

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.



b) hecho verdadero subjetiva y objetivamente con fines y motivos aviesos—pena.

c) hecho verdadero sólo subjetivamente (buena fe) y nobleza del fin—impunidad.

d) hecho verdadero sólo subjetivamente, con fines y motivos aviesos—pena;

e) hecho verdadero sólo objetivamente (falso subjetivamente) fin avieso necesario—pena;

f) hecho falso subjetiva y objetivamente [fin avieso necesario]—pena <sup>1</sup>

Basta tener presente que en las hipótesis b, d, e, f, es necesaria una sanción defensiva, determinar el género sería una investigación extraña á nuestro modesto tema y en gran parte poco concluyente, porque el género de pena debe adaptarse al reo más que resultar de la construcción jurídica del delito.

Se comprende de este modo que la medida de esta sanción podrá ser diversa en las varias hipótesis; pero aun á este respecto cualquiera ilustración sería inoportuna y supérflua.

Establecido el principio soberano de la antisocialidad de los fines, ya no tendremos sino que aplicar la teoría expuesta por Garofalo, espléndidamente desenvuelta y com-

<sup>1</sup> Estas conclusiones son naturalmente más completas no sólo que las que presenta la escuela clásica para la que sólo son posibles tres hipótesis (falsedad objetiva y subjetiva—verdad objetiva—y verdad únicamente subjetiva; V. Pessina, *La Libertá*, etc., 151-154); sino también de las que fueron expuestas en nombre de la escuela positiva. Las hipótesis de Sighele son cuatro (omitiendo la d y e). Se encuentra una gran laguna en Bianchi, el cual distingue solamente la difamación que tiene algo de pasión é interés personal y la que carece de objeto y se cometió involuntariamente, ya por negligencia ó por descuido profesional (art. cit., p. 538). ¿Pero qué pensará el ilustre publicista de los difamadores que se proponen conseguir un objeto noble y social?

pletada luego por Ferri. <sup>1</sup> Indudablemente deberán pesarse las varias circunstancias de hecho, la dignidad de las personas injuriadas, la de las personas presentes á la injuria, la mayor ó menor publicidad, la forma del insulto y otras. <sup>2</sup>

97. Es preciso, por el contrario, poner en claro dos puntos en que nuestras conclusiones no están de acuerdo con las presentadas por otros sobre el mismo argumento y en la órbita del mismo orden de ideas en que nuestro trabajo se ha inspirado.

El uno se refiere á la obligación de resarcir los daños; el otro á la difamación delictuosa de la cual intencionalmente no nos ocupamos ya.

98. Es natural que en la hipótesis en que se requiere la pena, sea también obligatorio el resarcimiento; y hasta aquí *nulla questio*; pero ésta se presenta cuando se trata de un caso en que no existe la pena.

En efecto, algunos, en el caso de imputación falsa, motivo noble y buena fe, querrían echar sobre el autor el peso enorme de la responsabilidad civil; <sup>3</sup> proposición que á nosotros no nos parece admisible.

Al exponer esta opinión no es nuestra intención negar la obligación del resarcimiento de los daños en los demás casos; cosa generalmente admitida por los escritores, muchos de los cuales exigen la fianza por parte del periódico. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> Garofalo, *Crim.*, p. III, cap. II, § III. Ferri, *Sociol. crim.*, c. III p. VII.  
<sup>2</sup> Gioia, *ob. cit.*, p. I, l. I. c. V. Armó, *ob. cit.*, p. 54.  
<sup>3</sup> Sighele, art. cit., p. 46-49. Nasi, *Gazzetta cit.* Según Magri (*not cit. c.*, 382) para los difamadores por móviles sociales bastan la retractación y el resarcimiento de los daños.—Bianchi (art. cit., 538) querría que el periodista que yerra, pero sin dolo, estuviera obligado tan solo al resarcimiento civil.  
<sup>4</sup> Entre los escritores más recientes son favorables á la fianza: Bonasi, § 129 Manfredi, 357-368.—Bertolini, *Privilegio* § 8, p. 13—Buccellati, 47. Stivanello, c. XVI. Le son contrarios: Ellero, § 98-99.—Guerzoni, 73.—Crivellari, c. XXIII, 255.—Pincherle, 206-207.—Castori, XI, 262 y XV, 289.—Sey-



Además, la cuestión se examina *de jure condendo*, prescindiendo de las eventuales disposiciones legislativas <sup>1</sup> y rigurosamente según los principios de la teoría del fin.

