

puesto el dilema de proscribir enteramente la prueba ó admitirla con la regla que combatimos, sería preferible aceptar lo primero. Es preciso impedir que un sistema liberal pueda servir á los malvados.

86. Mas la investigación del elemento subjetivo puede extenderse aún, y entre los difamadores con fines aviesos y egoistas, establecer una distinción entre los que conocían al momento de difamar, la verdad de la imputación y los que creían falsa esta última.

En efecto, entre el difamador que creyera falsa la imputación en el momento de hacerla y el que supiera que era verdadera, teniendo ambos un fin egoísta, la diferencia desde el punto de vista subjetivo y de la defensa social, es grandísima. Evidentemente el primero ha demostrado mayor perversidad que el segundo y por consecuencia, aplicando la doctrina positiva debería ser castigado de diferente y más rigurosa manera que el otro. Desechando tal doctrina, parece á lo menos que el primero no podría quedar exento de pena. Y no obstante, según la opinión común, entrambos serían absueltos igualmente!

Respecto del primero, podemos repetir más especialmente lo que ya antes se dijo, es decir, que la verdad del hecho es una eventualidad que razonablemente de nada le puede servir, y que no puede quitar ni disminuir el elemento psicológico antisocial. Tratándose de excusas, escribe Carrara, «la imputación equivale á la verdad.»<sup>1</sup> Pero si este principio es bueno para defender á un delincuente; ¿porqué no serviría cuando se tratara de defender á una sociedad de personas honorables? Aquí hay, subjetivamente, un hecho falso y un fin inno-

<sup>1</sup> Carrara, ob. cit., § 124.

precisamente lo contrario de la buena fé, y por tanto la pena se presenta necesaria y naturalmente.

La regla absoluta que combatimos debería, pues, tener una excepción, al menos en el caso de verdad objetiva acompañada de falsedad subjetiva. Esto, naturalmente, lo asentamos como una forma práctica é intermedia de transición entre el sistema actual y la aplicación entera del que defendemos nosotros.

87. Dada esta teoría se resuelven fácilmente algunas cuestiones que presentan varias dificultades en orden á la *exceptio veritatis*.

Se pregunta si difama quien echa en cara á otro una sentencia penal que había ya sufrido y las respuestas, tanto respecto á los principios, cuanto al derecho positivo, son discordantes. En efecto; admitiendo la teoría común de que la verdad exculpa siempre y que se prescinde del fin, la impunidad resulta naturalmente. Sin embargo, tal solución repugna á la equidad, á los sentimientos naturales y por eso la teoría dominante, mostrándose insuficiente, tiende á encontrar difamación cuando exista una intención maligna. A igual conclusión llega; pero por un proceso, tanto más lógico y necesario cuanto el otro es ilógico y arbitrario, la teoría del fin, como aparece luminosamente de por sí.

La doctrina que sostenemos resolvería equitativamente otro caso análogo de grande importancia discutido por los escritores. Si uno acusa á otro de un delito por el que ya fue condenado, siendo inocente, y como prueba de la verdad del hecho presenta la sentencia que lo condenó

<sup>1</sup> Gioia, ob. cit. p. 1 lib. I, c. VIII, § 2, 116.—Paoli, *Espos. etc.* II, p. 159 n. 1.—Semmola, *Appendice III*.—Capello, 62.—63 Castelli, 324.—Eula y Pescatore, *Atti parlamentari del Senato, Discussioni*, Legislat. XII Sess. 1874—1875, p. 1099—1104.

¿quedará exento de pena? La respuesta sólo puede ser afirmativa con respecto de aquellos códigos que, como el Francés, requieren únicamente la prueba legal, ó que, como el Alemán, (§ 190 n. 1) la consideran suficiente; y tal vez aún con respecto de los demás, dado el principio de que "*res judicata pro veritate habetur.*" Es una solución inficua, justamente deplorada por Berner;<sup>1</sup> pero que resulta lógicamente de los principios comunmente aceptados.

Por el contrario, según los que defendemos nosotros, existe un fin avieso, falsedad subjetiva, y por consecuencia, plena aplicación de la pena, prescindiendo de la investigación sobre la sentencia condenatoria.

