

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 leyes.⁶ 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, *Còde expliqué de la presse*. Paris, 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, Paris, 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. 242 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 manifestamente 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 queden 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 [Grippó, 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, § 2.

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 inculpado 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.