

hecho que cree difamatorio y no lo es, la *communis opinio* induciría á absolver, porque faltaría el elemento material, la atribución difamatoria idónea.

Muy distinto es el resultado de nuestra teoría. En la hipótesis, es preciso no desunir el error del fin, de la intención. Pues bien, si la opinión de la aptitud difamatoria del cargo va asociada al fin noble, los principios expuestos arriba requieren la impunidad, y en esto vamos de acuerdo con la teoría clásica. Si, al contrario, el error está revestido de intención antijurídica, entonces dicho error nada quita al carácter delictuoso del agente; antes parece más bien que exista cierto elemento material, que haya también cierto daño, supuesto que el difamador ha demostrado, al querer atacar á determinado individuo, que no lo estima; ha difundido la opinión que se puede concebir alguna sospecha sobre la integridad de su carácter, y esto podría perjudicar su buena fama. En realidad al difamador no le falta en este caso sino la idoneidad del medio; se podría, en consecuencia, hallar en su acción, según la teoría alemana,<sup>1</sup> en gran parte aceptada y completada por la nueva escuela,<sup>2</sup> una tentativa punible de difamación. En efecto, en la hipótesis, tanto el mismo medio, poco ó nada idóneo, cuanto el conjunto de motivos, revelarían en él una naturaleza peligrosa.

Esta conclusión que á nosotros nos parece equitativa y conforme con los principios de defensa social, se encuentra, por el contrario, en abierta oposición con los enseñamientos de la escuela clásica, la que ante todo no admite la tentativa en la difamación verbal<sup>3</sup> y no ha-

<sup>1</sup> V. Castori, *Il tentativo*, en el trat. de Cogliolo, t. I, p. 3 §§ 84 y 87.

<sup>2</sup> V. Garofalo, *Criminología*, p. 343-352.

<sup>3</sup> Carrara, III, §§ 1829, 1830.—Frota, p. 263 y siguientes.—Castori, *Il tentativo*, § 34.

llaría en la hipótesis, una tentativa punible, no siendo evidentemente idóneo el medio, si bien el error no excluya aquí el dolo.

Vengamos al segundo caso: que la persona difamada no sea la que el autor se proponía. La cuestión es importante bajo doble aspecto.

El primero consiste en la razón del mayor ó menor respeto que se deba al ofendido efectivamente, y en consecuencia, de la pena más ó menos grave para castigar al agente; consiste, más generalmente, en la apreciación de las diversas circunstancias agravantes ó atenuantes.

En estos casos suele aplicarse el principio general de que «no se harán pesar sobre el autor las causas agravantes provenientes de la calidad del ofendido ó perjudicado «y se tomarán en consideración las circunstancias que habrían disminuido la pena por el delito si lo hubiere cometido en daño de la persona contra la que se dirigía «su acción.»<sup>1</sup>

La cuestión es general y pasa de los límites del tema especial sobre la difamación; sin embargo, séanos permitido observar que las dos disposiciones contenidas en el artículo citado—por más que provengan, como se afirma,<sup>2</sup> de la teoría general de la imputabilidad profesada por la escuela clásica, se contradicen recíprocamente. En la segunda, en efecto, se considera solamente la representación subjetiva del delito, se da la mayor importancia á la intención; en la primera, al contrario, sólo se toma en cuenta el resultado objetivo, prescindiendo de la intención.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Código Penal italiano, artículo 52.—V. Carrara, p. gen. 1, § 261. Conti, § 55 y § 58.

<sup>2</sup> Conti, p. 278.

<sup>3</sup> Prescindiendo en modo relativo, se entiende.

¿Cuál es la razón de la diferencia? Evidentemente ninguna otra fuera de la de favorecer al reo, razón siempre muy débil, en verdad; pero aún más aquí, en la difamación, supuesto que dada la noción del dolo característico que, sostenemos, nos encontramos ante delinquentes vulgares y peligrosos.

Para nosotros, pues, probado el dolo característico, probada la persona determinada que el difamador quería atacar, el error, puramente accidental, no puede servir de ninguna manera.

