

LA LEY JUSTA PREVALECE SOBRE LA COSTUMBRE INJUSTA. CONSIDERACIONES SOBRE EL DUELO MOTIVADO EN LA DEFENSA DEL HONOR EN ARGENTINA

María Bibiana Nieto

1. Introducción

El honor es un bien valorado por las personas desde tiempo inmemorial y su protección constituye un cometido individual y social que se manifiesta de formas diferentes. “La protección legal ya se recogía en el Derecho Romano cuando se hacía mención a la *estimatio*, que era la consideración de la cual gozaba el ciudadano, en la plenitud de sus derechos civiles, tanto privados como públicos.”¹ Además, en la Ley de las XII Tablas las injurias se contemplaban como un delito contra el honor.”²

El honor se ha entendido históricamente como un concepto aristocrático, o al menos asociado con un orden jerárquico de la sociedad. En este sentido, es indudable que las nociones occidentales de honor han sido fuertemente influenciadas por los códigos medievales de caballería y que éstos estaban arraigados

¹ Herrera de Las Heras, R. *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*, (Madrid: Ed. Reus, 2017), p. 17.

² Cfr. Carvajal, P.-I. “Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2, 2013, p. 728.

en las estructuras sociales del feudalismo. También es cierto que los conceptos de honor que tuvieron vigencia hasta el siglo pasado se dieron en grupos que conservaban una visión jerárquica de la sociedad, como la nobleza, las profesiones militares y tradicionales como el derecho y la medicina. En tales grupos, el honor era una expresión directa de estatus, una fuente de solidaridad entre iguales y una línea de demarcación frente a los inferiores de la escala social.³ Actualmente, si bien se ha desdibujado este concepto con los contornos que se le reconociera antaño, no significa que se haya perdido la conciencia del valor intrínseco del hombre. Por el contrario, en el siglo XX se han desarrollado acciones sin precedentes en defensa de la dignidad y de los derechos del individuo.⁴ En este sentido, la honra y la reputación son derechos reconocidos y garantizados en catálogos normativos que rigen a nivel internacional, incluida Argentina. Tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,⁶ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -también

³ Cfr., Berger, P. "On the obsolescence of the concept of honor", *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie*. Vol. 11, Issue 2, 1970, p. 174.

⁴ Cfr., Berger, P. "On the obsolescence of the concept of honor", p. 173.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12. "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

conocida con el nombre de Pacto de San José de Costa Rica- de 1969,⁷ entre otros tratados internacionales, que desde 1994, han quedado incorporados a la Constitución Nacional, es decir, que gozan de rango constitucional.⁸

Es preciso tener en cuenta el derrotero descripto en los párrafos anteriores, para intentar entender de algún modo, “el duelo”, una práctica que, siendo común a finales del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, en un sector de la sociedad argentina, era a la vez, criticada por otra parte de la ciudadanía, como bárbara, anacrónica e inútil, y fundamentalmente considerada un atentado contra la justicia.

Hasta hace cincuenta años, en Argentina, algunos hombres, para defender su honor, ponían en riesgo su vida frente a quienes supuestamente habían lesionado su reputación, a través de la

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11: “Protección de la honra y de la dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Por su parte, el art. 14 establece el “Derecho de rectificación o respuesta: 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.”

⁸ Cfr., Constitución Nacional, art. 75, inc. 22.

costumbre de “retar a duelo.” El duelo es el combate en el que se enfrentan dos personas, como consecuencia de un desafío previo, que se origina en una ofensa al honor tenida como tal por una parte o por ambas. Este modo de recomponer la honra ultrajada y de solucionar un conflicto personal configuró desde el origen de nuestra patria un delito penal. En efecto, el duelo era contemplado y penado en la *Resolución sobre Duelos* del Primer Gobierno Patrio de 1810, y posteriormente, en el Código penal de 1887 y en el de 1921, que reemplazó al anterior.⁹ Además, era reprobado por gran parte de la sociedad. No obstante ser una costumbre incompatible con el derecho positivo, se mantuvo vigente hasta 1971, en que se registró el último desafío de esa naturaleza, entre el político peronista Arturo Jauretche y el General Oscar Colombo.¹⁰

