

121

CAPITULO V.

La teoría de la "exceptio veritatis."

66. El problema conocido con el nombre de *exceptio veritatis* se ha considerado hasta ahora como el más importante de todos en materia de injurias, el verdaderamente decisivo para determinar la figura del delito de difamación, elevando algunos á elemento esencial de ella la falsedad de la aserción, y otros prescindiendo de él en absoluto.

Pero la discusión larga y elocuente casi se limitó al lado objetivo del problema, es decir, ó á considerar la inmoralidad de condenar á quien afirma la verdad, ó á ensalzar las ventajas que resultan de manifestar los vicios y culpas ajenas, ó á exponer los peligros y desórdenes que acarrea este sistema; mientras que la investigación más interesante que otra cualquiera de la responsabilidad del agente, fuera de la verdad de la imputación en sí y por sí, fué, ó desatendida, ó no apreciada debidamente.

Por el contrario, el problema que examinamos, se resuelve por la teoría del fin, de muy diferente manera, y es preciso coordinarla. La intención es el principal elemento de la difamación. Ni la verdad comprobada, ni la buena fé, que subjetivamente corresponde á la verdad, podrían ejercer real é independientemente sus funciones; deberán considerarse subordinadas á dicha intención; su verdadero carácter se convierte, por tanto, en el de prueba; y una y otra tienen importancia como elemento que sirve para determinar la intención del autor ¹

¹ Así, en Francia, donde está prohibida la prueba de las imputaciones privadas, se admite, no obstante, que el juez busque en los documentos de la causa la prueba de los hechos con el fin de determinar la intención de agente. Barbier, II, p. 98-99.

De este modo el problema, tan antiguo, de la verdad de las palabras ó frases injuriosas, se transforma por completo y tal vez se podrá hacer alguna nueva observación contra las antiguas y repetidas objeciones.

Pero es preciso no exagerar hasta hacer de la cuestión de la *exceptio veritatis*, una cosa indiferente ó de importancia secundaria; ¹ ante todo, como elemento de prueba, la investigación es esencial, supuesto que sin verdad objetiva ó buena fé, no hay nobleza en el fin; además, es útil socialmente, porque pone en evidencia á los malvados, á los hombres groseramente egoistas, á los reos latentes, cuyo número es inmenso; en fin, se manifiesta indispensable para fijar el resarcimiento del ofendido.

Por consecuencia, en nuestra opinión, el problema de la *exceptio veritatis* tiene dos aspectos: uno, objetivo; otro, subjetivo. Es decir: 1º ¿Interesa á la sociedad saber si el hecho imputado es cierto ó falso? 2º ¿Qué influencia ejerce, dada la verdad del hecho, para fijar la responsabilidad del agente?

Examinemos desde luego estas dos cuestiones.

I.

67. Para no divagar en una discusión excesivamente extensa, tomemos la cuestión como se presenta en la doctrina y en la legislación de nuestros días. Es cierto que los Códigos que no hacen de la falsedad del cargo un requisito esencial de la difamación, no llegan tampoco hasta el extremo opuesto, es decir, al de establecer completa y absolutamente la prohibición de la prueba, extremo casi totalmente abandonado; sino que dividen en dos clases á las personas que pueden ser difamadas: funcionarios públicos ó individuos privados. Para los primeros

¹ V. en este sentido á López, *Il Cod. Pen. e la libertà della stampa*, etc. p. 73.

admiten la facultad de la prueba, y, para los segundos, la niegan.¹

También nosotros adoptaremos, por la oportunidad de la discusión, esta distinción, comprendiendo en la primera clase todos aquellos que desempeñan un empleo ó cargo público, estén ó no pagados.

