

dañosas, es menester no sancionar sin más ni más la prohibición, sino examinar antes si ésta no causa mayores perjuicios, ¹ como sucede en realidad.

En efecto, con el sistema de la prohibición el honor pierde mucha parte de su valor, supuesto que, cuando el ejercicio de la censura es difícil y peligroso, la estimación no es del todo la manifestación más sincera y espontánea de la conciencia individual ó colectiva, sino que se halla coartada y parece impuesta por la organización social. El honor que no proviene del juicio libre de los hombres, ya no es honor, ² es una mentira legal, una cosa enteramente convencional, carece de valor y favorece el sistema de la hipocresía general. En consecuencia no se cree nunca el verdadero honor ó se cree muy rara vez en él ³.

La prohibición de la *demonstratio veritatis* hace que muchos gocen de una buena reputación que no merecen y que la ley conceda su protección á personas indignas ó poco apreciables. Así es que el honor se convierte en una mentira en la que nadie cree; es solo una apariencia, un hermoso vestido que esconde las formas torpes y nauseabundas de la sustancia, una mentira convencional de la civilización moderna fabricada expresamente en provecho de los bandidos, malhechores, filibusteros é intrigantes cuyo número, desgraciadamente, aumenta cada día más. Por el contrario, mediante el sistema de la prueba ordinaria, vivificamos el honor con el aliento regenerador de la sinceridad y renovamos las bases de las relaciones sociales, damos al honor su valor verdadero; su-

¹ V. un concepto análogo en Spencer, *Moral*, § 103, p. 320-321.—Bagehot, *ob. cit.*, 29.

² V. Buccellati, p. 99.—Bernier, 390.

³ Hé aquí un ejemplo elocuente. En Francia, durante el período de compresión inexorable establecido por Napoleón, no se creía en las publicaciones oficiales nisi siquiera cuando afirmaban la verdad, y así las extrñeras, aun cuando fueran mentiras. Bonasi, 29 y Castóri, III, 194.

puesto que todos pueden atacar al malvado impunemente, y mayor estimación gozan los personas ilesas de la censura pública.

Pero de la discordancia entre el honor real y legal resultan otras consecuencias exorbitantes. Se quita toda eficacia á la pena; subjetivamente, porque el culpable se consuela al pensar que personas más honorables que él han sido condenadas por el mismo delito, ¹ y, objetivamente, porque la pena que se aplica no está sancionada por la opinión pública. Además, con tal sistema, falta un criterio positivo para contener pretensiones inadmisibles, gustos y deseos ilegítimos ² de las personas que por el más ligero motivo se consideran ofendidas.

Además, para proteger el honor de los deshonrados han tenido que remontarse á las nubes, separar enteramente la imputación de la persona que la hizo y de aquella á quien fué hecha, procediendo no á la investigación lógica y natural encaminada á comprobar si ofendió en realidad el honor, sino á sober si es de tal naturaleza que pudiera ofender el honor. . . . si éste existiera! ³

Para hacer más palpable la absurdidad del sistema prohibitivo, recordaremos la jurisprudencia de Francia en donde está en todo su vigor. Se decidió, verbigracia, declarar difamación la acusación hecha á una mujer pública de darse á la prostitución, la revelación de que un individuo fué acusado de robo, etc. etc. ⁴ Creemos que esto basta para demostrar que el desenmascarar ciertas culpas individuales y sociales es menos malo para las costumbres y tranquilidad común que la prohibición ⁵ pues

¹ Stivanello propone que el querellante jure ser inocente (juramento purgatorio) *ob. cit.*, 179.

² Bianchi, *Le condanne dei giornali*, Semola positiva, I, 538.

³ V. Gioia, *Par. I*, Lib. I, cap. II, § 3.—Worms, 20.

⁴ V. Barbier, I, § 409, 358.

⁵ Fabreguettes. I § 1084.

ésta da lugar á la hipocresía y á la mentira, sin tomar en cuenta los absurdos más evidentes ya indicados y á la debilitación de la defensa. Si en la peor hipótesis la cuestión es de medida, la solución no puede ser dudosa ni tardía.

