

Berjano Escobar, Gerardo

**Discurso leído en la Universidad Central, en el acto
solemne de recibir la investidura de doctor en la
Facultad de derecho ... / por Gerardo Berjano
Escobar.**

Madrid : Imprenta de "El Imparcial", a cargo de J.
Velada, 1871.

Vol. encuadernado con 25 obras

Signatura: FEV-AV-M-01428 (19)

La obra reproducida forma parte de la colección de la Biblioteca del Banco de
España y ha sido escaneada dentro de su proyecto de digitalización

<http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Profesionales/Biblioteca/Biblioteca.html>

Aviso legal

*Se permite la utilización total o parcial de esta copia digital para fines sin ánimo de
lucro siempre y cuando se cite la fuente*

DISCURSO

LEIDO EN LA

UNIVERSIDAD CENTRAL

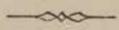
EN EL ACTO SOLEMNE

DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE DOCTOR

EN LA FACULTAD DE DERECHO (SECCION DE DERECHO CIVIL Y CANÓNICO)

POR

DON GERARDO BERJANO ESCOBAR.



MADRID,

IMPRESA DE "EL IMPARCIAL," Á CARGO DE J. VELADA,

Plaza de Matute, Núm. 5.

1871

TOMO IV

REINADO DE LAS BORGONIAS

DEL CODIGO REAL ESPAÑOL

DE LAS LEYES

TEMA NÚM. 17.

EXÁMEN DE LAS DISPOSICIONES
DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
RELATIVAS AL DUELO.

EXCMO. É ILMO. SEÑOR:

La historia nos ofrece en sus páginas ejemplos de instituciones que, inútiles para la consecucion del fin que se propusieron, pasaron para no volver jamas; y otras, que perpetuándose á través de los siglos, presentan á nuestra consideracion resultados de actualidad, que nos permiten conocerlas y apreciarlas con toda exactitud. Es verdad que estas instituciones progresan, que hay diferencias, muchas veces notables, entre su constitucion actual y la que en su origen tuvieron; pero esas diferencias no son bastantes á desnaturalizarlas, porque en el fondo permanecen siempre las mismas, y las consecuencias que de su análisis podamos deducir, siempre le son perfectamente aplicables.

Entre el gran número de las de esta clase, hay algunas fundadas en falsos principios, pero que no por eso debemos despreciar, pues su influencia es tanta, que bien merecen colocarse al lado de las que, apoyadas en la razon y la justicia, estan llamadas á perecer únicamente cuando la sociedad perezca; entre ellas y quizás como una de las principales, está, á nuestro juicio, la institucion del duelo; institucion de la que vamos á pretender buscar el origen, siguiéndola luégo en su desarrollo para poder con más comodidad estudiarla en el estado en que la vemos en la actualidad.

Si desde la antigüedad hasta nuestros dias nos fijamos en la constitucion política y social de los diferentes estados, veremos la lucha de dos principios que tienden á dominar por completo á la sociedad, y cuyas consecuencias podemos apreciar prácticamente. Estos dos principios son el socialismo, símbolo de los pueblos antiguos, y el individualismo, ideal á que aspira la moderna sociedad. Examinando el desenvolvimiento histórico de los mismos, podemos observar que allí donde el socialis-

mo ha alcanzado la victoria, las fuerzas individuales desaparecen, el estado con su influencia avasalladora refunde en sí la realización de los fines del individuo, y éste no es más que un simple operario mecánico de gran industria social. En el individualismo ¹ por el contrario: el hombre, dueño de sus facultades y árbitro para dirigirlas al fin que crea más conveniente, tiene conciencia de sí mismo, y ante la idea de su responsabilidad, complemento de la de libertad, procura no traspasar el límite de su esfera de acción. De lo que llevamos dicho pruebas y cumplidas nos suministra la historia. El Oriente, con su aterradora inmovilidad, y donde la idea religiosa era preponderante hasta el extremo de influir de un modo eficacísimo en los demás fines; Grecia y Roma, ocultando con el velo de la ciudadanía sus usurpaciones, son la demostración más acabada de lo que debemos esperar del planteamiento de las doctrinas socialistas.

Los adelantos de la sociedad moderna son el resultado práctico y palpable del sistema individualista; y si esta sociedad aún conserva algunos vicios, si en su constitución vemos errores, cúlpese de ellos á los restos que aún existen de la dominación del socialismo.

En los pueblos donde éste impera, la honra y los intereses de los ciudadanos desaparecen en la honra y los intereses de la sociedad; así, para griegos y romanos, la libertad y la vida, todo se sacrificaba en holocausto patrio; un ciudadano no tenía con relación á la patria opción á ningún derecho, sólo existían para él deberes que cumplir y la importancia individual no significaba nada ante la gloria y engrandecimiento del Estado... y cuando mayor era esta absorción, cuando los emperadores romanos eran dueños de la vida y hacienda de los ciudadanos, una revolución santa anunciada por el mismo Dios por boca de sus Profetas y llevada á cabo por su divino Hijo, cambia la faz del mundo, y separando el poder político del civil, hace al hombre responsable individualmente, dándole conciencia de su dignidad, consiguiendo con esto que desaparezcan los fundamentos en que se apoyaba el antiguo socialismo; pocos años después, un pueblo nacido en la Germania y cuya educación y hábitos eran la guerra, abandona los bosques que fueron su cuna, é invadiendo la Europa, destruye por completo el viejo edificio social.

Las costumbres de estos pueblos, dulcificadas por la doctrina santa del

¹ No hacemos más que indicar ligeramente lo que de ambos sistemas puede tener aplicación á nuestro estudio; extendernos en más detalles sería alejarnos de nuestro objeto.

Crucificado, son las que forman el Código porque se rige la sociedad al comenzar la Edad Media; el espíritu de noble independencia que les distingue y la superstición de su antigua religión, que trasladan al Cristianismo cuando le abrazan, hace que tuviera origen en ellos y después de ellos durase hasta nuestros días, la institución del duelo, desconocida por completo en los demás pueblos, á causa del absorbente predominio de la sociedad sobre el individuo.

Era costumbre entre los bárbaros encomendar á la suerte de las armas la decisión de sus litigios, en la creencia, como dice un célebre escritor extranjero ¹, de que Dios no abandona la causa de la justicia; tal es, á nuestro entender, el origen de los juicios de Dios ².

Más tarde, cuando la caída del imperio romano, de ese inmenso cataclismo, que hizo se borrarán de la mente de la sociedad las ideas de justicia, débiles los gobiernos é impotente el estado para realizar su unión, los individuos se vieron precisados á emplear medios que, si bien reprobables en nuestra época, no deben admirarnos en aquellos tiempos en que el valor personal era, por decirlo así, la única prenda de algun valer en aquella naciente sociedad; además, el noble orgullo y el espíritu caballeresco de aquellos tiempos, y la conciencia que de su dignidad tenían aquellos hombres, les vedaba solicitar de nadie medios que por otra parte el Estado no podía proporcionarles; tal es, en nuestra humilde opinión, el origen filosófico del *duelo*.

Si después de su implantación en Europa seguimos paso á paso su desarrollo, veremos que, preocupada la opinión de los pueblos y de los reyes con la superstición de la época, é imbuidos en la exagerada concepción del honor, y á pesar de los anatemas de la Iglesia, el desafío pasa de las costumbres á los códigos, y así vemos que primero en las Cortes de Nájera, después en los Fueros Municipales y por fin en el Código de las Partidas ³ se reglamenta el duelo, estableciendo las reglas que tanto en su preparación, como después en su ejecución, han de tenerse presentes; bien es verdad que, como dice un ilustre jurisconsulto español, ⁴ « la

¹ Schlegel.