68. Sentado el principio no controvertido de que el Estado tiene necesidad de empleados y funcionarios honrados y conocedores de su cargo, es evidente que, siempre que se haga una acusación contra ellos, es necesario conocer su verdad ó falsedad, para determinar no tanto la responsabilidad penal del acusador, sino la idoneidad social del acusado. Además, admitido el derecho de la censura pública sobre los funcionarios del Estado, resulta natural el derecho á la prueba de la verdad, que es una garantía de aquel.²

Pero es preciso sacar de este principio todas las consecuencias que de él naturalmente emanan, ó sea, es menester que dicha facultad de probar no sufra ninguna restricción. Al contrario, encontramos aquí una limitación grandísima que resulta lógicamente de la distinción fundamental antes enunciada. Esta implica, en efecto, que la conducta privada de los hombres es incensurable; por tanto, aplicando tal principio á la mencionada clase

¹ La mayor parte de los Códigos Penales establecen esta distinción, de modo que es más provechoso indicar los que no la hacen y son: el austriaco, el alemán y el de Zurich, los que no contienen ninguna regla á este respecto. Pero, exigiendo, para que haya difamación, la falsedad, naturalmente admiten la prueba contra los funcionarios públicos. (Semmola, p. 48-51. Forma aparte, como es sabido, el sistema inglés. El libelo prescinde enteramente de la verdad ó falsedad, y no sólo, sino que, mientras más cierto es el libelo, tanto más grave resulta. *Mansfield*; y su falsedad no es esencial sino en la acción civil por daños. *Blakstone*, ob. y lug. cit. Pero Christian, anotando á *Blakstone*, observaba que le parecía que la opinión dominante entre los jurisconsultos ingleses era la de deducir de la verdad de la inculpación una justificación suficiente (*Blackstone*, IV, p. 200, núm. 1).

² V. Semmola, *La censura, etc.*, c. II, p. 47.

que examinamos, á los funcionarios públicos tomados en sentido lato, resulta la distinción bien conocida y aceptada por cuantos admiten la separación primitiva indicada antes entre el acto ejecutado por el funcionario en el ejercicio de sus funciones y el hecho en otras ocasiones. Respecto al primero, la prueba es admitida; respecto al segundo, está vedada.

Examinemos, por tanto, esta distinción, supuesto que militan en su contra razones especiales, además de las de carácter general que exponremos después, contra la prohibición que cuida y protege la vida del hombre privado.

Esta distinción nos parece viciada por un error fundamental que tiene dos aspectos: uno subjetivo y objetivo el otro.

Se funda, por una parte, en el concepto erróneo de la naturaleza humana, suponiendo en el hombre una doble personalidad, un doble carácter, un doble sentido moral. La opinión contraria se adhiere evidentemente á la psicología de los intelectualistas y metafísicos, según la cual la sensación viene á ser un hecho accidental, un momento separado de la vida del individuo que no tiene relación alguna con todos los demás momentos de esa vida.¹ A esto la psicología positiva contrapone el principio de la persistencia del dato de la conciencia,² la noción de la psiquis humana como único organismo mental y afectivo;³ si un hombre es mal padre, si comete acciones torpes ó deshonorosas como individuo particular ¿podrá ser un buen empleado. un óptimo funcionario público? ¿Existe la presunción de que no falte jamás á sus deberes, que conserve en su vida pública una conciencia inmaculada y enteramente cerrada á toda influencia que no sea inspirada por el criterio de la utilidad común? La

¹ V. Ardigo, *Opere filosofiche*, vol. III, *La morale dei positivisti*, p. I c. IV, § 3, pág. 36.

² Ardigo, ob. cit. p. I, c. IV, § 8, pág. 39.

³ Ardigo, ob. cit. p. -c. VI, § 9, pág. 27.

presunción es, en realidad, muy diferente. El hombre es honrado ó no lo es; y es una ú otra cosa en todas las formas de su actividad ¹ Es, pues, imposible dividir el lado subjetivo de la conducta pública y privada de un hombre.