Sentado esto nos parece que la doctrina de la nueva escuela, á pesar de ser tan rigurosa, tratándose del resarcimiento, en la hipótesis, conduce á una solución opuesta á la expresada.

La cosa es de una evidencia luminosa.

En efecto, la escuela positiva no conoce mas que dos formas de represión: a) eliminación total ó parcial; b) obligación de resarcir, destinada ésta como una pena particular, á los delincuentes menos temibles, sin depravación moral.<sup>2</sup>

El resarcimiento, se reduce, pues, á una pena, por lo que Garófalo, en su sistema racional de penalidad, lo propone como único mediodefensivo contra la difamación, sin hacer distinción entre difamación y difamación.<sup>3</sup> Pues bien, ¿cómo podrá aplicarse una pena y especialmente la de la difamación, en la hipótesis, si faltan por completo, según demostramos, los elementos de tal delito? Además, el ciudadano que hace una imputación á otro, ¿no ejerce acaso derecho de censura? ¿Y de cuándo acá el ejercicio de un derecho atrae una pena? El Derecho Penal Romano enseñaba que «*is qui jure publico utitur, non videtur iniuriæ faciendæ causa hoc facere*» y que «*nemo damnum facit, nisi it qui id facit quod facere jus non ha-*

del *op. cit.* § 16, p. 317. La fianza fué instituida primeramente para garantía del Erario (por multas y gastos del proceso) y después para la de los particulares (resarcimiento de daños). Debe observarse que hoy sólo es combatida por su carácter anti-liberal y limitativo.

<sup>1</sup> Sighele por único argumento aduce el art 1151 del Cód. Civ.

<sup>2</sup> Garófalo, *Crim.*, p. III c. I, p I; c., IV, p III. Ferri, *Sociol.* 696-705 y 761-764. Dice Ferri explícitamente que la obligación del resarcimiento se considera como una forma de responsabilidad penal (p. 697).

<sup>3</sup> Garófalo, *ob. cit.*, p., 471-474.

bet.» Enseñamientos que son todavía verdaderos hasta hoy, en que aparece lo absurdo de encontrar un cuasi delito en donde el delito no existe.<sup>1</sup>

Pero aún hay más: para poder aplicar el resarcimiento es preciso que la acción que lo origina, sea por lo menos antijurídica y antisocial, por más que no sea delictuosa.<sup>2</sup> En la hipótesis, este carácter falta enteramente y tenemos, por el contrario, una acción que coincide con el interés general, con el orden y el progreso jurídico que favorece el bienestar social, como á su tiempo procuraremos demostrar. No hay, pues, motivo para el resarcimiento.

Algunos afirman, no obstante, que el resarcimiento debe fundarse en la conexión puramente objetiva de la acción con el daño causado.<sup>3</sup> Haciendo á un lado lo que tiene en sí de general el principio y prescindiendo de sus aplicaciones eventuales en el campo del Derecho, nos parece que no se puede adoptar una forma de represión penal, como es precisamente el resarcimiento del daño, sin la investigación subjetiva de que la acción generadora del daño constituye un delito. De todos modos, no podría aceptarse ese principio en nuestro tema, sin pensar en la naturaleza especial de éste, supuesto que las necesidades y las condiciones sociales actuales requieren el más amplio ejercicio de la censura pública conciliado con la más enérgica defensa contra los difamadores antisociales. Pues bien,

<sup>1</sup> Fabreguettes, II, § 1389, 2092. Barbier, II, § 567, 834. Notemos que en Inglaterra, el país clásico de la responsabilidad civil, no hay resarcimiento si se prueba la verdad de la imputación.

<sup>2</sup> Ferri, *ob. cit.*, 557-558.

<sup>3</sup> Castelli, *L'azione civile contro i delinquenti pazzi*, § 3. *Arch. di psicol.*, etc. X, 308-314. Desde hace tiempo se espera con interés la publicación de un trabajo del abogado Venezian sobre este importantísimo asunto; esperamos que pronto se vea cumplido el deseo de los estudiosos y que pronto se dé á luz.