En la presente ponencia nos proponemos analizar la práctica del duelo caballeresco como una costumbre *contra legem* en la Argentina de fines del siglo XIX hasta mediados del XX. Para ello, comenzaremos tratando el concepto de honor y su naturaleza de derecho inherente a toda persona humana. A continuación, trataremos el duelo como forma consuetudinaria de defender el honor en el período señalado en el título de la ponencia. Seguidamente, nos abocaremos a analizar el duelo como delito penal con pena atenuada en el Código Penal Argentino. Posteriormente, explicaremos porqué la costumbre *contra legem* no crea Derecho en el sistema jurídico argentino. Por último, expondremos las conclusiones.

⁹ Cfr., Pinto Bouquet, H. M. (ed.), *Código Penal concordado: jurisprudencia, antecedentes, bibliografía, legislación, fuentes, Volume I*, (Buenos Aires: Ed. Mor, 1942), pp. 13, 385-390.

¹⁰ Cfr. Hamilton, M. *Duelos. Los sangrientos combates por el honor en la historia argentina*, (Buenos Aires: Planeta, 2019), pp. 290-297.

2. El honor: derecho inherente a la naturaleza humana

El término honor presenta diferentes acepciones, y en palabras de Beccaria “ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos, sin fijarle alguna significación estable y definitiva.”¹¹ Los tres primeros significados de “honor” –del lat. *honor-honoris*– que se encuentran en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española son los siguientes: “1º m. cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos.

2º m. gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea.

3º m. buena opinión granjeada por la honestidad y el recato en las mujeres.”¹²

Si bien de estos significados podría concluirse que sólo quienes poseen una conducta intachable gozan del derecho y protección del honor, la realidad es que toda persona, por el hecho de ser tal, tiene derecho a ser respetada y tratada conforme a su dignidad, que posee por el hecho mismo de ser persona. Es decir, que el honor es un bien propio del hombre, inherente a su condición de persona y, como tal, tutelado por las leyes. La doctrina jurídica desde el siglo pasado lo incluye entre los llamados derechos de la personalidad o derechos personalísimos.¹³ El honor es en definitiva “la dignidad personal reflejada en la consideración

¹¹ Beccaria, C. *Tratados de los Delitos y las Penas*, (Madrid: Edición de la Universidad Carlos III, de la obra original de 1764, 2015), p. 30.

¹² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [Recuperado de: <https://dle.rae.es/honor>] [fecha de consulta: 16/5/21].

¹³ De Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España, Volumen II, Tomo II*, (Madrid: Aranzadi, 2008), p. 8; Beltran de Heredia y Castaño, J. “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad”, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976. p. 54.

de los terceros o en el sentimiento de la persona misma.”¹⁴ Además, podemos señalar que vinculada a este concepto, existe la palabra “honra”, que deriva de “honrar.” Los dos primeros significados consignados en el diccionario de la RAE son: “1. f. Estima y respeto de la dignidad propia. 2. f. Buena opinión y fama adquiridas por la virtud y el mérito.”¹⁵ Análogamente a lo dicho del honor, la honra se origina en un conjunto de condiciones de las que depende la valoración propia y social de la persona; y se manifiesta en la reputación u opinión que los demás tienen de sus cualidades, o que ella tiene de sí misma. En el presente trabajo utilizaremos la palabra honor y honra como sinónimos.

En los conceptos dados precedentemente, podemos identificar dos aspectos del honor: uno subjetivo, vinculado al sentimiento que cada ser humano tiene de sí mismo y de su propia dignidad; y otro objetivo, que alude a la reputación o fama, que se determina por la estima que de él tienen quienes forman parte de su entorno social.

En la actualidad es pacíficamente aceptado que la dignidad de todo ser humano debe ser protegida jurídicamente, por tratarse de una cualidad connatural a la personalidad. Consecuentemente, el derecho ampara el honor de todas las personas que reciban un ataque injusto, incluidas las que no tengan una conducta irreprochable.

Luego de las consideraciones hechas hasta aquí, cabe preguntarnos ¿cuándo se considera que una persona es lesionada en su honor? La respuesta no es unívoca porque el contenido del derecho al honor ha cambiado a lo largo de la historia. Por esa razón, no es posible establecer sus contornos de manera precisa y definitiva. Lo que lesiona la fama en una determinada sociedad

¹⁴ De Cupis, A. *I diritti della personalita*, (Milano: Giuffré, 1982), p. 252.

