151	0.35	653	1.50	1716	3.94
1890	45351	158	0.35	796	1.76	1772	3.91

FRANCIA

Menores juzgados por los Tribunales Correccionales por DIFAMACION é INJURIA
en los años de 1884-1888

AÑOS	Número complejo de los condenados	Menores de 16 años		De 16 á 21 años	
		Cifras efectivas	Cada 100 condenados	Cifras efectivas	Cada 100 condenados
1884	3751	11	0.29	124	3.31
1885	3439	11	0.32	86	2.50
1886	3368	13	0.39	108	3.21
1887	2972	9	0.30	73	2.46
1888	3045	12	0.40	75	2.46

En cuanto á Bélgica, los menores de 16 años juzgados por difamación son 15 de 1876-1880, y 11 de 1881-1885.

Carecemos de datos en Italia por la razón que arriba se dijo.

Es, pues, bastante grande entre los menores el número de difamadores.

Esto no debe sorprendernos, porque es sabido que la génesis del delito, fuera del ambiente exterior, debe buscarse también en las condiciones individuales y antropológicas del agente:

110.— Estas son las principales categorías especiales de difamadores que se hallan en el campo de la delincuencia, y que tienen especialmente su origen en causas y condiciones psíquicas morbosas y anormales ¹. Estos han

¹ Ejemplos célebres de tan deplorables errores no faltan en Italia, V. las obras de Lombroso citadas en la nota primera del § 108. Además, es clásico el caso de Lazzaretti, tipo infeliz de paranoico, matado por los agentes del orden como rebelde.—V. Lombroso, *Pazzi ed anormali*, 1896, p. 85 y sig.—Barzellotti *David Lazzaretti, etc.*, Bologna, 1885.

sido aclarados por la antropología criminal y la psiquiatría; por lo que la doctrina del fin desenvuelta aquí, esencialmente jurídica, no tiene más objeto que el de llevar una cuenta exacta (y no confundirlas con otras) de las varias categorías de difamadores que no pertenecen á las verdaderas formas de las psicopatías. Y este objeto lo llena esa doctrina admirablemente, supuesto que el examen de los motivos y de los impulsos por los que obró el difamador—sobre el que se basa toda—es en sumo grado idóneo para revelar indefectiblemente las eventuales anomalías psíquicas que el difamador pueda tener. Por lo tanto no puede renovarse el espectáculo reprobable de histéricas condenadas como delincuentes comunes y de locos celebrados y consentidos por el favor popular, como si fueran nuevos apóstoles y mártires. ¹

Las histéricas y desequilibrados encontrarían seguro asilo en los manicomios criminales que en Italia han sido tantas veces reclamados inútilmente, y como medios preventivos ayudarían también mucho para las primeras, una reforma en el sistema actual educativo de la mujer, lleno de tantos defectos; ² y para los segundos, la grande facilidad de acusar á los hombres políticos que resulta de nuestro sistema positivo.

En cuanto á los jóvenes mentirosos, sería un remedio eficaz aplicarles el vasto sistema de educación sana y racional propuesto como sustitución general penal, ³ y precisamente á este fin generoso de combatir las tendencias al delito, mediante la educación anticriminal de los me-

¹ Sergi, *ob. cit.*, p. II, cap. III.

² Ferri, *ob. cit.*, 349-352.

³ Ferri da por término medio, 14.2 p§ de reincidentes condenados en Francia por difamación, injuria y calumnia durante los años 1877-81 V. *Sociol.*, p. 152.

nores, trabajan ya con sumo cuidado y grande empeño los políticos y los sabios.

111.—Prescindiendo por ahora de los delincuentes anormales en sentido patológico, vemos que el mayor contingente para la difamación lo suministran los llamados reos ocasionales.

Examinemos la proporción de la reincidencia en los difamadores.

Alemania nos presenta el cuadro siguiente de los reincidentes condenados por injuria y difamación en los años 1886-1890.

AÑOS	Número total de condenados.	Número complejo de condenados reincidentes.	Una vez.	Dos veces.	De tres á cinco veces.	De seis á diez veces.	Má. de diez veces.	Ignorados.	Reincidentes por cada 100 condenados.
1886	42586	7630	3629	1570	1692	619	118	2	15.56
1887	44034	8210	3880	1672	1856	695	133	4	17.69
1888	42959	8144	3756	1686	1833	721	145	3	18.95
1889	43600	9008	4019	1841	2151	799	198	—	20.66
1890	45351	10175	4642	2126	2314	871	221	—	22.43

El siguiente cuadro da el número de los juzgados reincidentes por injuria y difamación por los Tribunales Correccionales de Francia de 1884 á 1888.

AÑOS	Núm. complejo de los imputados juzgados.	Imputados juzgados por reincidentes.	Reincidentes que habian sido condenados precedentemente á				Multas	Reincidentes por cada 100 imputados juzgados.
			Trabajos forzados	reclusión	más de un año de prisión	menos del año de prisión		
1884	3751	164	—	—	8	103	53	4.34
1885	3439	276	2	1	10	129	134	8.02
1886	3368	200	—	—	7	110	123	7.12
1887	2972	210	1	—	13	123	73	7.06
1888	3045	282	—	1	14	129	138	8.26

Los imputados reincidentes juzgados por difamación por los Tribunales Correccionales en los últimos años en Bélgica, resultan del cuadro siguiente:

AÑOS	Número complejo de los imputados juzgados.	Número complejo de los reincidentes.	Reincidentes que habian sido puestos en libertad.					Reincidentes por cada 100 imputados juzgados.
			de trabajos forzados.	de prisión.	de prisión por más de un año.	de prisión por 6 meses á 1 año.	de prisión por menos de 6 meses ó multa.	
1876-80	1164	55	—	—	7	2	46	4.72
1881-85	1615	59	—	1	2	18	38	3.65

Por otra parte, los estudios hechos en Italia con las pocas estadísticas en las que era posible hacer semejantes indagaciones especiales, confirman que el término medio de la reincidencia en los delitos de injuria y difamación es generalmente bajo; en los años de 1863 y 1870 (menos

en la Provincia de Venecia) 9 p^o de los condenados por los Tribunales Correccionales por difamación é injuria eran reincidentes; en los años de 1877-81, por libelo famoso, 20 p^o de los condenados por el Jurado y en 1875-76, 11.4 de los condenados por la misma razón por los Tribunales Correccionales ¹.