Por otra parte, el error de la teoría dominante es aun más manifiesto. En efecto, por el lado objetivo, la vida pública y privada están ligadas y ejercen tanta influencia recíprocamente, que es imposible desunirlas; y aislarlas, para considerarlas por separado, es enteramente imposible. Bentham había escrito ya: "¿cómo puede censurarse una medida, sin atacar hasta cierto punto, el juicio ó la probidad de su autor?" ² En efecto ¿cuándo acaba el hombre privado y comienza el público? ¿Cuál es el criterio para distinguir la conducta pública de la privada? Los autores de la distinción no solo no fijan ninguno, sino que ni siquiera están de acuerdo en la noción de funcionario público, en una palabra, del hombre censurable ³; noción, como se comprende, verdaderamente fundamental en el sistema contrario. Esta discordancia se manifiesta no sólo en la discusión abstracta, sino hasta en la interpretación del Código, que ha dado, no obstante, la definición del funcionario público. Acabamos de ver que se agitó en Italia una polémica docta y brillante para establecer si los miembros del Parlamento son ó no funcionarios públicos; y la solución es todavía muy controvertida ⁴, lo que es una cosa verdaderamente lamentable,

¹ Esto por lo demás, lo admite también alguno de los adversarios. — V. Stivanello, XXII, pág. 107.

² Bentham, *Prin. du code penal*, p. 215.

³ V. Pincherle, p. 392-394. — Gavazzi-Spech, p. 258. — Semmola, c. 2^o § 2. — Frola, pág. 93 y sig. — Barbier, 2^o § 562. — Sin tener en cuenta que algunos reconocen explícitamente la dificultad de la separación (Guerzoni, p. 51. — Stivanello XXII, p. 208. — Barbier, 2^o § 564.

⁴ La cuestión se suscitó, como es sabido, con motivo de los escándalos bancarios, para establecer si los diputados y senadores pueden ó no ser procesados en caso de corrupción; pero también tiene mucha importancia en nuestro caso, supuesto que, si son funcionarios públicos, se admite (*de iure*) la prueba de la verdad. V. Stoppato, *Y membri del Parlamento non*

porque de este modo es imposible ó por lo menos muy difícil emitir un juicio sobre los que ejercen la más importante de las funciones públicas, como es la legislativa, y que por tanto tienen en sí eminentemente el requisito de hombres de Estado. La disputa se hace más viva todavía con relación á los candidatos electorales, supuesto que la teoría dominante, rigurosamente aplicada, los excluye del número de los funcionarios públicos ¹, manifestándose enteramente inepta para la defensa social y dejando una laguna enorme que los más previsores tratan de llenar ². Además, la teoría contraria, dada también la noción del funcionario público, toma en cuenta los accidentes de hecho y se complace en el formalismo, olvidando la verdadera razón por la cual se ejerce la censura. ³

Desde el punto de vista objetivo, sin embargo, la vida pública y la privada no sólo no pueden distinguirse claramente, sino que, aun cuando fuera posible establecer una distinción, subsistiría su conexión intrínseca, pues es indudable que la vida privada ejerce grande influencia sobre la pública, que penetra y se insinúa en ésta por mil medios, dando una forma especial é infinitos aspectos á la conducta pública del hombre, y por el contrario, los efectos de ciertos actos ejecutados, como funcionario pú-

sono pubblici ufficiali. Tem. Ven XVIII p. 101-104, 118-119. — Carelli, *Y deputati sono pubblici ufficiali*, Scuol. Pos. III, p. 115-125. — Bertolini, Tem. Ven, XVII p. 117-118. — *Il deputato ó senatore corrotto*, Riv. Pen. XXXVII, p. 329 y 333. — Según la antigua jurisprudencia se excluía á los miembros del Parlamento del número de los funcionarios públicos; V. Clavarino, *Legge sulla stampa*, Torino, 1881, p. 159. Por el contrario, en Francia, la Corte de Casación adoptó la opinión contraria en el reciente proceso de Panamá. Compárese la Sentencia de 24 de Febrero de 1893. Riv. Pen. cit. p. 376-381.

¹ V. Sentencia de 25 de Febrero de 1892 Ap. de Venecia, Tem. Ven. XVII, p. 158 y nota 4.

² V. Buccellati, p. 96. — Stivanello, p. 215 y sig. — Semmola, c. IV § 1, n. 1. — De Cola Proto p. 152. — Frola, p. 102. — Fabreguettes, II, § 1361.