88. La teoría del fin nos ayuda también á resolver otra cuestión respecto á la *exceptio veritatis*; ó sea, la que se refiere á la extensión de la prueba. ¿Es preciso probar la verdad de la imputación en todos sus particulares, ó basta dar la prueba de los puntos fundamentales y esenciales? El problema reviste mucha menor importancia en nuestro sistema del fin que en el comunmente aceptado. Es claro, en efecto, que tomando la verdad como prueba, en general, del fin y como criterio para la valoración de los daños; cuando el hecho queda establecido en su contenido esencial, la parte accidental puede desatenderse; pero tal teoría debería ser sostenida aún por el sistema común. En efecto, probada la sustancia de la verdad, el delito de difamación desaparece por falta de contenido objetivo; quedarán circunstancias accesorias y subalternas que, separadas é independientes, carecerán de idoneidad difamatoria y por tanto, del elemento material.

<sup>1</sup> Berner, *ob cit.*, p. 391.

Mas, si las circunstancias no probadas tienen por sí solas la aptitud para difamar, evidentemente nos apartamos de la hipótesis, supuesto que ellas se vuelven entonces sustanciales, por lo que, en nuestra opinión, fundadamente decidía el Tribunal de Roma que la prueba parcial no es suficiente para excluir la difamación, si las otras circunstancias narradas y no probadas, son tales que exponen al ofendido á los daños previstos por la ley. <sup>1</sup>

Pero se objeta que frecuentemente la índole y el daño de la difamación consisten en tergiversar los hechos y en revestirlos de circunstancias que no son verdaderas.<sup>2</sup> Esta objeción no puede oponerse á la teoría del fin que defendemos nosotros, en cuanto que, la tergiversación deliberada indicará claramente en el autor la intención dañada. Tampoco en el sistema común tendrá razón de ser, porque los principios en que se apoya prescinden del fin y de los motivos y se atienen estrictamente á lo material de la imputación, y por esta parte se excede, valorizando las circunstancias, que, por más que esten artificiosamente falseadas, no tienen poder de difamar.

Por lo demás es preciso tener en cuenta el criterio de

<sup>1</sup> Trib. de Roma, Sent. 29 Agosto 1891, *Riv. Pen.* XXXVI, Pág. 295. Parece que también la Corte de Apelación de Roma es de este parecer (*Riv. Pen.* XXXV, 293; pero requiere una «prueba plena, amplia y segura» [*id.* 294]). Conforme á la opinión sostenida en el texto, la jurisprudencia considera que hay libelo famoso, aunque se imputen hechos determinados y característicos que, si bien tienen cierta relación con la verdad, difieren de ella sustancialmente, de manera que constituyan hechos nuevos que perjudican la honradez ajena.—Trib. de Milán, Sent. 23 Mayo 1890.—*Foro Ital. Rep.* XV, c. 694, n. 13.—Vease también Corte de casación Sent. 21 Mayo 1892; *Riv. Pen.* XXXVI, 458.—Respecto á la teoría de que basta probar la verdad en su entidad moral, V. Stoppato, *nota de giur. cit.*, 68.—En contra: Bertolini, *Privilegio*, etc. § 111 p. 8.

<sup>2</sup> Bertolini, *ob. y lug. cit.*

interpretación enseñado por el insigne Carrara, quien escribía que las varias disposiciones relativas á la prueba de la verdad de la imputación y de sus efectos deben siempre interpretarse de la manera más favorable y amplia para la libertad de la censura <sup>1</sup> Además, abolida generalmente la obligación de la prueba legal, <sup>2</sup> ¿no se renovarían los peligros y dificultades, estableciendo la regla absoluta de dar plena y entera la prueba de la verdad, la que haría la mayor parte de las veces enteramente inútil, la ley, cuando consiente dicha prueba? <sup>3</sup>

\* \* \*

89. Veamos la cuarta hipótesis.—¿*Quid juris* si falta la prueba de la verdad y resulta, por el contrario, la buena fé, la *fides veri*, la verdad subjetiva?

