

probar la verdad de los hechos, negando al difamado la licencia de conceder esa facultad. El sistema que hace ya tiempo se sigue en Francia<sup>2</sup> se parece mucho al inglés y fué aprobado por otros, aunque algunas veces con ciertas limitaciones.

Pero también este sistema de la concesión no es suficiente para la defensa social. En efecto, protege mejor á los bandidos y delincuentes que á los hombres honrados. La cosa es clara por dos partes: por lo que concierne á las personas atacadas y que, por tanto, pueden conceder la prueba, y por lo que atañe á los difamadores.

Es indudable que el hombre honrado á quien se difama, concede desde luego la facultad de la prueba (salvo casos excepcionalísimos de personas muy conocidas y por encima de cualquier sospecha); seguro de su triunfo, mientras que el malvado, el pícaro á quien se echa en cara un hecho verdadero, buen cuidado tendrá de conceder la prueba, y continuará bajo la égida del Código, pasando legalmente por honrado, y moralmente siendo un infame. De este modo el sistema, cuando no es inútil, protege á los malvados.

Por otra parte, como ha dicho Castelli,<sup>3</sup> y otros han repetido,<sup>4</sup> respecto á los que hacen la imputación, si ésta es cierta, el difamador verídico y noble es castigado lo mismo que el calumniador vulgar, considerando como antes dijimos, que la prueba, por costumbre general, no es admitida; si es falsa, mientras el primero, fuerte por su

1 *Progetto Pessina*, art 372.

2 Limitándose á la vida íntima lo aprobó Semmola (p. 81) y no tratándose de la privada en general (p. 83). La facultad fué combatida durante los trabajos del Código por Conforti (Pincherle, 364). Y en sentido favorable Pessina y Fracassetti, *ob. cit.* 24; y explícitamente Armò, 32.

3 Castelli, *ob. cit.* 322.

4 Terraca, 28. — Sighele, § 2, p. 46. — Fracassetti, p. 26.

fé en la verdad, no escapa de la pena, no es raro el caso en que, hábiles y malignos los calumniadores verdaderos, consigan con engaños, artificios y sobornos, probar su dicho ó á darle ciertas apariencias de verdad. De esta manera los bandidos de palabras y pluma, publicistas simoniacos y estafadores que, como dice Buccellati,<sup>1</sup> son plagiarios morales, gozan de una posición jurídica más favorable que los denunciadores generosos y desinteresados, si es que no son considerados iguales á éstos por su poca habilidad. Así es que, en definitiva, el sistema de la concesión produce todos los males y peligros que se deploran en la facultad general de prueba, sin que tenga sus ventajas.

Además, el Código se aparta aquí completamente de la moral social, porque ésta impone siempre á quien es acusado la obligación de conceder la prueba, y la negativa equivale, según el buen sentido, á una confesión tácita de que hay algo de verdad en la imputación, aun cuando no sea enteramente verdadera. Por consecuencia, la condenación del pretendido difamador es casi siempre una apoteosis para éste y una verdadera sentencia contra el difamado, cosa que también puede ser frecuentemente injusta. ¡Desgraciada la legislación, exclama Mittermaier, que obliga á los jueces á pronunciar sentencias que reprueba la opinión general.<sup>2</sup>

Graves razones aconsejan repudiar este sistema de la concesión, el cual, en nuestra opinión, es considerado en su naturaleza íntima, un importante argumento á favor de la tesis del derecho general de prueba. Es decir: el principio que niega la censura de la conducta privada conduce á consecuencias exorbitantes que sus autores

1 Buccellati, 31.

2 Mittermaier, *Eccezz. della verita*, 322.

más ardientes rechazan; por lo que éstos, para atenuar su rigidez y malos resultados, se ven obligados á violarlo, conociendo su insuficiencia. ¿Qué prueba más elocuente de que el principio comienza á desterrarse y abandonarse? El movimiento evolutivo contrario á él se ha iniciado ya y tiene que continuar.

