

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 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 *máximum*, se reduzca el *mínimum* 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 *mínimum*, p. 161.

nosotros, como no se castiga, según ella, sino á los difamadores que son verdaderos delinquentes, 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, Bincherle, 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.^o

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, I, 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 é 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 *Il. 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 *Caeteris 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. Castori, 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 Pessina, *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 pueden 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.