71. Nuestros adversarios nos lanzan, sin embargo, otro argumento.

Según ellos, la prohibición es legítima, porque la vida íntima no interesa en nada á la cosa pública, en una palabra, porque el particular es muy dueño de sus acciones. ¹ Pero esta doctrina es un antítesis de la psicología y sociología positivas. Es un producto de la filosofía tradicional según la cual el individuo es enteramente independiente; formaría, como dice Espinas, ² un mundo aparte. Según el concepto científico de sociedad, las partes de ésta, por el contrario, están unidas por una relación de rigurosa dependencia, igual á la que une las partes de un cuerpo vivo. ³ De manera que con el desarrollo de la organización social, se hace mayor la cohesión y la dependencia mútua de la unidad, y el bien de cada cual se halla más estrechamente ligado al de todos los demás. ⁴ Resulta lógicamente que el méjoramiento de los demás, ya sea físico, moral ó intelectual, nos concierne personalmente. ⁵ En consecuencia, es lícita y natural la vigilancia que se ejerce en la vida de nuestros conciudadanos, ya sean individuos particulares ó funcionarios públicos. De este modo el concepto de la vida privada no puede tener sentido.

Respecto al mismo orden de ideas, se aduce la seme-

¹ Semmola, 81.—Capello, 55.—Fulci, I, 273-275.

² Espinas, *ob. cit.* Introd., 142.

³ Spencer, *Sociologie*, II, § 217, 9. Sergi, *ob. cit.* 36-37; 125.

⁴ Spencer, *Id.*, II, § 226 y tom. III § 451. *Psychologie*, II, § 525., 640.

⁵ Spencer, *Las bases de la moral*, § 79, 255.

janza completa y absoluta que existe en penetrar en los actos de la vida privada y en violar el domicilio ¹

Ante todo diremos que es muy extraño este modo de discutir, supuesto que, para resolver *de jure condendo* el problema de la *exceptio veritatis*, se habla de una institución, de una disposición legislativa en vigor. Tenemos en consecuencia el derecho de prescindir de la analogía, por ser inconcluyente, y reunir sólo la parte sustancial del razonamiento, que se resume toda en el respeto debido á la familia, en su inviolabilidad y en la proposición de que ella no interese para nada á la sociedad. Contra este parecer, además de las razones expuestas á propósito del argumento precedente, está la importancia máxima que los últimos estudios han dado á la familia, hasta llegar á considerarla como la célula del tejido social, ² como un microcosmo social, como la base de todas las funciones sociales. ³ La familia interesa, pues, muchísimo á la sociedad como elemento, por decirlo así, fisiológico, y como escuela de los sentimientos, virtudes é ideas que son necesarios á una sana organización humana. Contra tales argumentos exhuberantes de vida, nada pueden las fórmulas vacías y las inútiles protestas individualistas.

Un argumento á favor de la prohibición, se saca también de la dificultad que hay para juzgar la conducta privada. La vida no nos es enteramente conocida en todos sus particulares, los que por otra parte nos son indispensables para juzgar exactamente. ⁴ En realidad, este argumento prueba demasiado, porque la dificultad indicada es inherente á cualquiera especie de conducta, á la

¹ Argumento de Joseau repetido por Buccellati, *ob. cit.* 95. V. también en este sentido Castori, *La diffam. ecc.*, § 6, 446. *Relax. Rom.*, § 12. 28. Lopez, *Il reato di diff. secondo il trib. ecc.*, 91. Bertolini, *Privilegio*, § 1, p. 5.

² Schaeffle, *ob. cit.* 179-180.

³ Schaeffle, *ob. cit.* 46.