El escaso contingente que da la difamación á la reincidencia, es manifiesto, especialmente si se considera que más de la mitad de los difamadores reincidentes está formada de personas que reinciden por primera vez ó que precedentemente han descontado ligeras penas de arresto ó multa. A este respecto son elocuentes las cifras de la estadística belga sobre las demás, porque nos demuestran aisladamente el fenómeno de la difamación. Además, es preciso tomar el término medio sacado por nosotros en relación con el movimiento general de la reincidencia que, como nadie niega, va aumentando cada día más, tanto que puede afirmarse que la reincidencia en Europa oscila entre el 50 p^o y 60 p^o. ²

Por consecuencia, la reincidencia es relativamente escasa entre los difamadores, y supuesto que la reincidencia es el índice de la delincuencia habitual y peor, resulta que la difamación aparece como una forma de delincuencia ocasional.

Esta es la opinión de la escuela positiva que propone, como medio defensivo ordinario contra los difamadores, el riguroso resarcimiento del daño, designado precisamente como pena de la delincuencia ocasional. ³

¿Pero se trata efectivamente de delincuentes ocasiona-

¹ Ferri, *Soc.*, p. 149-150.

² V. Ferri, *Id.*, p. 148.

³ V. Lombroso, *Uom. delinq.*, I, p. 415-442.—Ferri, *Soc. crim.*, p. 145-154.

les? Este es el lugar oportuno para hacer la investigación indicada más arriba; ¹ investigación importantísima, porque se refiere á la esencia del delito de difamación como ha sido descrito en nuestra obra.

112.—Ante todo, haciendo alguna crítica sobre los datos suministrados por la estadística respecto á la difamación, vemos que no pueden darnos, ni aun aproximativamente, el verdadero estado de los difamadores. Y esto, en primer lugar, porque el sistema legislativo más generalmente seguido en materia de difamación, mientras castiga indefectiblemente al difamador movido por el zelo del bien público, deja casi siempre impune al difamador vulgar, al libelista. Jamás nace distinciones entre uno y otro; por el contrario, los confunde siempre.—Además, la difamación es un delito que solo se persigue á petición de parte; y—finalmente—la reincidencia, único elemento para determinar la delincuencia peor, no es siempre el solo ni el único indicio de la mayor perversidad del agente. ²

De esto resulta que las estadísticas no pueden dar lo que podría llamarse el estado de los difamadores, ni desde el punto de vista de la delincuencia *natural*, ni del de la delincuencia *legal*. ³ Por lo que tampoco nos dicen si prevalecen entre los difamadores, ó no, los delincuentes ocasionales. ⁴ Es preciso, no obstante, hacer la investigación, porque, lo repetimos, es uno de los requisitos

¹ V. Lombroso, *L'uomo delinq.*

² V. cap. I, § 17.—La investigación no podía hacerse sino hasta haber desarrollado enteramente la doctrina del fin y analizado el sistema legislativo sobre la difamación.

³ Garófalo *ob. cit.*, p. 367.—Garófalo y Carrelli, *Dei recidivi e della recidiva*. Trattato di Cogliolo T. I, p. 111, p. 903, 916-920.

⁴ Garófalo, *ob. cit.*, P, I, cap. I, en don le está magistralmente tratada esta distinción fundamental en el asunto de que se trata.

esenciales del delito que estamos estudiando; la doctrina del móvil y del fin antisocial.

113—Resultando las estadísticas insuficientes y falaces sólo podríamos alcanzar nuestro objeto, valiéndonos de los elementos de estudio reunidos en los capítulos anteriores respecto del análisis del fin que el difamador se propone y la crítica del sistema legislativo.

Volvamos, pues, una vez más, á la distinción fundamental de difamadores con fin noble y social, y difamadores con fin avieso y anti-social. ¿Qué cosa son unos y otros, desde el punto de vista de la delincuencia *natural*, ó desde el de la *legal*? He aquí la investigación decisiva cuya solución nos será facilísima después de lo que hemos expuesto en los capítulos anteriores.

En cuanto á los primeros (los que difaman por un fin social) según la tesis fundamental de toda esta obra, no son verdaderos delinquentes en sentido natural. Psicológicamente no son temibles, porque es noble el motivo que los impelió; socialmente el daño falta, ó es mínimo y reparable; en consecuencia, desaparece el delito. Desobedecen á las leyes porque las leyes son imperfectas y están llenas de prejuicios, mentiras y convencionalismo.

Si en sentido natural dichos individuos no pertenecen á la categoría de delinquentes ocasionales, ¿lo serán acaso desde el punto de vista del Derecho positivo? Recordemos que los delinquentes ocasionales no son, en resúmen hombres honrados, no tienen repugnancia instintiva por el delito ¹ y la respuesta es fácil. Según la clasificación, fundamental de los delinquentes en *habituales* y *ocasionales*, ² pertenecerían sin duda á la segunda categoría; pero

¹ Sobre el delincuente ocasional V. Lombroso *L' uomo delinq.*, II, p. IV, c. I.—Garófalo, *ob. cit.*, p. 96-100.—Ferri, *ob. cit.*, p. 182-186.

² Ferri, *ob. cit.*, p. 144-161.

en la última subdivisión de los delinquentes ocasionales hecha por Lombroso y aceptada por Ferri, ¹ seguramente que los repetidos individuos no son real y verdaderamente delinquentes ocasionales, sino pseudo-criminales. En efecto, de todo nuestro estudio aparecen ser hombres normales, que cometen esa clase de delitos para la que no se requiere perversidad ni resulta de ellos ningún daño social, por más que la ley no los considere así.