La buena fé es la opinión razonable que alguno tenga de la verdad del hecho difamatorio que imputó á otros <sup>4</sup>. Para determinar, según la teoría del fin, su valor en la responsabilidad del agente, es preciso ante todo establecer un principio que los mismos secuaces de la escuela clásica enseñan, es decir, que en las cuestiones intencionales lo que se cree equivale á la verdad <sup>5</sup>; y aquí la cuestión es esencialmente intencional.

1 Carrara, *Opuseoli*, IV (nº XXXIII). *Cause di scriminazione de l'ingiuria*, 107.

2 Cod. Francés de 1810, art. 370.

3 También en Inglaterra, según Christian, basta probar "las inculpaciones generales del libelo". (Black., IV, 209, n. 1).

4 Para la definición dada V. Stoppato, *Dell' elemento soggettivo nelle contravvenzioni. Temi Veneta* X, 489—513 y también "la buena fé debería consistir en la plena, concienzuda y razonable convicción de la verdad y exactitud de los hechos narrados". Trib. de Roma, *Riv. Pen.* 34, p. 302.—Fabreguettes, I, § 1124, Bertolini, *Diff. I.*

5 De Cola Proto, 161.—Castori, *La diff. ecc* § 6. p. 445.

Esto supuesto, es necesario distinguir, para evitar confusiones, los buenos de los malos difamadores.

90. A. —Si el autor del delito propaló el hecho difamatorio, impulsado por móviles ilegítimos, bajos, egoístas, antisociales, tratando de dañar á otro pura y simplemente, nosotros, desde el punto de vista de la temibilidad del reo, y por tanto, de la defensa social, volveremos al caso ya discutido de la verdad subjetiva y objetiva asociada al dolo característico. En consecuencia la circunstancia de la buena fé nada quita al carácter antijurídico, supuesto que antijurídicos son los móviles y el fin. Poco importa que el autor creyese verdadero el hecho; esta circunstancia subjetiva le facilitó la comisión del delito, es decir, la consecución del propósito de deshonorar á la persona que se proponía. El, además, erró ofendiendo á un hombre respetable y causándole daño; obró á la ligera, y no por un fin social que pudiera justificarlo, sino por satisfacer su egoísmo. Demuestra de este modo que respeta muy poco ó nada el derecho de los demás, con tal que pueda denigrar á su odiado enemigo. Sin embargo, semejante fin no requería necesariamente la verdad de la imputación; nada indica que, sabiendo que era falso, no habría difamado, ya que solo hubiera tenido necesidad de un poco de más valor. Un aserto que se sabe es falso, dice Holmes, ó que excede de lo que requiere la ocasión, no es necesario que se haga con el fin de hablar libremente <sup>1</sup>. Subjetivamente él es un vil que abusa del débil, desprovisto al mismo tiempo del valor, que es una de las dotes del carácter social. Naturalmente que también en la difamación por medio de la prensa puede haber buena fé y fin avieso. Muy bien se dijo por la Corte de Apelación de Roma, que: "puede existir la mejor bue-

1 Holmes, *ob. cit.* 185.

na fé sobre acontecimientos verificados juntamente con la más cruel maldad en divulgarlos.”<sup>1</sup> En la hipótesis, tenemos completo el *animus*, eminente el peligro social (daño mediato); tenemos después el daño privado (daño inmediato); en un palabra, existen todos los elementos del delito.

91 B.— Pero puede suceder también que la buena fé se asocie á un fin noble y social. En tal caso, por el principio mismo de la escuela clásica antes citado, nos encontramos, respecto del agente, en la hipótesis ya indicada de verdad objetiva y fin bueno; la absolución resulta natural.