⁴ Semmola, III, § 3, 76. Castori, *La diffam. ecc.*, § 1, p. 445. En contra. Castelli, § IV, 331.

conducta en general¹, y sería preciso proscribir la prueba, aun de la conducta pública, en toda su extensión y absolutamente la de la conducta privada, lo que no hacen los autores del sistema prohibitivo. Por lo demás, en el delito de difamación no se trata de juzgar, sino de exponer hechos de los cuales interesan las generalidades y no las particularidades, la cuestión de otros hechos menores que atenúen ó quiten del todo el carácter acaso inmoral ó delictuoso de los mismos es cosa que corresponde al juicio y no á la prueba. Aquí se trata de prueba, supuesto que al acusado corresponde probar y no juzgar. El juicio lo hará el público y es cosa que corresponde al difamado. Si él cree que el conocimiento de otros hechos puede servir para disminuir en la opinión pública la impresión penosa que haya causado lo que se le imputa, lo puede revelar y poner en evidencia; tanto mejor. —Con tal conexión de circunstancias secretas que atenúan y embellecen las imputaciones malas, los malvados tendrían un excelente juego! De manera que también este argumento cae, porque prueba demasiado y desnaturaliza el problema.

72. Después de haber hablado de las razones en sentido positivo, veamos las objeciones que, además de la de la turbación, se oponen al principio de la prueba de la verdad.

Es evidente que la doctrina del fin avieso y de los motivos determinantes elimina las que resultan de la naturaleza del hecho imputado.² Otras no están en armonía con los conceptos modernos; así, decir que es contrario á

¹ V. Spencer, *La moral*, § 104, e *Introd. al estudio de la psicología*, cap. I.

² En Mittermaier, *ob. cit.* §. 2 se encuentran las principales.

³ Queda por tanto eliminada, desde nuestro punto de vista, la objeción de Castori contra el sistema de la facultad general de prueba, por el cual, según este infuete autor, se podrían echar en cara los defectos físicos, la ilegitimidad del nacimiento, etc.—*Ob. cit.*, § 6,444.

la caridad cristiana publicar los pecados ajenos, equivale á desconocer que la base de la vida social actual no es la caridad de Jesús, sino la utilidad general, y que es conforme á ésta conocer tales culpas. Diciendo que de este modo se destruyen la felicidad y la tranquilidad de la persona atacada, se afirma una cosa inexacta é inconcluyente; inexacta, porque se roban la quietud y la tranquilidad á quienes lo merecen, á los malvados que se han hecho indignos de una y otra: inconcluyente, porque es un argumento que prueba demasiado. Tomando en consideración la compasión imprevisora por la tranquilidad y felicidad individual de quien cometió una acción indigna, sería preciso abolir todo el Código Penal.

73. A favor de la facultad general de prueba pueden añadirse algunos argumentos positivos.

En primer lugar, no se comprende por qué puede decirse la verdad, tratándose del funcionario público y no del particular. ¿Cuál es, en resumen, el criterio que admite la prueba en el primer caso? Evidentemente ningún otro fuera de la utilidad general. Pues bien, después de lo expuesto en este escrito ¿no aparece bastante claro que el mismo argumento milita también en favor de la prueba respecto de individuos particulares? Si algún valor tiene el principio de la utilidad, tratándose de unos, debe tenerlo también, tratándose de los otros, siempre que se demuestre que decir la verdad sobre éstos es útil. Por tanto, cuando los autores, afirmando en largas páginas una verdad conquistada por la ciencia, titubean al demostrar que se puede decir la verdad sobre los funcionarios, esgrimen tal vez inconscientemente, una arma contra sí mismos. Además, todos los odios, los escándalos y el desorden que produciría la prueba de la verdad respecto de los particulares ¿no se verificarían acaso respecto de los funcionarios públicos también?

Se trata, pues, de extender un poco más el concepto de la utilidad, ya acogido por el sistema contrario.

