

torsión no puede hallarse uno de los modos de defenderse ni falta el «animus iniuriandi,» si se le considera especialmente como conciencia.

Es, pues, más conforme á la realidad admitir, con el ilustre criminalista berlinés Alberto Berner, que también la retorsión es excusada por la provocación.

En cuanto á la compensación Carrara afirma una cosa justa tan sólo en parte, al decir que proviene del carácter privado de la acción penal en materia de injurias; es inexacto, cuando afirma que es una manera de extinguir la acción penal por ambas partes.

En efecto, el principio privado de la acción sirve al primer injuriante: ha cometido un delito y el adversario comete otro contra él, haciéndose justicia por su mano y cerrándose el camino para perseguirlo ante los tribunales; pero no sirve al segundo.

Aceptando también en esto la teoría de Carrara, la injuria hecha por el primer ofendido quedaría extinguida antes que fuera consumada. La injuria que le fué inferida, extinguiría la acción penal contra él aun antes de que se cometiese el delito. ¿Pero acaso la acción penal no resulta del delito? Nos parece, pues, salvo el gran respeto que nos merece el insigne maestro, que nos encontramos ante un absurdo.

Además, la misma teoría dominante encierra una contradicción y da una idea inexacta de la compensación, pues, enseñando que ésta puede ser "total ó parcial,"² niega implícitamente que es siempre uno de los modos de extinguirse la acción por entrambos lados y contraviene

1 Berner, *Tratt. di dir. pen.*, p. 388, y una indicación de Carrara, *Progr.* III, § 1759, núm. 1, p. 117.

2 V. Carrara, § 1759.—Pincherle, p. 408.

á la presuposición necesaria de la compensación misma, que es la elisión recíproca de los dos delitos.

Según nosotros, si se verifica la elisión, no sucede por un sólo principio, sino por varios. Es decir, no puede intentarse una acción penal contra el primer injuriante, porque el ofendido prefirió hacerse justicia por su mano; el segundo no comete un delito, porque la provocación elimina el elemento subjetivo.

Sin embargo, podría hacerse una objeción: la provocación se considera atenuante y no dirimente como la compensación. Pero se elimina, observando que las consecuencias jurídicas de un principio no pueden echar por tierra el principio mismo, y que, de todas maneras, la provocación puede ser tan grave que llegue hasta suprimir todo elemento moral de delito, como lo admite Carrara.

Por consiguiente en el «animus retorquendi» nada hay de particular sobre injurias. Se le aplican los principios generales en materia penal, de la provocación, y es de que, eligiendo un camino, no se puede tomar otro, cuando se trata de querrela de parte.

55. A la teoría común, sin embargo, puede hacersele con mayor facilidad una crítica menos analítica y más general. Ella enseña, con pocas divergencias parciales,⁵ que en materia de injurias prevalece la regla «paria cum paria compensantur»,⁶ deduciendo la razón de esto de la parte puramente objetiva del delito y prescindiendo en absoluto de su elemento subjetivo, de la «mens rea» del

1 Pessina, *Elem.*, II, p. 141.

2 Carrara, *Opusc.*, VI, p. 238.—Capello, p. 43.

3 Carrara, § 1838, núm. 1, p. 256.

4 Capello, p. 47-49.

5 Capello p. 47, y 49.

6 De Cola Proto, p. 134.

autor. Una pura accidentalidad enteramente material y exterior exime de la pena; pero queda todo el carácter delictuoso del agente, amalgamando así, con criterios de justicia y simetría extrínseca, á los difamadores delictuosos con los que no lo son; y dando á los primeros un medio fácil de desahogar su ánimo depravado con el pretexto de la retorsión y de la compensación. Fuera del principio de que la eficacia exculpante de la compensación depende del carácter público ó privado del delito de difamación,¹ según la teoría del fin la doctrina general del «animus retorquendi» se modifica profundamente y se apoya en la subsistencia ó ausencia del fin social. —En el primer caso, por cuanto es viva la provocación ó zahiriente la retorsión, el delito existe; se trataría de la medida de la pena; pero no de la impunidad. En el segundo caso, falten ó no tales circunstancias, el difamador quedará exento de toda pena. En resumen, provocación, retorsión y compensación son puras accidentalidades de hecho, que pueden considerarse solamente como elementos de prueba, para determinar el «animus» y las circunstancias concomitantes para la cantidad de la pena; pero no deben desempeñar una función propia é independiente.

