

cesario entender que se han causado lesiones graves, que no resulta el autor particular de éstas, pero que se conoce á los autores de las que han sido leves ó de cualquier tamaño. Por ejemplo, en una revuelta ó riña entre seis personas, *A* recibió tres heridas, dos leves, y una de gravedad. Quién fuese el autor de esta última, es cosa que se ignora; mas se sabe que *B* y *C* sacaron sus navajas ensangrentadas. Los dos, pues, causaron alguna lesión, ó la grave, ó las sencillas. El artículo dispone que uno y otro sean condenados á la pena un grado menor que la que correspondería por la lesión principal. Si pues esa herida traeria consigo prision mayor, por producir alguna de las consecuencias señaladas en el núm. 1.º del art. 313, los dos acusados *C* y *B* deberian sufrir la prision menor, que es el grado inferior próximo en la segunda escala del artículo 79.

4. Esto en cuanto á la inteligencia del artículo, la cual no puede de seguro ser otra. En cuanto á su juicio, nos referimos al Comentario del 334, que podemos mirar como la base del sistema.

## CAPÍTULO QUINTO.

### DISPOSICION GENERAL.

#### Artículo 348.

«El marido que, sorprendiendo en adulterio á su mujer, matare en el acto á esta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

»Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

»Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres, respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna.

»El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitucion de sus mujeres ó hijas.»

## CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*Lib. IX, tit. 9, L. 30.*—*Si quis ei quem suspectum habet de sua uxore, ter in scriptis denunciaverit sub praesentia trium testium fide dignorum, et post invenerit eum convenientem uxori*

*suae in domo sua vel uxoris, vel adulteri, vel in popinum, aut in suburbanis; sine periculo eum perimat. Si alibi inveniat, tribus testibus convocatis tradat eum judici: qui nulla alia ratione quaesita habet puniendi licentiam. Si tamen in sacro oratorio colloqui inveniantur post tres, ut dictum est denunciations: liceat marito utrasque personas defensori ecclesiae tradere, aut aliis clericis, ut ad eorum periculum divisim isti serventur, donec iudex cognoscens hoc, mittat Episcopo civitatis quatenus ei isti tradantur, ut debeant subire tormentum, ut nunciatur per eum ad praesidem provinciat, qui secundum leges poenam imponet legitimam.*

Fuero Juzgo.—*Ley 4, tit. 4, lib. III.*—*Si el marido ó el esposo mata la muier hy el adulterador; non peche nada por el omecillo.*

*Ley 5.*—*Si el padre mata la fia que face adulterio en su casa del padre, non aya ninguna calonna ni ninguna pena. Mas si la non quisiere matar, faga della lo que quisiere é del adulterador, é sean en su poder. E si los hermanos ó los tios la fallaren en adulterio despues de la muerte de su padre, ayanla en poder á ella y al adulterador, é fagan dellos lo que quisieren.*

Fuero Real.—*Ley 1 y 2, tit. 7, lib. IV.*—(Véanse en las Concordancias á nuestro art. 349.)

*Ley 6.*—*Si el padre en su casa fallare alguno con su fija, ó el hermano con la hermana, que no haya padre, ni madre, ó el pariente propinquo que en casa la tuviere, puedela matar sin pena, si quisiere, é aquel con que ella fallare: é pueda matar al uno de ellos, si quisiere, é dexar al otro.*

Partidas.—*Ley 13, tit. 17, P. VII.*—*El marido que fallare algund ome vil en su casa, ó en otro lugar, yaciendo con su muger, puedelo matar sin pena ninguna, maguer non le oviesse fecho la afruenta que diximos en la ley ante desta. Pero non deve matar la muger, mas deve faver afruenta de omes buenos, de como lo falló; é de si, meterla en mano del judgador, que faga della la justicia que la ley manda. Pero si este ome fuere tal, ó quien el marido de la muger deve guardar, é facer reverencia, como si fuese su señor, ó ome que lo oviesse fecho libre, ó si fuesse ome honrrado, ó de gran lugar, non lo deve matar por ende; mas faver afruenta, de como lo falló con su muger, é acusarlo ante el*

judgador del lugar; é despues que el judgador supiere la verdad, devedar pena de adulterio.

Ley 14.—A su fija que fuesse casada, fallándola el padre faziendo adulterio con algund ome en su casa mesma, ó en la del yerno, puede matar á su fija, é al ome que fallare faziendo enemiga con ella; pero non deve matar al uno, é dexar al otro, é si lo fiziere, cae en pena assi como adelante se demuestra. E la razon por que se movieron los sabios antiguos á otorgar al padre este poder de matar á ambos, é non al uno, es esta; por que puede el ome aver sospecha que el padre abra dolor de matar su fija, é por ende estorcerá el varon por razon della. Mas si el marido oviesse este poder, tan grande seria el pesar que avria del tuer-to que recibiesse, que los mataria á entrambos. Pero si el padre de la muger matasse al que falló yaziendo con su fija, é perdonasse á ella; ó si el marido matare á su muger fallándola con otro; é al ome, que assi lo deshonorrase, magüer non guardasse todas las cosas que diximos en las leyes ante desta, que deven ser guardadas, como quier que erraria faziendo de otra guisa; con todo eso non es guisado que reciba tan gran pena, como los otros que fazen omecillo sin razon, esto es, por que el padre, perdonando á la fija, fazelo con piedad, otrosí, matando al marido de otra guisa que la ley mandasse, muevesse á lo fazer con gran pesar que ha de la deshorrá que recibe. E por ende dezimos, que si aquel á quien matasse fuesse ome honrrado, é el que lo matasse fuesse ome vil, que deve el matador ser condenado para siempre á las labores del rey. E si fuesen iguales, deve ser desterrado en alguna isla por cinco años. E si el matador fuesse mas honrrado que el muerto, deve ser desterrado por mas breve tiempo, segun alvedrio del judgador ante quien tal pleyto acaeciesse.