Falta ante todo, según nuestra teoría, el *animus iniuriandi*; el fin noble del autor dice desde luego que si no hubiese creído un malvado á aquel hombre, peligroso para la sociedad, no lo habría denunciado ante el grandioso tribunal de la opinión pública. Hay una conexión necesaria entre los dos términos. Este pretendido difamador no demuestra capacidad difamatoria ninguna y lejos de ser un elemento perjudicial para la sociedad, es un elemento utilísimo que concuerda con el interés general, como tratamos de demostrar más arriba. Su acción no infunde temor sino á los malvados, por consiguiente, falta también el daño político. Queda el daño privado é individual que sufre el difamado, pues según dice Frola,<sup>2</sup> aunque con alguna exageración, el daño no depende de la opinión que el agente tuviese al decir una cosa no difamatoria. Pero ya hemos dicho que, según la doctrina del mismo Carrara, el daño individual no acompañado del social no puede convertir una acción en delito.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sent. cit. (*Riv. Pen.*, vol. 35, p. 294).—Fabreguettes, I, § 1224, p. 418. — Barbier, I, § 1474, p. 368.

<sup>2</sup> Frola, *ob. cit.* p. 20.

<sup>3</sup> V. c. I, § 18.

Además, aquí el daño, aún admitiéndolo, es muy ténue y no podría dar lugar á responsabilidad civil, de la que, sin embargo, nos ocuparemos después.

92. En cuanto á la prueba de la buena fe es necesario ciertamente que la narración corresponda exactamente á las informaciones tomadas de las fuentes de donde se origina; pero es necesario también que las informaciones fueran atendibles por sí mismas, que presentaran cierta solidez y cierto valor. No puede ni debe prestarse fe á cualesquiera dices. Y aquí se presenta la grave cuestión de la injuria por culpa; pero esta cuestión la trataremos en el capítulo siguiente. Baste, por ahora, dejar sentada que faltan en la hipótesis los elementos del delito.

93. Nosotros rechazamos por lo mismo, tanto la opinión que atribuye á la buena fe un valor exculpante cuanto la que no le concede ninguno. Una y otra no miran por la defensa social.

Tampoco merece ser tomada en consideración la doctrina, hoy dominante, de considerar la buena fe como atenuante,<sup>1</sup> pues es insuficiente y arbitraria.

Nosotros debemos ocuparnos de las principales objeciones que se hacen á la teoría de la *fides veri* exculpante.

Advertimos en primer lugar que hasta ahora, casi todos los autores discutieron la cuestión, considerando la buena fe en sí, aislada del fin que el autor se proponía, y este fué precisamente un error de método que contribuyó mucho á formar la teoría común. En efecto, se pensó que, admitiendo la buena fe como exculpante, los di-

<sup>1</sup> Pessina, *Elem.*, II, § 65, p. 132 y *La Libertá, ect.*, p. 153. Bincherle, p. 410. Semmola, c. VI, § 2 n. 2. Capello, p. 24-26. Bertolini, *Privilegio* § 5, p. 9. Carrara subordina la buena fe al *animus*. (*Progr.*, 1, III, § 1801.

famadores perversos quedarían impunes y para evitar esta injusticia, se condenó al ostracismo total ó parcial la *fides veri*; excediendo así el motivo y el objeto por los que surgió la doctrina, supuesto que de esta manera se castiga también á los difamadores buenos y sociales, los que, en vez de pena, merecen alabanza y fomento.

Las objeciones se dirigieron, por tanto, contra la teoría que considera como exculpante la buena fe, sin considerar el fin, <sup>1</sup> la cual era la única que se contraponía á la dominante que niega á la buena fe toda eficacia.

Es, pues, evidente, que la distinción propuesta y subordinada al *animus* deshace la objeción deducida del peligro que la doctrina de la buena fe exculpante introduciría, sirviendo de salvaguardia ó siendo una escapatória para los pillos. <sup>2</sup> Los pícaros, los difamadores animados por motivos bajos ó torpes pasiones antisociales, serían castigados sin misericordia.

No puede objetarse que de esta manera se mina en sus bases la doctrina de la *exceptio veritatis* <sup>3</sup> supuesto que es una la investigación sobre la verdad y otra la que se hace sobre la buena fe; como quiera que sea, un deseo apriorístico de vana simetría jurídica no puede impedir la actuación de lo que es útil á la sociedad; al fin y al cabo la doctrina de la buena fe exculpante, como está presentada aquí, se manifiesta plenamente en armonía con todo el sistema de nuestro libro.