El caso fortuito por el cual el hecho excede de cualquier modo la voluntad del autor, nada quita al carácter delictuoso del mismo. Y si, como nosotros admitimos, el criterio esencial para determinar la medida de la pena es la temibilidad del delincuente, la responsabilidad debe graduarse según la representación subjetiva del delito y no por el resultado objetivo accidental, dada siempre una violación externa del Derecho. De esto resulta que las circunstancias agravantes ó atenuantes que provienen del error no son imputables, mientras que sí lo son todas las que subsistieran, si la acción hubiese sido cometida en perjuicio de la persona contra la cual se dirigía.

El segundo aspecto de la cuestión propuesta consiste en la influencia que la verdad de la *convictio* puede ejercer en el error de persona; y esto en cuanto á la facultad de la prueba y en cuanto al resultado de la misma. Hipótesis éstas, raras, pero no imposibles en la práctica.

La cuestión se presenta desde el primer punto si por

<sup>1</sup> Esta y no otra nos parece la teoría del error que proviene de los principios de la escuela positiva. V. una indicación incidental y poco explícita en *Ferri, Intorno al nuovo Codice Penale. Nuova Antologia*, terza serie, t. XXII p. 681-685.—En contra de Ferri *Conti* p. 286 á 288.

ventura un individuo quisiera echar en cara un hecho difamatorio á un funcionario público, contra el cual está admitida—según la opinión más común—la prueba de la verdad, y por error ú otro incidente, dirigiera la difamación contra un tercero que no fuera el funcionario en cuestión. Se pregunta: ¿podría ser admitida al inculgado la prueba de la verdad del hecho? Considerando la cuestión según el sistema de nuestro Código Penal, como la ciencia y el Código consideran el delito subjetivo y objetivo según las ventajas que pueden resultar al reo, en la hipótesis, sería natural conceder la prueba del hecho. E igual solución debería adoptarse desde nuestro punto de vista, bien diverso: es decir desde el punto de vista de la formación psicológica del delito.

En cuanto al segundo punto ¿si el agente prueba la verdad del cargo,—ó por facultad que le sea cometida ó por derecho, siendo el ofendido un hombre público, ó estando vigente el principio general de la prueba—quedará libre de toda pena aun en el caso de error sobre la persona? <sup>2</sup> La respuesta no puede ser sino afirmativa; y así resulta, tanto por el principio de considerar que prevalece la representación subjetiva del delito en el autor, cuando por el principio que inspira el Código de favorecer al reo. Existe, sin embargo, una diferencia análoga al caso precedente que es inútil repetir.

44.—Importantes aplicaciones de la doctrina del dolo especial, desde el punto de vista sostenido en esta obra se encuentran, considerando la difamación reunida á

<sup>1</sup> Obsérvese que el caso considerado aquí se desterraría en nuestro sistema, según el cual (V. c. V, p. I) la prueba de la verdad es siempre admitida.

<sup>2</sup> Nótese que sustancialmente la cuestión no cambia en el caso en que se requiera para la exención de la pena, como creemos, algún otro elemento además de la verdad del hecho, V. Cap. V, parte II.

otros delitos. La cuestión debe resolverse prácticamente en cada uno de los casos que se presenten, y sería imposible hacer aquí, *a priori*, una completa enumeración de ellos.

Nosotros, por tanto, consideramos dos casos fáciles de encontrarse en la práctica, tanto más, cuanto que de uno de ellos se ha ocupado ya nuestra jurisprudencia, ó sea, cuando la difamación existe juntamente: 1º á un delito contra la propiedad; 2º á una provocación para batirse en duelo.

Si uno difama á otro simplemente para ocasionarle un daño, no tenemos sino una difamación, supuesto que el delito contra la propiedad en general requiere el fin del lucro ilegítimo (*lucri faciendi causa*); y el daño, único que prescinde de tal elemento, <sup>1</sup> debe recaer inmediatamente sobre las cosas, y de cualquier modo, es fin de sí mismo. <sup>2</sup>

Si por el contrario, lo difama para dañar á otro y procurar para sí mismo ó para otros una ventaja, entonces puede presentarse el caso de un delito contra la propiedad, y precisamente el de una estafa, considerando la vasta extensión de lo que se contiene en este delito. <sup>3</sup> ¿Y entonces, según el Código, tenemos dos delitos connexos ó concurren idealmente? ¿Es preciso aplicar el art. 77 y el 78?