Por tanto, en sentido *natural*, los difamadores nobles, no son delinquentes; en sentido *legal* son pseudo-criminales.

Es muy distinto, tratándose de los difamadores vulgares, de los que difaman con intención aviesa, movidos por el odio ó el interés. En éstos, la depravación moral es igual, ya que no mayor, á la abyección de quien acaba con su enemigo de una puñalada. Son elementos eminentemente perjudiciales para la sociedad, y psicológicamente se demuestran muy temibles.

¿Y pueden ser éstos delinquentes ocasionales? La respuesta sólo puede ser negativa, supuesto que en ellos no se manifiestan las señales de dichos delinquentes: la preponderancia de las circunstancias externas, la poca temibilidad, la relativa bondad del motivo, si no la plena y consciente antisocialidad que caracteriza al delincuente vulgar. Esto, desde el punto de vista natural.—En cuanto al del Derecho positivo, ya hemos demostrado que casi siempre los peores difamadores se substraen á la sanción penal.

De modo que *legalmente*, estos son reos latentes, prote-

¹ Lombroso, *ob. cit.*, II, p. 388-399.—Ferri, p. 185.

jidos con mucha frecuencia; ¹ *naturalmente*, reales y verdaderos delincuentes, y de los peores.

114. Después de este análisis, ¿qué queda de los llamados delincuentes ocasionales entre los difamadores? Sería ciertamente una conclusión exorbitante y contraria á los principios positivos más elementales la que indujera á creer imposible encontrar delincuentes ocasionales entre los difamadores; pero es también cierto que semejantes delincuentes, como categoría característica y propia de la difamación, desaparecen.

En efecto, no se puede decir que los difamadores sean principalmente ocasionales según el Código; hemos visto ya que parecen más bien pseudo-criminales; no se puede decir que los difamadores sean principalmente ocasionales *de jure condendo* (según el criterio positivo, fuera del cual no tiene sentido la investigación), supuesto que hemos visto también que entre los delincuentes son los peores y más depravados. Por tanto, en la difamación castigada ahora tenemos casi siempre un pseudo-delito, y en la difamación que debería castigarse, según el criterio positivo, tenemos un hecho *antisocial* digno de represión, y en la actualidad, impune en muchas ocasiones. Por tanto, afirmar que la difamación es comunmente una forma ocasional y leve de la delincuencia, es una suposición enteramente gratuita y errónea desde el punto de vista del Código y del de la investigación científica, dada la condición actual de los estudios y de las estadísticas á este respecto.

Pero hay más todavía.

Aun cuando por hipótesis se conceda (lo que, por lo

¹ V. sobre el reo latente y el reo protegido (especialmente sobre el primero) Lombroso, *Uomo delinq.*, II, p. 432-448.—Riccardi, *Antrop. crim.*, Trat. di Cogliolo, I, p. III, p. 225-26.

demás, la estadística no permite afirmar) que los difamadores *legales* son delincuentes ocasionales, no se puede sacar de esto ninguna deducción general de orden científico.

En realidad, la investigación tiene dos aspectos, puesto que es posible considerar la expresión *legal* y la *natural* de la difamación.

Pues bien, nuestro trabajo ha tenido por objeto indagar cuál es la clase del verdadero difamador y cuáles requisitos le son propios según las necesidades sociales y las de la defensa contra los malhechores, según, en suma, el concepto de la delincuencia *natural*.

Se comprende, pues, que sería correcto y posible transportar al campo *de jure condendo* los caracteres y requisitos hallados en los difamadores *de jure condito*, sólo cuando concordara la expresión *legal* y la *natural* del delito de difamación. Por el contrario, las dos nociones están substancialmente discordes, como se demostró ampliamente en los capítulos anteriores. En consecuencia, no podemos revestir al difamador en sentido *natural* del carácter y forma encontrados en el difamador en sentido *legal*.

También por este lado nos vemos obligados, pues, á desechar la doctrina de que la difamación es una forma de delincuencia ocasional menor y á sostener el resultado obtenido en los capítulos precedentes de nuestro estudio, ó sea, que es un requisito esencial del delito de difamación la antisocialidad de los motivos y del fin. ¹

Sin embargo, no cabe duda que es una forma real y verdadera de delincuencia *natural*, y así desaparecen las

¹ Es cierto que no faltan tipos de difamadores delincuentes natos; p. e. Thomas Walmorigh, genio delincuente nato, sentía un placer perverso difamando á sus amigos, y Kataeff, descrito por Dmetri Drill, denunciaba continuamente y con astucia diabólica á sus compañeros de prisión. V. Lombroso "Le piú recenti scoperti, etc.," c. VI, §§ 4-5.

incertidumbres que se manifestaran aun en el seno de la misma escuela positiva ¹ y se puede aplicar á los difamadores la represión grande y severa que todos se proponen.

115. Las consideraciones que preceden ponen de manifiesto otro de los caracteres principales del sistema positivo respecto de la difamación.

Concebida la difamación del modo que dijimos, serían castigados todos los difamadores peligrosos y solamente éstos. De aquí resultan dos consecuencias notables:

En primer lugar, el sistema defendido tiene la ventaja—expuesta en otro lugar—de servir admirablemente para la defensa social, porque habría en la difamación, y eventualmente en la prensa, una delincuencia real y verdadera, no ficticia ni contraria al sentimiento popular como sucede ahora.