56. Se preguntará ahora ¿los principios expuestos se aplican tanto á la difamación como á la injuria? La duda no se presenta sino en el sistema clásico, según el cual, naturalmente, las aplicaciones se harán con más frecuencia, tratándose de injurias; pero no se puede «a priori» excluir la difamación, si se piensa en la cantidad de hechos varios y nuevos de que es tan fértil la vida social. Pessina, por ejemplo, admite que tales conceptos son aplicables á toda clase de injurias, comprendidos los libelos famosos, y Carrara trata de ellos á propósito del «animus

¹ Carrara, *Opuse.* III, p. 280 y 293

iniuriandi» en general.¹ Al contrario, la regla del Código y del Proyecto² se refiere únicamente á las injurias.

³ Pero el principio de la provocación, siendo general, bien se podrá invocar aún en materia de difamación.⁴

A este respecto sería peligroso proceder con reglas demasiado severas y absolutas; al contrario, es preciso que sean muy elásticas para dar mayor preponderancia á los motivos y al fin, y por consecuencia, que no sean obligatorias para el juez. Es digno, pues, de alabanza el legislador italiano que, tratándose de compensación de injurias, da al juez la facultad y no le impone la obligación de exonerar de la pena.⁵

ANIMUS DEFENDENDI.

57. Los autores lo tratan bajo el doble aspecto de que se infiera una injuria á quien injurió ó se cometa contra

¹ Pessina, *Ele n.*, II, p. 142. — Carrara, *ob. cit.*, § 1751 y siguientes. — Pincherle, p. 408-409.

² Paoli, § 474-476, Capello, p. 47-49.

³ *Cód. Pen. Ital.* art. 397. — La jurisprudencia decidió precisamente que la compensación puede verificarse solamente entre injurias, excluida la difamación. — Casación, 24 Abril 1890, *Foro Ital., Rep.* XV, c. 696, n. 32.

⁴ *Cód. Pen. Ital.* art. 51. — Así consideró nuestra jurisprudencia la provocación excusante que puede adaptarse á cualquier delito. (Casación, 6 Octubre 1892; *Scuola Posit.* t. II, Mass, n.º 10, con nota de Carrelli) y admitirla en la injuria y difamación (*Foro Ital., Rep.* XVI, c. 789, n.º 36). Al contrario, en Francia generalmente, la provocación no excusa la difamación, Barbier, I, § 419.

⁵ *Cód. Pen. Ital.*, art. 397. — Se suscitó la cuestión si la compensación puede hacerse valer en las injurias hechas por la prensa, y algunos contestaron que no. La cuestión se resuelve más fácilmente si se sigue la teoría que somete los delitos de imprenta al fuero común. Hemos, pues, creído conveniente no tratarla. Por lo demás puede verse á Pincherle en la obra y lugar citados.

él algún otro delito. ¹ Es evidente que en tal caso volvemos al argumento del párrafo anterior.

Sin embargo, las cosas dichas acerca del «animus defendendi» con relación á la retorsión, deben completarse en el sentido de que la difamación, cuando la exige necesariamente la defensa de nuestros derechos, goza de la impunidad, no solo conforme al antiguo principio «qui suo jure utitur iniuriam non facere videtur,» sino también porque en realidad falta el fin antisocial y entra el diametralmente opuesto de la tutela del orden jurídico.—Pero estos principios no podrían tener una aplicación rigurosa en el sistema de nuestro Derecho Penal sobre injurias por la conocida teoría que excluye la investigación del fin. ²

La aplicación más notable del «animus» encaminado á la defensa del propio derecho reside en la «facultas conviciandi» dada á los defensores y á las partes ante la magistratura. Es un principio que se remonta al Derecho de Roma, donde era costumbre de los retóricos «hacer pesar sobre los reos todo el mal que podían, aun cuando en nada se refiriera al objeto de la causa». ³ Los prácticos, fundándose en dos conocidísimos pasajes de las fuentes, lo han desarrollado según las dos condiciones que son co-

¹ Carrara, *ob. cit.*, § 1761, además de la protección impartida al honor, admite la de los derechos patrimoniales; pero, una vez sentado el principio, no debemos detenernos en él. V. Pincherle, p. 401 y siguientes—De Cola Proto, p. 32.—Capello, p. 37.