Hemos puesto en evidencia de este modo el llamado sistema mixto que establece por regla la prohibición, y, como excepción, la prueba, tratándose de funcionarios públicos, de hechos delictuosos<sup>1</sup> ó cuando la concede el ofendido.

80. El sistema mixto vicia y ataca la teoría dominante de una manera todavía más general.

En efecto, cuando en los tres casos indicados se concede y da la prueba de la verdad, queda excluido, se dice, el delito de difamación, porque falta el objeto de éste;<sup>2</sup> pero se pregunta: ¿cuál es el fundamento del delito cuando no se admite la prueba? Si es admitida, el fundamento reside en la falsedad; y si no lo es, en dónde? No se sabe ni se dice; pero aún cuando se supiera y dijera, siempre existiría el defecto; porque el delito tendría ya una base, ya otra, según las circunstancias accidentales de la persona ofendida, de la naturaleza del hecho, ó lo que es peor todavía, de la voluntad del mismo ofendido.

81. Recientemente se han manifestado dos nuevas tendencias que demuestran como el movimiento evolutivo para abandonar los férreos sistemas antiguos, continúa rápidamente.

Algunos querrían, á ejemplo de los Códigos Húngaro y Holandés, que se admitiera la prueba de la verdad

<sup>1</sup> Es inútil ocuparse aquí de la excepción relativa á los hechos delictuosos después de lo que dejamos dicho en el § 21.

<sup>2</sup> Buccellati, 97.

cuantas veces pareciera al juez que se debe determinar si el inculcado obró movido por el bien público.<sup>1</sup> Esta doctrina, en las presentes condiciones, es ciertamente preferible á la común; pero, sin embargo, tiene el defecto de no precisar si, presentada la prueba, resulta desde luego la impunidad y, además, el de sustituir el arbitrio privado al del juez. Una consecuencia de tal doctrina sería la incertidumbre de la facultad de probar que hoy domina y se debe suprimir, por ser un obstáculo y una mordaza para el libre ejercicio de la censura. Decir la verdad sobre sus conciudadanos es un derecho, porque está de por medio el interés general y por tanto debe ejercerse libremente y sin restricción alguna.

Otros querrían que se admitiera la prueba cuando el hecho imputado fuese público.<sup>2</sup> Pero esta proposición tiene el triple defecto de establecer como regla de un derecho colectivo una circunstancia puramente accidental, de aceptar la distinción errónea de vida pública y privada y de no proveer, en fin, á la defensa social: deficiencia ésta que bastaría por sí sola para hacerla inaceptable.

Sin embargo, prescindiendo de la bondad intrínseca de las dos proposiciones, no carecen de importancia, porque manifiestan la necesidad que existe actualmente de una libertad de prueba mayor y más grande.

Al concluir este largo examen afirmamos que la prueba de la verdad es requerida por la teoría del fin y de los motivos como por supremas razones de utilidad social. De este modo se rehabilita, dándole el carácter de una verdad demostrada, la solemne sentencia de Paulo, que

<sup>1</sup> V. Pineherle, 391.—Gavazji-Spech, 292.—Castori, *Editto*, 255.—Bertolini, *Privilegio*, § III, 7.—Stoppato, nota de Jurispr. en la *Temè* cit. 68.—*Relax lombarda*, 19.—Brusa, *Comm. di revis. del Cód. Pen. nuovo, Verbale* XXXII, 656.—Magri, *Not. de Juris. cit.*, 380.

<sup>2</sup> *Relax, romana*. § 17, 35.—Fracassetti, p. 35.

fué la base del sistema romano de las injurias: «peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.»<sup>1</sup> Ya no sería, pues, el caso de hablar de la *exceptio veritatis*, sino de la *demonstratio veritatis*, supuesto que la prueba de la verdad se convertiría en un elemento normal, tratándose de injurias.<sup>2</sup>

II.