En segundo lugar y como consecuencia ulterior, este factor de depuración reviste evidentemente la forma de un sustitutivo penal y de profilaxis delictuosa con respecto al delito. ² En efecto, por su medio quedaría eliminada del campo de la delincuencia la falange de difamadores nobles, en restímen, de los pseudo-criminales los que son, por decirlo así, los únicos á quienes castigan nuestras leyes. ³ El régimen de la libertad sería también

1 Garófalo pone la difamación entre los delitos naturales, *ob. cit.*, p. 24; pero después cree que los difamadores ocupan un término medio entre el delito y la trasgresión que debe atribuirse á la falta de educación (p. 129, 130 y 472). —Ferri considera á los difamadores principalmente como delinquentes ocasionales, como autores de delitos que no pertenecen á la delincuencia natural. *Soc. crim.* p. 183. Estas incertidumbres provienen sin duda de no haber distinguido siempre rigurosamente los dos criterios de la delincuencia legal y de la natural en orden al repetido delito.

2 Sobre el sustitutivo penal V. Ferri, *ob. cit.*, p. 311—314.

3 Una de las razones del gran número de difamaciones que vimos en el § 106, debe buscarse en los defectos del Derecho positivo respecto al mencionado delito.

un factor para la disminución del número de las difamaciones propiamente dichas y de los delitos de imprenta; pero sin impedir completamente ni las primeras ni los segundos. ¹ La libertad produciría aquí los saludables efectos que otros esperarían obtener con leyes draconianas.

El sistema que seguimos, tiene, además, un carácter eminente de profilaxis política. En efecto, gracias á él se aplicarían plenamente la censura y vigilancia de todos á los hombres públicos, que son condiciones fundamentales para el sano desarrollo de las formas democráticas á las que van inclinándose inevitablemente los gobiernos.

Mientras mayor es el número de los que toman parte en la cosa pública, mayores son también las probabilidades de corruptela y de hechos antisociales. Desgraciadamente vemos todos los días que, entre los muchos que alcanzan puestos y honores, muy contados son los que verdaderamente los merecen. Si los indignos no son despedidos á tiempo, los regimientos democráticos morirán al ponerse el sol que alumbró su nacimiento.

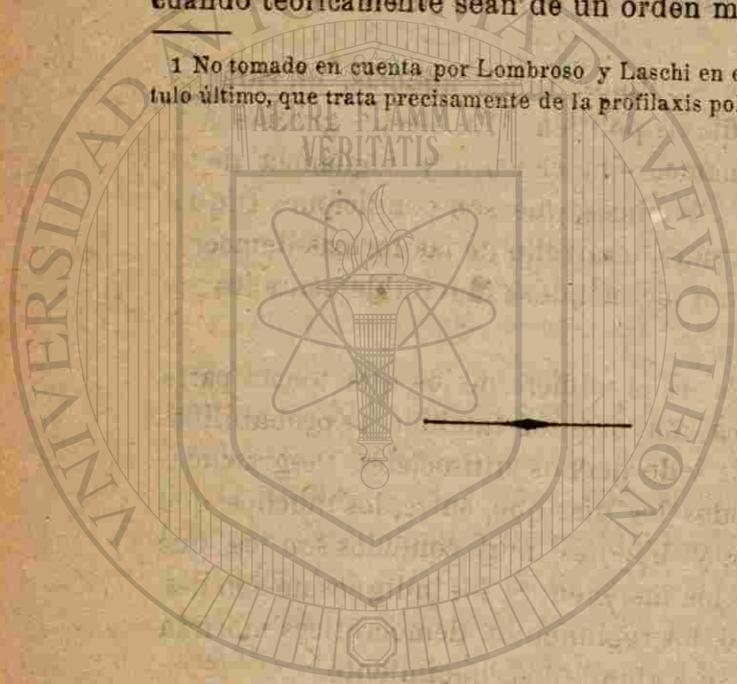
El pleno ejercicio de la censura y de la vigilancia pública es, pues, el mejor medio de derrocar los malos gobiernos y desenmascarar á hombres nefastos y peligrosos, evitando así vacilaciones lamentables y revoluciones sangrientas en el curso fatal de la evolución.

De este modo el sistema positivo presenta también la

1 El Profesor Ferri cree que la plena libertad de opinión sirve para impedir los llamados delitos de imprenta, *ob. cit.*, p. 333.—Si el ilustre tratadista quiso aludir á los pseudo-delitos de imprenta, estamos de acuerdo con él; pero si se refirió á los delitos "naturales" de la misma, no somos de su parecer, porque la prensa será siempre un instrumento de delito, mientras sea uno de los medios principales para externar las ideas.

doble ventaja de ser un medio de profilaxis política ¹ y de estar plenamente de acuerdo con una de las necesidades fundamentales de nuestra sociedad, prueba del admirable *consensus* que liga todos los fenómenos sociales, aun cuando teóricamente sean de un orden muy diverso.

¹ No tomado en cuenta por Lombroso y Laschi en el *Delit polit.*, capítulo último, que trata precisamente de la profilaxis política.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

APENDICE

A LOS CAPITULOS CUARTO Y SEPTIMO.

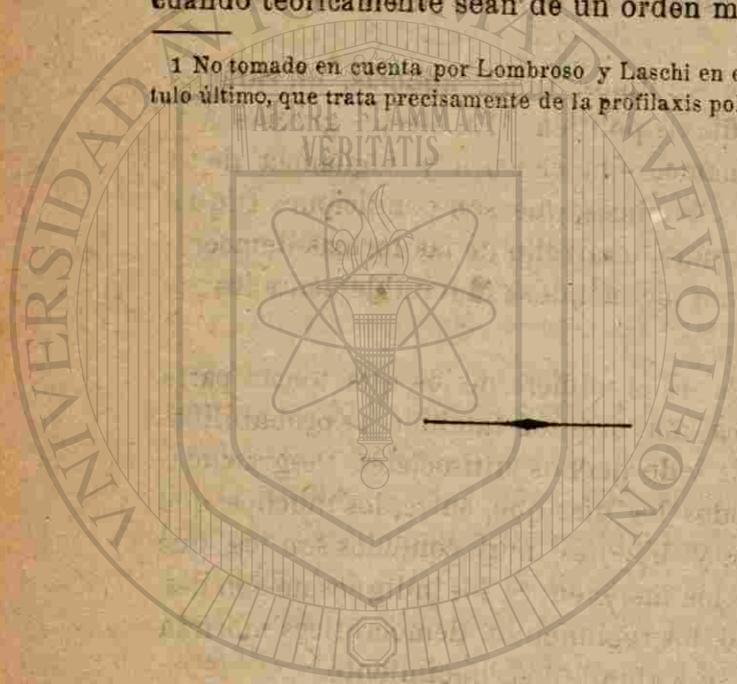
Los Difamadores por pasión.