Parece que no se trata de un concurso ideal; para éste se requiere la unidad del hecho. «La unidad de pena depende de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real delictuoso. <sup>4</sup> Y por hecho debe entenderse, dice la Rela-

1 V. Carrara, p. spec., IV, §§ 2014, 2015.—Pessina, *Elem.* II, § 90.—Puglia, *Delitti contro la proprietà*, Trat. Cogliolo, t. II, p. II, p. 21, 22 y 527, 528.

2 V. Carrara, IV, § 2449.—Pessina, *Elem.* II, p. 277, § 139.

3 *Cód. Pen. Ital.*, art. 413.—Bomer, p. 464, 468.—Puglia, p. 424, 428.

4 *Relaz. della Camera.* § 98.

ción al Rey» <sup>1</sup> no sólo la obra del agente, sino éste y aquella con todos los «elementos del delito.» Aquí tenemos por hipótesis, por una parte, el *animus iniuriandi* y la *imputación* difamatoria; por la otra, el daño ageno y el lucro nuestro ó de otros, procurado y propuesto como fin.

Nos encontramos, por tanto, en el caso del artículo 77, supuesto que, según éste, debe tratarse de hechos distintos, y si es en el hecho mismo constitutivo del delito donde puede verificarse otro delito, ya no se tratará de un concurso real, sino ideal; <sup>2</sup> resulta que en la hipótesis propuesta, los dos delitos son distintos é independientes. En consecuencia, dada la acción del *animus iniuriandi* que se toma del art. 393, en el caso de difamación hecha como medio del delito de estafa, se debe aplicar el art. 77, ó sea el concurso de penas.

Según la ciencia, por el contrario, la conexión del medio con el fin es uno de los casos del concurso formal. <sup>3</sup>

Por último, desde el punto de vista de la presente obra, hay difamación real y verdadera, supuesto que es evidetísimo el fin avieso. Prescindiremos, pues, de la sutil indagación de si se trata de dos delitos ó de uno solo; tenemos una acción antijurídica cuyo motivo (excesiva avidez de lucro), es de los más malvados y por consiguiente aumentaremos la pena. <sup>4</sup>

Relativamente al segundo caso, en el cual se presenta un problema análogo al primero, recordaremos ante todo á Carrara. Este gran criminalista opinó primero que la intención de provocar á duelo no excluye el *animus iniuriandi*; después, al contrario, aceptó la opinión opues-

1 *Relaz. al Re*, § 25.

2 V. Castori, *Concorso di reato e di pena*, en el Tratado de Cogliolo, t. I p. III, § 26.

3 Carrara, p. g., §§ 167 y 168.—Pessina, *Elem.* I, § 127, p. 305.

4 Garofalo *Crim.*, p. 364 y 365.

ta, porque en el caso indicado el fin delictuoso especial desnaturaliza el delito que sirvió como medio. <sup>1</sup>

Ante el *jure condito*, en el sistema de la doctrina clásica la cuestión debe formularse sobre la base del *animus iniuriandi*.

¿Consiste éste en la conciencia de que el hecho imputado expone al odio ó al desprecio público? Pues bien, la intención de provocar á duelo no lo excluye.

¿Se requiere, por el contrario, el fin especial del deshonor por sí, de la ofensa? Entonces quizá esa intención podrá excusar ó exculpar, quitando el *animus*.

De este modo se reduce á su justo valor la primera razón aducida por Carrara en apoyo de su doctrina, ó sea: «que es una condición esencial de la injuria el ánimo de injuriar.»

La segunda de dichas razones: «que provocar á duelo no ofende el honor ajeno, pues, al contrario, es una prueba de estimación, porque con persona vil y deshonda nadie quiere medir su espada», tiene un valor únicamente relativo, porque depende también de la noción del *animus iniuriandi*, por ser capaz de excluirlo. Efectivamente, esta razón huelga si el *animus* consiste en el conocimiento de la idoneidad difamatoria de la imputación, supuesto que precisamente la conciencia de que la imputación es capaz de provocar á duelo, implica la de la capacidad de difamar para que la provocación consiga su intento. Sin decir que quien recurre á medio semejante para inducir á una persona á recurrir á la suerte de las armas, demuestra con este solo hecho que la desprecia y la considera vil y cobarde.

Planteadas de este modo la cuestión y habiendo dado á las dos observaciones de Carrara su justo valor, la so-

<sup>1</sup> Carrara, ob. cit. p. s. tomo III § 1752, n. 1 y § 1839 ncta. T. V., §§ 2906-2907.— *Opuscoli*, T. IV. (XIV, *Injuria e provocazione al duello*), p. 10 y 617.

lución, según los principios de nuestro derecho penal, se presenta espontáneamente.