¹⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. [Recuperado de: <https://dle.rae.es/honra?m=form>] [fecha de consulta:16/5/21].

y cultura, no la vulnera en otra. Lo que ayer se consideraba un deshonor hoy puede no serlo; y lo que en una época configuraba un daño a la reputación, en otro tiempo resulta inocuo. Para evaluar y juzgar si el honor de una persona ha sido dañado es preciso considerar además del hecho en sí mismo, el tiempo, el lugar y el contexto histórico donde se desarrollaron los acontecimientos.

3. El duelo como forma consuetudinaria de defender el honor en los siglos XIX y XX

Los diferentes momentos históricos, como se dijo, cambian o modifican el concepto de honor y de las acciones que pueden considerarse injuriosas. Por lo tanto, se observan mutaciones en las sensibilidades y valores de las sociedades según las épocas. En este sentido, el cambio de siglo encontró a la Argentina y especialmente a la ciudad de Buenos Aires con un notable crecimiento económico, con gran movilidad social y entrecruzamiento de distintas tradiciones culturales. Estos factores diseñaron una estructura social compleja y pusieron en cuestión muchos de los criterios que sostenían las diferencias y las jerarquías sociales. “Los criterios y los marcos de referencia ‘tradicionales’, los espacios y las experiencias de sociabilidad como garantes de la posición social y como canales de acceso al poder político fueron rápidamente sometidos a revisión, cuestionados o relativizados por la aparición de otros nuevos. (...) Esta situación sumada a la aguda competencia social y política propició una mayor sensibilidad por la reputación y obligó a todos a presentar sus credenciales sociales y a construir una imagen pública con criterios reconocidos y entendidos por todos.”¹⁶ Estas afirmaciones, explican en parte,

¹⁶ Gayol, S. “Pequeños desprecios, insultos y desafíos: la sensibilidad fin de siècle de la élite argentina”, en *Caravelle, L'Amérique latine et l'histoire des sensibilités*, n°86, 2006, p. 178. DOI: <https://doi.org/10.3406/carav.2006.2924>.

la razón por la que el honor constituyó para cierto sector de la sociedad argentina un bien supremo que exigía ser custodiado y defendido incluso arriesgando la propia vida. Quien recibía una calumnia o una injuria, debía requerir la retractación o batirse a duelo. Ésta forma física de pretender reparar el honor adquirió notable vigor en el pasaje del siglo XIX al XX,¹⁷ no obstante que, como señalamos anteriormente, configuraba un delito penal y que la Iglesia Católica, institución religiosa a la que pertenecía la mayoría de la población de la época, preveía penas canónicas de excomunión y de privación de cristiana sepultura.¹⁸

A semejanza de la ley formal, existían códigos de honor que constituían una suerte de legalidad paralela: igual a la legislación penal, se basaban en preceptos claros y explícitos, recopilados en textos escritos, ampliamente difundidos. “Para el duelista, la adhesión estricta al protocolo fue la única garantía de un lance leal y legítimo, asegurando una rígida igualdad entre los combatientes y previniendo el asesinato encubierto. Al determinar las ofensas que justificaban un duelo, las armas y distancias permitidas y prohibidas, los códigos intentaron ‘civilizar’ al duelo y amortiguar sus efectos, evitando en lo posible un desenlace trágico (...)”¹⁹ También establecían procedimientos para dirimir cuestiones de interpretación. Por ejemplo, cuando había ofensas mutuas y repetidas, era difícil determinar quién había sido el ofensor, y por lo tanto, quién tenía derecho a retar a duelo y elegir las armas. Para

¹⁷ Cfr., Gayol, S. “Pequeños desprecios, insultos y desafíos: la sensibilidad fin de siècle de la élite argentina”, p. 157.

¹⁸ La Iglesia reaccionó con energía contra el duelo desde su aparición. Cfr., García Molano, A. “Pena contra los duelistas”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1948, vol. 3-8, p. 728.