Como complemento de cuanto que se dijo sobre el período electoral y sobre la categoría de los difamadores, añadiremos unas cuantas palabras.

En los días de agitaciones políticas y en los de lucha electoral viva y encarnizada, la difamación suele convertirse en un delito casi endémico. En quienes toman parte en esas agitaciones y luchas, la pasión política se reerudece; el zelo y el temor por el bien público se exagera, haciendo que los hombres vean en sus adversarios gente peligrosa y fatal; las ambiciones personales se desencadenan furiosas, salvajes, irresistibles, dominantes y surgen los difamadores pasionales. Tal vez en los primeros años de su carrera política, Robespierre fué un delincuente de este género; para él cualquier aristócrata era indefectiblemente una persona corrompida, para él que encontraba en todas partes motivos de sospecha. En estos días, además, dos procesos nos demuestran que las pasiones de los partidos pueden inducir á la difamación: el proceso del Hon. Cavallotti contra el Hon. Nasi en Mantua y el del Hon. Solimbergo contra «*El Risveglio*» en Udine.

doble ventaja de ser un medio de profilaxis política ¹ y de estar plenamente de acuerdo con una de las necesidades fundamentales de nuestra sociedad, prueba del admirable *consensus* que liga todos los fenómenos sociales, aun cuando teóricamente sean de un orden muy diverso.

¹ No tomado en cuenta por Lombroso y Laschi en el *Delit polit.*, capítulo último, que trata precisamente de la profilaxis política.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

APENDICE

A LOS CAPITULOS CUARTO Y SEPTIMO.

Los Difamadores por pasión.

Como complemento de cuanto que se dijo sobre el período electoral y sobre la categoría de los difamadores, añadiremos unas cuantas palabras.

En los días de agitaciones políticas y en los de lucha electoral viva y encarnizada, la difamación suele convertirse en un delito casi endémico. En quienes toman parte en esas agitaciones y luchas, la pasión política se reerudece; el zelo y el temor por el bien público se exagera, haciendo que los hombres vean en sus adversarios gente peligrosa y fatal; las ambiciones personales se desencadenan furiosas, salvajes, irresistibles, dominantes y surgen los difamadores pasionales. Tal vez en los primeros años de su carrera política, Robespierre fué un delincuente de este género; para él cualquier aristócrata era indefectiblemente una persona corrompida, para él que encontraba en todas partes motivos de sospecha. En estos días, además, dos procesos nos demuestran que las pasiones de los partidos pueden inducir á la difamación: el proceso del Hon. Cavallotti contra el Hon. Nasi en Mántua y el del Hon. Solimbergo contra «*El Risveglio*» en Udine.

¿Qué diremos, pues, de estos difamadores políticos pasionales? ¹ También aquí la teoría del fin según la cual debemos considerar esa categoría especial, sirve maravillosamente para garantizar y defender los derechos de la sociedad.

Pero es preciso hacer una distinción.

La pasión política puede coexistir con un fin antisocial y egoísta, puesto que el difamador, aun en esos días de incertidumbres y de luchas, puede estar inspirado por un odio personal contra su adversario que representa el obstáculo para la realización de sus miras ambiciosas. Puede suceder que procure aplastarlo, derrocarlo, destruirlo políticamente, no para hacer triunfar una idea, sino para exaltarse y elevarse á sí mismo y realizar un sueño de ambición y de dominio. Esta pasión evidentemente es baja, egoísta, antisocial y por consecuencia no se sale del campo de la real y verdadera difamación. Es cierto que la excitación del ambiente, que ha ejercido notable influencia en la determinación de ese difamador, puede disminuir su responsabilidad, haciéndole aparecer menos temible; pero puede también suceder que se trate de un malvado refinado que haya tratado de disculpar con circunstancias favorables su difamación vulgar.

Por consecuencia, la pasión política puede convertirse en pasión de partido, en pasión egoísta de ambiciones personales, y entonces tenemos una difamación antisocial, un delito.

Sin embargo, la pasión política puede sublimarse cuando reconoce por causa un elevado ideal de patriotismo y socialidad.

¹ Sobre los delinquentes políticos pasionales V. Lombroso y Laschi, *Delit. polit.*, p. 1, c. XI—XII.

Aun en los días de lucha y agitación el hombre de partido puede difamar á su adversario, puede revelar las faltas y vicios de los demás, movido por un sentimiento que sea esencialmente de bien público. Puede difamar, en una palabra, con exageración precipitada; pero con el noble objeto de hacerse útil á la República, á la Patria, á sus hermanos que sufren; para desenmascarar á los hipócritas, á los malvados, á los hombres ineptos. La pasión y el entusiasmo por el bien pueden cegarlo, impidiéndole examinar detenidamente las pruebas. [Aquí se ven otra vez las consecuencias desastrosas é injustas que se sacarían de admitir la difamación por culpa].

Hombres semejantes difaman, pues, por una verdadera necesidad psicológica, por una fuerza, por decirlo así, irresistible, como un resultado del ambiente tumultuoso y apasionado que los circunda. Además, en cuanto al objeto, casi siempre alcanzan y aún superan algunas veces el que se habría propuesto el difamador noble. Su impunidad resulta, pues, muy natural.

Añádese también que la teoría del fin suministra los medios para distinguir las dos categorías de difamadores pasionales, como resulta de los elementos de la difamación que hemos ya analizado.