² No siendo nuestro objeto detenernos en el estudio de esta fase del duelo que desapareció para siempre de la sociedad, no damos sino una ligerísima idea de él omitiendo en gracia á la brevedad las citas del Paternulo y las disposiciones de los Códigos de Liudebunco y de la ley de los borgoñones que sancionaban esta costumbre.

³ Tit. III. y IV. Part. VII.

⁴ PACHECO, *Lecciones de derecho penal*.

organizacion de la autoridad pública y el establecimiento de un sistema racional de pruebas, y vulgarizando las ideas de moralidad y ciencia que hasta entónces eran patrimonio de muy pocos, el Código inmortal de Alfonso el Sábio dió el golpe de muerte al duelo como medio probatorio, desapareciendo para siempre de la sociedad cuando las luces de la nueva civilizacion, ilustrando los pueblos, les hizo conocer el error en que estaban, solicitando de la Providencia milagros, cuando eran éstos de todo punto inútiles con sólo emplear la razon humana, siendo, sin embargo, tanta por entónces su extension y su fuerza en las costumbres, que ningun rey en Europa, hasta San Luis en Francia en 1260, se habia atrevido á consignar en las leyes la prohibicion del llamado juicio de Dios ¹.

Una porcion de circunstancias fueron causa de que el *duelo* por injurias ó resentimientos particulares, no sólo se conservase por entónces, sino de que se sucediese hasta nuestros dias, no siendo la menor la impotencia de la ley en castigar las causas que le motivan; la opinion pública tiene formada del honor una idea, y miéntras la ley no se ponga con ella en armonía, el duelo subsistirá. Para remediarlo, es necesario intentar una reforma radical en las leyes, es necesario idear medios que, en consonancia con esa misma opinion pública, satisfagan por completo á la sociedad... pero no adelantemos ideas, que tienen su lugar más adelante, y prosigamos en la reseña histórica que hemos interrumpido.

La primera ley en que vemos prohibido el desafío, propiamente dicho, es la publicada en Toledo en 1480, ley en que los Reyes Católicos establecieron para los duelistas diferentes penas, segun que el acto se llevara ó no á efecto, distinguiéndose en el primer caso el provocador del desafiado, é imponiendo á aquel la pena de muerte y castigando al segundo con la de extrañamiento perpétuo ². La severidad misma de la ley hizo que cayera en desuso, y que el abuso que trataba de impedir tomara cada dia mayores proporciones.

Á pesar del resultado que dió la anterior ley, ejemplo que debieran haber tenido presente los reyes al entablar la colosal lucha con una costumbre encarnada en la naturaleza de la época, en 31 de Mayo de 1716, el rey Felipe V publicó la famosa Pragmática de desafíos ³, aboliendo en ella el fuero militar, é imponiendo con tal lujo la pena de muerte, que

¹ Nous ostons, les batailles (par tout nostre demengue) et en lieu des batailles, nous mestous pruvées des temoins.

² Ley I., tít. xx., lib. xii. *Nov. Recop.*

³ Ley II del mismo Tít. y Lib.

bien puede decirse no hay ley en España en que tan pródiga y frívolamente se establezca tan terrible pena, con que no sólo se castigaba á los duelistas, sino tambien á los padrinos y demas personas que hubiesen tenido participacion, por indirecta que fuese, en el desafio.

Durante los años posteriores al reinado de Felipe V, fué tal el cúmulo de leyes que con el objeto de proscribir el desafio se publicaron, que podemos decir con el Sr. Pacheco, « no hubo monarca que con su nombre no autorizase ninguna de aquellas » ¹.

Un Código ², durante el presente siglo, pretendió cambiar la legislacion que en la materia regia; pero su efímera existencia, y más que todo, la brevedad del tiempo de que disponemos, nos impide detenernos en su exámen; baste decir que, como todas las disposiciones que de aquella época datan, su influencia cesó cuando en 1823 cambió el régimen político de la Nacion.

Finalmente, en 1848 se publicó el Código Penal Español, que reformado en 1850 y vuelto á revisar y publicado provisionalmente en 1870, conserva, sin embargo, en la cuestion relativa al duelo, las disposiciones primeras que en él se consignaron en la época de su formacion.

Hemos concluido, excelentísimo señor, la ligera reseña que de la legislacion penal en esta materia habíamos creído de necesidad desarrollar ántes de comenzar el desenvolvimiento del tema que hemos elegido. Vamos, pues, contando con vuestra benevolencia y en cumplimiento de nuestro deber, á proceder al EXÁMEN DE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL RELATIVAS AL DUELO.

Muchas son las cuestiones que á nuestra consideracion ofrece la materia. Su gran número nos obliga á prescindir de aquellas, que por mucha que sea su importancia, no contribuyen de un modo directo á la formacion del criterio, que en nuestro trabajo ha de servirnos de faro; criterio tan necesario, como que ha de ser por precision el ideal, al cual reafirmamos las observaciones que el exámen de nuestro Código en esta materia nos sugiera.

¿Debe el duelo ser mirado como un hecho cualquiera no punible, ó deberá ser incluido en el catálogo de los delitos? Tal es la primera cuestion que á nuestra vista se presenta. Para resolverla, fijémonos un mo-

¹ En efecto, la Pragmática de Felipe V fué renovada y confirmada por Fernando VI en 1757, por Carlos IV en 1795 y, por fin, por Fernando VII en 1815.

² 1822.

mento en la difinicion que del duelo da un ilustre autor frances ¹; dice: «*Le duel est un combat singulier que se livrent volontairement deux ou plusieurs personnes pour un intérêt privé, conformément à une convention antérieure.*» Duelo es un combate particular, llevado á cabo por dos ó más personas, reconociendo por causa un interés privado, y efectuado con arreglo á un acuerdo anterior.» Tres son, segun esta definicion, las circunstancias esenciales indispensables, sin las cuales el duelo no existe: *voluntad en los actores; interés privado; causa de la lucha y convenio celebrado de antemano* y conforme al cual debe verificarse ésta. La falta de una sola de estas circunstancias, hace que el duelo desaparezca y se convierta en un hecho de diferente índole. Ahora bien: si nos detenemos un instante en el análisis de estas circunstancias, en todas ellas veremos más ó ménos criminalidad, pero siempre alguna; por lo ménos los due-listas se hacen reos de un delito desde el momento en que, recusando á la sociedad civil, se erigen ellos mismos en legisladores y jueces de su propia causa, é invadiendo las atribuciones que en la realizacion del derecho son competencia exclusiva del Estado, traspasan el límite que se para su esfera individual de la esfera social; y no se nos diga que los due-listas se imponen á sí mismos la pena de muerte; no pueden, porque carecen de atribuciones, que si tuviesen, serian la proclamacion del absurdo y bárbaro sistema de la fuerza.

El duelo, por tanto, es un delito; pero en la manera de apreciarle puede haber y hay de hecho diferentes opiniones, que dan lugar á diferentes sistemas de penalidad. ¿Debe el duelo comprenderse en las decisiones de derecho comun respecto al delito de homicidio y heridas, ó debe ser objeto de una ley especial? Examinemos ligeramente los argumentos expuestos en favor de ambos sistemas.