82. Hemos ya dicho que la teoría dominante proclama que la verdad del *convicio* no toca el elemento subjetivo del delito<sup>3</sup> y atribuye á la prueba dada plena eficacia exculpante, prescindiendo enteramente de cualquiera consideración sobre los móviles, el fin, y el ánimo del agente.

Por el contrario, según la teoría desarrollada en esta obra la verdad no tiene más objeto que el que le corresponde como elemento de prueba de la intención y de los motivos que tuvo el agente. Para nosotros no quiere decir que «probada la verdad del hecho imputado, deba absolverse al culpable»<sup>4</sup> como se cree generalmente, sino que se requiere otra investigación sobre la *mens rea* del elemento subjetivo. Por lo que, estudiado el problema de la *exceptio veritatis* desde el punto de vista objetivo, es menester desarrollarlo desde el subjetivo, reuniendo los resultados de lo que dejamos expuesto sobre la teoría psicológica bosquejada en el capítulo primero.

1 V. Pachente, 301.—Gavazzi-Spech, 322.—Castori, 17.  
2 El Cód. Alemán, v. g. no habla de la *exceptio veritatis*, sino de su *demonstración*.—Berner, 387.  
3 De Cola Proto, c. IX, p. 141.—Castelli, *ob. cit.* p. 332.  
4 Castori, *La diff. ecc.*, § 3.

83. Para proceder prudente y ordenadamente en una materia tan difícil como hasta cierto punto inexplorada, es oportuno dividir el problema en sus elementos simples; y así, por oportunidad de discusión, tenemos las siguientes combinaciones:

I. Verdad del *convicio* y nobleza del fin.

1. Es mérito de la nueva escuela haber propuesto tal problema que lógicamente se imponía dado el criterio psicológico del fin para todos los delitos y, por consecuencia, también para la difamación (V. Cap. I, § 16.) Después de la indicación incidental y necesariamente incompleta de Ferri (“no se debe castigar al difamador que dice la verdad y lo hace impelido por el “bien público”.—*Sociología crim.*, 505.—V. también Ferri, *La riad. del dir. rom.* en los citados estudios por Serafini, p. 49.) el problema fué tocado por Sighele, que presentó la proposición de la nueva escuela sobre la difamación; pero sin demostrarlo (Sighele, *Il Cod. pen. e la stampa*, etc., p. 48-49.)—Nosotros disintimos de su opinión en muchos puntos.—El problema fué tratado superficialmente por otros también, y siempre de una manera incompleta; unos parece que aceptaron la solución positiva solamente para el hecho famoso (López, *Il Cod. pen. e la libertà, ecc.* 90-92; pero desea que se respete la vida privada [91].—Cogliolo, en la *Trib. cit.*) otros se alejan mucho más de la teoría positiva, subordinando mas ó menos la admisión de la prueba de la verdad al fin bueno y al celo por el interés público que acaso hubieran inspirado al difamador; dejan al juez la apreciación de tales circunstancias (veanse los autores citados en la pag. 149 nota 1.) Por lo demás la teoría se aceptó y acogió aun por la escuela penal clásica. En efecto, durante la larga elaboración del Código Penal, Brusa opinó muchas veces por el castigo del difamador aun cuando probara la verdad de los hechos siempre que faltara el fin del interés público y estuviera aconsejado únicamente por el fin de perjudicar y ultrajar (V. De cola Proto, 157; pero v. también la nota 1 en la pag. 149.) Así también, durante los trabajos preparatorios, De Falco sostuvo que debía castigarse al difamador, aunque probara la verdad de su dicho, si la difamación “no tenía por origen el interés público ó privado, y si el único fin de dañar y ultrajar” (V. Fulci, *ob. cit.* 283.) Corpsov, citado per Mittermaier (*ob. cit.* p. 317) creía que no tenía disculpa quien trató de perjudicar á otro, aun cuando pudiera comprobar la verdad de su aserto.—Recientemente la teoría del fin aplicada á la difamación fué aceptada y defendida por un jóven magistrado muy docto en un brillante discurso inaugural. (Silvio Longhi, *Discorso inaugurale al Tribunale di Piacenza*. Piacenza, 1893, p. 23 y 28.—Con mucha razón sostiene el ilustre autor que: “no salva el manifestar que el hecho es cierto, si el difamador fué impelido únicamente por la mala intención.”)