Sin embargo, apartándonos un poco del campo de la difamación y de los fines de la mentira y calumnia, vemos con frecuencia que las pasiones de los partidos algunas veces impelen á repudiar y negar ciertos principios científicos y á calumniar é injuriar á sus autores y secuaces.

La historia de los conocimientos científicos nos da la prueba de ello.

Los partidos políticos ó económicos militantes, generalmente empíricos, negaron siempre los principios cien-

tíficos que parecían contrarios á sus opiniones y propaganda. ¿Cuántas injurias, cuantas groserías y cuantas imprecaciones no lanzaron generalmente los socialistas contra el pobre Malthus que presentaba al socialismo, formulando científicamente el problema de la población, una objeción formidable? Y por otra parte, los economistas burgueses ¿cuántos defectos fantásticos no creían haber encontrado en el admirable *Capital* de K. Marx, que echó por tierra su sistema?

Pero tenemos un ejemplo más reciente y más típico. "Hace años, escribe el ilustre profesor Lombroso, se me calumniaba por los socialistas de Mántua de falsedad "en los estudios sobre la pelagra, porque no se quería "que fuera causada por el maíz echado á perder, sino por "la inanición, para acusar á los burgueses que matan de hambre." ¹

La pasión de partido se manifiesta también en el campo de la ciencia pura, produciendo invenciones fantásticas, mentiras y calumnias.

Nos faltan el tiempo y el espacio para citar ejemplos de este fenómeno que se descubre al recorrer la serie de los descubrimientos científicos.

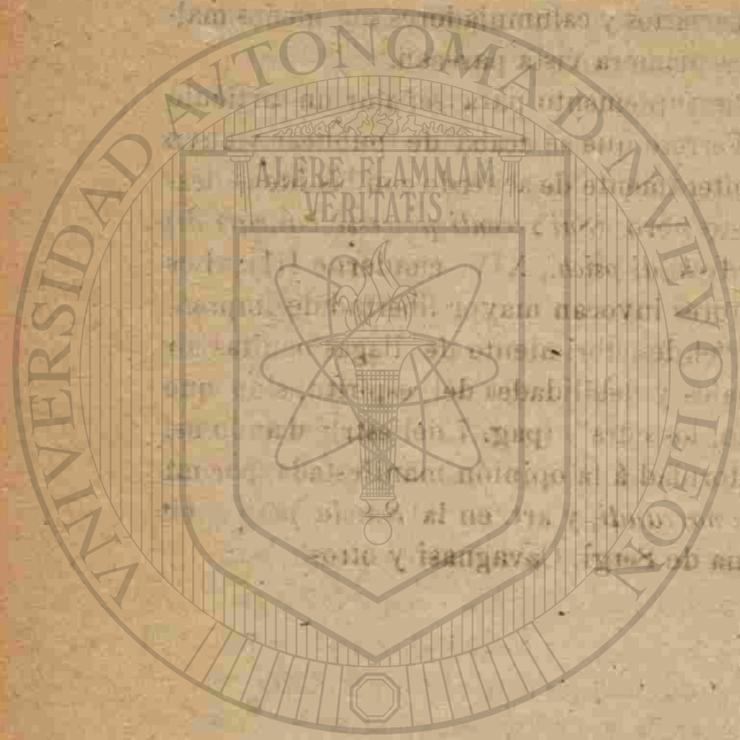
Recordaremos únicamente lo que sucedió á la escuela positiva de Derecho penal; recordaremos todos los errores, las exageraciones y los absurdos que se le atribuyen, para desacreditarla y destruirla. Desgraciadamente esta guerra no ha terminado aún y vemos, por el contrario, que dura y toma siempre nuevos bríos la cruzada contra el tipo criminal lombrosiano, el cual es negado frecuentemente por razones que nada de común tienen con la ciencia.

En todos estos casos cuando no se trata de ignorancia

¹ Fragmento de una carta particular.

é insuficiencia intelectual ó de impudente mala fé, predomina el factor determinante: la pasión de partido. Esta conclusión es realmente consoladora, porque demuestra que tales adversarios y calumniadores son menos malvados de lo que á primera vista parecen.

Aprovecho este suplemento para señalar un artículo de Lombroso y Ferrero que se acaba de publicar y cuyo contenido está enteramente de acuerdo con las ideas desenvueltas en este libro (*Sui recenti processi bancari di Roma é Parigi, Arch. di psych.*, XIV, cuaderno III). Los distinguidos autores invocan mayor libertad de imprenta y creen que, "el descubrimiento de llagas ocultas no "aumenta los males y debilidades del espíritu; sino que "por el contrario, los cura" (pag. 7 del estr); dando así valor con su autoridad á la opinión manifestada por mí (cap. IV *animus narrandi*, y art. en la *Scuola posit.*, cit contra la doctrina de Sergi, Cavagnasi y otros.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

INDICE SUMARIO.

CAPITULO PRIMERO.

La noción del *animus iniuriandi* en la difamación.

Págs.