Sostienen los partidarios del primero, á cuyo frente figura un célebre jurisconsulto extranjero ², que el duelo no es un delito especial distinto de los de homicidio y herida, sino un medio de perpetrar éstos; no debiendo por tanto hacer de él especial mencion en un Código penal, considerándole incluido en las decisiones de derecho comun relativas á aquellos delitos. Oigamos las principales razones en que Mr. Dupin apoya sus principios. «La legislacion del duelo, dice, no ha sido más que un medio inventado para castigar más severamente ciertas categorías del homicidio, pero descansando toda ella en la base más amplia de una legislacion

¹ DALLOZ, *Repertoire de legislation.*

² Mr. Dupin.

anterior y siempre vigente, la cual no es más que la consagración social del principio *no matarás*.» Y sin embargo, si examinamos atentamente los decretos que en Francia se publicaron contra el duelo, á los que se refiere el escritor de esta nación, veremos que en ellos el duelo era un delito especial, no sólo por su nombre, sino también por su naturaleza, distinto de los de homicidio y heridas, y regido también por leyes especiales, que nada de común tenían con las que penaban aquellos delitos. Pero hay más; Mr. Dupin afirma que «el homicidio y las heridas son y han sido siempre crímenes independientes de la legislación sobre duelos que constituían un privilegio á favor de la nobleza y en manera alguna aplicable á los plebeyos.» También, como la anterior, carece de fundamento la aserción presente, terminantemente desmentida, entre otras que no citamos, en la Ordenanza remitida al rey Carlos IX en 1566 por los Estados generales reunidos en Orleans ¹.

Si aplicamos á nuestra legislación las palabras de Mr. Dupin, observaremos que, lo mismo que en Francia, el duelo es considerado en España, no como una gravación de los delitos de homicidio y heridas, sino como un delito especial; en efecto, desde la ley de Toledo hasta el Código actual, en todos vemos tratados con separación los delitos del duelo y aquellos con que se les quiere confundir: aún hay más; en las leyes insertas en la *Novísima Recopilación*, no vemos ninguna disposición que nos induzca á creer que en el ánimo del legislador hubo nunca propósito de confundir delitos tan diferentes. Es verdad, que las ántes citadas leyes españolas, exceptuando los Códigos del 23, 48, 50 y 70, imponían penas severísimas, sí; pero especiales, peculiares á un hecho, que tienen buen cuidado de no confundir con ningún otro. En la ley de Toledo, se empieza señalando minuciosamente los caracteres especiales del hecho que trataba de penar, minuciosidad que demuestra la diferencia que existía entre esos delitos; podrá haber, y hay en efecto en esas leyes, penas más duras que las con que se castigaba al homicida; pero ni por incidencia siquiera, se har⁷ de ellas ninguna referencia; la diferencia misma que la ley de los Reyes Católicos establece entre el *recuestador* y el *re-questado*, son otra prueba que confirma nuestra opinión.

¹ «Le roi... prohibe è défend très expressément à tous gentilshommes et autres que, sous couleur d'injures et torts qu' ils pourraient prétendre leur être on ardiretè faits, ils ayent à faire aucune assemblée de personnes et ports d'armes, ne pareillement essayer de vuidier leurs dites querelles par armes ou combats; les quelles voyes defait ledit seigneur défend à toutes personnes, de quelque qualité ou condition qu'elles soient, sur peine de la vie.»

En cuanto á la distincion que el escritor frances establecia en la legislacion de su nacion entre nobles y plebeyos, distincion como hemos tenido ocasion de ver desvirtuada por el texto mismo de la ley, tampoco existe en la nuestra; en la ya citada de Toledo leemos: «Una mala usanza se frecuenta agora en nuestros reinos, que cuando algun caballero ó otra persona menor tiene queja de otro, luego le envia una carta que ellos llaman *cartel*, sobre la queja que de él tiene, y desta y de la respuesta del otro, viene á concluir, que se salgan á matar en lugar cierto cada uno con su padrino ó padrinos ó sin él, segun que los tratantes lo conciertan, y porque esto es cosa reprobada y digna de punicion, ordenamos y mandamos: Que de aquí en adelante persona alguna de cualquier estado condicion que sea, etc.»

La historia misma, por tanto, se encarga de desmentir los hechos en que pretenden los partidarios del sistema de Dupin apoyar sus asertos; y si del terreno histórico pasamos al filosófico, la sinrazon resulta más palpable, los argumentos que emplean se desvanecen al contacto de la verdad, que defienden los discípulos de la escuela contraria.

La convencion, que precede al duelo, dicen éstos, le distingue de los delitos de homicidio y heridas, que suelen ser sus consecuencias.

Es verdad, que á esto se contesta por Mr. Dupin, «que como contraria á la Religion, á la moral y al orden público, debe tenerse por no puesta»; esto seria exacto, si la convencion produjese efectos civiles, si se tratase de saber cuál podia ser á los ojos de la ley la fuerza de las obligaciones que engendrarse, si se pretendiese legitimar las consecuencias; pero no es ese el punto de vista bajo que la consideramos en el duelo; en ella está toda la criminalidad del delito; el duelo existe y debe ser castigado desde el momento en que la lucha se lleva á cabo, haya ó no tenido resultados desagrables; la muerte y las heridas, única cosa que Mr. Dupin queria castigar, no son de esencia en el duelo, no le caracterizan, y por tanto, la ley que se proponga castigarle, sólo debe considerarlas como circunstancias más ó ménos agravantes, pero de ningun modo como único delito que en él exista. La convencion, ademas, es una circunstancia esencial, inseparable de los delitos de homicidio y heridas causadas en los desafios; y al castigar éstas únicamente como ordinarias, es necesario que la ley, al apreciar la criminalidad de sus consecuencias, tenga en cuenta esa circunstancia, que acompaña siempre á esos delitos en el duelo, y de que carecen cuando son ordinarios, circunstancia que, como nunca les abandona, impide confundirlos y aplicarles unas mismas penas.

Por otra parte, ¿cuáles serian las consecuencias del sistema de Monsieur Dupin? Si atendemos á sus principios, si desenvolviéndolos deducimos sus consecuencias, y si la convencion se ha de tener por no puesta, es necesario considerar á los duelistas como reos de homicidio ó heridas, con la circunstancia agravante de premeditacion cuando ménos. Y ¿qué resultado dará la aplicacion de este principio á la penalidad de los lances de honor? En primer lugar, ver confundidos el hombre honrado, que obra impulsado por las exigencias de la sociedad y en defensa de su honor, bien ó mal comprendido, con el criminal infame y el cobarde asesino, que, guiado por el odio, la venganza ú otro móvil más detestable aún, espera á su víctima y se lanza sobre ella, asestándole con toda seguridad el golpe. Estos dos hechos se diferencian no sólo por sus caracteres, sino por el objeto que sus autores se proponen; todos saben cuál es el objeto del asesino, y nadie se atreverá á afirmar que el objeto de los que se baten en desafío sea el de derramar la sangre de su contrario; no, el objeto es cumplir con el deber que la sociedad le impone de defender su honra con medios, que si son punibles, de ningun modo puede confundírseles con otros hechos que por su origen y circunstancias, se encuentran colocados en diferente lugar, en la escala de los delitos.

Ademas ¿qué principios tendremos para distinguir entre el duelista, que fiel á su palabra, observa todas las reglas que acompañan á los duelos, y el que despreciándolas, se arroja de improviso sobre su adversario y sin darle tiempo á ponerse en estado de defensa, le hace sucumbir á sus traidores golpes? Una ley justa y que siga los principios de la ciencia, es necesario que haga distinciones; miéntras el castigo que impone al primero sea leve, atendiendo á las circunstancias, la pena con que castigue al segundo sea la que todos los Códigos señalan al asesinato. Y esto que la justicia y la razon exigen, es imposible siguiendo los principios de la escuela que combatimos. Es cierto que puede contestársenos: «El sistema de las circunstancias atenuantes permite establecer una diferencia entre esos delitos; pero francamente, vista la distancia que entre ellos media, ese sistema nos parece insuficiente; las circunstancias atenuantes son externas á los hechos á que se aplican, pueden existir éstos sin ellas; pero cuando al hecho acompañan caracteres marcados, fijos, invariables, éstos no son circunstancias atenuantes, son circunstancias que colocan á los hechos, que acompañan fuera de la línea de otros delitos, que pueden tener con ellos más ó ménos semejanza; pero que siempre carecen de las circunstancias que á los otros favorecen,

siendo, por otra parte, tan poca la diferencia que la atenuacion puede establecer entre el duelo efectuado con lealtad y el asesinato, que la distancia que los separa queda sin salvar, y los inconvenientes de confundir ambos delitos quedan en pié.