³ Por ejemplo: Bono considera inatacables á los magistrados *post officium* por hechos relativos á sus funciones (ob. cit. parte 2^a, cap. 4^o)!!!

blico, se repercuten en las paredes del hogar. Es ésta una verdad de hecho que la historia confirma y que realmente no tiene necesidad de ser demostrada. Por lo demás, la reconocieron implícitamente los autores del sistema que combatimos, supuesto que hallamos escrito que las imputaciones sobre la vida privada están exentas de pena, cuando de cualquiera manera pueden influir sobre las funciones públicas¹; que la parte de la vida privada del ciudadano que puede tener alguna conexión con la vida pública ó es una consecuencia de ella, se encuentra sometida á la censura,² y que dicha censura puede extenderse á la vida privada del hombre público sólo en cuanto revele sus cualidades como tal.³ Es claro, por consecuencia, que es sustancialmente errónea la distinción entre vida pública y privada aplicada á los hombres públicos y esto aun precindiendo de los defectos más generales de que trataremos despues.

Peró hay también otras consideraciones en favor de nuestra tesis. La acusación que pesa sobre el hombre público, quien quiera que sea, cuando no se dilucida, perjudica á la autoridad, perjudica á toda la expresión concreta de la soberanía, á todo el gobierno, disminuyendo su prestigio. Por otra parte, semejante espectáculo, además de ser desmoralizador para el gobierno, es también peligroso y dañoso á la moralidad social, ya porque los funcionarios públicos informan su conducta privada en los principios que les son inmediatamente más útiles y dan por consecuencia mal ejemplo al resto de la población, ya porque su intangibilidad disminuye ó elimina enteramente la censura pública.

Además, la censura para los hombres públicos sobre su vida toda es también necesaria desde el punto de vis-

1 Carrara, *Opuscoli*, V, p. 518.

2 Semmola, p. 59.—Pessina, *La liberta, ecc.*, § 2, r. 15^a.

3 Fulci, ob. cit., 1 p. 277-279.

ta de la antropología criminal. Sabemos, en efecto, que el gérmen delictuoso frecuentemente se transforma en una tendencia política innovadora;¹ sabemos también que en la democracia moderna, fácilmente accesible á los hombres que meten ruido, es grande el número de los desequilibrados que se consagran á la cosa pública, llegando algunas veces á ejercer notable influencia política y social.² ¿Cómo se puede descubrir á tales individuos, cuando á la sana crítica de la opinión pública y á la vigilancia de los partidos les está prohibido penetrar en el interior de sus casas? ¿Cómo se puede defenderse de ellos cuando no es posible valerse de todos los elementos necesarios para juzgarlos?

Respecto, pues, á los funcionarios públicos, debe ser plena y entera la prueba de la verdad. La objeción de que así se sujeta al funcionario público á un *jus singulare*, permitiendo en su perjuicio, cosa no permitida tratándose de otros,³ quedará eliminada con lo que diremos adelante, pues para nosotros no hay aquí tal *jus singulare*.

69. La disputa es más viva al tratarse de individuos particulares. Examinemos la prohibición primero en su sustancia y luego en la forma que ha venido revisitiendo más tarde y que hoy toma generalmente.

Analícemos ante todo brevemente las razones principales que se aducen para sostener que la conducta privada de los hombres debe ser intangible é inescrutable.

Se afirma, en primer lugar, que el Estado debe proteger el patrimonio moral, el honor, la reputación del ciudadano,⁴ y creemos, con Carmignani⁵ y Paoli,⁶ que el

1 V. Lombroso, *L'uomo delinquente*, II, p. 433. Lombroso y Laschi, *Il delinquente politico*, part. I, cap. VIII.

2 V. Lombroso, *L'uomo di genio*, Torino, 1888, part. III, cap. IV; parte IV, c. V.

3 V. Castori, *La Libertá, ecc.*, § 6, p. 444.

4 V. Semmola, p. 86.

5 Carmignani, *Juris crim. elem.*, § 963.

6 Paoli, *Esposiz. ecc.*, § 407.

patrimonio moral es muy superior al de los bienes materiales. Pero hasta aquí el argumento es inconcluyente para la tesis en favor de la que milita; es necesaria una investigación ulterior, es decir, ¿esta protección ha de ser ciega, meramente formal y no se ha de preocupar de la sustancia?