II. Verdad del *convicio* y fin antisocial, egoísta é ilegítimo.—La verdad puede ser: a) subjetiva y objetiva á la vez; b) solamente objetiva (hecho supuesto falso, falsedad subjetiva.)

III. Falsedad del hecho subjetiva y objetiva á la vez.

IV. Verdad subjetiva y falsedad objetiva, es decir, buena fé asociada: 1º á un fin noble: 2º á un fin antisocial.

84 La primera y tercera hipótesis no dán lugar á duda; todos están de acuerdo en proclamar que el autor de una imputación cierta, hecha por un fin social, está exento de pena.

La tercera hipótesis es precisamente la antítesis de la primera, y el autor de la difamación debería ser castigado con una pena, y bien severa, porque manifiesta gran capacidad de difamar, por sus instintos claramente antisociales y ser su acción altamente perjudicial. Naturalmente en este caso no es ni siquiera presumible la nobleza del fin; éste no es otro aquí más que el del daño privado, el de la difamación por sí misma. «Es imposible—dice uno de los más ilustres maestros de nuestra ciencia—hablar de fines nobles y elevados; es imposible hablar de celo por causa del país y por la rectitud de la administración pública. Estas sagradas palabras serían en los labios del difamador una increíble profanación de las ideas más levantadas y de los más nobles sentimientos.»<sup>1</sup> Magníficas y elocuentes palabras á las que nos adherimos incondicionalmente.

La discusión se agita, al contrario, á propósito de la segunda y de la cuarta hipótesis.

1 Pezzina, *La libertà della stampa*, p. 152.

85. Respecto á la segunda, la teoría dominante enseña que, cuando se ha rendido la prueba de la verdad, se debe absolver. La regla se impone general é inflexiblemente, y casi todas las legislaciones admiten, no importa en qué medida, la prueba de la verdad, y se inspiran en ella.<sup>1</sup> Nuestra jurisprudencia ha llegado hasta proscribir la prueba indirecta de la verdad,<sup>2</sup> al contrario de la francesa.<sup>3</sup>

La teoría del fin repele categóricamente este principio. Ya el mismo Carrara, al exponer el sistema del Código Sardo, notaba que era siempre muy problemática la regla exculpante aceptada así, sin tomar para nada en consideración la intención del agente,<sup>4</sup> y creía que el principio dominante del problema era el que se deducía del *animus* del acusado.<sup>5</sup> Precisamente la *communis opinio* tiene ante todo el defecto grave y fundamental (propio por lo demás, de toda la escuela clásica) de desentenderse del delincuente por fijarse en el delito; la regla dominante considera un sólo lado de la cuestión: el objetivo, sin hacer caso del subjetivo; prescinde del autor del delito y se ocupa de la imputación únicamente. De esto resulta

1 Pezzina, *Elem.*, II, § 65.—Bucellati, 97.—Paoli, *Espos.*, § 502.—Frola, 88 y sig.—Bernier, 390.—Fabreguettes, II, § 1389.—Barbier, II, § 567.—Adoptan con mayor ó menor amplitud la doctrina del fin, ó mejor dicho, no sancionan sin otro requisito la impunidad, una vez comprobada la verdad, las legislaciones penales de Inglaterra, Bélgica, Cantones de Ginebra y Vaud, Nueva York, Massachusetts, California y Prusia (antes del Código Penal Alemán.—Para mayores detalles V. Cap. I. § 24 y sig.)