Vemos, pues, por lo que llevamos dicho, que el duelo es un delito especial, distinto por todos sus caractéres de los demas con que se le quiere confundir, y que no tiene semejanza alguna con crímenes, que en las leyes son y han sido siempre castigados de diferente modo; la justicia por lo mismo exige que la pena impuesta al duelo sea diferente de la marcada al homicidio y heridas voluntarias.

Pero ¿cuál será esa pena? ¿Aplaudiremos el rigor de las antiguas disposiciones acerca de este asunto? ¿Defenderemos el sistema seguido por nuestro Código penal, ó será preciso reformarle en éste punto, creando sobre él una nueva legislacion? Para contestar cumplidamente á la primer pregunta, nos basta atenernos á los hechos que nos presenta la historia. Si desde que el duelo fué calificado como delito por la ley de los Reyes Católicos, nos detenemos á considerar la influencia y resultados que ésta y las que vinieron más tarde nos han legado, vendremos por fin á una consecuencia bien triste para los que á esas leyes defiendan. La inobservancia más perfecta, no sólo por parte de los particulares, sino tambien de los tribunales, fué, por decirlo así, el único fruto que esas leyes produjeron, habiendo para ello causas poderosísimas; en lucha la ley con la opinion pública, en contradiccion los preceptos de aquella con los actos de los ciudadanos, poco servia que la primera declarase infames y reos de muerte á los duelistas; el aprecio de la sociedad y la competencia que existia entre todos para ocultar y tributar honores y distinciones al *infame legalmente*, era el galardón tributado al que, despreciando los mandatos de la autoridad, contribuia al completo descrédito de las leyes. «En vano, dice Bucaria, se ha tratado de contener los desafíos con la pena de muerte. Estas leyes no han podido destruir una costumbre fundada en ideas sobre el honor, pues los hombres le aprecian más que su propia vida. El que rehusa un desafío es objeto del desprecio de sus conciudadanos, tiene que arrastrar una vida solitaria, renunciar á los encantos de la sociedad, ó bien exponerse sin cesar á insultos repetidos, que le afectan de un modo más cruel que la idea del suplicio.» Por otra parte, la pena de muerte, que tanto prodigaban aquellas leyes, no podia ni puede intimidar á los que, desde el momento en que se colocan frente á su adversario, se someten gustosos á la pena misma de la ley; por eso no dudamos un instante en afirmar que no

son dignas de imitacion unas leyes que durante los siglos en que estuvieron en vigor no presentan ningun resultado, por pequeño que fuese, que pueda autorizarnos á decir: se cumplió el fin que esas leyes se propusieron.

Era, pues, necesario una reforma, pero una reforma grande, profunda, radical, que poniendo de acuerdo la opinion de la sociedad con la doctrina legal, ofreciese garantías de más seguro exito. Era tambien necesario, como dice Bentham ¹ que la ley, al proscribir el duelo, le reemplazase con algo; proponiendo este autor al efecto una série de reparaciones en relacion con las diferentes especies de injurias, que al duelo dan origen, y de realizar esta reforma, se encargó el Código penal de 1848, cuya doctrina legal sobre el desafio rige en la actualidad, como ántes hemos dicho.

Pero este Código ¿satisfizo por completo las exigencias de la justicia y de la conveniencia, ó es preciso reformarle aún, ajustándole á los principios que los adelantos de la civilizacion reclaman? Árdua por más de un concepto es la resolucion de esta cuestion, y más diffeil para nosotros, que aún contamos pocos años y ninguna ciencia; pero nuestro buen deseo esperamos suplirá nuestras graves faltas; y en esta conviccion nos lanzamos con fé y sin vacilar en el campo de las investigaciones, que en último término nos señalan el ideal á que en esta cuestion debemos aspirar.

Un capitulo ² del título relativo á los delitos contra las personas, y nueve artículos, desde el 439 al 447 ³ ambos inclusives consagra nuestro Código á tratar esta materia.

Procura ántes de señalar las penas que deben imponerse á los reos de delitos de duelo, evitar en lo posible estos lances utilizando cuantos medios tiene á su alcance. «La autoridad, dice ⁴, que tuviera noticia de estarse concertando un duelo, procederá á la detencion del provocador y á la del retado, si éste hubiese aceptado el desafio y no los pondrá en libertad hasta que den palabra de honor de desistir de su proposito».

Aunque la ley no señala cuál ha de ser la autoridad que á la detencion proceda, los términos vagos en que el artículo está redactado parecen indicar que lo mismo la judicial que la administrativa, estan en el

¹ *Tratado de legislacion civil y penal*, Cap. xiv.

² IX.

³ En el Código de 1850 eran el Cap. vi y Arts. 349 al 357 inclusives.

⁴ Artículo 439, Pár. 1.º

deber de dar cumplimiento á los preceptos legales. El concierto de duelo no puede existir mientras el provocador y el retado no se pongan de acuerdo; por eso la ley impone á la autoridad la obligacion de proceder á la detencion del provocador y del retado, si éste hubiese aceptado el desafio, no poniéndolos en libertad hasta que den palabra de honor de desistir de su propósito. Si á los términos estrictos de la ley nos sujetamos, vendremos á convertir en pena grave una medida que en el ánimo de los autores del Código no puede pasar de mera precaucion, si, aunque no será frecuente el caso, los duelistas se resistiesen á dar la palabra que la ley exige; por eso hubiera sido de desear que ésta declarase lo que en este caso debiera hacerse, evitando de ese modo interpretaciones contradictorias que favorecen muy poco el prestigio de la autoridad. Una vez conseguido el objeto de la ley y cumplidas ya las disposiciones del primer párrafo del artículo, previene en los dos siguientes á la eventualidad de que cualquiera falte á lo prometido, y dice: «el que faltando deslealmente á su palabra provocase de nuevo á su adversario, será castigado con las penas de inhabilitacion temporal absoluta para cargos públicos y confinamiento» ¹. «El que aceptase el duelo en el mismo caso, será castigado con la de destierro» ². Y estas penas en nuestro juicio, deben ser injustas desde el momento en que el provocador se burla de la palabra dada, y aunque el duelo no se lleve á efecto, pues para este caso deben ademas imponerse las que más adelante señala el Código. Pero se nos ocurre preguntar con el Sr. Pacheco. «¿Qué diremos si el segundo duelo no es la continuacion del antiguo, sino un distinto lance producido por otras causas?» Nosotros no vacilamos en contestar: la autoridad debe examinar hasta donde sus medios alcancen las causas que motivan el nuevo duelo, y si de este exámen resulta su ninguna afinidad con el antiguo, debe proceder desde luego á poner en planta las precauciones de que habla el párrafo primero del artículo; esto no ofrece duda, pero si de este exámen no resulta nada claro, si el Tribunal no puede decidir con entera conviccion y certidumbre el carácter del nuevo duelo, ¿qué deberá hacer? En nuestra opinion, considerar el lance como extraño al anterior por ser ésta la interpretacion que con arreglo á derecho favorece más á los delincuentes. Ya la ley establece distinciones precisas, necesarias, entre el provocador y el aceptante, teniendo en cuenta la dife-

¹ Confinamiento menor decia el Código de 1850, pero la distincion de confinamiento mayor y menor desapareció en la reforma del 70.