¹⁹ Parker, D. S. “La ley penal y las ‘leyes caballerescas’: hacia el duelo legal en el Uruguay, 1880-1920”, en *Anuario IEHS*, (Unicen, 1999), p. 299.

estos casos, se preveía la constitución de un tribunal de honor, que tenía el cometido de resolver el problema.²⁰ De este modo, se fue formando una suerte de “jurisprudencia caballeresca” recogida por César Viale en su obra *Jurisprudencia caballeresca argentina*.²¹

En 1878 el abogado y ex juez del crimen Samuel Sánchez y el profesor de esgrima y antiguo oficial del ejército regular de Italia José Panella, publicaron el primer *Código argentino sobre el duelo*²² con la finalidad de sistematizar los duelos, fijar reglas y pautas de comportamiento y además, poner el asunto en la agenda parlamentaria para lograr su despenalización.²³ Si bien el compendio fue utilizado por duelistas, el objetivo de quitar la figura del Código Penal no fue logrado.

“Desde la independencia hasta 1971 hubo en la ciudad de Buenos Aires 2417 desafíos y/o duelos. Esta cifra es similar a la indicada para países como Alemania, Francia o Italia, por ejemplo, y muy superior a ciertos países latinoamericanos como México.”²⁴

Los defensores del duelo consideraban que era una práctica ética, porque, según ellos, al ser el honor el bien superior y máspreciado del hombre culto, justificaba poner en juego la propia

²⁰ Cfr., Parker, D. S., “La ley penal y las ‘leyes caballerescas’: hacia el duelo legal en el Uruguay, 1880-1920”, p. 300.

²¹ Viale, C. *Jurisprudencia caballeresca argentina. De los últimos treinta y cinco años*, (Buenos Aires: 1937).

²² Panella J. y Sánchez, S. F. (eds). *Código argentino sobre el duelo*, (Buenos Aires: Imprenta Moreno, 1878).

²³ Cfr., Hamilton, M. *Duelos. Los sangrientos combates por el honor en la historia argentina*, p. 230.

²⁴ Gayol, S. “Pequeños desprecios, insultos y desafíos: la sensibilidad fin de siècle de la élite argentina”, p. 158.

vida. Afirmaban que sólo la sangre podía lavar el honor manchado, una vez agotados los medios pacíficos de solución de controversias. La justificación se reforzaba alegando que la Justicia era lenta para resolver los casos, y el deshonrado podía ser tildado de cobarde, con la consiguiente condena social.²⁵

Cabe señalar que no todos los duelos eran a muerte, aunque existía el riesgo de terminar sin vida uno o ambos de los contendientes. Podían ser: a espada o sable, o con pistola. En el primer caso, con espada o sable, se podían pactar de diferentes formas: a) “a primera sangre”, que significaba: hasta que uno de los duelistas resultara herido; b) hasta “una herida grave”, es decir, hasta que uno de los adversarios no pudiera seguir combatiendo por estar en inferioridad de condiciones y, c) “a muerte”.

Si era con pistola, las condiciones que se debían pactar eran la distancia y la cantidad de disparos que se iban a realizar hasta que el desafiante sintiera que su honor estaba a buen resguardo. Era poco frecuente extender estos duelos hasta que uno de los adversarios resultara herido o muerto, porque se querían evitar las consecuencias legales, al configurar un delito.

En Argentina, a diferencia de otros países,²⁶ en los duelos con pistola los padrinos establecían una distancia entre un oponente y otro, los ponían a ambos en los extremos, el árbitro designado daba tres palmadas, y los contrincantes, al escuchar la tercera, apuntaban y abrían fuego. La distancia entre un tirador y otro era

²⁵ Cfr., Moyano Dellepiane, H. A., *El duelo a través de las publicaciones periódicas porteñas del siglo XIX*, (San Isidro: Academia Provincial de Ciencias y Artes de San Isidro, 2018), p. 3.