También se podría hacer otra objeción, aspecto especial de la más general del desorden que domina toda nuestra materia, es decir del honor y la reputación de

<sup>1</sup> Para una demostración amplia de esta teoría, según el Derecho Romano y según los principios V. á Fulci, I, XXVI, § 3.

<sup>2</sup> Semmola, *ob. cit.*, c. VI, § 2, p. 148 y apéndice p. 170.

<sup>3</sup> Semmola, *ob. cit.*, p. 148.

las personas no quedan así abandonadas á las pasiones y ligereza ajenas? ¿Mil peligros no se suscitan quizá alrededor del individuo, especialmente por parte de los ciegos y fanáticos que pululan en determinados momentos de la vida social?

Nos parecen oportunas aquí dos observaciones: que el hombre probo ofendido por un hombre generoso bien pronto ve rehabilitada su reputación, porque también el fin hizo fácil y excusable la obra del pretendido difamador, quien, por lo demás, precisamente, porque no es un malvado, procederá con cierta cautela (nosotros hablamos aquí de los difamadores que representan el tipo medio normal y no de los que difaman por un motivo psico patológico, como, verbigracia, las personas histéricas y monomaniacas que calumnian y mienten con tanta facilidad (V. §§ 107 y 108).

Aceptemos, no obstante, la doctrina de los adversarios de que existen grandes peligros para el honor de las personas. Pues bien, si se admite la solución opuesta, la de proscribir la buena fe ¿no existirían peligros para la libertad y el bienestar individual y social? Negando el beneficio de la buena fe, muy difícilmente se ejercería la censura pública que hemos tratado de demostrar es de utilidad general, porque antes de lanzar una acusación sería preciso tener pruebas irrefragables de su veracidad. Contra este escollo se estrella otra objeción que se opone á la *fides veri*, declarando que todo hombre está obligado á abstenerse de acusar ante el tribunal de la opinión pública á otro hombre, mientras no tenga en su poder, la prueba de lo que afirma. <sup>1</sup> Es preciso tener presente que los delincentes más ó menos manifiestos tienen tanta ha-

<sup>1</sup> Pessina, *Elem II*, p. 132.—*La Libertá, etc.*, pag 153

bilidad, <sup>1</sup> falsean con tal arte y esconden con tanto cuidado sus malas acciones, que la prueba, por mucha diligencia que se emplee, se hace muy difícil y no pocas veces imposible. Los hombres, como dice Gioia, tienen más cuidado de parecer perfectos que de serlo. <sup>2</sup> Por lo que, si la buena fe no salva, toda censura se elimina ó queda muy disminuida.

Las malas consecuencias de la abolición de la censura se verificarían muy especialmente en la prensa; ¿cómo puede procurarse el escritor las pruebas irrefragables de cuanto afirma? Aun; si lo puede después, será muy raro, ya que no imposible, que posea esas pruebas en el momento de la acusación. Y si espera tenerlas para poder acusar, el malvado acaba su obra y huye. Todos saben los innumerables obstáculos que se oponen al publicista que desee conocer la verdad de un hecho. Por lo demás, se desnaturalizaría de esta manera la función del periodista, el cual usurparía las atribuciones de la autoridad judicial. ¿Cómo podría interpretarse también la opinión pública, que carece de documentos?

Por consecuencia, nos hallamos aquí otra vez ante la utilidad individual y la de la sociedad.Cuál de las dos debe prevalecer cuando estén en conflicto, no nos parece dudoso.

### III.

94. Como conclusión general notaremos, por último, que la función que atribuimos á la verdad y á la buena fe elimina esta otra objeción que Castori hacía á aquellos que quieren ensanchar la *exceptio veritatis*: entrando,

<sup>1</sup> Lombroso, *L'uomo delinquente*, I, p. 449---451.

<sup>2</sup> Gioia, *ob. cit.*, p. 20, § 5.

escribía, en este terreno, se ofrecería un campo tan vasto á la defensa, que ya no habría difamadores, sino únicamente hombres que, creyendo decir ó diciendo la verdad por interés público, ofendieran la reputación de otros <sup>1</sup>.

