



EL DUELO*

Lic. José Francisco Chaverri Rodríguez

Lic. Joaquín Vargas Gené

Lic. Fernando Cruz Castro.

CONTENIDO:

I. Enfoque doctrinario.	62
a) Generalidades.	62
b) Las variantes en el derecho positivo costarricense.	63
c) Las lagunas en el derecho positivo.	64
II. Enfoque jurisprudencial.	66
III. Conclusiones.	66
Apéndice.	68

* Trabajo para el Primer Seminario de Derecho Penal de la Corte Suprema de Justicia.

I.— Enfoque doctrinario.

a) Generalidades:

Son conocidas tres corrientes legislativas en relación con el duelo. En primer lugar, la que crea una figura delictiva especial con atenuación de las penas en caso de muerte o lesiones, de origen italo-germano. En segundo lugar, la que somete los resultados del duelo a las penas comunes, como ocurre en Inglaterra. Y en tercer lugar, la de la impunidad, cualesquiera que fueren los resultados, adoptada en el Código Penal de Uruguay y en el argentino de 1891.

El criterio predominante de la doctrina aboga en favor de la primera tendencia por razones de interés social estrechamente ligadas a la posible intervención pacificadora o moderadora de los padrinos, los cuales constituyen la clave y el eje del sistema.

Es la participación de ellos la que importa para los combatientes el privilegio de la penalidad atenuada con respecto a los resultados del combate; también la que permite diferenciar —con ventaja para los duelistas— la muerte en un duelo del homicidio común, o las lesiones de un duelista con las inferidas en una reyerta, riña o simple pelea; y finalmente la que, con afanes preventivos, ofrece la oportunidad de optar entre dos males sociales —el duelo con padrinos o la simple pelea—, el menor, o sea, el duelo regular que evita la prolongación de la lucha. Por el contrario, es la ausencia de padrinos la que da lugar a la aplicación de las penas ordinarias.

La impunidad absoluta no ha fructificado en la mayoría de las legislaciones, las cuales sancionan el hecho aún en el caso de que no se produzcan consecuencias de ninguna clase.

Para algunos tratadistas, el fundamento de esa punibilidad reside en el peligro para las personas, y así aparece en la mayoría de los códigos europeos. Otros lo encuentran en la infracción a la paz pública y algunos lo sitúan como ofensa a la administración de justicia. Soler, partidario del primer fundamento, cita en apoyo del segundo a Pessina, Maggiore y Manzini, y del tercero al Código italiano de 1890 y a Carrara (1).

Sin embargo, lo que no se encuentra escrito en las legislaciones adictas a las corrientes de atemperamiento y de impunidad, y que, no obstante, debe ser necesariamente tomado en cuenta en la

exégesis del derecho positivo, es más de lo que frecuentemente aparece escrito. Rancias costumbres caballerescas, códigos de honor, éticas sociales y hasta reglamentos deportivos, entre otros elementos, llenan el campo vacío y son indispensables en la interpretación de varias normas y en el juzgamiento de muchos casos. La doctrina se sirve de esos elementos para orientar conclusiones básicas y sentar principios importantes.

Ejemplo de lo anterior es el duelo regular en torno al cual gira el debate acerca de su punibilidad o impunidad.

Aunque no aparece dicho expresamente en las leyes, es entendido que el duelo regular supone dos adversarios únicamente (*duellum*: combate entre dos), igualdad en las armas, paridad en los riesgos, concertación por padrinos que disponen acerca del uso de las armas, determinan lugar, hora y fecha del combate y presencian su desarrollo. También es entendido que el motivo del duelo sólo puede ser de honor.

Los demás aspectos, que sí figuran expresamente en las leyes, saldrán a relucir en el análisis de las normas que han estado vigentes en el territorio nacional.

La doctrina ha señalado las ventajas relativas del duelo regular y debidamente reglamentado, en comparación con las reyertas, peleas o combates entre dos o más personas. El período y desarrollo de la lucha no puede prolongarse, en el duelo, más allá del que hayan determinado los padrinos. Tampoco pueden usarse procedimientos que signifiquen disparidad en los riesgos. El ensañamiento y la alevosía tienen escasas posibilidades, y por lo general los contendientes se dan por satisfechos, en cuanto a sus intereses morales, una vez concluido el lance, aunque resulte sin consecuencias. Para darle algún refuerzo a estas esperanzas, las leyes son más severas con los duelos irregulares y con los duelos a muerte o con alevosía de los padrinos, así como con el combatiente que faltare a las condiciones ajustadas por los padrinos.

Sin embargo, el sistema inglés o del mutismo ha llegado a imponerse en las legislaciones francesa y española, lo mismo que en Nicaragua y Panamá. Sin pretender la impunidad del duelo, dichas legislaciones han querido, por el contrario, "acabar con toda sombra de privilegio, asimilándolo a cualquier reyerta vulgar", como expresa Quintano (2).

(1) Soler, *D. Penal Argentino*, T. III, pág. 147, Tea.

(2) Quintano, *Tratado de la Parte Especial del D. Penal*, T. I, pág. 307, Madrid.

Dice dicho autor que, en forma similar a lo que ha sucedido con la piratería y la trata de esclavos, el duelo ha desaparecido de las costumbres en la mayoría de los países europeos, "pasando sus problemas a la categoría de lo histórico y exótico" y perdiendo "todo encanto de actualidad". Y hace la muy interesante observación de que en ese declinar de los llamados "lances de honor", no deben contarse los esfuerzos legislativos, "lo que arguye demasiado elocuentemente contra las pretensiones exclusivamente utilitarias del Derecho Penal y la sedicente eficacia de la dureza de sus sanciones".