¿Cuál es la noción del *animus* según el art. 393? Hemos procurado ya fijarla con las fuentes, la doctrina y la jurisprudencia: es la conciencia de que, atribuyendo á determinada persona cierto hecho, se la expone al odio, al desprecio público y demás, sin que pueda hacerse la menor investigación sobre el fin; Ahora, supuesto que, como observamos arriba, quien hace tal cargo para provocar á duelo, tiene conciencia clara de la idoneidad difamatoria del hecho imputado, el *animus iniuriandi* es en él real y verdadero.

De conformidad con estos principios se pronunció el Tribunal de Venecia, considerando reo de difamación á un periodista que, valiéndose de ella, había retado á un enemigo suyo para dirimir sus diferencias en el llamado campo del honor. Sin embargo, poco tiempo después, la Corte de Apelación de la misma ciudad reformaba la sentencia del Tribunal y consideraba al culpable tan sólo responsable de provocación á duelo. <sup>1</sup>

«En los delitos contra el honor—observaba la Corte—debe existir siempre el «*animus iniuriandi*,» y en la investigación de tal extremo el juez no puede tener presente sino el fin (!) que se propuso el autor, en vez de atender á la materialidad de los medios empleados. Evidentemente este razonamiento parte de un principio erróneo, es decir, de una noción del «*animus iniuriandi*» que está muy lejos de ser la del artículo 393. Tanto más que la sentencia dice luego: «todas las expresiones difamantes ó injuriosas contenidas en los dos artículos (del perió-

<sup>1</sup> Sentencia 26 Febrero 1891, *Riv. Pen.* t. XXXIII, p. 467, V, Abogados Leopoldo Bizio, Donati, Stoppato, (compilador) *Defensa*, Venecia 1890, p. 9, 16.

dico) están encaminadas á atraer sobre él (adversario) el desprecio público, poniendo de manifiesto su pusilanimidad y vileza. Basta leer el Código, para que aparezca clara é incontestablemente la difamación. Por lo que la observación de la Revista Penal,<sup>1</sup> según la cual la consecuencia á que llegó la Corte, resulta evidente y espontánea, una vez excluido tanto en el hecho como en la especie el ánimo de injuriar, podría sostenerse sólo que en la especie faltara realmente el *animus*, lo que no es, como resulta del considerando de la Corte en cuestión.<sup>2</sup>

Comencemos, por tanto, con excluir que se trata pura y simplemente de provocación á duelo. Impallomeni cree que, considerando la objetividad jurídica de los delitos en la difamación que tiene por objeto el duelo, no entra absolutamente el concepto de la provocación, y no se trata tampoco de concurso formal.<sup>3</sup>

También nos parece que debemos excluir el concurso formal, y por un razonamiento análogo al hecho en el precedente ejemplo de concurso, consideremos en la hipótesis un caso de conexión á que aplicar, en consecuencia, las reglas que rigen el concurso de penas.

Finalmente, si consideramos la cuestión desde el punto de vista del elemento subjetivo característico, ante todo, como en el caso anterior, deberemos dar cierto valor al fin con que se hace la difamación.

Hemos procurado demostrar que el fin puede ennoblecer la difamación al grado de quitarle todo carácter delictuoso y, por el contrario, dárselo, cuando sea bajo y antisc-

1 Riv. Pen. lugar citado, nota 1.

2 Contra esta sentencia: Impallomeni, *Diffam. ed. eccitiam. al. duello.*

Riv. Pen. T. XXXI, p. 529; Majno, *Comm.*, § 1163.