Carrara observó precisamente que el principio debe ser admitido ó rechazado por entero, y si se acepta, debe regir tanto en caso de injurias contra funcionarios cuanto contra particulares ¹

Pero aún hay más.— El sistema de los adversarios conduce á consecuencias exorbitantes que sus mismos autores repudian. Una vez admitida la prohibición de inmiscuirse en la vida privada de los individuos, debería aplicarse por completo y hacerse extensiva no sólo á los hechos deshonorosos, sino también á los dignos de encomio y que aumentan la reputación. Supuesto que no puede decirse lo que es malo, tampoco podrá decirse lo que es bueno. Que esto es así, lo demuestra claramente el ejemplo de la legislación francesa, donde el art. 11 de la ley de 1868 (lois Guilloutet) consideró, como un delito, la publicación de un hecho de la vida privada, aun cuando fuera un elogio; artículo que encontró alguna adhesión ² y duró hasta la última ley de 1881 ³. Esta consecuencia es tan absurda y tan lejana de la realidad de nuestra vida, que actualmente casi nadie la acepta, y demuestra cuán defectuoso y lleno de peligrosas insidias es el principio de donde nace. Y si es lícito atribuir á una persona hechos que aumentan su reputación, ¿por qué no podrán imputársele también los verdaderos ó creídos tales que la perjudican ó denigran, siempre que faite la intención de hacer mal? ⁴ El sistema es único é indivisible; sentado un principio, el otro se deduce lógicamente; por tanto, ó la prchibición debe abrazar tanto la conducta privada deshonorosa cuanto la que no lo es, ó debe suprimirse para ambas.

¹ Carrara, *ob. cit.*, § 1773.

² V. Crivellari, XVIII.—Stivanello, XXII, 212.—Fule i I, 302.

³ Fabreguettes, tom. I, § 1088, pág. 406.—Barbier, I, § 441, 359.—En contra: Guerzoni, 65.—Pincherle, 394, 401.—Gavazzi-Spech, 243, 244.

⁴ Castelli, *La prova della verita nella difamaz.* p. 329.

74 Optimo medio de crítica es el de indagar las razones é impulsos por los que surgió una institución ó cualquiera disposición legislativa, si perduran en la sociedad actual.

Nosotros pediremos ahora los elementos de la respuestas á los jurisconsultos de la escuela clásica.

Por una parte afirma Carrara explícitamente que la prohibición de la prueba general de la verdad proviene del despotismo, por la consabida liga entre las cosas penales y las políticas ¹. Por la otra, se dice que para determinar esa exclusión influyó pricipalmente el Derecho Canónico ² de la Iglesia, la cual se propuso siempre extinguir el pecado, promover la santidad de los hombres y establecer su derecho en los principios cristianos ⁴ que, en realidad, reprueban y condenan la murmuración, la divulgación de los hechos deshonorosos, prescidiendo de su naturaleza verdadera ó falsa.

Se ve, pues, que la prohibición que se examina provino, por una parte, de una forma de organización política viciosa é incompatible con la sociedad presente; y por otra, de la contemplación de un bien y de un deber religioso que no son de esta tierra, y al mismo tiempo de la acción perturbadora de la Iglesia en el Derecho penal, acción que en la actualidad está eliminada y proscrita.

El Derecho moderno tiende siempre más á emanciparse de la Iglesia, mientras que el Estado se dirige con paso rápido á la forma más ampliamente democrática.—Las dos razones más importantes de donde nació la prohibición no existen ya, y por consecuencia también la prohibición debería quedar eliminada.

¹ Carrara, *Opuscoli*, V, XXVIII, *Cause di scrininaazione delle ingeuri*, 504-505.

² Mittermanier, *Della prova ecc.*, 316. Pincherie, 380.—*Relaz. Minis.*, 350-351.—Castelli, 317.—Armó, 22-23.—Fabreguettes, II, § 1354, 16.

³ Berner, 44.

75 Examinemos ahora las sucesivas vicisitudes, la evolución de tal prohibición, para determinar su suerte en el porvenir ó al menos su forma probable.