2 *Rev. pen.* XXXVI, Mass. n. 1523.  
3 Barbier, I, §§ 407-413, II, § 556.  
4 Carrara *ob. cit.*, § 1809.  
5 *Id.* *Id.* § 1812.

que se confunden en una las dos clases de difamadores, mientras que son sustancialmente diversas, incurriendo en la manifiesta injusticia, confesada por los mismos autores del sistema restrictivo, <sup>1</sup> de castigar tanto al hombre honrado cuanto al malvado, y hacer que pague el justo por el pecador, y, añadimos nosotros, de quitar á la pena toda su eficacia social.

Ya observamos que la distinción basada sobre la naturaleza de los motivos y del fin tiene una importancia general, por lo que, mientras es una garantía segura para los elementos útiles á la sociedad, se convierte en un motivo de represión severa para los elementos antisociales, cualquiera que sea su condición. De aquí se deduce lógicamente que, una vez probada la verdad del hecho imputado, se debe proceder á la investigación del elemento psicológico; y si resulta probado que el autor de la imputación obró por motivos innobles ó tuvo el objeto egoísta de difamar, de deshonar á quien atacó, entonces ha lugar á la aplicación de la pena. En resumen, la verdad de la imputación es un accidente que nada tiene que ver con el elemento psicológico del delito que se examina; además muchas veces es el resultado de los artificios y engaños de los malvados; en consecuencia no quita para nada la naturaleza antijurídica del difamador, si la tiene. Quien difama por el gusto de difamar, de atraer el desprecio sobre otro y perjudicarlo, se muestra desprovisto, á lo menos en parte, de ese sentimiento de conmiseración que es una de las bases del consorcio civil. «Fácilmente se deduce—dice Carrara <sup>2</sup>—que, cuando no se imputó un hecho falso, se procedió con un fin bueno; pero esta no es sino una presunción, que llega á faltar cuando las cir-

1 V. p. c. De Luca, p. 32

2 Carrara, *ob. cit.*, § 1801.

constancias de hecho y los antecedentes del inculpado concurren para demostrar lo contrario. Si no falta el *animus iniuriandi*, ¿cómo se puede absolver "*cum tamen ex affectu facientis iniuria consistat*" como afirma la célebre respuesta romana?

Más tampoco falta enteramente la elemento del daño. Indudablemente el daño existe siempre; existe leve y pequeño en su esfera de daño inmediato; pero muy grande en su otro aspecto de daño mediato. Nada hace suponer que, si el hecho no hubiera sido cierto, el difamador se hubiera abstenido de propalarlo igualmente. Supongamos el caso de que sea cinco ó seis veces reincidente ¿no tendría acaso razón todo el mundo, honrados ó no, para suponerse amenazados en su honor, considerando demasiado débil é ineficaz la defensa de su patrimonio moral? Por tanto, supuesto que en la hipótesis existe el *animus* y resulta un perjuicio, nosotros encontramos evidentemente un delito.

Esta opinión, por más que sea contraria al enseñamiento de la escuela clásica y común, concuerda rigurosamente con el supremo principio de la defensa y utilidad social que debe inspirar al Derecho Penal, como han reconocido más ó menos claramente ilustres criminalistas de todas las escuelas. <sup>1</sup> Absolviendo con la pura prueba de la verdad, el organismo social no se defiende, tanto más cuanto que la prueba de la verdad, generalmente difícilísima, pueden suministrarla algunas veces los malvados, los difamadores de oficio, los delincuentes á quienes la costumbre ha hecho hábiles. Así se da razón á los opositores, en cuanto afirman que el sistema de la libertad de la prueba es un generador demasiado fecundo de to-

1 En Francia la Ley de 1881 (art. 23) no reproduce la disposición anterior de la ley de 1819 (art. 20).—Faberre, *op. cit.*, II, § 1326. En España la Ley de 1881 (art. 23) no reproduce la disposición anterior de la ley de 1819 (art. 20).—Faberre, *op. cit.*, II, § 1326.

da clase de males. Sin embargo, luego se contradicen, supuesto que atribuyen á la prueba plena eficacia exculpante en los casos en que esté concedida y se rinda.