² Párrafos 2.º y 3.º del Art. 439.

rencia que hay entre el que puede sin desdoro de su honra renunciar al lance, y sin embargo vuelve á provocarlo, y el que deseando dar al olvido antiguos resentimientos se ve en la triste necesidad de responder á las provocaciones contrarias, siquiera sea pasando por el duro trance de quebrantar la palabra empeñada. En uno y en otro hay criminalidad, sí, pero una criminalidad relativa; por eso el Código señala penas diferentes, imponiendo al primero la de inhabilitacion temporal absoluta para cargos públicos y la de confinamiento, y castigando al segundo con la de destierro; por lo mismo nos vemos en el deber de tributar nuestras alabanzas á esa disposicion, aunque no nos pesaria ver más profundizada la diferencia que entre ambos culpables existe.

Pero cuando el duelo llega á tener efecto, haya ó no mediado intervencion de la autoridad, la ley dispone ¹ que «el que matare en duelo á su adversario será castigado con la pena de prision mayor.»

«Si le causare las lesiones señaladas en el número 1.º del Art. 431, con la de prision correccional en sus grados medio y máximo» ².

«En cualquier otro caso se impondrá á los combatientes la pena de arresto mayor aunque no resulten lesiones.»

Un método equivocado, á nuestro parecer, sigue el Código; principia estableciendo como regla general el mal mayor ó menor que del desafío pueda resultar, olvidándose que las consecuencias del lance no pueden servir de base segura para establecer sobre ellas un sistema completo de penalidad; nosotros hubiéramos querido que la ley mirase al duelo tal cual es en sí, aislado, fijo, invariable, sin circunstancias de ningun género y con arreglo á este criterio determinar la pena que le corresponde, que serviria de norma para despues aumentarla y aun disminuirla segun los resultados que hubiese habido, y á las influencias externas á que los duelistas hubiesen obedecido; así, en vez de una regla vemos tres establecidas, cuando á nuestro modo de ver sobran las dos primeras. Pero aceptando el orden establecido por el Código, analicemos ligeramente el contenido del artículo que antecede. En él se establece la regla general; ésta, por decirlo así, es la base de todo el sistema penal en este punto y al comenzar á examinarle, ya notamos la gran trasformacion, la profunda revolucion que operó en la legislacion penal anterior: la ley de los Reyes Católicos y las Pragmáticas y leyes que la siguieron, en especial la de Felipe V, castigaban á los duelistas por el simple hecho de aceptacion

¹ Artículo 440.

² En el Código anterior con la de prision menor.

ó provocacion, con la pena de pérdida de todos los oficios, honores y rentas, imponiendo, como hemos ya visto, la de muerte cuando los desafiados hubiesen salido al campo, aunque no hubiese riña: y á penas tan bárbaras y severas, sustituye nuestro Código la de prision mayor cuando del duelo haya resultado muerte ¹.

Puede no ser la muerte el término del duelo, y en este caso la regla general es: prision correccional en sus grados medio y máximo ² cuando hubiese lesiones de las comprendidas en el número 1.º del Art, 431; esto es, las que producen imbecilidad, impotencia ó cegueras.

Quando las consecuencias fueren ménos graves, ó no fuesen ningunas, se castigará á los *combatientes* con la pena de arresto mayor ³.

De propósito hemos subrayado la palabra *combatientes*, pues ella indica que las penas sólo deben imponerse en el caso de que hubiese lucha; no constituyendo delito ningun acto preparatorio, aunque los desafiados hubiesen acudido al lugar convenido; por eso creemos que en el duelo no hay ni tentativa ni delito frustrado; pues cuando se le llega á castigar es cuando se llevó á cabo, absolviendo en los demas casos á los culpables.

Ninguna distincion establece este artículo entre el que dió causa al desafío y el que creyendo cumplir un deber que la sociedad impone le aceptó; pero esa distincion, si en él estuviera, seria fuera de su lugar; aquí hay una regla fija que sirve de punto de partida para la imposicion de las demas penas, y los hechos que pueden cambiar algo su fase tienen su sitio señalado en los artículos siguientes.

Como complemento del anterior, establecen un sistema perfecto de atenuacion y agravacion, la circunstancia que atenúa la responsabilidad del uno, agrava la del otro, y no podia ménos de ser así; en un duelo siempre hay uno que dió causa á él y otro que se creyó en el caso de no rehuir el lance, con otra porcion de accidentes que los dos artículos que vamos á estudiar detallan perfectamente y que colocan á los delincuentes en diferente posicion.

«Las penas señaladas en el Art. 440, dice el Código, se aplicarán en su grado máximo ⁴: primero, al que provocare el duelo sin explicar á su adversario los motivos, si éste los exigiera ⁵. Es tan clara y salta tanto á

¹ Párrafo 1.º del Art. 440.

² Párrafo 2.º id.

³ Párrafo 3.º id.

⁴ Artículo 442.

⁵ Párrafo 1.º del Art. 442.

la vista la razon de esta agravacion, que creemos inútil detenernos en ella un momento.

2.º «Al que habiéndole provocado, aunque con causa, desechare las explicaciones suficientes ó la satisfaccion decorosa que le hubiese ofrecido su adversario» ¹. En este caso desaparecen por completo los motivos que disculpan el desafio; el que á todo trance quiere llevar á efecto el duelo, á pesar de su contrario prestarse á desagaviarle, en nuestro concepto, si matase ó hiriese á su contrario, debiera ser considerado como reo de homicidio y heridas voluntarias, debiendo ántes los Tribunales examinar, al aplicar la pena, si las satisfacciones eran bastantes para llenar las exigencias de la opinion pública en este asunto.

3.º «Al que habiendo hecho á su adversario cualquiera injuria se negare á darle explicaciones suficientes ó satisfaccion decorosa» ². En este caso, sólo una obcecacion puede impedir aceptar al culpable un camino honroso de terminar el lance, y al que despreciándole, y negándose á todo acomodamiento, se obstina en continuarle, es justo que la ley castigue en él no sólo el delito de un duelo ordinario, sino agravado con la imprudencia, al ménos, que su conducta envuelve. En estos tres casos la pena debe aplicarse en su grado máximo, siguiendo de este modo las reglas marcadas en el libro primero ³ al hablar de la aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes y agravantes; reglas que no se observan al aplicar al duelo las circunstancias atenuantes, siendo este el motivo por que hemos examinado ántes el Art. 442 que el 441, que es el que ordena la penalidad que debe aplicarse cuando las circunstancias que agravan la responsabilidad de uno no pueden ménos de atenuar la de su contrario. Por eso, en lugar de las penas señaladas en el Art. 440, se impondrá la de confinamiento en caso de homicidio, la de destierro en el de lesiones comprendidas en el Núm. 1.º del Art. 431, y la de 50 á 500 pesetas de multa en los demas casos ⁴.

1.º «Al provocado á desafio que se batiere por no haber obtenido de su adversario explicacion suficiente de los motivos del duelo.

2.º Al desafiado que se batiere por haber desechado su adversario las explicaciones suficientes ó satisfaccion decorosa del agravio inferido.

3.º Al injuriado que se batiere por no haber podido obtener del ofen-

¹ Párrafo 2.º Art. 442.

² Idem 3.º de id.

³ Artículo 81 Núm. 1.º

⁴ Artículo 411.

sor la explicacion suficiente ó satisfaccion decorosa que le hubiera pedido.»