Pero esa tendencia de desprestigiar los duelos con el sistema del mutismo o del silencio, privándolo así de su añejo sabor aristocrático, bien puede justificarse en los países donde la frecuencia de los "lances de honor" ha decaído y no son tan usuales las reyertas como en los países hispanoamericanos.

Además, el sistema del mutismo —que paradójicamente deja impune el duelo sin consecuencias lesivas— no sólo elimina la ventaja relativa de los duelos regulares, sino que da lugar a serios problemas judiciales en los países donde el homicidio premeditado se considera asesinato (homicidio calificado), ya que, como dice el mencionado autor, los tribunales "ante la tremenda disyuntiva de condenar como asesinos a caballeros que se habían conducido conforme a las normas sociales a la sazón imperantes, preferían absolver libremente acudiendo a toda suerte de subterfugios". Amén de que la premeditación alcanza por igual al que provocó el duelo y al que se consideró obligado a aceptar el desafío, en tanto que la doctrina, así como algunas leyes, abogan por una penalidad mitigada en cuanto al segundo.

El duelo ha perdido, ciertamente, el prestigio caballeresco de antaño. Lo ha perdido por diferentes razones que quizás irónicamente abogan por mantenerlo como figura delictiva especial, de penas mitigadas. En efecto, su prestigio ha declinado en el sentir popular por cuanto la concertación de muchos combates aborta merced a la intervención de las autoridades, o gracias a los afanes conciliatorios de los padrinos. También por cuanto muchos duelos resultan en definitiva sin ninguna consecuencia dañina. Pero todo esto, así como la comedia que algunos pseudo combates pudieron significar, es preferible, precisamente por los inocuos resultados, a la generalización de las peleas sangrientas que tan a menudo ocurren en los países en desarrollo. Es mejor mantener la existencia de esta figura como alternativa más sofisticada y es-

pectacular pero menos dramática en la mayoría de los casos.

b) Las variantes en el derecho positivo costarricense.

En ninguna época de la historia patria el duelo ha sido impune. En el Código General de 1841 aparece englobado con la "riña o pelea", sujeto a las penas muy atenuadas de este delito. En caso de muerte de un duelista no aplica la pena de muerte que figura en el artículo 478 para "*los que maten á otra persona voluntariamente con premeditación y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima*". Tampoco castiga a los combatientes con las penas correspondientes a los diferentes tipos de lesiones, establecidas en los artículos 521 y siguientes, sino con otras menos severas. Pero aun cuando aparece entremezclado con la "riña o pelea", en el artículo 493 se encuentran los rasgos característicos que la doctrina ha tomado en cuenta para identificar el duelo como delito autónomo. En efecto, dice el artículo 493, que corresponde al 646 del Código Penal español de 1822:

"El que provocado por otro á riña ó pelea, la acepte voluntariamente, y riñiendo ó peleando con él sin traicion ni alevosía, mate al provocador con intencion de matarlo, sufrirá la pena de dos á seis años de obras públicas, y destierro por igual tiempo. Si lo matare a traicion ó con alevosía será castigado como asesino. Hay también alevosía y traicion en el que aceptando voluntariamente una riña ó pelea, aunque provocada por su contrario, la emprende con ventaja conocida de parte suya, quitando al otro su defensa, ó incurriendo en cualquier otro de los casos comprendidos en el artículo 485".

Pero no solamente de la aceptación voluntaria del lance, ni de la suavizada penalidad de sus consecuencias, como tampoco de las condiciones de igualdad en la lucha —necesarias para excluir las penas más severas del homicidio o de las lesiones—, se infiere que este primer cuerpo codificado de leyes cubrió, dentro de las disposiciones del artículo 493, los duelos propiamente dichos. En particular da buena base para entenderlo así el artículo 547 que se tomó del 663 del Código Penal español de 1822:

"Artículo 547.— Los padrinos, portadores á sabiendas de billetes ó carteles de provocacion ó concierto para la riña ó pelea y cualesquiera otros que auxilien ó contribuyan voluntariamente á ella, serán castigados

como auxiliares y autores del delito que se cometa; y en el caso de que no resulte daño alguno en la riña, sufrirán también una multa de cinco á veinte pesos, ó un arresto de ocho días á dos meses; salvo que sea á manos limpias, en cuyo caso, se observará lo dispuesto en el final del artículo 542".

Sin embargo, es a partir del Código Penal de 1880 que aparece en Costa Rica por primera vez el duelo como figura delictiva autónoma (art. 427 y sgtes.) dentro de los mismos lineamientos italo-germanos de atemperamiento de las penas, modalidad que subsiste en el Código Penal de 1924 (art. 267) y desaparece radicalmente en el de 1941, el cual adopta el sistema inglés por medio de un solo artículo (213), que dice:

"Los que se batieren en duelo y todos los que intervinieren en el mismo, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año o con multa de ciento ochenta a setecientos veinte colones. Los delitos que resulten con ocasión de un duelo, serán penados como delitos comunes, según las circunstancias que en cada caso ocurran. Cuando del duelo resultare muerte o lesiones, serán considerados coautores los que lo hubieren concertado, tanto en representación del que lo provocó, como del que lo hubiera aceptado. Serán considerados como cómplices y en todo caso castigados de acuerdo con lo que del duelo resulte, los que faciliten armas, local o terreno para el mismo, teniendo noticia de su destino".

El Código Penal vigente, de 1970, vuelve al sistema tradicional italo-germano.