Notaremos que nuestro Código [art. 394], mientras al principio admite dentro de los límites del sistema mixto la prueba de la *verdad* ó *notoriedad* del hecho, luego, por el contrario, considera solamente la verdad; ¿la notoriedad es entonces un pleonasma?

En cuanto á la buena fé es evidente que, excluyendo el sistema del Código respecto á la difamación la investigación del fin, la distinción defendida por nosotros entre la buena fe con fin innoble y buena fe con fin noble, no sería aplicable.

El mismo artículo no contiene nada concerniente á la eficacia exculpante de la buena fe, de modo que la cuestión relativa queda encomendada á la jurisprudencia <sup>2</sup> que se ha demostrado vacilante. <sup>3</sup>

95. Por lo que á nosotros toca, creemos que la buena fe, según el Código, no exculpa. En efecto, no quita la conciencia de la idoneidad difamatoria de un hecho, como no la quita la verdad de éste, que, subjetivamente, se identifica con la buena fe. Por tanto, el argumento que

<sup>1</sup> Castori, *ob. cit.*, § 6, p. 445.

<sup>2</sup> Lo dijo en el Senado el Guardasellos Zanardelli, contestando al H. Riberi que defendía la buena fe como exculpante. (*Discussione al Senato*, p. 235.

<sup>3</sup> En el sentido de la exclusión V. Sent. Trib. de Roma cit. *Riv. Pen.*, 34, p. 295.—*App. de Roma* cit., *Riv. Pen.* 35, p. 294.—*Casaz. cit. Foro Ital.* XVIII II, 386, 394.—*En contra*; Sent. 24 Dic. 1891, App. de Venecia, *Tem. Ven.* XVII, 67.—Observemos que la jurisprudencia sobre el Código anterior solía excluir la buena fe; V. Clavarino, *ob. cit.* 160.—En cuanto á los representantes del Ministerio Público, los oradores que se ocuparon del argumento en los discursos del año judicial de 1892, rechazaron la opinión de que la buena fe hace desaparecer el delito de difamación. V. Lucchini, *I discorsi di apertura, etc. Riv. Pen.*, XXXVI, 496.

de *jure condito* induce á proscribir la investigación de la buena fé, es de la noción del *animus iniuriandi* contenida en el art. 393.

No tiene ningún peso, en nuestro concepto, otro argumento aducido para sostener la misma tésis, ó sea, que, si el inculpado pudiera probar su buena fe, se llegaría á eludir la prohibición de la ley acerca de la verdad de la imputación. <sup>1</sup> Los hechos que hacen presumir la verdad, son distintos de los que la demuestran; y si de todos modos la distinción en un punto se hiciera difícil y casi imposible, sería fácil al juez, por razón de la prohibición, limitar la admisión de los primeros. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Foro Ital.*, XVI, p. II, c. 397.—*En contra*: Castori, *La diff. nel Cód. Pen.* etc., § 5, p. 443.—Tecchio, *Adriatico*, XVI, 244, p. I, c. 2.

<sup>2</sup> Fabreguettes, I, § 1141.—Barbier, II, § 556, p. 99.

---

---

## CAPITULO SEXTO

---

### SEIS HIPOTESIS RECAPITULATIVAS

---

#### Resarcimiento de daños y difamación delictuosa:

---

96. Habiendo terminado el análisis, podemos presentar ahora la síntesis de la teoría psicológica desenvolvida en este estudio.

El *animus iniuriandi* está caracterizado por la antisocialidad de los motivos y del fin que inspiraron al agente, entendiéndose la antisocialidad en un amplio sentido psicológico y presindiendo de cualquiera enumeración taxativa y apriorística. Ante este elemento subjetivo verdaderamente dominante, todo otro elemento del delito que examinamos es subalterno y secundario, y de él parten y toman su importancia las varias accidentalidades de hecho que acompañan á la imputación difamatoria.

Esta explicación práctica de la teoría psicológica de la difamación se agota con las siguientes hipótesis recapitulativas, tal como resultan de este estudio:

a) hecho verdadero subjetiva y objetivamente y fin bueno—impunidad.