²⁶ Donde la costumbre era que las partes se pusieran espalda con espalda, caminaran con las armas cargadas durante una cantidad prefijada de pasos y luego giraran para disparar.

inversamente proporcional a la ofensa: cuanto más grave, menor distancia.²⁷

“La sociedad aceptaba al duelo como un mal necesario e inevitable, reglándolo para proteger la vida del duelista. Era considerado inevitable porque la guerra privada, la violencia, la discordia forma parte de la naturaleza humana y también necesario pues ponía término a una controversia. El duelo resultaba un medio rápido y eficaz para reparar los agravios y restablecer la paz social, la concordia, sobre todo cuando se reconciliaban los duelistas en el campo del honor y quedaban tan amigos como antes del combate.”²⁸

Aunque, como ya se dijo, el duelo configuraba un delito penal, su práctica era tan habitual y despertaba tal interés en la sociedad de la época, que los medios periodísticos publicaban noticias detalladas de los que se llevaban a cabo. Daban cuenta de quienes eran los duelistas, los padrinos, los lugares donde se desarrollaban, de las peripecias con la policía cuando eran denunciados, y de los fallos judiciales ante las muertes o lesiones que ocasionaban. También publicaban los conceptos injuriosos, los carteles de desafío, las gestiones de los padrinos, las crónicas de los combates, las actas de los asuntos de honor, conforme al procedimiento caballeresco regulado en los códigos de honor en uso.²⁹ Las profesiones de abogado, militar y periodista figuran en las estadísticas como predominantes entre los participantes en

²⁷ Cfr., Hamilton, M. *Duelos*, p. 19.

²⁸ Moyano Dellepiane, H. A. *El duelo a través de las publicaciones periódicas porteñas del siglo XIX*, p.7.

²⁹ Cfr., Moyano Dellepiane, H. A. *El duelo a través de las publicaciones periódicas porteñas del siglo XIX*, p. 3.

los duelos que se llevaban a cabo en la ciudad de Buenos Aires.³⁰ Algunos periodistas, amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, apoyaban disimuladamente la costumbre, otros la toleraban justificándola en ciertos casos, y había quienes, como los medios católicos, la condenaban enérgicamente.

Cabe señalar que, aunque se trataba de una costumbre irracional y contraria a la moral, a finales del siglo XIX, el duelo se había convertido en una práctica tan ritualizada que, en la mayoría de los casos, no pasaba de ser una gran escenificación a la que se ponía fin a la primera sangre o herida.³¹

4. El duelo: delito con pena atenuada en la legislación penal argentina

En la doctrina penalista argentina existieron diferentes posturas, según las concepciones sociales, políticas y religiosas de los autores, respecto de la incriminación del duelo. Para un sector minoritario el duelo debía ser impune. La mayor parte de los juristas de la época que estamos considerando en este trabajo, coincidían en que el duelo debía ser castigado por el Estado a fin de desalentar la “privatización de los conflictos” y promover la resolución de las disputas recurriendo a los tribunales de justicia. Dentro de los que sostenían que debía configurar un delito, unos abogaban por darle la misma pena que al homicidio simple y a las lesiones; otros consideraban que el duelo debía ser reprimido

³⁰ Cfr., Gayol, S. *Honor y duelo en la Argentina moderna*, (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2008), p. 111. Esta autora considera al duelo como un comportamiento socialmente estratégico de diferenciación social y política, en un momento de recomposición de la clase alta y de transformaciones estructurales en la sociedad. Cfr. Gayol, *Honor y duelo en la Argentina moderna*, p. 17.

³¹ Cfr., Moyano Dellepiane, H. A., *El duelo a través de las publicaciones periódicas porteñas del siglo XIX*, p. 2.

de manera más benigna que el homicidio o las lesiones.³² La justificación de quienes postulaban una pena menor para el duelo la encontraban en las diferencias con el homicidio simple: el motivo de honor, el afrontar valientemente el peligro propio, la cuidadosa exclusión de toda ventaja, el serio intento de evitar el lance, y la prevención de otras formas de violencia desproporcionadas.³³

El Código Penal vigente desde 1922 hasta nuestros días, adopta esta última línea de pensamiento. Aplica una escala penal más indulgente al duelo, respecto del homicidio o las lesiones, basándose en los móviles que inspiraban el hecho y el consentimiento de las partes para realizar el combate.³⁴ Esta ley penal contempla, además, dos figuras: el duelo regular y el duelo irregular. El primero es el combate entre dos personas a raíz de un desafío por causa del honor, con armas elegidas y condiciones predeterminadas por dos o más padrinos mayores de edad que asisten como testigos.³⁵ El duelo irregular se diferencia del tipo penal anterior por la ausencia de padrinos. A continuación, transcribimos los artículos pertinentes:

Artículo 97. “Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

³² Cfr., Donna, E. A. *Derecho Penal. Parte Especial, t. I*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999), pp. 201-203.