El sistema inglés —que propiamente consiste en no hacer ninguna diferencia entre los hechos sangrientos que resulten de la ejecución de un duelo y los delitos de homicidio y lesiones— estuvo vigente tan solo veintinueve años, y constituye la única excepción al atemperamiento de las penas. Figuró en el Código Penal de 1941 y desaparece con el actual. Los demás Códigos son más o menos semejantes entre sí, salvo en cuanto a la penalidad de los padrinos.

De acuerdo con el Código Penal de 1841, los padrinos son castigados como "*fautores del delito que se cometa*", pero debe entenderse que no podrán sufrir una pena mayor de la que corresponda a los duelistas, notoriamente atemperada en

el artículo 492. Serán reprimidos aunque no resulte daño pero a una pena más benigna.

El Código de 1880, por el contrario, establece para los padrinos sanciones muy bajas (Art. 431) y sólo en el caso de que el duelo se lleve a efecto.

El de 1924 establece la misma penalidad para los que instigaren, denostaren o prestaren algún concurso, incluyendo por supuesto a los padrinos (Art. 269), castigándolos con penas mitigadas si el duelo no se lleva a cabo.

El de 1941 llegó al extremo ya visto de reprimir por igual a padrinos y combatientes con las sanciones relativas a los delitos comunes y con la prisión o multa que corresponde a los duelistas en el caso de que no resulten lesiones ni homicidio (Art. 213).

El actual, de 1970, no registra punición de ninguna especie para los padrinos de un duelo regular, pero no es esto ninguna novedad, toda vez que la impunidad tácita de los padrinos en el duelo regular figuraba en el Código español de 1870.

De los cinco Códigos Penales aprobados en Costa Rica, el de 1880 es el que guarda mayor semejanza con el actual, del cual se diferencia tan solo en la moderada penalidad de los padrinos, a los cuales, sin embargo, castiga más severamente, como el actual, y el español citado, por los duelos que concierten a muerte "*o con ventaja conocida de alguno de los combatientes*", circunstancia esta última equivalente al duelo con alevosía que figura en el artículo 137 del Código en vigor.

c) Las lagunas en el derecho positivo:

Conforme a las legislaciones que siguen la corriente predominante —la costarricense y la argentina, entre ellas—, el duelo regular es el que conciertan dos o más padrinos mayores de edad sin usar ningún género de alevosía en la ejecución del combate y por motivos de honor (Arts. 132, 135 y 137 del Código Penal costarricense). En opinión de Soler, contraria a la de Núñez, el duelo a muerte no es irregular y tan solo "transforma en punible la intervención de los padrinos" (3).

Es ese —el duelo regular— el único tipo de combate que amerita la penalidad atemperada. El Código nacional, al igual que sus semejantes, señala por aparte los tres casos en los cuales desaparece el privilegio dicho para dar lugar a las penas comunes o a otras más severas.

(3) Soler, ob. cit. pág. 159.

En primer lugar señala el duelo sin intervención de padrinos mayores de edad, reprimido también, aunque resulte sin consecuencias, con prisión de seis meses a un año, y con las penalidades ordinarias en caso de homicidio o lesiones (Art. 133).

En segundo lugar se ocupa del duelo provocado con interés pecuniario o con otro objeto inmoral, sancionado, según los resultados, con pena superior a la del homicidio simple, con la de las lesiones gravísimas aunque éstas resulten graves o leves, y con prisión de uno a cuatro años *"si el duelo no se verificare, o si efectuándose no resultare muerte ni lesiones"* (Art. 135).

En tercer lugar se refiere al combatiente *"que dolosamente faltare a las condiciones ajustadas por los padrinos y causare la muerte o lesiones a su adversario"* (Art. 136), castigando al culpable con las penas del homicidio calificado y de las lesiones gravísimas en su caso.

En el duelo provocado con interés pecuniario u otro objeto inmoral (Art. 135) aparece una primera laguna: no existe disposición contra el o los padrinos ni contra los colaboradores y participantes (médico, director del combate, propietario de las armas y del terreno, etc.), que tuvieran conocimiento anticipado de la felonía.

Viada y Vilaseca (4) pone como ejemplos *"el que provoca á un desafío á un pariente con objeto de matarle y heredarle"* y dice que *"ése no puede ser considerado como un duelista, sino como un vil parricida o asesino, según los casos"*; también cita *"el que da causa á un duelo para matar al marido cuya mujer codicia"*. Si padrinos, colaboradores y participantes conocían los fines inmorales del provocador y no obstante prestan los servicios que en el duelo les corresponde, no debieran quedar impunes.

En el duelo con alevosía, o sea, el que concertaren los padrinos usando cualquier género de alevosía (Art. 137), existe otra laguna. La ley sanciona con la pena del homicidio calificado o, en su caso, con la de las lesiones gravísimas, únicamente a los padrinos, pero nada dispone acerca del duelista favorecido con una ventaja apreciable que conociéndola anticipadamente, se aprovecha dolosamente de ella. En ausencia de penalidad expresa, tal duelista sigue gozando del privilegio de la penalidad atemperada. Además, tampoco existe incriminación

contra los colaboradores y participantes que a sabiendas del vicio no lo advierten al combatiente perjudicado antes del combate.

Pacheco (5) declara que *"la alevosía preparada por los padrinos o consentida siquiera, debe caer sobre ellos, tanto como sobre el duelista que la usase"*. Padrinos y duelistas son, afirma Pacheco, *"co-autores"* de muertes o lesiones alevosas, pero como tampoco en el Código español existe sanción contra el duelista que saca provecho de la alevosía, sostiene que el castigo *"debe buscarse en otro capítulo (del Código) y no en el presente"* (relativo al duelo).