Esta es precisamente la opinión dominante y aquí se condensa todo el problema que toca, por consecuencia, íntimamente á la noción del honor. La buena fama, escriben, no se debe relacionar jurídicamente con los méritos del individuo que la goza; el Derecho encuentra este patrimonio del ciudadano y sin muchas indagaciones lo protege y conserva como tal. ¹ En esto está de acuerdo la jurisprudencia: «la ley ha querido proteger sin condiciones ni restricciones la reputación y la buena fama del ciudadano.» ²

Este razonamiento parte, sin embargo, de un concepto erróneo y metafísico del Derecho. Ya tratamos de demostrar (Capítulo I) que la denuncia y el desenmascaramiento de los malvados concuerdan con el interés general, independientemente de cualquiera preocupación individualista; y hemos recordado que el Derecho en general, y en consecuencia también el penal, no es una cosa absoluta é inflexible que se derive de la recta razón; sino una manifestación social que ha sido hecha por la sociedad y de ella ha tomado los elementos de su existencia y de su formación característica. Pues bien, de tales principios se deriva la consecuencia lógica y natural de que el Derecho no puede proteger ni defender un estado de cosas contrario al interés de la colectividad, al interés social, es decir, un estado de cosas anormal y antijurídico. Por tanto, para que la buena fama sea digna de la tutela del Derecho, es preciso que sea real y no únicamen-

¹ Ferrini, *ob. cit.*, p. 175.

² Tribunal de Roma. (*Riv. pen.*) 34, p. 301.

te formal, es preciso que corresponda en realidad á los méritos de quien la goza ó aspira á ella.

Nosotros admitimos también el concepto de la presunción; pero le damos en este caso su verdadero valor; y como según dice Pessina ¹ las presunciones nada pueden contra la realidad de los hechos, así la presunción de la honradez no es sostenible cuando la acusación de un hecho determinado empaña el brillo de la buena fama, ¿acaso en la protección del patrimonio material que, según la mayoría, tiene una importancia por lo menos igual al moral, se instituye una *praesumptio juris et de jure* á favor del poseedor? ¡Aun la razón de la analogía es contraria á los adversarios! Por otra parte, las presunciones para tener un valor social requieren que todos les den fe. Si uno manifiesta no creer en ellas, en realidad la buena fama desaparece y es útil por tanto al hombre honrado y á la sociedad que se dé la prueba y se vea si la buena fama es sólo aparente ó bien efectiva. Si se prohíbe la prueba ¿quién osará decir que el ofendido goza todavía de buena reputación? Además, así como cada individuo se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario, así también todo hombre se presume honrado mientras no se prueba que es malvado; ¿pero cómo podrá demostrarse si no se admite la prueba de la verdad?

Por último hay razón de preguntar qué cosa es el derecho al honor que, según algunos autores, tiene toda persona en la sociedad. ² Nada hay tan difícil, dice Worms ³ como contestar á esta pregunta tan sencilla.

Comenzaremos entre tanto á separar el honor interno (*dignitas*) del honor externo (*bona fama*), ⁴ y como aquí

¹ Pessina, *Elém.* tomo I, § 57.

² Buccellati, p. 86. Capello, p. 8.

³ Worms, *Les attentats etc.*, c. I, p. 1 y 2.

⁴ Sobre el honor interno y externo, V. Worms, *ob. cit.*, p. 10 y sig. Sobre el concepto del honor en general V. Tocqueville, III, ch. XVIII. Manfredi, lib. IV § 1. Castelli, *La prova della verità nella diffamazione*, § III, *Arch. Giur.*, XLVI, p. 324-326.

sólo nos ocupamos de la difamación, únicamente examinaremos el segundo.