Es claro que no provee suficientemente á la defensa social en el caso que examinamos, la doctrina, según la cual, siendo cierto el contenido de la imputación, cuando la forma es injuriosa, nada quita al delito de injuria; principio éste, como dice Pincherle, <sup>1</sup> acogido por todas las legislaciones, comprendidas las que aceptaron ampliamente la prueba de la verdad, y por el mayor número de los tratadistas. <sup>2</sup>

Es evidente que son varios los puntos de partida y el carácter entre la doctrina defendida hasta ahora de la punibilidad de la intención antisocial y la culpabilidad de la forma injuriosa á pesar de la verdad del contenido. En efecto, la primera parte de la investigación del elemento psicológico, y sobre la mayor ó menor temibilidad del difamador atiende á la defensa social. La segunda, al contrario, parte del examen del hecho exterior por el que se exteriorizó la imputación, y se propone la defensa de la *dignitas* individual, considerada sagrada é intangible. Las dos doctrinas son en consecuencia sustancialmente diversas, y no se pueden sustituir, ni aun *a priori*, recíprocamente, porque no se equivalen.

De que la forma injuriosa del contenido difamatorio verdadero es punible, preescindiendo en absoluto de la in-

<sup>1</sup> Pincherle, *ob. cit.*, c. XII, p. 374.  
<sup>2</sup> La exposición más amplia de este principio se halla en Semmola, *ob. cit.*, c. III, § 2, p. 87-90 y p. 18 y 25.—Le son favorables también: Ellero, § 137, p. 635.—De Cola Proto, 159.—Buccellati, 97.—Gavazzi-Spech, 253.—Fulci, I, 284, 290.—Castelli, *ob. cit.*, 334 n. 1.—Bernier, 390.—Mittermaier, *ob. cit.* § 6.—*En contra*: Pessina, *Leggi pen della Germania*, I, part. II, § V, p. XXI. En Francia, la Ley de 1881 (art. 35) no reprodujo la disposición análoga de la ley de 1819 (art. 20).—Fabreguettes, II, § 1387 y sig.—Barbier, II, § 554.

tención, resulta que tal doctrina se manifiesta, desde nuestro punto de vista, por una parte demasiado lata y por otra demasiado estrecha. Es demasiado lata en cuanto puede comprender casos en que, siendo nobilísimo el fin, la forma reviste el carácter injurioso por mero accidente, y entonces ataca elementos sociales. Es demasiado estrecha en cuanto que la represión es eventual y subordinada á la suerte, al arte ó á la astucia con que el autor ha formulado la imputación y en consecuencia deja impunes á los que, á pesar de estar animados por un fin avieso, han sabido recurrir á la hipocresía de la forma. También sucederá aquí que quedarían impunes los más astutos y malvados y serán castigados más severamente por la ley, los generosos que se dejan llevar impelidos por la buena intención. Dicha doctrina sacrifica, por consecuencia, la forma á la sustancia, y sin contar con que de cualquier modo, la pena, en el caso de injuria, es mucho más suave que en el de difamación, podemos asegurar que es insuficiente para la defensa social é incapaz de llenar el objeto atribuido á la doctrina de la punibilidad de la intención á pesar del contenido verdadero.

Por lo demás, los mismos adversarios adoptan, en parte, nuestro sistema. En efecto, consideran delito aun la imputación de un vicio ó deformidad del cuerpo visible á todos. Aquí la verdad de la imputación es luminosa, y se castiga, por tanto, en vista de la intención, que es todo.

Nos debe temerse por esto que quede disminuida la censura pública á la que acordamos tan grande importancia, porque ésta requiere, para ser útil, órganos honrados y sociales en los móviles y en el fin.

Es tan importante este punto, que, según nosotros,

<sup>1</sup> Carrara, § 1776.—Capello, 64.—De Cola Proto, 29.—Bernier, 390.