³³ Cfr., Soler, S. Anteproyecto de Código Penal, (Buenos Aires: Ed. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, 1960), nota al art. 31.

³⁴ Fontán Balestra, C. *Tratado de Derecho Penal, ed. Actualizada por Ledesma, Guillermo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989), t. IV, p. 329.

³⁵ Cfr., Nuñez, R. C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, actualizado por Spinka, R. E. (Buenos Aires: Lerner Editores, 2009), p. 263.

1º Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89.

2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.”³⁶

Artículo 98. “Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2º El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3º El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.”

Como se dijo en párrafos anteriores y se constata en estas normas, el legislador trata de manera más benévola al duelo regular que al duelo irregular, considerándolo un tipo penal atenuado. La razón es que los padrinos establecían las condiciones del combate buscando que hubiera igualdad y justicia entre los contrincantes. Y algo que no es menor, por lo general intentaban evitar la lucha

³⁶ Artículo 89. “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.”

Artículo 91. “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.”

Artículo 92. “Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.”

y trataban de llegar a una resolución pacífica del conflicto. Ellos actuaban de testigos y tenían la misión de controlar que el duelo se llevara a cabo conforme a las cláusulas convenidas.³⁷

Respecto de la participación de los padrinos, al considerar el codificador, como antes señalamos, que su intervención disminuía la gravedad del combate, sólo se contemplan penas para ellos en caso de que el duelo sea concertado a muerte o bien se utilice alevosía en detrimento de uno de los combatientes.³⁸

El Código Penal también prevé el delito de instigación al duelo que consiste en la determinación de la voluntad de una persona a provocar o aceptar un desafío, mediante la persuasión, la gravitación moral ejercida sobre ella.³⁹

Es de interés mencionar que, aunque se trata de tipos penales en desuso, estos artículos no han sido derogados, y permanecen como derecho positivo vigente en Argentina.

5. La costumbre *contra legem* no crea derecho en el sistema jurídico argentino

¿Puede crear Derecho una costumbre contraria a la ley? Esta pregunta remite a las “fuentes del derecho”, expresión que posee diferentes acepciones. En este apartado utilizamos la que alude a los modos de manifestarse el derecho vigente en un país concreto, cuya determinación depende del propio ordenamiento jurídico.

En Argentina, el Código Civil que rigió nuestro país desde 1871 hasta 2015, contemplaba como fuentes del Derecho a la ley y a la costumbre jurídica cuando la ley remitiera a ella.

³⁷ Cfr., Donna, E. A. *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, p. 207.

³⁸ Cfr. Código Penal Argentino, Arts. 102 y 103.

³⁹ Cfr., Molinario, A. J. *Los delitos*, t. 1, actualizado por Aguirre Obarrio, E. (Buenos Aires: Tea, 1996), p. 287.

Código Civil, art. 17. “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos.”

Con la reforma del Código Civil por la ley 17711 de 1968, a la costumbre conforme a la ley, agregó la costumbre que surge en ausencia de regulación legal.

Código Civil, art. 17. “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.”

De este modo, estableció como fuentes del derecho a la costumbre *secundum legem* y a la costumbre *praeter legem*, dejando fuera la costumbre *contra legem*.

El actual Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015, regula la costumbre de la misma forma que el anterior, y de manera expresa le niega el carácter de fuente del derecho a la costumbre *contra legem*.

Código Civil y Comercial Argentino, Art. 1°. “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

En el ámbito penal, conforme a las garantías establecidas en la Constitución Nacional Argentina vigente desde 1853, sólo la ley es fuente productora de la norma punitiva.⁴⁰ Es decir que “con arreglo a nuestro derecho positivo, la ley, como norma escrita y general, sancionada y promulgada como tal, es la única fuente del derecho

⁴⁰ Jiménez de Asúa, L. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot-Ed. Sudamericana, 1997), p. 85.

penal. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina no pueden constituir, ampliar o restringir la ley penal.”⁴¹ El principio de legalidad de la represión que dispone *la regla nullum crimen nulla poena sine praevia lege ponali*, está consagrado como garantía penal en el art. 18 de la Constitución Nacional que establece:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. [...] Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.”

