

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 <sup>1</sup>.

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 Aun 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 <sup>1</sup>; 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 prohibida<sup>1</sup> y por último, otros no resuelven la duda que proviene del Código<sup>2</sup>. 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 fundadas<sup>3</sup> 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, 244-271. Noreen, *Cod. Pen. Annot.*, Arona 1890, *Adriatico*, XVI, 283. Nasi, *Gazzeta di Venezia*, CXLIX, 257. Pessina *La liberta 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 psichiat. e scienze pen. XIII, parag. I, p. 44-46<sup>1</sup> Ferri, p. 150, nota.

<sup>1</sup> 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. *Tem. Venet.* XVII, p. 66. Pero ambos deploran que se deba interpretar así el art. 393.

<sup>2</sup> 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 Pincherle, *il Codice penal italiano annotato*. Torino 1890, p. 545 y sig.

<sup>3</sup> Pessina, *La liberta, 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 delito<sup>1</sup>. 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 delito<sup>2</sup>. 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 positiva<sup>3</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Pessina, *La liberta ecc.* p. 147-151.

<sup>2</sup> Ferri, p. 503-504.

<sup>3</sup> 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.<sup>1</sup> 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.»<sup>2</sup> 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.»<sup>3</sup> 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.»<sup>4</sup>

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.*<sup>1</sup> 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.»<sup>2</sup> Por último, el H. Costa quería la exclusión del fin.

Por otra parte, en el Senado, el Ministro proponente, el H. Zanardelli, arguia 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.<sup>3</sup>

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)<sup>4</sup>, y fué considerado necesario.<sup>5</sup> 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, <sup>1</sup> 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. <sup>2</sup>

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.» <sup>3</sup>

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

<sup>1</sup> *Osserv. di Auriti*, p. 653.

<sup>2</sup> *Osserv. di Tolomeri*, p. 653.

<sup>3</sup> *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* <sup>1</sup> 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.» <sup>2</sup>

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; <sup>3</sup> y el Código es,

<sup>1</sup> En el mismo sentido V. Tecchio, *Adriatico*, XVI, 271.—Castorini, *La diffam.* etc. p. 439.

<sup>2</sup> *Relaz. stam. romana*, § V, p. 10.

<sup>3</sup> La objeción del Sighele, *Arch. psic. etc.* XIII, p. 45, deducida de la voluntariedad contenida en el art. 45, diferente del elemento intencional, suscitada 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.»<sup>1</sup> 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.»<sup>2</sup> Por lo demás, nunca la jurisprudencia excluyó la necesidad del elemento moral tomado en un sentido lato<sup>3</sup>; 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.* § 3. *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. <sup>1</sup> 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."<sup>2</sup>

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 excluída 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. Senten. 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 consistió, 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 *Il 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 <sup>1</sup>. Eran, pues, generosas; pero inconcluyentes estas palabras del H. Viella 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 <sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *Discusiones en la Cámara*, p. 387.

<sup>3</sup> Indicáremos en este 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. Impallomeni, *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—Ferrí, *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, 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. <sup>2</sup> De este modo se habría conseguido, al menos en parte, hermanar las disposiciones del Código Penal con

<sup>1</sup> *Relación de la Cámara*, § 226. T. López. *H. Códice ecc.* p. 66.

<sup>2</sup> *Relaz, 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 libértá, ecc.* p. 51-54 y 98-99.