² En efecto, la jurisprudencia decidió que el *animus defendendi*, aducido como defensa de sí mismo, no puede excluir la difamación. *Trib. de Nápoles* 30 Diciembre. 1892; *Riv. Pen.* XXXVII, p. 253 y siguientes.—Evidentemente con la excepción de tal *animus*, se aducía, en forma diversa, la excepción del fin bueno, ya desechada unánimemente por la jurisprudencia, por lo que el tribunal de Nápoles, confirmando la teoría común, observaba que, sea por venganza, sea por defenderse á sí mismo ó por cualquiera otro motivo que se profiera la injuria, no deja de ser punible (*Ut supra*, p. 256). Pero en este caso no parece que se trata propiamente del *animus defendendi*.

³ Ferrini, *ob. cit.* p. 184.

munes á cualquiera forma de legítima defensa, la «utilitas litis,» es decir, la necesidad, y la «medida,» esto es, el límite negativo de la falta de exceso en el modo. ¹

También esto está perfectamente en armonía con el principio de la investigación del carácter del fin y de los motivos en que se inspira nuestro modesto trabajo; y nosotros lo aceptamos.

Resulta, sin embargo, de este principio que, si el fin no fuese la defensa del derecho, sino que de la defensa se hiciese un medio y un instrumento para dar rienda suelta á añejos rencores, á inveterados propósitos de venganza, á bajas é infames pasiones, entonces desaparecería la característica jurídica del fin y quedaría un fin egoísta y antisocial digno de represión. Tendremos, por consecuencia, un autor de difamación tanto más peligroso, cuanto que la difamación le queda facilitada por la nobleza del magisterio de que abusa.

También aquí, por la suma elasticidad y la suma variabilidad que domina en los delitos contra el honor, la regla no debería ser fija é inflexible. Por lo que, mientras merece un elogio el legislador italiano, por haber dispuesto que el juez: «puede ordenar la supresión, en todo ó en parte, de los escritos ofensivos y á instancia del ofendido designarle una indemnización pecuniaria,» puede ser censurado, por haber establecido la regla absoluta de que: «no se procede por las ofensas contenidas en los escritos presentados ó en los discursos pronunciados por las partes y sus defensores, ante la autoridad judicial, relacionados con la causa. ²

¹ V. *Dig.* 39, 3, 2, § 9.—*Cód.*, 2, 6, 6, § 1.
² *Cód. Pen. Ital.* art. 398.—Existe sí el límite de que los escritos exentos deben concernir á la causa; pero no parece suficiente. A falta de cosa mejor, será preciso exigir severamente ese requisito. V. Pincherle, p. 403-404.

Tal regla impide la valorización del fin que nosotros deseamos que impere, y yerra sobre la naturaleza de la defensa jurídica. Esta puede ser fin de sí misma, como la considera siempre el Código; pero también puede servir de medio á otro fin tal vez antisocial y delictuoso. En sustancia no es admisible, sin entrar en lucubraciones y prescindir de la realidad de la vida humana, de la conexión necesaria é ineludible entre la defensa jurídica y el fin bueno y social que presupone la regla dominante consagrada por el Código.

Según la tésis defendida por nosotros, nada tendría que temer la libertad «canvincendi,» y sí se reprimirían eficazmente los abusos que podrían cometer á su sombra. ¹

ANIMUS NARRANDI.

58. Es grave la disputa de si la intención de narrar puede eliminar el *animus iniuriandi*:

Si partimos de la noción común del *animus iniuriandi*, como conciencia de que la narración de un hecho expone á una persona al odio, al desprecio público y por este tenor, debemos concluir necesariamente que el «narrandi» no excluye el «iniuriandi».

Y tal es la solución que nuestro Código da á la cues-

¹ Respecto del *animus defendendi* se suscitó así mismo la cuestión de si las arengas judiciales gozan de impunidad, aun cuando se difundan entre el público. Pero es ociosa é inútil, supuesto que el principio de la defensa del derecho prevalece, cualesquiera que sean los medios empleados. V. Carrara, § 1761, nota. Pincherle, p. 407-408.

tión; así lo ha juzgado la jurisprudencia ¹ y es la opinión dominante en la doctrina ²

Pero consideremos la repetida cuestión desde el punto de vista de los principios más elevados, del *jure condendo*.