Pero la incriminación de ese combatiente favorecido con la alevosía y la de los colaboradores y participantes con conocimiento de la ventaja, no puede ser por aplicación analógica de la responsabilidad penal de los padrinos, toda vez que tal aplicación se encuentra prohibida en el artículo 2 del Código Penal y es contraria al principio de legalidad y tipificación reconocido en los numerales 39 de la Constitución Política y en el 1 del Código citado.

La responsabilidad de tales sujetos podría surgir, a lo sumo, de los principios de la participación criminal establecidos en los artículos 45 y siguientes del referido cuerpo de leyes. Pero para que puedan aplicarse las normas penales sobre participación a los que *"presten al autor o autores cualquier cooperación para la realización del hecho punible"* (Art. 47), es preciso que el autor o los coautores respondan en primer lugar del hecho punible.

Es cierto que los autores de la alevosía son los padrinos y que contra ellos existe efectiva y grave penalidad. Pero resulta chocante e ilógico que respondan penalmente de ella los simples colaboradores y participantes y no responda de la alevosía el duelista que a sabiendas consuma un homicidio o infiere unas lesiones. El hecho es que tal duelista no es responsable por las disparidades, desigualdades o desventajas concertadas por los padrinos. Su responsabilidad agravada tiene lugar, únicamente, cuando *"dolosamente faltare a las condiciones ajustadas por los padrinos y causare la muerte o lesiones a su adversario"* (Art. 136).

Obviamente, para llenar lagunas de responsabilidad penal, no pueden servir los códigos de ho-

(4) Viada y Vilaseca, *C. Penal de 1870*, T. III, pág. 104, Madrid.

(5) Pacheco, *El Código Penal*, T. III, pág. 98, Madrid.

nor ni las recomendaciones doctrinarias, y es indispensable la acción legislativa del Estado.

II.—Enfoque jurisprudencial.

Afortunadamente no existe jurisprudencia de los tribunales costarricenses en materia de duelo, gracias a que su frecuencia ha sido mínima y no pocas veces —cuando el combate ha sido sin consecuencias— sustraída habitualmente del conocimiento de los tribunales. Con resultados fatales sólo dos casos existen, ocurridos durante la vigencia del Código Penal de 1880, que sancionaba benignamente a duelistas y padrinos.

El primero aconteció el 11 de agosto de 1883, sentenciado con absolución por un jurado. El segundo se produjo el 9 de mayo de 1914 y fue fallado con sentencia condenatoria del Juez del Crimen de San José, confirmada por la Sala Segunda de Apelaciones de la Corte Suprema de Justicia.

El primero, el del jurado, un evidente desacuerdo judicial —como lo califica acertadamente el profesor Hugo Porter (6)—, produjo tres años después consecuencias funestas y deplorables al tomarse el hijo del duelista fallecido, por su mano y con disparos mortales, la "justicia" que no supo impartir el jurado, el cual dejó también impune, aunque parezca increíble, el homicidio del duelista sobreviviente. El segundo puede citarse, por lo contrario, como ejemplo de un honroso quehacer judicial en el cual se respetan y aplican a la letra, con honestidad jurídica, las disposiciones legales vigentes, en cuya interpretación no aparecen, sin embargo, cuestiones de interés jurisprudencial.

En cuanto al vilipendio por causa caballerescas, sancionado en el artículo 134 del Código Penal, el cual se refiere al que desacredite en público a otro por no haber desafiado o por rehusar un desafío, y al que amenazare con el descrédito para inducir a alguien a retar, aceptar un reto o a batirse, si es que alguno de esos casos ha tenido lugar en el país, ningún pronunciamiento de interés jurisprudencial se ha producido, hasta donde hemos podido investigar.

Como tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho existe sobre el duelo la del licenciado Frank Vásquez Arias (setiembre de 1959), un estudio muy completo que abarca aspectos etimológicos, históricos, doctrinarios y dogmáticos y que interesa también en cuanto señala las diferencias

con la riña y la legítima defensa, las posiciones del Derecho Natural y Eclesiástico, las Ligas contra el duelo, el Duelo Militar, entre varios otros aspectos de igual importancia.

III. Conclusiones.

1a.) Por cuanto puede ocasionalmente servir como medio para evitar otros delitos más peligrosos y frecuentes, conviene mantener la legislación actual de penas mitigadas sobre el duelo regular; y dejar siempre impunes la tentativa, el desafío sin interés económico ni otro objeto inmoral y la provocación privada, por construir peligros remotos para las personas.

2a.) También conviene mantener las demás disposiciones de la Sección IV del Título I del Libro Segundo del Código Penal, relativas a este delito, pero adicionando el artículo 135 con el propósito de sancionar a los padrinos que concertaren un duelo a sabiendas de los fines inmorales del provocador, y el artículo 137 con el fin de imponer las penas del artículo 136 al duelista que antes del combate tuviere conocimiento de la alevosía de los padrinos y se aprovechare dolosamente de ella con daño de su contrario.

Más que conclusiones, las dos que preceden con ese título son en realidad recomendaciones.

La de mantener el *status quo* legislativo tiene, además de las razones ya expuestas, una justificación de carácter negativo. Tal sistema no ha creado problemas sociales.

De las dos opuestas modalidades adoptadas en nuestro medio —la de las penas mitigadas y la de las penas comunes— puede decirse, con fundamento en la experiencia, que la primera no ha contribuido a fomentar los duelos, así como tampoco, ciertamente, a sustituir las sangrientas reyertas callejeras por los "lances de honor". En cuanto a la segunda, —que es la del Código Penal de 1941—, tampoco puede afirmarse que tuvo justificación en la necesidad de evitar desafíos o combates que hubieran sido frecuentes en el período anterior, durante el cual existía el privilegio de la atenuación de las penas. Las dos opuestas legislaciones han sido, en la práctica, inoperantes e inocuas.