Las mismas razones que ántes militaban en favor de la agravacion, existen ahora para justificar la atenuacion establecida por este artículo; estas causas son correlativas; cuando á uno perjudicán, favorecen á otro, y la agravacion de las penas nos parece lógica y natural dado el sistema de la ley. Esta no santifica el duelo, pero tampoco le condena ciegamente; examina con más ó ménos acierto sus causas, sus resultados y sus circunstancias; establece una legislacion, que más tarde veremos hasta dónde se encuentra ajustada á los principios de la ciencia, y huye de su severidad, que no dió ningun resultado en tres siglos de existencia.

Hasta aquí todas las disposiciones comprenden sólo las personas de los duelistas, pero como en lances de esta naturaleza intervienen dos clases de personas, las que tratan de evitar el lance con sus consejos y sus buenos oficios, y no pudiendo, procuran que en él se cumplan las condiciones ántes determinadas, y que los combatientes obren con lealtad; y otra clase de personas, que por desgracia abundan, que con sus exageraciones, que llamaríamos ridículas, si no ocasionasen consecuencias bien tristes en algunos casos, fuerzan ó incitan á otros ya á provocar y á aceptar un duelo, constituyéndose en legisladores sobre el mismo y conminando á los demas con anatemas ilusorios y poniéndolos en el caso de terminar sus cuestiones con la punta de una espada ó ante el cañon de una pistola.

Por eso la ley ha obrado muy cuerdamente castigándoles de acuerdo con sus principios, con la misma pena que á los autores; y en efecto, el artículo 13 del libro 1.º del Código, dice: «Se considerarán autores: segundo, los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutar el hecho». Y si aquí no existe violencia física, hay en cambio una fuerza moral grandísima que coloca á los que á ella dan causa en la categoría de autores del delito. Conforme con esta teoría, leemos en el Código¹: «El que incitare á otro á provocar ó aceptar un duelo, será castigado respectivamente con las penas señaladas en el Art. 440 si el duelo se lleva á efecto.»

Cuando por una causa cualquiera la lucha no se verifica, la ley, que no castiga á los que la concertaron, no impone pena alguna á los que, por mucha que su responsabilidad sea, nunca excede á la en que incurren los que ejecutan materialmente el hecho.

¹ Artículo 443.

Al aplicar este principio legal, una duda se ofrece á nuestro exámen: cuando á un duelo acompañen las circunstancias de que hablan los artículos 441 y 442, la penalidad señalada por estos ¿será aplicable á los que forzaren ó incitaren á otros á aceptarle ó provocarle? En nuestro juicio, no. Los que incitan á otro á cometer un delito, aunque directamente no lo ejecuten, son autores, sí, pero sin circunstancias atenuantes ó agravantes, que son siempre personalísimas, y no favorecen ni perjudican sino á aquellas personas en quienes concurren; y si nó ¿á qué regla habríamos de atenernos? ¿Le aplicaremos las penas con relacion á las circunstancias atenuantes que en uno concurren, ó á las agravantes que por precision habian de perjudicar al otro de los duelistas en un desafío de esta índole? ¿Le habremos de castigar como autor con atenuacion, porque la persona que á sus consejos cedió tenga á su favor causas atenuantes? Ya hemos dicho que no; que para nosotros, y conformes con la letra y espíritu del artículo, sólo es reo de delito de duelo, y que como á tal debe imponérsele la pena que para los hechos de esta clase fija el artículo 440.

Si alguno pretendiese demostrar que el Código al castigar con lenidad el duelo nó tuvo en cuenta, al ménos en parte, las exigencias de la opinion pública, el contenido del Art. 444 desvirtuará por completo su asercion. «El que denostare ó desacreditare públicamente á otro por haber rehusado un duelo, incurrirá en las penas señaladas para las injurias graves.» Pues bien, si la ley hubiese despreciado el fallo de la sociedad, ¿para qué este artículo? ¿Es quizá un crimen haber obedecido á la ley, para castigar al que otro impute semejante falta? No es un crimen ciertamente; pero dado el estado de nuestra sociedad, es una provocacion insensata, una afrenta que se trata de lanzar al rostro del que, bastante fuerte, supo oponerse á las exigencias de la opinion y acatar la ley; y si tuvo la buena fortuna de que nadie se fijase en semejante conducta, ¿no es digno de castigo el imprudente que con su proceder coloca á un hombre honrado en una falsa posicion y le expone al ridículo de sus iguales?

Disposiciones como la que examinamos merecerán siempre la más completa aprobacion de parte de los hombres de buena voluntad y corazon recto.

Nuestras leyes anteriores, en su afan de anatematizar el desafío, comprendian bajo unas penas á los padrinos y á los autores. Esto, que podia ofrecer alguna disculpa si hubiese contribuido á la disminucion de los duelos por la dificultad de encontrar padrinos, no queda de ningun modo justificado cuando la experiencia de trescientos años ha demos-

trado cuán inútiles é ineficaces eran las prescripciones legales. Castigar como autores á hombres que cuidan de que los lances se verifiquen con lealtad y agotan cuantos medios tienen á su alcance para lograr la digna avenencia entre las partes, es el colmo de la injusticia; por eso, si por una parte aplaudimos las disposiciones del Código en este punto, dueélenos en el alma tener que escatimárselas en otro.

Justo, justísimo, que la ley ordene que ningun lance se efectúe sin la asistencia de dos ó más padrinos mayores de edad ¹; pero tambien seria justo que la ley no molestase á los padrinos que hubiesen cumplido con su deber.

«Los padrinos de un duelo, dice ², del que resultaren muerte ó lesiones, seran respectivamente castigados como autores de aquellos delitos con premeditacion, si hubieran promovido el duelo ó usado cualquier género de alevosía en su ejecucion ó en el arreglo de sus condiciones.»

«Como cómplices de los mismos delitos, si lo hubieren concertado á muerte ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes.»

El primer párrafo de este artículo ordena, como se ve, que los padrinos de un duelo sean castigados como autores con premeditacion, si le hubieren promovido, ó empleado en su ejecucion cualquier género de alevosía, y si la justicia que encierra la segunda parte es bien notoria, no así la de la primera, donde se agrava de un modo bastante imprudente la penalidad en que, segun el Art. 443, incurren los que provocan un duelo. ¿Es quizá que la cualidad de padrino sea una circunstancia agravante? ¿Y ha de colocárseles por lo mismo en peor lugar que los incitadores que no son padrinos? Pero aún más: esta circunstancia agravante no se estima bajo las reglas comunes establecidas en el Código. En buen hora que al padrino que, olvidando sus sagradas obligaciones, cometa alevosía de cualquier género que sea, como dice el Código, se le castigue como á tal, pues para ellos hay motivos poderosos, pues en este caso no hay duelo y la penalidad para tales delitos está en otro capítulo; pero igualar á él al que promovió un duelo y confundírsele de un modo tan lastimoso, es desconocer las reglas todas del buen sentido jurídico.

No más acertado se muestra el Código al considerar como cómplice á los padrinos que hubieren concertado el duelo á muerte ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes. Cuanto hemos dicho en el párrafo anterior es perfectamente aplicable á este: al que procura ventaja á

¹ Artículo 446.

² Artículo 445.

uno de los combatientes, no vemos dificultad ninguna en castigarle severamente; pero al padrino que, despues de haber hecho cuanto de su parte estaba para evitar el lance, se decide al fin á intervenir en él, no podemos, por más que nos esforzamos, comprender el por qué de tanto rigor. Hay duelos que sólo á muerte pueden ser admitidos, y el Código debia tener en cuenta que la asistencia de los padrinos es una garantía firmísima de lealtad, pues dificultando con penas severas su asistencia, los duelos no por eso dejarian de efectuarse, pudiendo en este caso confundírseles con verdaderos asesinatos.