¿cuáles serán las consecuencias de la obligación del resarcimiento impuesta al difamador noble, en caso de que falte la prueba de la verdad?

99. Consideremos estas consecuencias. Es preciso reconocer que el resarcimiento para muchos individuos es un peso más grave que la misma pena de retención. Resultaría, por consecuencia, que el temor de no hallar la verdad alejaría á muchos del ejercicio noble y útil de la censura. Se renovarían, en una palabra, todos ó gran parte de los males ya deplorados que acarrea no permitir se pruebe la buena fe. ¿Con qué objeto se declara entonces que la buena fe y el fin noble quitan todo delito? Se echa un mal por la puerta y se deja que vuelva á entrar por la ventana. Por consiguiente, disminuye la censura.

Pero aun hay algo más; el resarcimiento convertiría el derecho de censura en monopolio de pocos; impondría á esta nobilísima función el funesto yugo del capital y del dinero, y como consecuencia última habría un trato desigual, porque ¿cómo podría resarcir quien careciese de medios? ¿Debería ir á la cárcel? Es ésta una grave dificultad que no han pulsado los autores del resarcimiento.

Es cierto que la escuela positiva, para el delincuente que no pueda pagar el resarcimiento á que hubiera sido condenado, propone el trabajo corto, sin la prisión; pero es evidente que esto implica necesariamente cierta disminución de la libertad personal <sup>1</sup> y hay siempre diferencia de tratamiento que aleja á los menos abyectos del ejercicio de la censura que debería ser accesible á todos.

100. Más es intuitivo que para que surja la obligación del resarcimiento es preciso que exista el daño efectivo. ¿Existe quizá en nuestro caso?

1 Ferri, *Soc.* 683, 751, Garofalo *Crim.*, 393, 473, 474.

Aparte de la dificultad de probar y estimar el daño <sup>1</sup> es indudable que no debe favorecerse la tendencia, tan extensamente desarrollada hoy, de covertir la querrela de difamación en un medio lícito para especular y acumular oro. <sup>2</sup> Comenzaremos, pues, por distinguir los daños morales de los materiales. Por comodidad de la discusión podríamos adoptar desde ahora la teoría de que el daño moral nunca puede resarcirse <sup>3</sup> y la cuestión quedaría resuelta; pero, al contrario, para no rehuir las dificultades que presenta el asunto, partiremos de la opinión más común de que los dolores y daños morales en general, y, en consecuencia, también los que ha ocasionado la difamación, deben repararse. <sup>4</sup>

Es indudable que, dado el fin noble, dada la buena fe, el daño moral desaparecería ó quedaría muy atenuado; pero, como quiera que sea, como dice muy bien Gavazzi Spech, el daño moral de una difamación no se paga <sup>5</sup> y la reparación (como juzgó también la jurisprudencia francesa) no se hace exclusivamente con dinero. <sup>6</sup> Las maneras de rehabilitar la fama del ofendido, no faltan. Así, la publicidad de la retractación solemne de la imputación podría considerarse para el ofendido una compensación moral suficiente, retractación (*revocatio. actio ad palidoniam*; satisfacción testificativa) que tiene un carac-

1 Fabreguettes, II, § 1,144.

2 V. *Relaz lomb.*, p. 15.—“Quien pide una indemnización comunmente exagera.” Gioia p. 161.

3 V. Sobre esta teoría á Chironi, *Lu colpa nel dir. civ. odierno. Colpa Aquiliana*, Torino, 1884, II; n. 412, p. 219-220.—Pedrazza, *Del danno morale*, Giurisp. Ital. XLIV, p. IV, c. 357-359.

4 Bono, *ob. cit.*, p. III, 197.

5 Gavazzi-Spech, 281.—Contra la satisfacción pecuniaria. V. Bentham, *Principes du Cod. pen.*, p. I, ch. XI, *Oeuvres*, I, 152.—En favor: Gioia, *ob. cit.*, p. II, sez. IV y IX.