Ante todo es menester ponerlo en sus verdaderos términos y señalarle los límites correspondientes. El presente tema no tiene por objeto la hipótesis en que la narración no sea fin de sí misma, sino medio para alcanzar otro. En este supuesto es preciso valorizar, caso por caso, el fin que se propone: podemos narrar para defendernos, para aconsejar á otros, etc. Pues bien, se debe considerar precisamente este fin: narrar, la intención de referir. Además del problema del fin, la cuestión se debe distinguir de la de la buena fe y de la verdad del hecho de que trataremos después. ³

Fijado este punto importantísimo, es necesario hacer otra eliminación que ya se encuentra en germen en Carrara. «El narrador charlatán, enseña el ilustre maestro,

¹ Véanse las tres sentencias de la *Tribuna* (c. II, p. 41, n. 4)—Según Lucchini, los representantes del Ministerio Público estuvieron concordes en rechazar (!!) que el *animus narrandi*, aunque sin la intención de injuriar, hace desaparecer el delito de difamación.—Lucchini, *I discorsi di apertura per l'anno giudiziario 1892*, § 32.—*Riv. Pen.*, XXXVI, p. 496.

² Algunos no admitieron como exculpante el *animus narrandi* (Impalomeni, *Diffam. etc.*, § 2, p. 531. De Lucca, p. 12. 23.—Bertolini, *Privilegio etc.*, § 5, p. 9, 10.—López, *Il reato di diffam.*, etc., p. 90.—Frola, p. 55, etc.—Otro, opinaron lo contrario (Fulci, p. 300, 302.—Castori, *La Diffam.*, etc. § 5.—Cappello, p. 27.—Nasi, art. cit., etc.)

³ No siempre se tuvieron presentes estas distinciones por los autores, y confundieron la intención de referir con el fin de la imputación, y especialmente con el fin avieso y antisocial. López observa «la grande odiosidad de este delito» (p. 90) y De Luca dice, que admitiendo como exculpante el *animus narrandi* se vería uno inevitablemente arrastrado á admitir que en la mayor parte de los casos no podría «haber difamación por medio de los periódicos» p. 20.

que no tiene ninguna necesidad de hablar»,¹ que habla de esto y de aquello, es un elemento peligroso, desprovisto de sentimientos de respeto hacia los demás, que no se propone ningún fin socialmente útil, manifiesta una intención depravada incompatible con la naturaleza del fin, ó bien demuestra ser un estúpido ó desequilibrado. Evidentemente, circunscrito nuestro estudio á la pura intención de referir é informar, estas dos hipótesis huelgan también.

Al contrario, muy propiamente entra en nuestro tema el caso en que uno se halle en la necesidad de narrar, y más especialmente, si su narración reviste un carácter social y público. Este individuo no manifestará entonces un ánimo perverso, al reunir los decires de la opinión pública y al exponer el resultado de los hechos presenciados ó de los documentos examinados, informando de todo á sus conciudadanos.

59. La forma clásica en que tal principio se aplica es la de la prensa periódica. Ya hemos hablado en otra parte de la importancia de la prensa y de los periódicos desde el punto de vista de la vigilancia pública y del de sus funciones de órgano de la opinión pública. Aquí es preciso revelar su importancia bajo otro aspecto, ó sea el de la propagación de las noticias, de que son el medio más eficaz. Por esta parte la prensa es, como dice un periodista de talento y gran corazón, la parte orgánica de la sociedad contemporánea.² Es evidente que las narraciones de la prensa tienen un interés público. La gaceta, la crónica son una necesidad cotidiana de la vida moderna y un elemento indispensable de la misma. Por más que se diga que la misión de la prensa pasa los lí-

¹ Garrara, *ob. cit.*, § 1765, p. 132.

² Darío Papa, en la *Relaz. Lombarda*, p. 5.

mites de la relación de hechos sin importancia, es indudable que lo que la caracteriza es su reportazgo. Una gaceta larga y rápida es una obligación impuesta por el público al periodista y si no cumple con ella, muere el periódico.² Sin crónica—dice Cogliolo—no hay periódico, sin la historia de hechos bonitos ó feos, honorables ó difamantes, no hay crónica. Y las cuestiones tienen que discutirse, como se presentan en la vida práctica y no como agradaría á este ó aquel, quienquiera que sea.

¿A qué proclamar, pues, la grande importancia y la inagotable utilidad del periodismo, si después se le quitan los medios de que puede subsistir? No sabe qué hacer del Derecho formal y abstracto contenido en la fórmula vacía de la «libertad de imprenta» reclama, y con razón, una libertad de hecho, una libertad que no decline ante las susceptibilidades personales resentidas ó ante la soberbia vanidad desilusionada ó desenmascarada.