En un principio la prohibición era completa y absoluta, sin limitación alguna, ¹ por lo que, como en Inglaterra, no se podía censurar ni siquiera á los funcionarios públicos, porque la crítica recaía sobre el mismo monarca. ² Después, con el progreso de los principios democráticos, se abrió paso la distinción entre vida pública y vida privada y se permitió la prueba para la primera, excluyéndola para la segunda. La prueba de la vida pública fué aceptándose en un sentido cada vez más amplio, pues también fué extendiéndose siempre más la noción del funcionario, respecto á la que se admitía la investigación; por lo que el caracter de hombre público criticable, antes limitado al funcionario público, se ensanchó después en la teoría y en la práctica hasta la persona que reviste un caracter público cualquiera ³ y hasta á los directores y administradores «de toda empresa industrial, mercantil ó hacendaria relacionada con el ahorro ó crédito» ⁴ De este modo se fué ensanchando, por decirlo así, el campo de la vida pública y restringiéndose, relativamente, el de la vida privada.

Pero esta restricción del concepto de la vida privada se efectuó independientemente de la noción de funcionario público, supuesto que se enseñaba últimamente que la vida privada es una cosa distinta de la vida íntima y que sólo ésta es inviolable é impenetrable. ⁵

¹ V. p. e. *Carolina*; art. 110.—Carmignani, *Elem.* § 970 y muchos otros citados por Carrara, § 1800, nota 186.

² Pincherle, 386.

³ Véase tratándose de un concepto amplio de funcionario público: Pincherle, 392-394.—Gavazzi-Spech, 254.—*De Colá Proto*, 152.—*Relaz. Romana*, § XI—VII.—*Relaz. Lóm.* 18-19.

⁴ Ley francesa de 29 de Julio de 1881, art. 35, § 2.

⁵ V. Semmolá, Cap. III, § 1, 98.—Pessina, *La libertà ecc.* § 2, 155.—Buccellati, 96.

Por último, la última etapa de la evolución nos presenta suprimida tal diferencia y admitida siempre la investigación de la verdad. ¹

También por esta parte el movimiento evolutivo conduce inevitablemente al pleno derecho de prueba.

76.—Hay en nuestro favor un eficaz argumento de analogía. El delito de calumnia, que consiste en la imputación de un hecho delictuoso ante la autoridad judicial, requiere la falsedad objetiva de la imputación y la mala fé del agente, pues de otro modo no existe la figura del calumniador. ²

Pues bien, en sustancia, no hay aquí sino una difamación calificada por el modo; los mismos autores clásicos la consideran como otra especie de difamación, ³ como una especificación de ésta y de libelo famoso; ⁴ y esto es tan cierto, que algunos códigos, como el español, el bávaro, el brasileño y el de Friburgo, equiparan la difamación á la calumnia; y para el Código austriaco un medio de consumación de la calumnia es su difusión por medio de la prensa. ⁵ No es natural, por tanto, que para constituir un delito, la imputación de un hecho delictuoso, si se hace ante la autoridad judicial, sea falsa enteramente; si se hace de otro modo, no sea necesario este requisito entero; si se refiere á cosas inmorales y que no tienen señalada una pena, se prescinda regularmente de él.

¹ Filangieri, *Scienza della legislazione*, Milán, 1817, tom. IV, lib. III, c. LXII—Gioia, *Dell'ingiuria e dei danni*, etc. parte I lib. I, c. VII, § 1.—F. Heile, *Revue de législation*, XVIII, 206.—Ellero, 136.—Castelli, *ob. cit.*—Sighele, § 2, 47.—Los Códigos Aleman, Austriaco y de Zurich, que no tienen reglas especiales sobre la distinción, admiten la prueba de la verdad, aún tratándose de la vida privada.

² V Carrara, *Progr. part. spec.*, V, § 2610—2648.—Buccellati, 87-90.—Castori, Editto, 252.—Perrone Ferranti, *Dei delitti contro l' amministrazione della giustizia*, c. III, en el Tratado de Cogliolo, II, parte 1^a A).

³ Buccellati, p. 88, 90.

⁴ Buccellati, p. 88, 90.

⁵ *Cod. Pen. Austr.* § 209.—G. B. Pagani, *Delle ingiurie e calunnie secondo il dir. pen. e l' austriaca*, Milán, 1855, p. 58.