El concepto del honor en el sentido de *bona fama*, por cuanto sea relativo, ¹ se manifiesta como el valor efectivo de la persona en la sociedad; su verdadero fundamento está en la capacidad de quien lo tiene. ² El honor está formado por la virtud, el valor, la honradez y la delicadeza. ³ Los mismos criminalistas clásicos lo consideran como la manifestación exterior de la forma honrada de la vida, ⁴ como el derecho que tiene el hombre á que no se le atribuyan culpas ó trasgresiones que no ha cometido.

Qualquiera otro concepto del honor es metafísico é injusto.

Como escribía Gioia, la reputación es la seguridad de obtener los servicios libres y gratuitos que dependen de la benevolencia, ⁵ por lo que son grandes é importantes las ventajas de que goza la buena reputación ⁷ y el honor para los seres sociables, es un medio de obtener la victoria en la grande lucha por la vida. ⁸ Pues bien, es altamente injusto que de dicho honor, tan útil en la práctica, disfrute el hombre malo, perjudicial y orgulloso, como si fuera un individuo que con sus obras honorables y útiles se hubiera formado una buena reputación. Por consiguiente, si el Derecho protegiera el honor, sin tomar en consideración la sustancia, cometería una injusticia.

Pero no es esto sólo. Los autores de la prohibición no consiguen el objeto que se proponen, ó sea el de proteger

1 Sobre la relatividad de las ideas del honor V. Garofalo, *Crim.* p. 19. Fabreguettes, I, § 1083. Barbier, I, 409. Worms p. 28 30.

2 Schaeffle, *Ban und Leven*, etc., I, 430-431, Worms, p. 13-14.

3 Fabreguettes, I, § 1083.

4 Pessina, *Elem.*, § 125-127.

5 Tolomei, *Dir. e proc. pen.*, § 1773.

6 Gioia, *Dell' ingiuria*, 18.

7 Gioia, *ob. cit.*, I, lib. I, cap. I, § 2-14.

8 Schaeffle, *ob. cit.*, II, 595.

el honor, pues como enseña Ellero, protegiendo el honor de los deshonrados (y á esto conduce su sistema) el honor de las personas honorables es una palabra vacía de sentido. ¹ Ya insistiremos sobre este punto.

Resumiendo: aceptamos la proposición de nuestros adversarios de que el honor debe ser protegido; pero, tomada en su sentido más amplio, es menester que exista un honor verdadero, y por tanto, lejos de proscribir la investigación de la verdad, quita el carácter delictuoso á la imputación verdadera, por falta de material vulnerable, como dice Stoppato. ² Esto, prescindiendo naturalmente por ahora, del aspecto subjetivo del problema.

La segunda de las razones principales que se aducen para negar la prueba de la verdad consiste en la exagerada pintura de los escándalos, de las ofensas á la tranquilidad general y á las buenas costumbres á que daría lugar el sistema de la prueba ordinaria. ³

Esta es la objeción más seria que se hace al principio defendido aquí, porque contiene mucha parte de verdad; pero es preciso no exagerar.

En primer lugar tal turbación, por la que el sistema inglés equipara la difamación á un delito contra el orden público, quedaría muy atenuada, si no del todo, con nuestro sistema, porque, como ya indicamos y demostraremos después, la verdad no daría por resultado inmediato y sin más requisitos la impunidad. En segundo lugar todos saben que la perfección no es de esta tierra y en la discusión de los problemas sociales es cuestión de medida. Pues bien, si la verdad acarrea algunas consecuencias

1 Ellero, *ob. cit.*, XXIX, § 135, p. 633.

2 Ellero, *ob. cit.*, § 136. Castelli, p. 330. Stoppato, *Gazz. cit.* En contra: Worms, p. 23.

3 V. Pincherle, 390.—Buccellati, 96.—Manfredi, 280 y sig.—Semmola, 66.—De Cola Proto, 151.—Capello, 55.—Fabregattes, II, § 1355.—Barbier, II, § 556, 97.—Castori, *La diffamazione*, ecc., § 6, 445.—Bertolini, *Il privilegio*, ecc., § 1, 3.—Bono, 57 etc.