Y no se diga que la mejor defensa de la imprenta es la facultad de probar los hechos, pues que las legislaciones modernas no siempre lo conceden. Además, aun cuando de derecho se admitiera dicha prueba del modo más amplio, siempre resultaría insuficiente. Y, en verdad, cualquiera que no ignore las costumbres periodísticas sabe que si el periodista tuviera que esperar, para narrar los hechos que se encuentran ya bajo el dominio público, las pruebas de su veracidad, entonces no contaría nunca nada ó la relación sería tan añeja que haría perder el crédito á su periódico. La violencia con que por necesidad impresindible se forma el periódico, hace imposible reunir pruebas y pesar rigurosamente los he-

¹ V. Castori, *La diffam.*, p. 487.

² Fracassetti, p. 41. Bianchi, *Le cond. dei, gior.* p. 537. *Rel. Lom.* p. 5. Fabreguettes, I, XXII.

chos, ¹ considerando las innumerables dificultades que se interponen en el camino de quien quiere descubrir la verdad.

1º Pero se responde que el honor y la reputación de los ciudadanos deben salvarse ante todo y que no deben ser las víctimas de la impotencia ó insuficiencia de la prensa en el esclarecimiento de la verdad.

2º Pero es evidente que la prensa, institución de interés social, no puede á su vez ser víctima de las exageradas pretensiones individuales. Aquí nos encontramos otra vez frente al interés y á la utilidad sociales, representados por el periodista honrado que narra, para cumplir su misión, y ante el interés privado, representado por el individuo á quien toca la revelación. Y, si debe haber una víctima, los principios modernos sobre la posición del individuo en la sociedad no permiten que se vacile en afirmar que le toca ceder al individuo.

La prensa es hasta demasiado explotada por los políticos, banqueros y gente de esta calaña ³ que la convierten en dócil instrumento de sus miras ambiciosas, ávidas y torpes, y sería desaconsejado y fatal poner tropiezos á la prensa honrada con ciertas prohibiciones que empeorarían, respecto de la otra, su inferioridad ya evidentemente deplorable.

3º Pero, para que hubiera una víctima, sería menester que la persona á quien se refiere la narración difamatoria fuera ofendida en su honor, en su reputación, cosas que, considerando la cuestión desde el punto de vista del *animus narrandi*,

¹ *Rel. Lom.*, p. 6.—Bianchi, p. 337.—Fracassetti, p. 23.—Lopez, p. 74.—Cogliolo, art. cit.—Manfredi, p. 330, que lo deplora. En contra: De Luca, p. 21.

² De Luca, p. 22.

³ Schaeffle, *ob. cit.*, I, p. 382-383.

mus narrandi, están á salvo. En efecto, entrando aquí la primera parte de la objeción aducida, si la narración es fiel á la realidad, no puede resentirse, jurídicamente, la persona á quien se refiere, pues en tal caso no tiene ni honor ni reputación; y si la narración es falsa, no puede acaso poner las cosas en su lugar, haciendo reparar el daño, exigiendo al periodista una rectificación amplia y leal? Admitamos que el periódico publique su remitido y, como debe, que lo publique íntegro, ¹ sin interpretaciones malignas, sin comentarios insidiosos ó reticencias hipócritas ¿no quedan entonces á salvo el honor y la reputación?

Es cosa distinta, si el periodista se rehusa á rectificar. Entonces, en la mayoría de los casos, se cae en la hipótesis del fin avieso.

Y á propósito de las consecuencias aparentemente perturbadoras de tal sistema es preciso no olvidar que el *animus narrandi*, según nuestra teoría, para poder exculpar, debería estar enteramente privado de toda intención maligna. No tienen, pues, razón de ser los temores manifestados por la *Revista Penal* ² que exagerando mucho escribía á propósito del *animus narrandi*: «buena disculpa tendrían los malhechores de pluma que, con excusa de hacer la crónica de la ciudad, podrían atacar impunemente la reputación y el honor de los ciudadanos.»

Por lo demás, aun admitiendo que de este modo se suscitara peligros para la honorabilidad de un individuo, es preciso observar que, cuando se quiere una institución ó el desempeño de un encargo, es preciso disfru-

¹ En el mismo sentido Pincherle, capítulo VII, § 2, p. 268-277. Castori *Editto*, capítulo X, p. 259. *Relazione Lombarda*, p. 14.

² *Riv. Pen.* p. 34, p. 296, nota.