

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. Véase 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. E. 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 praesemitur.*»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 excecra- do por todos los autores liberales.

Sin embargo, esta fórmula fue 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 inculpadó.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 inculpadó 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 inéua, 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. Pen.* 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. Senterri, *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. Majnó, *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 inculpado. 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

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 disentiimiento 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.