De manera que no siendo el duelo problema delictivo de frecuencia siquiera apreciable, pareciera más adecuado, por razones prácticas y realistas, el sistema del mutismo. Pero con ese mismo argu-

(6) Separatas del No. 4 de la Rev. Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

mento cabría prescindir en nuestro Código de la materia de algunos otros delitos, como el regicidio en sus diversas modalidades, la piratería en alta mar, esclavitud, etc.

Se ha demostrado dogmáticamente que el término homicidio es de carácter restringido, más bien negativo y excluyente que positivo. Corresponde al que voluntariamente da muerte a una persona que no sea pariente cercano ni miembro de los Supremos Poderes, y además de esos dos casos, que se realice sin las circunstancias calificadas que señalan los incisos 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 112 del Código Penal (alevosía o ensañamiento, veneno, peligro común, vinculación con otro delito, precio o promesa). A lo cual deben sumarse otras modalidades diferentes como los casos de homicidio atenuado, la instigación al suicidio, la eutanasia, el culposo, fuera de aquellos en los cuales concurren las causas especiales de justificación, contempladas en los artículos 25 a 28 del mismo Código.

"De este modo —dice Quintano (7)— será homicidio strictu sensu, únicamente la muerte de otro hombre que no constituya, a su vez, figura autónoma calificada o privilegiada por otro tipo específico, pues el concepto del artículo 407 (del Código español) es de género y no de especie".

El homicidio tipo o básico del artículo citado, similar al que figura en el 111 de nuestro Código Penal, se caracteriza, según el mencionado tratadista, por *"la doble estructura positiva y negativa siguiente: la muerte voluntaria, antijurídica y culpable de un hombre por otro hombre que no se halle específicamente prevista en otra modalidad"*.

El homicidio con ocasión de un duelo regular se diferencia notoriamente de las especies sancionadas en nuestra ley penal y por esa razón amerita una tipificación propia, que no puede ser la del homicidio genérico por cuanto no contempla éste circunstancias específicas y relevantes que median sustancialmente en la ejecución de este delito, como el haberse ajustado en un todo los combatientes, voluntariamente y de común acuerdo, a las condiciones de igualdad establecidas imparcialmente por terceras personas, con cuya mediación tratan de evitar la prolongación de la lucha, ya sea que ésta produzca o no consecuencias lesivas.

"Por qué —debemos preguntarnos—, personas que en todos los casos mantienen una conducta intachable; incapaces, ciertamente, de cometer la contravención más ligera, en especiales circunstancias se determinan a cometer el delito que la legislación tipifica como "Duelo", arrastrando la posibilidad de su propia muerte o la de convertirse en homicidas?".

La pregunta anterior la hace y contesta el licenciado Joaquín Vargas Gené —miembro muy distinguido de la comisión que estuvo a cargo del tema en desarrollo—, en un ameno e inteligente enfoque que se acompaña como apéndice al presente estudio.

Para ilustrar el meollo de la pregunta nos recuerda Vargas Gené el caso de su padre, el ilustre periodista Joaquín Vargas Coto, que se batió en duelo, y entre otros, los dos siguientes:

"En una de las salas del edificio de la Corte Suprema de Justicia, está un magnífico óleo con la efigie del Doctor Eusebio Figueroa, muerto en duelo contra don León Fernández Bonilla el 11 de agosto de 1833. Era entonces el Doctor Figueroa Secretario de Justicia del Gobierno de don Próspero Fernández, y tanto por el cargo que desempeñaba cuanto por su formación cultural, persona normalmente incapaz de actuar contra las normas legales establecidas. . .".

"Del mismo salón de sesiones de la Corte Plena, no hace muchos años, se levantaron dos señores Magistrados con el fin de batirse en La Sabana. La participación del Secretario de la Corte de entonces, impidió que el duelo se realizara".

"El delito —dice Vargas Gené— nunca ha sido inspiración del arte. Sin embargo el duelo ocupa lugar importante entre los temas de los grandes pintores y de la literatura. . . Gernelo, llevó un óleo suyo hasta las galerías del Louvre, con el tema de "Un duelo interrumpido". La Galería Nacional de Londres, exhibe un magnífico cuadro de Hogarth titulado "El Duelo" y es famosísima la pintura de Delacroix "Duelo de Gíuar y del Bajá", que está en el Museo de Melbourne. Cervantes, que convierte en caballero andante a don Quijote. . . exalta el duelo como conducta propia de quien tiene levantado espíritu; Dumas en 1845 hace nacer la entrañable amistad de los Tres Mosqueteros

(7) Quintano, ob. cit. pág. 33.

de un duelo y en nuestro país, Aquileo Echeverría pinta un cuadro costumbrista en "Cuatro Filazos", sacando de la categoría de riña un enfrentamiento a cuchillo, para, digámoslo así, elevarlo a la categoría de duelo".

En el duelo tipo o regular, las sanciones recaen exclusivamente sobre los combatientes si no existen resultados lesivos, y en caso contrario, sobre la víctima por haber celebrado el duelo y contra el victimario, de acuerdo con las consecuencias del combate (muerte o lesiones). Esa penalidad atemperada no trasciende a padrinos, colaboradores ni asistentes. El sistema del silencio, por el contrario, da paso a complicaciones dogmáticas en cuanto a dichos colaboradores y obliga a acudir a las reglas de la autoría o de la complicidad y a manipular atenuantes y agravantes, según haya sido la actuación de cada uno de ellos en orden a evitar o forzar el duelo y a aumentar o disminuir sus riesgos; tam-

bién obliga, en cuanto a médicos y sanitarios, a subterfugios con respecto a las eximentes del estado de necesidad y cumplimiento de un deber.

