

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 Ardigo, *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. 96 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, *Princ. 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 sino 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*, París, 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. 250.

2 Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles y Gerschel, París, 1971 t. II, deuxième partie, spec. ch. II, § 223 y ch. 12.—Foullié, *La science sociale contemporaine*. Paris, 1880, ch. II, Sehaeffl. 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 tutelarlos 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 su *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*, Turín, 1890, p. 108.