Los dos elementos de todo delito, subjetivo y objetivo. — Del dolo en general. — Del dolo en la difamación (*animus iniuriandi*). — Su noción según la opinión dominante (Carrara, Ellero, Tolomei, Berner, Pincherle, Fulci, etc.) — Incertidumbre de los autores en general y en particular, especialmente en Carrara. — Las dos consecuencias que se deducen: A. *Animus* como conciencia de la idoneidad difamatoria de la imputación; B. *Animus* que comprende la valorización del fin. — Defectos de la primera (incoherencia é insuficiencia), y de la segunda (indeterminada, arbitraria, ilógica) — Necesidad de examinar á fondo la cuestión con criterio sociológico. — El problema de la difamación es una de las fases del más vasto entre el interés individual y el social. — Derecho y superioridad del interés general. — Conceptos correlativos de difamación y censura. — Se demuestra que la censura es de interés general en cuanto se refiere: A. á los hombres públicos; B á los individuos particulares. — El aspecto subjetivo de la censura: ésta se convierte

en difamación cuando los móviles ó el fin son antisociales.—Concordancia al aplicar á la difamación los principios de la escuela positiva.—De una opinión unilateral emitida en el seno de la misma.—En rigor los principios de la escuela clásica no darían una solución diversa.—De la prensa, órgano de la censura é instrumento de la difamación..... 5 á 29

De las tres objeciones más generales contra la teoría del fin; A, El hombre que tiene un fin noble puede y debe hacer la denuncia legal en vez de recurrir á la difamación, medio delictuoso; B, El difamador impune se sustituye á la autoridad; D Falta la unidad del elemento subjetivo, tan necesaria al sistema penal..... 29 á 25

Breve reseña de legislación penal comparada en orden á la noción del *animus*: Derecho Romano, Inglés, Austriaco, Alemán, Francés, Húngaro, Holandés, Suizo, Belga, Servio, Norte y Latino Americano.—Se deduce un nuevo argumento á favor de la teoría del fin: que á éste se inclinan los pueblos más liberales y progresistas..... 35 á 44

CAPÍTULO SEGUNDO.

El "animus iniuriandi" en el Código Penal Italiano.

El elemento subjetivo según los arts. 45 y 393 del Código Penal.—Interpretación controvertida.—Importancia y actualidad de la cuestión.—Tres grupos de opiniones.—Dos advertencias preliminares..... 45 á 52

A. Si el art. 393, considera necesario el *animus iniuriandi*:—el elemento moral en el sistema del Código.—análisis de los trabajos preparatorios respecto del art. 393.—Se concluye, afirmando la necesidad de la investigación del elemento intencional en general.—Exámen de la jurisprudencia..... 52 á 57

B. Si se admite la investigación del fin que el autor se propuso.—Se responde negativamente: voluntariedad, trabajos preparatorios, doctrina y jurisprudencia.—Consiguiénte é irracional unidad de pena..... 57 á 60

C. La noción del *animus* según el art. 393: conciencia del autor de la idoneidad difamatoria de la imputación.—Doctrina y Jurisprudencia..... 60 á 62

D. A quién corresponde la prueba del *animus*.—Del *onus probandi* en general.—Del mismo en relación con la difamación.—Confutación de la teoría prevaliente en la doctrina y en la jurisprudencia de que *dolus inest in re ipsa*.—Se concluye que el *onus probandi* toca á la acusación aun según nuestro Código..... 63

Epílogo: de las censuras hechas recientemente á la jurisprudencia.—Los defectos del Código.—Las recientes declaraciones del Guarda-Sellos..... "

CAPITULO TERCERO.

De otras aplicaciones menos importantes de la teoría del fin.

Desarrollo de la teoría del fin antisocial.

Importancia general de esta teoría por la que se desechan ciertas distinciones arbitrarias propuestas en cuanto: á la pena.—al medio empleado (prensa)—al género de la imputación (vida pública ó privada)—á la jurisdicción (jurado)—La teoría del fin y la importancia social del hecho imputado.—La teoría del fin y la premeditación en el delito de injurias..... 65 á 74

Del error según la teoría del fin.—Error: I, En cuanto á la naturaleza del medio empleado: A) no se cree difamatorio un hecho que lo es.—B) se cree difamatorio un hecho que no lo es (tentativa); II, En cuanto á la persona ofendida; A) circunstancias agravantes y atenuantes inherentes á la calidad de la persona.—

contra la teoría común (art. 52 *Cód. Pen. Ital*) se sostiene que, dado el delito externo, se debe considerar la representación subjetiva del mismo.—la teoría positiva del error B) *exceptio veritatis*, relativamente: A) á la facultad de la prueba; B) al resultado de la misma..... 74 á 79

De la difamación unida á otros delitos: A) Con la estafa; solución según el Código y la teoría del fin.—B) con la provocación á duelo, solución a) *de jure condito*.—Confutación de una Sentencia de la Corte de Venecia que sólo consideró la provocación.—b) solución según la teoría del fin, tomando en consideración la naturaleza antisocial del duelo.—De una solución que comprende ambas hipótesis..... 79 á 87

CAPITULO CUARTO.

De los varios ANIMI que eliminan el ANIMUS INIURIANDI.

Continúa exponiéndose la teoría del fin.—Posición de la cuestión en la teoría del fin y en la dominante.—Los adversarios aparecen inconsecuentes y se contradicen.—Advertencia general sobre cada uno de los animi..... 88 y 89

Animus corrigendi.—Influencia y valor de la tradición del Derecho Romano.—Se demuestra que, por regla general, el *animus corrigendi* no puede excluir al *iniuriandi*..... 89 á 94

Animus consulendi.—Se le niega eficacia exculpante.—De una objeción que comprende ésta y la hipótesis precedente; relación entre el fin social y los medios empleados..... 94 á 96

Animus jocandi.—La chanza no elimina por sí sola el elemento moral de la difamación.—Concordancia parcial con la *communis opinio*. Las chanzas lícitas.... 96 á 98

Animus retorquendi.—Doctrina de Carrasá y crítica de la misma; a) desde el punto de vista clásico; b) desde el punto de vista positivo.—La compensación subordinada á la teoría del fin.—Si el *animus retorquendi* se aplica tanto á la injuria cuanto á la difamación..... 98 á 103

Animus defendendi.—De la defensa del derecho en general.—De dicho *animus* como garantía forense.—Crítica de la doctrina que le atribuye siempre una eficacia exculpante desde el punto de vista de la teoría del fin..... 103 á 106

Animus narrandi.—Importancia y limitación del problema.—Del *animus narrandi*—en orden al periodismo.—Se demuestra, contra la opinión dominante, que debe dársele eficacia exculpante.—Del *animus narrandi* en la difamación contra los muertos: la crítica histórica.—en la publicación de los informes judiciales.—en la propalación sucesiva (no original) de las noticias difamantes.—en la polémica electoral.—De una objeción de índole general contra esta teoría del *animus narrandi*; de qué cosa la prensa espera su propia regeneración..... 106 á 120

Epilogo y conclusión..... 120 y 121

CAPITULO QUINTO.