Lo dicho sobre el homicidio en el duelo cabe decir también, por iguales razones, en caso de heridas o lesiones: en uno y otro caso, el sistema legislativo vigente ofrece menos problemas y contiene en potencia ventajas relativas o comparativas.

La segunda recomendación, tendiente a llenar lagunas propiamente legislativas, se explica por sí misma en cuanto persigue complementar normas de derecho positivo en dos casos: primero en relación con la actuación irregular de los padrinos —irregular en el desempeño de la función que la ley espera de ellos para cohonestar la atenuación de las penas— y segundo, en relación con el combatiente que dolosamente se aprovecha de la alevosía de los padrinos.

* * * * *

APENDICE

¿Por qué —debemos preguntarnos—, personas que en todos los casos mantienen una conducta intachable; incapaces, ciertamente, de cometer la contravención más ligera, en especiales circunstancias se determinan a cometer el delito que la legislación tipifica como "Duelo", arrastrando la posibilidad de su propia muerte o la de convertirse en homicidas?

Don Luis Jiménez de Asúa dice que *"Todo el mundo comprende y disculpa estas acciones, ejecutadas en ciertas circunstancias en que el choque afectivo provoca en el sujeto una reacción criminal. Se citan, entre estos casos, aquellos en que se trata de una situación real de dolor, que lesiona tan fuertemente el sentido de lo justo, que el poder inhibitorio del superyó, aun funcionando perfectamente en otras condiciones, queda anulado en el caso concreto"* (1).

Se debe distinguir con toda claridad entre el acto criminal del inimputable por ausencia de la capacidad de comprensión y el duelista, que realiza el acto delictuoso con plena conciencia, sabedor de lo que está haciendo, de sus consecuencias y del

carácter ilícito de su conducta en la que, sin embargo, cae, por cuanto es presa de estímulos que al momento de producirse son adecuados para inhibir la función contralora de la conciencia.

La respuesta a la pregunta formulada sobre la conducta delictiva del duelista, ha de buscarse en la existencia de esos estímulos y en la influencia que pueden tener en la conducta de un hombre, hasta el extremo de convertirlo en homicida, a pesar de que, real y efectivamente, normalmente se encuentre lo más alejado que pueda imaginarse de una tendencia proclive a lo criminal.

Los estímulos ambientales, actuando sobre la disposición de cada ser, forman la personalidad que le corresponde y tiene y, al propio tiempo, configuran el carácter.

La concepción dinámica del carácter establece que la disposición no es un valor establecido, sino una potencialidad o pura posibilidad de desarrollo. El desarrollo de la potencialidad tiene lugar en el ambiente y por el ambiente, de manera que todo desarrollo de una potencialidad es reacción al ambiente. En otras palabras, todo eficaz influjo exte-

(1) *Psicoanálisis Criminal*. Luis Jiménez de Asúa. Editorial Losada. Buenos Aires, 1947. Pág. 89.

rior fija tendencias de desarrollo disposicionalmente existentes.

Goethe expresó poéticamente la idea al decir:

"Un talento se forma en la quietud; un carácter en el torbellino del mundo".

(Torquato Tasso. Acto 1, Exc. 2).

"Para caracterizar las relaciones variadamente entrelazadas entre el Yo y su ámbito, el lenguaje y la ciencia conocen una serie de términos que, si bien son usados en la vida cotidiana con límites algo vagos, se distinguen, sin embargo, en rasgos esenciales: Frente al Yo se coloca el mundo exterior; el individuo se relaciona con su ambiente; la persona social vive en su medio; la personalidad se logra en su entorno; el hombre aislado, en el grupo, sociedad o comunidad" (2).

Debe entenderse por ambiente de una persona a la totalidad del mundo corporal y espiritual que está alrededor de ella. No hay, pues, un ambiente, sino un ambiente relacionado con cada individuo. Cada individuo, recibe los estímulos de su ambiente, pero la influencia de los mismos depende de la receptividad propia de cada persona. El concepto de ambiente es una posibilidad de influencia; el mismo hecho puede significar para unos una vivencia trascendental y, para otros puede aparecer completamente desprovisto de significado.

Los influjos del ambiente no han de ser necesariamente conscientes y, siendo el ambiente dinámico, varía permanentemente en el espacio y en el tiempo.

La educación, la cultura, el concepto que se forma una persona incorporando definiciones preestablecidas, forman parte de un ambiente que tiene notable influencia en la personalidad, en el carácter y en la conducta de las personas.

Es característico que las comunidades muestran conexiones especiales que las distinguen, creando patrones de conducta que se manifiestan en determinadas situaciones sociales o individuales. Tales patrones van cambiando en la medida en que se van modificando los componentes ambientales y en conformidad con la intensidad de los estímulos que surgen o que desaparecen.

Cuando Goethe escribió el "Werther", se produjo en el mundo occidental una oleada de suicidios, porque en aquella etapa romántica se propu-

so una solución a los problemas afectivos que planteó el escritor, estableciéndose un estímulo que generó, para quienes tuvieran la capacidad de percepción apropiada al caso, un patrón de conducta. De manera que en las personalidades que tenían una disposición hacia la autoaniquilación, ésta se desarrolló con el libro que vino a constituir un estímulo ambiental externo adecuado.

Durante muchos años el duelo fue un patrón de conducta aceptado como solución a determinadas situaciones y, ese patrón, formó naturalmente parte del ambiente, del entorno de las personalidades que se producían inmersas en él. Batirse en duelo, dentro de las circunstancias preestablecidas, era lo propio. En cambio, no batirse dentro de esas circunstancias, era cobardía y causa de deshonor.