Los padrinos tienen el gran deber de intentar por los medios de que dispongan avenir á los duelistas, y á los que no lo hagan, el Código les pena con arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas, si no hacen cuanto esté de su parte para evitar el lance, ó no procuran concertar las condiciones de la manera ménos peligrosa posible para los combatientes ¹.

Los padrinos tienen, como ya dijimos, deberes que cumplir, y cuando á ellos faltan, la ley, obrando en justicia, debe castigarles; pero los términos en que el artículo está redactado, hacen inaplicables sus preceptos é ineficaces sus prescripciones; ¿quién probará á ningun padrino que no hizo cuanto de él dependia para que el duelo no se efectuase? Lo que hizo, claro está, que fué lo que á su juicio bastaba, y en este caso no hay lugar á la imposicion de pena alguna, pues dió exacto cumplimiento á las disposiciones del Código y ajustó su conducta á la letra del artículo.

No ha indicado la ley todavía las condiciones que los padrinos habian de llenar, y á lo que en caso de no reunirse ó de su no asistencia debíamos atenernos; pero de llenar este vacío se encarga en los artículos siguientes: «El duelo que se verificare sin la asistencia de dos ó más padrinos mayores de edad, por cada parte, y sin que éstos hayan elegido las armas y arreglado todas las demas condiciones, se castigará ². Como podemos apreciar por el párrafo que precede, marca la ley las condiciones que los padrinos han de reunir, el número y deberes que han de cumplir, y ordena que el lance que se verificare faltando una de estas circunstancias se castigue: 1.º con prision correccional, no resultando muerte ó lesiones ³ y la ley ha tenido razon; en los combates particulares de ese modo verificados, no hay duelo, hay sólo injurias, lesiones ó

¹ Párrafo 3.º Art. 449.

² Artículo 446.

³ Párrafo 1.º del id.

muerte, y cuando esto no, hay delito frustrado ó cuando ménos tentativa de delitos comunes; por eso dice tambien que cuando haya muerte ó lesiones se castigará á los que le cometan con las penas generales de este Código ¹, pena sin que nunca baje de la prision correccional, minimum de pena que en este artículo se impone á los que á sus disposiciones falten.

Muchas han sido las causas que nuestro Código ha tenido presentes para separarse en las disposiciones sobre el duelo de la severidad de nuestras antiguas leyes, no siendo la menor la opinion que la sociedad tiene formada de la idea del honor, y de los medios que el hombre debe emplear para defenderse de las acusaciones de sus conciudadanos; pues bien, cuando esas causas desaparecen, cuando en vez de motivos de honra, originase el duelo por móviles miserables, la ley lo castiga y lo hace con las penas generales del Código ². Si las causas primeras, la justicia exige que se tenga en cuenta; esa misma justicia exige tambien que se castigue severamente á los que en vez de ellas se propongan un interés pecuniario ó un objeto inmoral, ó á los que cometan la alevosía de faltar á las condiciones concertadas por los padrinos, imponiéndoles ademas de las penas generales, la de inhabilitacion absoluta temporal.

Hemos terminado, excelentísimo señor, el exámen de los artículos que nuestro Código dedica al duelo, y si con la antigua legislacion los comparamos, los progresos resultan palpables; no cabe duda ninguna para nosotros, y creemos que para todos la balanza de la justicia y la causa de la civilizacion estan en su favor. En el adelanto no hay duda alguna; ¿habremos, sin embargo, alcanzado el límite que la razon reclama, los adelantos de la época y el estado de la opinion pública exigen?

Permitidnos, excelentísimo señor, dada la importancia de esta cuestion, dedicar la última parte de nuestro trabajo á su exámen. Resuelta ella, habremos emitido el juicio que nuestro Código nos merece, y de este modo terminaremos la honrosa tarea que nos hemos impuesto en cumplimiento de las prescripciones reglamentarias.

«Hay ciertos intereses y sentimientos en el hombre, que sólo el duelo puede proteger,» ha dicho Mr. Guizot en la Cámara francesa al discutirse el proyecto de ley presentado en 1845 por los diputados Mr. Taillander y Mr. Duzon, á lo cual contestaba Mr. Dupin: «Las leyes castigan los crímenes, los delitos, las simples contravenciones, y todavía se quiere

¹ Párrafo 2.º del Art. 446.

² Artículo 447, Pár. 1.º y 2.º

decir que hay ofensas contra las cuales no queda más medio que el del duelo.» ¿Cuál de estos dos diputados sostenía la verdad? La manera cómo la sociedad concibe el honor y los deberes que impone, pueden servirnos mucho para resolver con acierto esta cuestión.

Nadie duda un momento en afirmar que el sentimiento de la honra vale cien veces más que la vida, y que á ésta sin aquella es preferible la muerte; no debe, por tanto, extrañarnos, que la opinion pública exige en el hombre medios prontos y en consonancia con sus ideas para conservarla. Garantirla, es deber del Estado; ¿pero las garantías que el Estado puede proporcionar, son bastantes á satisfacer los deseos de la sociedad en este punto? ¿Puede la ley servir de antemural contra cierta clase de injurias que la honra no permite perdonar? Creemos que no; la ley, es cierto, castiga, como decia Mr. Dupin, hasta las simples faltas; pero ¿su castigo es bastante para rehabilitar á los ojos de la sociedad al que rehusa un duelo? Luchar contra la opinion pública, sobreponérsele, despreciarla y alcanzar la victoria, es un acto de heroismo, y no todos los hombres son héroes.

El fin del Estado es realizar el Derecho; pero nada más que hasta cierto punto, hasta donde su realizacion puede ser útil para la conservacion del orden social. Por eso nosotros sostenemos con Rossi, que la justicia penal, castigando al duelo en ciertas circunstancias, va más allá de su derecho, porque estos castigos no son entónces útiles á la conservacion del orden social. No negamos al Estado facultad para penar al duelo; léjos de nuestro ánimo semejante afirmacion; sólo sí sostenemos que el duelo en ciertos casos y rodeado de ciertas circunstancias, es una causa que debe eximir de responsabilidad al que resultado del lance tuvo la desgracia de causar algun mal. No pretendemos que la ley santifique el duelo, pero tampoco queremos que se le condene ciegamente.

Hay en el hombre sentimientos que sólo el duelo puede proteger, ha afirmado, como ya dijimos, Mr. Guizot, y al sostener semejante aserto, no fué su ánimo aludir á sentimientos vulgares que encuentran su amparo y su apoyo en la ley; su intencion fué otra ciertamente: los sentimientos á que se refiere son aquellos que, por más que la ley los defienda, su defensa es tan pobre que no basta á desvanecer la opinion desfavorable que se forma, de quién, fiándose en la garantía que presta, tolera ciertos ultrajes que la sociedad no perdona. Pues bien, lo que queremos es que la ley no castigue en estos casos al que obra en virtud de una fuerza irresistible. Un ejemplo práctico nos convencerá de la justicia de la causa que defendemos. Supongamos un marido, un padre,

un hermano, provocado á duelo por el amante de su mujer, por el seductor de su hija ó de su hermana. Si este hombre tiene la fortuna de matar ó herir á su contrario, debe ser absuelto y proclamada su inocencia; ¿y esto por qué? ¿No tenia en la ley, se nos dirá, el medio de vengar todas sus afrentas? No, respondemos sin vacilar. Lo que la ley hace en esos casos, es añadir á la afliccion y desgracia del padre, hermano ó marido, la publicidad de su afrenta, logrando de este modo que la sociedad señale con el dedo á los que sufrieron pacientemente ultrajes tan profundos y que afectan á su honra de un modo tan directo. Someter estas cuestiones á los Tribunales, es exponerse á que los jueces proclamen la inocencia del culpable por falta de pruebas suficientes, por más que exista el convencimiento moral, profundo, de que es autor del delito de que se le acusa.