Este artículo está en consonancia con el art. 19, 2da parte de la Constitución Nacional que dispone: “[...] Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

El principio de legalidad, propio de la forma republicana de gobierno,⁴² tiene como consecuencias: la imposibilidad de delegar la facultad legislativa penal, el principio de reserva penal con sus presupuestos (tipicidad del hecho punible, prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía e irretroactividad de la ley penal) junto con la determinación legal previa de la pena aplicable.⁴³

⁴¹ Nuñez, R. C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 71-72.

⁴² Constitución de la Nación Argentina, art. 1. “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

⁴³ Cfr. Nuñez, R. C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 76-83.

En definitiva, si bien la costumbre puede crear Derecho y se la reconoce en algunas ramas del Derecho como fuente, en el ámbito penal está excluida de forma expresa.

En el tema que nos ocupa, la costumbre social de batirse a duelo, justamente por ser una conducta contraria a la razón, e inmoral, con graves consecuencias individuales y sociales, se configuró como delito y se le asignó una sanción represiva en la legislación penal con el fin de desalentarla. Este objetivo fue alcanzado como dijimos, y en la actualidad está en desuso.

6. Conclusiones

Hemos analizado la práctica del duelo caballeresco como una costumbre *contra legem* en la Argentina de fines del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Consideramos al honor como un derecho inherente a la condición de persona humana, cuyo contenido varía en los diferentes momentos históricos en función de diversos factores —culturales, religiosos, sociales, etc.—. Explicamos la práctica ilegal del duelo como una forma de defender el honor, constituido en un bien supremo en ciertos estratos de la sociedad —sobre todo entre políticos, militares y periodistas—. Su justificación, en la valoración de la honra como un bien supremo que exigía poner en juego la vida; reforzando dicho argumento aduciendo que la Justicia era “lenta” para resolver los casos. Reflexionamos sobre las posturas a favor y en contra de la configuración del duelo como delito penal. Analizamos los delitos previstos en el Código Penal Argentino, y observamos que prevé una pena atenuada, en relación con el homicidio simple, por las diferencias que existen entre ambas figuras —en el duelo: el motivo de honor, el afrontar el peligro propio, la excusión de toda ventaja—. Por último, a la luz del sistema jurídico argentino, concluimos que la costumbre *contra legem* no puede crear Derecho, y en el ámbito de las normas penales, los impedimentos son constitucionales, es decir

que gozan de la mayor jerarquía legal. En definitiva, el duelo, un modo irracional e inmoral de recomponer el honor ultrajado y de solucionar conflictos personales se mantuvo vigente en Argentina hasta 1971. Si bien tardó en erradicarse de la práctica ciudadana, la ley una vez más, demostró ser maestra de costumbres.

Bibliografía

- Beccaria, C. *Tratados de los Delitos y las Penas*, (Madrid: Edición de la Universidad Carlos III, de la obra original de 1764. 2015).
- Beltrán de Heredia y Castaño, J. “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad”, *Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, (29 de marzo de 1976).
- Berger, P. “On the obsolescence of the concept of honor”, *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie*, Vol. II, Issue 2, November 1970, pp. 338-347. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0003975600002101>.
- Carvajal, P.-I. “Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n°2, 2013, pp. 727-743.
- Chauchadis, C. *Libro y leyes del duelo en el Siglo de Oro en Críticón*, (Toulouse: 39, 1987), pp. 77-113.
- Creus, C. *Derecho Penal. Parte Especial, t. 1*, (Buenos Aires: Astrea, 1998).
- D’Alessio, A. J. (dir.). Divito, M. A. (coord.), *Código Penal Comentado, Parte Especial (arts. 79 a 306)*, (Buenos Aires: La Ley, 2004).
- De Castro y Bravo, F. *Derecho civil de España, Volumen II, Tomo II*, (Aranzadi, 2008), p. 8.
- Donna, E. A. *Derecho Penal. Parte Especial, t. I*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999).