Evidentemente que tampoco las consideraciones especiales que hacen de la calumnia un delito contra la administración de justicia, pueden determinar modificaciones tan profundas respecto al contenido de la difamación; á lo sumo, podrán agravar la pena.—El único principio, pues, que aquí vale es el consabido de la utilidad, y entonces la limitación es irracional.

77.—La necesidad de poder decir impunemente la verdad se deriva de la condición psíquica más común en que se encuentran los ánimos. Vemos en la actualidad que es mucho más eficaz en los ánimos la pena que proviene de la conciencia de la reprobación de los demás, hasta cuando es excitada por alguna cosa que tiene algo de injusto en sí, que no la formada por la conciencia de haber hecho alguna cosa que es intrínsecamente injusta. Esto, naturalmente, requiere que la reprobación se manifieste, y hace casi necesario el derecho de decir la verdad.

78. Hasta aquí la prohibición como regla; veamos ahora sus excepciones.

Como decía elocuentemente Jules Simón en el parlamento francés, el que es atacado en su honor no tiene necesidad de que quien lo vilipendia sea castigado; la tiene de reducir la calumnia á la impotencia, de modo que de ella no queden vestigios. ² Pues bien, se le quita tal facultad con la prohibición absoluta de probar los hechos relativos á la vida privada; de manera que, en resumen, la prohibición redundará en perjuicio de los mismos difamados, á quienes les está prohibido rehabilitarse ante la opinión pública. ³ Por lo que se desarrolló la idea de dar á quien quiere salir puro de toda sospecha en el

1 Spencer *Psych.*, II, § 523, 636 y adelante § 105.

2 Crivellari, c. XVIII—177

3 Este defecto se reconoce por todos.—Castori, *Editto*, IX 249.—Barbier, II, § 556, 96.—Hace excepción Manfredi; según él la exclusión de la prueba sirve al difamado (*ob. cit.* 286); pero no á todos los difamados, sino sólo á los bribones.

proceso por difamación (como dice Pincherle). ¹ y mirar por su decoro y conservar inmaculado su nombre; (como afirma Paoli, ² el derecho de conceder al difamador la facultad de la prueba; idea que halló gran favor en la doctrina ³ y en la legislación.

79. El sistema que da al difamado la facultad de conceder la prueba es irracional é insuficiente para la defensa social.

Es evidente, ante todo, la gran contradicción en que incurren los autores que lo defienden. Si, como ellos afirman, la razón principal que prohíbe la prueba es de orden público, es decir, está fundada en la necesidad de la tranquilidad general á la que causaría grandes trastornos la prueba de los hechos; si, como dice Semmola, esta prueba acarrearía la «perturbación en las familias, con gran descrédito de los mismos intereses sociales», ⁴ ¿cómo es que desaparecen estos inconvenientes cuando la *demonstratio veritatis* es permitida no ya por el Estado, sino por un particular? ¿Y qué sistema es éste de subordinar el interés público á la voluntad y al beneplácito de un individuo? ¿Acaso no surgirán así odios y enemistades? ¿No queda sustituida quizá la autoridad del Estado con el arbitrio privado? No obstante, los mismos que defienden esta teoría se afanan casi unánimemente para reprobarnos en la doctrina de la facultad general de la prueba, el gran defecto de convertir en juez al particular. En realidad, estos autores se hallan dos veces en abierta contradicción consigo mismos.

Hizo muy bien Pessina (el más consecuente de nuestros adversarios) cuando proclamó absoluta la prohibición de

1 Pincherle, 394.

2 Paoli, *Espos etc.*, II, 172.

3 Buccellati, 96.—Pincherle, 394.—Gavazzi-Spech, 252.—Paoli, 500.—Stivaello, 209.—Semmola, § 1, c. III.—*De Cola Proto*, 155.—Frola, 88.—Capello 55.—Bertolini, Privilegio, § 6, p. 11. etc.

4 Semmola, *ob. cit.* p. 66.