3 Impallomeni, § 5.

cial. Todo depende, pues, de la naturaleza de ese fin, es decir, si se encuentra relacionado con el interés general ó bien si es puramente egoísta; si revela en quien se lo propone instintos sociales ó bien antijurídicos. Pues bien, el duelo es un resto de barbarie, una costumbre antisocial en el sistema actual (provisto de una organización judicial para vigilar por el honor),<sup>1</sup> fuente perenne de desórdenes y desgracia,<sup>2</sup> y contrario al interés general. En consecuencia, quien se lo propone ó provoca á él demuestra cierta incapacidad de adaptación á la vida social presente. Además, se muestra desprovisto del sentimiento fundamental de piedad, supuesto que se propone herir y aun matar á un semejante. En tercer lugar, por lo mismo que se dirige contra un débil y lo provoca con violencia al combate, se muestra un prepotente adorador de la fuerza. Todo esto está muy lejos de los sentimientos de fraternidad, de respeto mútuo y amor que requieren las condiciones sociales en que vivimos y á las que afanosamente aspira el género humano.<sup>3</sup>

Por consiguiente, para nosotros, existe la difamación agravada con el carácter profundamente antisocial de los móviles y del fin.

En consecuencia la Corte de Venecia erraba primero desde el punto de vista del Derecho Positivo, y después.

que si la anti-socialidad del fin es castigada en la simple

1 V. Worms. *Les attentas á l'honneur*, Paris, 1890, ch. IV, p. 77 y 81-87.

2 El duelo «diminúa la libertad y enjendra la perversión de los sentimientos morales, haciendo aparecer fuertes á los jactanciosos y presuntuosos y valerosos á los cobardes». Ellero, *Questione sociale*, Bologna, 1877, c. XXIV, p. 92.

3 Notemos que estas ideas no son las que comunmente profesa nuestra escuela sobre el duelo; muchos positivistas creen que el duelista no es un elemento inadaptado á la sociedad. Berenini, *Offese e difese*, Parma, 1886, p. 49, *El duello nel progetto Zanardelli*. Arch. di psych. IX, p. 175, Garofalo, *Crim.* p. 419, Ferri, *Soc.* p. 333, nota 4; Majno, *Comm. al cod. pen.*, § 1140, p. 631. Por ideas parecidas á las del texto: Puglia, *Duello*, Arch. di psi. ch V, p. 423.

también desde el punto de vista abstracto, y casi diría científico, supuesto que daba su valor justificativo á un fin completamente egoísta y antijurídico.<sup>1</sup>

De aquí se ve asimismo que dicha Corte hollaba el precepto de hermenéutica ya recordado que permite forzar la ley sólo para plegarla á las exigencias siempre nuevas de la equidad y de la moral social.

45. Dos objeciones podrían hacérsenos:

Desde el punto de vista del Derecho positivo vuestra solución castiga sustancialmente dos veces—desde el de vuestro dolo característico la solución mencionada olvida que la antisocialidad del fin está ya castigada en la provocación al duelo.<sup>2</sup>

A la primera nada podemos responder, porque aceptamos la afirmación que contiene.

Si uno comete dos delitos y en consecuencia (aún cuando sea con un hecho solo) manifiesta una naturaleza doblemente peligrosa, ¿porqué deberá castigarse como si hubiere cometido uno sólo? Por lo demás, si la solución depende del sistema del Código, como nos parece, supuesto que exige para el concurso formal la unidad del efecto delictuoso que en la hipótesis falta en absoluto, la censura, en todo caso, no nos tocaría.

Más importante es la segunda objeción. Respondemos que, si la antisocialidad del fin es castigada en la simple provocación á duelo, no es castigada en este caso la mayor gravedad del medio que aparece, cuando se emplea la difamación. Y el medio más grave usado manifiesta en el

<sup>1</sup> El egoísmo impelente naturalmente á los duelos, porque da al individuo la opinión de su prevalencia sobre el juez y el legislador, Carrara, *Progr* p. s. V. § 2872.

<sup>2</sup> Las objeciones abrazan también el caso de concurso considerado primero, pero como el segundo es casi típico y más práctico, nosotros las consideramos en relación á él.

agente mayor tendencia á conseguir ese fin; y por consiguiente mayor temibilidad. Por último, en la hipótesis hecha por nosotros no tenemos una simple provocación á duelo, porque existe además la difamación; no tenemos una simple difamación en el sentido clásico, porque existe, además, la provocación á duelo; tenemos, pues, dos indicios para determinar la temibilidad del reo, ninguno de los cuales debe desatenderse. Falta la razón de la identidad entre las dos clases de delitos, y poco importa que la antisocialidad del duelo sea castigada en una de ellas; al contrario, esto no impide que también se pueda castigar en la otra.

En nuestra hipótesis, esta antisocialidad se manifiesta en una forma diversa y más peligrosa que en la simple provocación á duelo.