En la época de "las preciosas", en Francia, caracterizada por un romanticismo, no sólo literario sino también práctico, exacerbado, el duelo, no sólo era corriente, sino también obligado, porque del desafío dependía, en gran parte, la consideración social a las personas, que sólo lograban conservar esa posición si no rehusaban el duelo. Rostand escribió, sobre esa época, su magnífica obra teatral "Cyrano de Bergerac", en la que los tres temas principales son: el ingenio, el amor y el duelo.

Sin embargo, el duelo no ha existido en todas las épocas de la historia. En la antigüedad clásica no lo conoció Grecia, cuna de la cultura occidental, ni lo conoció Roma, creadora del Derecho, por más que ambos pueblos fueron modelos del valor y del arte de la guerra. Ambos consideraron que era deshonesto emplear las armas para vengar las injurias recibidas, porque entendieron que en todo pueblo culto, es a los magistrados a quienes corresponde castigar los ultrajes y hacer justicia reparando el mal causado. Ciertamente que en Roma se produjeron algunos duelos, pero todos ellos, sin excepción, tuvieron un origen bien distinto al que posteriormente llegó a popularizarlos. Los duelos romanos ocurrieron siempre por cuestiones públicas y siempre con autorización del representante del Estado, para sustituir por un combate particular el choque entre ejércitos, evitando de esa manera enfrentamientos sangrientos entre pueblos. Así ocurrieron los duelos entre Horacios y Curiacios; el de Torcato Manilio con Galo; el de Tito Quincio con Badio Capuano, que se llevó a cabo sin el

(2) *Los Asociados*. Hans Gobbels. Traducción Dr. A. Linares Maza. Ediciones Morata. 1962. Pág. 138.

consentimiento del Jefe del Ejército, por lo que Tito pagó con su vida su indisciplinada desobediencia al imperio de las leyes y el haber sustituido al Estado, único con potestad de hacer justicia.

Nació el duelo en las selvas del Norte de Europa, entre pueblos de atrasada legislación. Los germanos, que lo aprendieron de los bárbaros, lo difundieron por toda Europa en alas de una ciega superstición que les hacía creer que Dios asistía al encuentro para dar la victoria al inocente y, por tal razón, a estos encuentros se les llamó, durante una época, juicios de Dios.

La convivencia de romanos y bárbaros, la mezcla de las culturas, la influencia de los ambientes propios de unos y de otros, hizo que cada parte tomara algo de la otra y así, el duelo arraigó en los romanos, al extremo que en 644, Rotario, Rey de los lombardos, al publicar en Pavía su edicto, elevó a Ley el duelo, considerándolo como prueba de verdad. El espíritu caballeresco de la Edad Media, institucionalizó los torneos. El duelo, como medio para reparar el honor, es de origen francés.

Robustecidos los poderes públicos, comenzó a ser perseguido el duelo. La Iglesia fue la primera en anatematizarlo, pero tan arraigado estaba en las costumbres, forma parte tan sólida del ambiente, que a pesar de todas las sanciones ha llegado a los tiempos modernos, por lo que las legislaciones lo contemplan como una figura delictiva.

Así, la exposición de motivos de nuestro Código Penal actual, acoge las apreciaciones de Soler y dice que *"Mantenemos la figura del duelo, aun cuando esta costumbre ha ido perdiendo significado social. La razón para no innovar mucho en este punto radica en que, aun cuando excepcional, no está por cierto descartado y por lo tanto puede ocurrir que alguien mate a otro en esas condiciones. La afirmación de que en tal situación el hecho debe ser tratado como un homicidio común no parece justa; media mucha distancia, objetiva y subjetivamente"*. Está en razón lo que Soler dice y la Exposición de Motivos de nuestro Código acoge, porque si bien es cierto que los factores ambientales se han ido modificando, ello no indica que han desaparecido los estímulos que en él existen para desarrollar, en ciertas circunstancias y en determinadas personalidades, las potencialidades de caracteres receptivos a esos estímulos, que por ellos adoptan una conducta claramente distinguible del homicida común o del que mata en riña.

El duelo se diferencia de la riña, porque ésta generalmente es el resultado de un ciego impulso y

aquel es el resultado de un acuerdo que, como tal, es meditado. Teóricamente, en el duelo hay igualdad de armas y de posibilidades, lo que en la práctica no acontece, porque siempre habrá diferencia en fuerzas y en habilidades. En la riña no está en el ánimo de los contendientes sustraerse formalmente del imperio de la ley y menos fundamentar esa trasgresión en algún pretexto que justifique ante la opinión pública la trasgresión que se comete; en el duelo se trata de hacer burlar la acción de la ley a pretexto de sentimientos y principios elevados, sustituyendo la soberanía del Estado por la soberanía particular que pretende hacerse justicia por propia mano pero, invariablemente, buscando un resultado en el ambiente, una justificación ante la opinión pública.

El delito, nunca ha sido inspiración del arte. Sin embargo el duelo ocupa lugar importante entre los temas de los grandes pintores y de la literatura. Por eso, en gran parte, ha venido a ser un factor actuante del ambiente. Gernelo, llevó un óleo suyo hasta las galerías del Louvre, con el tema de "Un duelo interrumpido". La Galería Nacional de Londres, exhibe un magnífico cuadro de Hogarth titulado "El Duelo" y es famosísima la pintura de Delacroix "Duelo de Giaur y del Bajá", que está en el Museo de Melbourne. Cervantes, que convierte en caballero andante a don Quijote por la literatura que conforma su entorno, exalta el duelo como conducta propia de quien tiene levantado espíritu; Dumas en 1845 hace nacer la entrañable amistad de los Tres Mosqueteros de un duelo y en nuestro país, Aquileo Echeverría pinta un cuadro costumbrista en "Cuatro Filazos", sacando de la categoría de riña un enfrentamiento a cuchillo, para, digámoslo así, elevarlo a la categoría de duelo.