6 Barbier, II, § 853, V. Bentham, *ob. y lug. cit.*, ch. VIII.



ter altamente itálico <sup>1</sup> y debería eliminar la mala impresión causada por la acusación en la opinión pública. Tal vez no sería tampoco inoportuno establecer alguna cosa como la reparación al honor, sancionada por el Derecho francés para los ultrages á los funcionarios <sup>2</sup>. En suma, los medios de reparar el daño moral no faltan, especialmente hoy que tenemos el grande vehículo de la publicidad periodística.

Restaría acaso un daño material que generalmente se refiere al pasado; <sup>3</sup> pero pequeño y poco frecuente. ¿Más por qué razón debe resarcirlo el autor de la imputación?

El hombre vive en sociedad; debe, pues, aceptar sus ventajas é inconvenientes, y el daño no es resarcible, si es el resultado de las necesidades sociales y de las leyes generales que rigen la vida del cuerpo social; y tal sería precisamente el daño en nuestra hipótesis. Si en ciertos casos existiera realmente el perjuicio y fuera considerable, la obligación del resarcimiento, por las consideraciones ya expuestas, sería de la sociedad entera en cuyo interés se hizo la denuncia y que debería, naturalmente, sufrir las malas consecuencias eventuales. Y no se crea que esta consecuencia es tan heterodoxa, como á primera vista parecería.

Ya Bentham, al hablar de satisfacción, proponía, <sup>4</sup> y

1 Bentham, *ob. cit.* p. I, ch. XIII, (Oeuvres, I, 155).—Gioia, *ob. cit.*, lib. III sez. II, c. I.—Pertile, *Stor. del dir. ital.*, V, § 202.—Capello, 5,6.—Los defectos observados por Gioia en cuanto á la ejecución (1891-90) desaparecen en nuestro sistema. En cuanto al que se refiere á la naturaleza de la satisfacción (191) véase lo que dejamos dicho sobre el resarcimiento del daño material.

2 V. Chauveau, et Hélie, *Théorie etc.*, VII, ch. XVI, § I.

3 Respecto á la distinción entre la satisfacción referente al pasado y a futuro, V. Bentham, *ob. y lug. cit.*, ch. VI. Gioia, *ob. cit.*, p. 177-178.

4 Bentham, *Prin. du cod. pen.* p. I. h. VIII, (I, p. 167).

en esto consentía Gioia, <sup>1</sup> que, no teniendo el ofensor la posibilidad de pagar, la comunidad, ó sea, el tesoro público, debiese pagar por él; y así lo disponían muchos estatutos italianos.

Además ¿no se pidió por muchos, aun no partidarios de la escuela positiva, la intervención del Estado para resarcir á las víctimas de errores judiciales? <sup>2</sup> La razón de la proposición reside en el carácter de la función pública que ejercen los acusadores, órganos del Estado; y esta razón, si examinamos bien la sustancia, prescindiendo de la forma, sirve también en nuestro caso. Además, supuesto que esa proposición prescinde de los motivos y del fin del acusador y nosotros le damos la mayor importancia, resulta que en nuestro caso se requiere más rigurosamente todavía el carácter de la función pública en el autor de la imputación.—Se enseñó asimismo que el Estado debería convertirse en el cesionario de los derechos de las víctimas del delito y darles una satisfacción inmediata, salvo hacer valer su acción, por decirlo así, contra el ofensor y el reo. <sup>3</sup> Por consecuencia, la proposición presentada aquí subordinadamente, sería como la aplicación ulterior de un principio ya admitido.

De este modo se resarciría el sólo daño efectivo, y este objeto, al que tienden todos, se conseguiría, sin que quedara disminuido el ejercicio de la censura por temor al gravamen que podría pesar aun sobre los difamadores con fin noble.

101. Puede suceder, sin embargo, que existiendo los dos elementos esenciales, esto es, el fin noble y la *fides veri*,

1 Gioia, *Delle ingiurie etc.* l. III, sec. I, c. II, § V.

2 Ferri, *Soc. crim.*, 703.—Berenini, *Degli effetti e dell'esecuzione delle condanne penali* § 14. (Tratt di P. Cogliolo, t. I, p. II.)

3 Ferri, *Sociol.*, 702-703.



intervenga otra circunstancia que concierne propiamente á la causa de la buena fe, no acompañada de verdad objetiva, es decir, la negligencia del autor, y de este modo surge la difamación por culpa.