La teoría de la "exceptio veritatis."

Continúa desarrollándose la teoría del fin.—La prueba de la verdad en la difamación.—Diversos modos de considerar este problema según la teoría del fin y según la teoría común.—Necesidad de dos clases de investigación..... 122 y 123

I. *El punto objetivo de la cuestión*.—A, de la prohibición de probar el hecho imputado como regla.—Con Difamación.—Tomo I.—15

futación.—I. Hombres públicos.—a) vida privada.
 -Doble error de la *communis opinio* que proclama intangible la vida privada de los hombres públicos.
 —II. Individuos particulares.—La doctrina prevalesciente los subtrae á la censura.—Examen crítico de las principales razones que se aducen en defensa de la prohibición respecto á tales personas (protección del honor, escándalos que resultarían de la prueba de la verdad, la vida privada é íntima no interesa á la cosa pública, dificultad de juzgar la vida privada.—Objeciones al principio de la prueba de la verdad en orden á la vida privada.—Argumentos positivos en favor del derecho general á la prueba y objeciones contra el sistema restrictivo —B. De las excepciones de la prohibición.—Del derecho dado especialmente al ofendido de conceder la facultad de probar, doctrina irracional é insuficiente.—El llamado sistema mixto.—Dos recientes opiniones unilaterales emitidas para la ampliación de la libertad de prueba.—La *demonstratio veritatis* generalmente se requiere por la doctrina del fin y por razones supremas de utilidad social. 123 á 150

II. *El punto subjetivo de la cuestión.*—Resultado de la prueba y responsabilidad del autor. 150 á 152

Verdad de la aserción y fin noble: ningún delito.—Falsedad objetiva y subjetiva (fin avieso necesario): pena.—Concuerdá la opinión dominante. 152

Verdad de la aserción y fin antisocial; a) verdad subjetiva y objetiva.—Se combate la opinión dominante, que establece la impunidad.—Insuficiencia de la teoría que castiga la forma injuriosa no obstante el fondo verdadero.—b) verdad únicamente objetiva y falsedad subjetiva.—Propuesta de transición al sistema positivo.—Cuestiones conexas; imputación de sentencia penal.—Extensión de la prueba de la verdad. 153 á 162

Verdad subjetiva y falsedad objetiva (*Buena fé*)—Necesidad de distinguir: a, la buena fé con fin antisocial:

subsisten todos los elemento del delito.—b, buena fé con fin social: faltan todos los elementos del delito.
 —Incertidumbre de las teorías dominantes, que prescindien siempre del fin.—Exámen crítico de las objeciones contra la doctrina de la buena fé exculpan- te 162 á 168

III. "*Exceptio veritatis*" y buena fé según el *Código Penal*.—Sistema mixto.—Se cree que está proscrita la investigación de la buena fé. 168 á 170

CAPITULO SEXTO.

Seis hipótesis recapitulativas.—Resarcimiento de los daños y difamación por culpa.

Síntesis.—Seis hipótesis resumen el desarrollo de la teoría del fin.—Naturaleza y medida de la pena que debe aplicarse en cada caso 171 á 173

Resarcimiento de los daños.—Del resarcimiento en general.—Del resarcimiento en la hipótesis de buena fé con fin noble, en la cual, contra la opinión dominante, no se le admite.—Consideraciones sobre la naturaleza y especies del daño y manera de resarcirlo.—La función del resarcimiento atribuida al Estado. 173 á 179

Difamación por culpa:—La nueva doctrina positiva tiende á admitirla.—Confutación.—La difamación por culpa no puede tener ningún valor jurídico 179 á 183

Reforma complementaria sobre la responsabilidad penal en materia de imprenta (abolición del gerente).—Noción completa del sistema positivo.—Dos objeciones: I. Perturbación y desorden social;—II. Relación entre el descubrimiento de las culpas y vicios ajenos y la educación del carácter. 183 á 188

CAPITULO SEPTIMO.

Categorías de los difamadores.

Oportunidad de este estudio complementario.—Las estadísticas de Italia, Alemania, Francia y Bélgica demuestran el aumento continuo del número de los difamadores.—De las categorías de los delincuentes en general y especialmente de las relativas á la difamación.—Categorías especiales en orden á este delito: A) *Las histéricas*: propensión de la mujer á la mentira y doble manera como la misma se manifiesta en la delincuencia.—La participación de las mujeres en la difamación es superior al término medio de la participación femenil en la delincuencia.—De las histéricas en particular, su calumniomanía.—Ejemplos típicos: La Zerbini y la Bompard.—B. Los *desequilibrados*, especialmente políticos.—La difamación y la mentira entre los hombres de genio.—C. Los *menores*: su propensión á la mentira.—Estadística de su participación en la difamación.—La teoría del fin y estas tres categorías especiales.—Los remedios

189 á 204

Delincuentes habituales y ocasionales entre los difamadores.—La reincidencia en la difamación.—Opinión dominante en la escuela positiva según la cual los difamadores serían principalmente reos ocasionales.—Crítica de ella desde su punto de vista natural y legal.—La teoría de la antisocialidad confirmada

204 á 212

El sistema positivo sirve para la defensa social y substituye al penal, es un medio de profilaxis política y responde á una necesidad orgánica de las sociedades democráticas

212 á 214

PÁGS

APENDICE

A LOS CAPITULOS CUARTO Y QUINTO

Difamadores pasionales

Los difamadores por pasión en las revoluciones políticas y el período electoral.—Distinción según la teoría del fin.—La pasión de partido en el campo científico

215 á 219

FIN.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
REGIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