En una de las salas del edificio de la Corte Suprema de Justicia, está un magnífico óleo con la efigie del Doctor Eusebio Figueroa, muerto en duelo contra don León Fernández Bonilla el 11 de agosto de 1833. Era entonces el doctor Figueroa Secretario de Justicia del Gobierno de don Próspero Fernández, y tanto por el cargo que desempeñaba cuanto por su formación cultural, persona normalmente incapaz de actuar contra las normas legales establecidas y, sin embargo, fue él quien retó a duelo a don León Fernández, por cuanto consideró que debía reclamar en esa forma la publicación de una hoja suelta que circuló con el título de "La Alquimia Moderna", cuyo texto lo hacía desmerecer en el concepto de la opinión pública, por lo que, para recobrar esa "estima",

debía reclamar el agravio en "el campo del honor". El duelo se realizó en las inmediaciones de La Sabana y, después del primer disparo con el que ninguno de los dos contendientes resultó herido, se acercaron diez pasos para hacer el segundo, con el que fue muerto el doctor Figueroa. Años más tarde, un hijo del doctor Figueroa dio muerte a don León Fernández en momentos en que éste se encontraba en la sala de espera del Ferrocarril del Atlántico. De estas causas, una por duelo y otra por homicidio, conoció un Jurado y en ambas dictó resolución absolutoria, a pesar de que los hechos fueron abundantemente probados (3).

Esas resoluciones dieron al traste con la institución de jurados en Costa Rica y con el juicio oral y público que existía.

Años más tarde, don Manuel Argüello Mora murió en un duelo que concertó con don Joaquín Tinoco Granados en el que, como en el anterior, los contendientes se hicieron dos disparos. También en este caso la víctima fue el retador, quien insistió en la celebración del desafío a pesar de que Joaquín Tinoco gozaba de bien merecida fama de ser el mejor tirador del país. Aún más, después de hecho el primer disparo, fue don Manuel el que insistió en que se efectuara el segundo. De este lance se dio la versión de que la muerte del señor Argüello no fue querida por el señor Tinoco, quien trató de disparar por encima del hombro de su contendor, pero éste agachó y ladeó la cabeza al momento del disparo.

Más recientemente todavía, en el año 1961, don Sergio Fernández Castro, siendo Director de la Guardia Civil y Jefe del Estado Mayor, fue herido en duelo por don Frank Marshall Jiménez, quien trasladó al herido al Hospital San Juan de Dios, sin que el caso llegara a los Tribunales.

Muchos son los duelos concertados que no se llevaron a cabo o que se arreglaron convenientemente para las partes ya en el campo del honor, gracias a la intervención de los padrinos. Entre ellos, cabe citar el que sostuvieron, en el Alto de Ochomogo, los periodistas Joaquín Vargas Coto y don Salomón de la Selva, situación que resolvieron los padrinos después de que los duelistas, ambos, hicieron un disparo al aire; el que concertaron don Otilio Ulate Blanco y el Lic. Fabio Fournier Jiménez; el de don Sergio Carballo y don Aquiles Boni-

lla, siendo el primero Director de La Nación y el segundo Ministro de Seguridad Pública; el del Lic. Ricardo Toledo y el periodista Guillermo Calvo Navarro. En estos últimos cuatro duelos, concertados pero no celebrados por algún motivo, excepto el primero que sí se celebró aunque no tuvo consecuencias personales, participaron siempre periodistas y en ellos intervino, o la política o publicaciones de carácter polémico.

Del mismo salón de sesiones de la Corte Plena, no hace muchos años, se levantaron dos señores Magistrados con el fin de batirse en La Sabana. La participación del Secretario de la Corte, de entonces, impidió que el duelo se realizara.

Ninguna de las personas citadas fue jamás procesada por delito o contravención alguna. Aún más, todos ellos fueron personas de vida ejemplar que prestaron grandes servicios al país en campos diversos; pero las circunstancias, los estímulos ambientales desarrollaron en el momento histórico que se produjeron los hechos, potencialidades que los llevaron a adoptar la conducta que asumieron.

Hemos conversado con algunos de ellos que aún viven y ello nos permite asegurar que no fue, de ninguna manera, un afán homicida, o siquiera el deseo de cobrar venganza, lo que los llevó a provocar o a aceptar el duelo, sino más bien el convencimiento personal de que no había otra forma adecuada de conservar la posición que ocupaban en el ámbito social.

A medida que se fortalece el imperio de la ley, los factores ambientales que influyen en estos llamados "delitos ocasionales", van perdiendo jerarquía e idoneidad para influir en la personalidad y en el carácter de los sujetos. Paralelamente van perdiendo también importancia como temas literarios o artísticos y la humanidad acude a los jueces antes que a los padrinos, a las normas jurídicas con imperio, antes que a las normas románticas del Código del Honor escritas por el Marqués de Cabriñana.

Nadie puede asegurar que han desaparecido los caballeros andantes, ni que del honor se haya dejado de tener un elevado concepto, pero la civilización, la dinámica del ambiente, ha dado soluciones más razonables y jurídicas a los agravios que se reciben.

(3) *El Jurado en Costa Rica*. Separata del No. 4 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Lic. Hugo Porter Murillo.