Este es un problema tan importante como difícil.

La doctrina, casi concorde, enseñaba, en general, que no puede haber difamación por culpa; <sup>1</sup> pero últimamente volvió á presentarse la cuestión y, con el noble intento de substraer á los periodistas del yugo de la nueva ley penal, se propuso categóricamente la distinción entre difamación dolosa y difamación por culpa. <sup>2</sup> Pocas observaciones haremos en contrario, supuesto que varias de las razones expuestas sirven también para combatir la difamación por culpa, que existe cuando el autor tomó informes con negligencia, omitiendo el cuidado que debe ponerse en todas las cosas por un hombre normal.

102. Es requisito esencial de la culpa, según los enseñamientos más comunes, la falta de previsión de las consecuencias dañosas que hubieran podido preverse. <sup>3</sup> Es

<sup>1</sup> V. Carrara, III, §§ 1.753-1754.—Pessina *Elem.* II, 116.—No faltan, sin embargo, las opiniones discordantes. Ellero, además de la calumnia maliciosa, concibe la calumnia *temeraria* ó *procaz*, que existe cuando el agente no ha usado todas las precauciones posibles con que los hombres suelen asegurarse de las cosas. (*ob. cit.*, § 138, p. 635).—Bonasi, en caso de negligencia ó inadvertencia, quería la multa y el resarcimiento de los daños (*ob. cit.* §§ 123, 125).—Por esta clase de difamación se pronunció casi toda la jurisprudencia (V. Capello, p. 22—Sent. de 25 de Mayo de 1872, Casación de Turin, en la *Jurisp. Ital.*, 1874. N. 127).

<sup>2</sup> V. Carlo Lessona, *Stampa e diffamazione* (*Giustizia*, II, 48).—Bianchi *Condanne dei giornali* (Scuola Positiva, I, 538).—Sighele, *ob. cit.*, p. 49.—Stoppato, *nola di giurisp. cit.*, 68.—Longhi, *Discorso, etc.*, 27.—En el extracto de su artículo adicionado, Bianchi insistía en la idea de que, faltando el objeto antisocial, interviniendo la buena fé, tratándose de un hecho que interesa al público y habiéndose reparado inmediatamente el error, el periodista es solamente reo de contravención, salva la responsabilidad civil (estr. p. 6.)

<sup>3</sup> V. Carrara, *Pragr.*, p. g. § 20.—Pessina, *Elem.*, § I, 64 p. 178.—Ellero § 180 p. 755.

indudable que cuando uno, teniendo la posibilidad de examinar diligentemente las pruebas, lo omite ó descuida, no puede hallarse animado por un fin noble y social que busca la verdad y el bien, sino que está impelido por una pasión brutal: por el odio, supuesto que existe una conexión íntima entre la solicitud de reunir y valorizar las pruebas y la clase de fin que tenía la difamación. Si una negligencia cualquiera interviene, desaparece desde luego el fin noble y social, considerando el carácter de éste como resulta de nuestro trabajo. Requiere, por el contrario, el más escrupuloso examen de las pruebas cuando es necesario.—Como quiera que sea, ese individuo se halla desprovisto de la idoneidad que deben tener los órganos de la censura pública.

Sin embargo, en la mayor parte de los casos, dicho examen no es ni siquiera posible. Así, por ejemplo, en la difamación por medio de la prensa, la rapidez de la gaceta y de la censura, la prisa de la composición y la deficiencia de los medios, no permiten observar al periodista una grande diligencia y quitan consiguientemente la posibilidad de la previsión. Esto sucede muchas veces aun cuando la difamación se haga por otros medios. De modo que, en realidad, la distinción propuesta no consigue el objeto de los que la propusieron, ó sea, el de resolver equitativamente la cuestión de la difamación por la prensa y favorecer á los periodistas, sin pretender por eso su impunidad.

Resulta que la difamación por culpa, excluida en el mayor número de casos, quedaría limitada á pocos en que por las circunstancias de hecho bien puede decirse que: *culpa lata dolo malo aequiparatur*.

El delito de culpa, además, debe ser antisocial, <sup>1</sup> mien-

<sup>1</sup> Ferri, *Sociol.*, p. 506.