Hé aquí uno de los casos en que debia no imponerse pena alguna al que se batió, impulsado por motivos tan poderosos. Absolucion para uno; un presidio, quizá un cadalso, pediríamos para su contrario si el que mató ó hirió fué el que dió causa con sus infamias al desafío.

No queremos que la ley santifique el duelo, hemos dicho; pero tampoco queremos que se condene ciegamente: ¿qué legislacion, pues, hemos de establecer acerca de él? Una legislacion especialísima, en consonancia con las causas que le originan. ¿No se encuentran en la opinion pública los motivos para absolver, aunque sea rara vez, para atenuar unas veces y agravar otras, la responsabilidad de los duelistas? Pues en nuestro entender, á esa misma opinion representada por un Jurado especial debe corresponder el conocimiento de las causas de ese género, autorizando á este tribunal para imponer, con arreglo á una ley especial, desde la pena de muerte hasta la absolucion libre.

No nos detendremos á examinar las grandes ventajas de los Jurados, sobre todo en materia criminal; esto nos alejaria de nuestro objeto, sólo sí vamos á indicar algunos de sus beneficiosos efectos si á los duelos se aplican. Nadie ignora que una de las garantías que presentan los Jurados consiste en la aptitud que tiene para juzgar acertadamente las cuestiones de hecho, fundamento de la justicia de la sentencia. Y no se sostenga que esa misma aptitud existe en los Jueces, acostumbrados como estan á juzgar; un Juez letrado, por hábil que sea, no puede, porque no se encuentra en situacion para apreciar los hechos, las intenciones, las circunstancias, los testigos y los mil incidentes que nacen de una causa, del mismo modo que los ciudadanos que viven habitualmente en el mundo y que participan de sus opiniones y sentimientos.

El duelo descansa, como hemos dicho, en un sentimiento de honor tal y como la sociedad lo entiende, y mientras no desaparezcan las causas que le motivan, el duelo subsistirá á pesar de los inútiles esfuerzos que hagan los Gobiernos para estirparle. Y esto que la razon comprende, lo confirma la historia: hijo de un siglo en que el honor era el Dios del mundo, sostenido por pueblos y por gobiernos hasta el siglo xvi, entra á principios de él en lucha con las leyes, y desafiando los anatemas que sobre él se lanzan, sale de la lucha victorioso y triunfante, y amenaza aún continuar luchando, seguro de conseguir de nuevo la victoria, cualquiera que sean las vicisitudes del combate. ¿Quiere esto decir que el duelo debe ser respetado y amparado por las leyes? De ningun modo; la causa de la oposicion estribaba en la naturaleza de las leyes que le combatian, y cuando esas leyes se reformen, cuando en vez de juzgarse con la opinion de la sociedad, sea su más fiel representante, el duelo entonces está llamado á desaparecer.

Otro de los motivos que aún existen para que el desafio subsista es, ya lo dijimos, la impotencia de la ley en castigar de un modo satisfactorio las injurias, causa siempre de tales lances; pues bien, ese motivo dejará de ser el dia que, estableciéndose Jurados de honor que ofrezcan confianza á las partes, puedan éstas someter á su juicio sus contiendas en la conviccion de que sus fallos han de ser la expresion genuina de la justicia social.

Tales son las convicciones que abrigamos acerca del procedimiento á que debe someterse el conocimiento de las causas á que el duelo da origen. Jurados de honor para prevenirlos, y caso de efectuarse, Jurado especial para conocer de las causas y facultarle para dictar sentencia, que en nuestro juicio deberia causar inmediata ejecucion.

¿A qué ley se habian de ajustar los fallos de este tribunal? Á una que en primer lugar definiese el duelo con todos los caractéres que le distinguen, que absuelva en algunos casos á los duelistas, que imponga penas leves, penas dignas, si se nos permite la expresion, en los casos ordinarios, y que castigue hasta con la muerte, si es preciso, á los que olviden las reglas que en luchas de esa clase deben observarse.

Comparemos el sistema de nuestro Código, y aceptando el orden que el mismo sigue, veamos si satisface por completo nuestras aspiraciones. En primer lugar, define de un modo indirecto el duelo en el Art. 446, ocupándose en el 445 de las obligaciones de los que en los duelos intervienen; en este primer punto el Código satisface nuestras aspiraciones por completo. No así por desgracia en los demas; no absuelve en ningun

caso á los duelistas: hubiéramos deseado que, si quiera fuese raro el caso, alguno al ménos, como en el ejemplo que ántes mencionamos, el delincuente debía ser absuelto.

¿Qué diremos en cuanto á las penas que señala á los culpables en los demas artículos que del duelo tratan?

En nuestro entender, demasiada severidad, dado el estado de la sociedad, en castigar á los que se baten en desafío. Cuando no concurren ni circunstancias atenuantes, ni agravantes, de las señaladas en los artículos 441 y 442, quisiéramos que se estableciera como regla general la pena de confinamiento, habiendo muerte, en su grado máximo, y en los mínimo y medio cuando sólo hubiera lesiones graves, ó ménos graves, respectivamente.

Más indulgencia desearíamos ver en la ley al castigar este delito cuando concurren las circunstancias del Art. 441, castigando con la pena de destierro, en sus grados máximo, y medio y mínimo, segun hubiese, como en el caso anterior, muerte ó lesiones más ó ménos graves.

Más severidad para los duelistas que cometen el delito en los casos señalados en los números 1.º, 2.º y 3.º del Art. 442: ya, cuando examinamos este artículo, expusimos las razones que la comision que redactó el Código tuvo para agravar la penalidad que señalaba el Art. 440; pues esas mismas razones son las que nos mueven á sustentar que la ley debía imponer mayor pena que la que en la actualidad señala.

Hasta aquí la diferencia que separa nuestro sistema del seguido por el Código en cuanto á las personas de los duelistas se refiera. En cuanto á los padrinos, pocas palabras nos bastan para exponer nuestras teorías. Cuando hubiesen cumplido con su deber, tal como hemos dicho que la sociedad entiende los deberes de los mismos, la ley no debe molestarles, considerándoles en los demas casos sujetos á las prescripciones del derecho comun respecto á los cómplices, etc.

Indicamos ya que, aunque rara vez, el culpable de duelo debería ser absuelto por el tribunal, y nunca con más razon podríamos aplicar nuestra doctrina que al caso que en los párrafos primero y segundo enumera el Art. 449. Mientras castigaríamos al uno con las generales del Código con circunstancia agravante, absolveríamos libremente á su contrario, concordando en lo demas nuestras ideas con las del Código.

Hemos terminado, excelentísimo señor, la tarea que nos habíamos impuesto: dudamos mucho haberlo hecho con acierto; pero si la ciencia, por desgracia, no se trasluce mucho en ella, en cambio podemos asegurar con entera verdad que nos ha guiado el buen deseo; y si al terminar se nos

preguntase el resúmen del juicio que de nuestro Código hemos formado, nuestra contestacion sería: «Consideramos las disposiciones del Código Penal Español relativas al duelo como la base del edificio científico, en cuya cúpula se ostenta el ideal que hemos presentado y que la civilizacion y la ciencia reclaman de consuno.»—HE DICHO.

Gerardo Berjano y Escobar.

Madrid y Noviembre, 29 del 71.