Nov. Recop.—Ley 1.<sup>a</sup>, tit. 21, lib. XII.—Todo hombre que matare á otro á sabiendas, que muera por ello: salvo si..... lo hallare yaziendo con su muger do quier que lo halle; ó si lo hallare en su casa, yaziendo con su hija ó con su hermana.

Ley 2, tit. 28.—Contiénese en el fuero de las leyes, que si la mujer que fuese desposada hiciere adulterio con alguno, que ambos á dos sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos, pero que no los pueda matar: y por que esto es exemplo y manera para muchas dellas hacer maldad, y meter en ocasion y vergüenza á los que fuesen desposados con ellas, por que non puedan casar en vida dellas, por ende tenemos por bien por excusar este yerro, que pase de aquí en adelante en esta manera: que toda mujer que fuere desposada por palabra de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos, y ella de doce años acabados, y hiciere adulterio, si el esposo los hallare en uno, que los pueda matar, si quisiere, ambos á dos, así que no pueda matar al uno, y dexar el otro, pudiéndolos á ambos á dos matar; y si los acusare á ambos, ó á cualquiera dellos, que aquel contra quien fuere juzgado, que lo metan en su poder y haga de él y de sus bienes lo que quisiere; y

que la mujer no se pueda excusar de responder á la acusacion del marido ó del esposo, porque diga que quiere probar que el marido ó el esposo cometió adulterio.

Cód. franc.—Art. 324. El homicidio cometido por el esposo en la persona de la esposa, ó por ésta en la de aquel, no será excusable sino en el caso de que en el momento de la accion se hubiere puesto en peligro la vida del homicida.—Sin embargo, en caso de adulterio será excusable el homicidio cometido por el esposo en la persona de la esposa ó de su cómplice, en el momento de sorprenderlos en flagrante delito dentro de la casa conyugal.

Cód. napol.—Art. 388. El marido que sorprendiendo en adulterio á su mujer y á su cómplice, mate, hiera ó maltrate á uno de ellos, ó á ambos en el acto de sorprenderlos en flagrante delito, será castigado, en caso de homicidio, con la pena de prision de segundo á tercer grado; en caso de lesiones ó heridas que constituyan un crimen, con la de prision ó confinamiento de primer grado; y si constituyeren sólo un delito se le impondrá una pena de policia.—Las mismas penas se impondrán á los padres y madres que sorprendiendo dentro de su casa en flagrante delito de adulterio ó atentado contra la honestidad á su hija y á su cómplice, maten, hieran ó maltraten á alguno de ellos ó á ambos.—Las disposiciones de este artículo no serán aplicables á los maridos, padres ó madres que hubieren tolerado, excitado ó favorecido la prostitucion de sus mujeres ó hijas.

Cód. esp. de 1822.—Art. 619. El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta ó descendiente en línea recta, ó en la de su mujer, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, ó el que cometa entónces en el hombre que yace con ellas, será castigado con un arresto de seis meses á dos años, y con un destierro de dos á seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas en contorno. Si la sorpresa no fuere en acto carnal, sino en otro deshonesto y aproximado ó preparatorio del primero, será la pena de uno á cuatro años de reclusion y de cuatro á ocho de destierro en los mismos términos.

Art. 620. El que incurra en igual delito con respecto á una hermana suya, ó á su nuera ó entenada, ó al que encuentre yaziendo ó en acto deshonesto con alguna de ellas, sufrirá en el primer caso del artículo precedente una reclusion de dos á cinco años y un destierro de cuatro á

*ocho en los términos expresados; y en el segundo una reclusion de cuatro á ocho años, y un destierro de seis á diez, como queda prevenido.*

### COMENTARIO.

1. Nuestra antigua legislacion y con ella la mayor parte de las extrañas, han sido más indulgentes con el marido que venga su honra, y mata á su mujer, y al amante de ésta, culpados de adulterio, que lo es el artículo del Código que examinamos en este instante. A veces se ha reconocido como un derecho el de quitar la vida á tales personas: cuando no, se ha mirado el hecho como perfectamente excusable, y no se ha impuesto por ello ninguna pena.—El Código no lo ha entendido así. Mirándolo como circunstancia de gran atenuacion, no ha llegado, sin embargo, á constituirlo entre las que extinguen de todo punto la responsabilidad. Ha rebajado por ello, mas no ha suprimido la pena.

2. La antigua legislacion era consiguiente en este punto con su modo de considerar el adulterio: el nuevo Código tambien lo es. El adulterio se castigaba entónces hasta con la muerte: en el dia sus penas son comparativamente muy suaves.—¿Qué sociedad tiene razon en esta discordancia, la antigua ó la del momento presente? Hé aquí una cuestion que examinaremos en otro lugar, y que no pensamos resolver ahora. Solo insistimos en lo que hemos dicho ántes; cuando la sociedad castiga suavemente á los adúlteros, no sólo no debe reconocer en el cónyuge burlado el derecho de matar á la infiel y á su co-delincuente, sino que tampoco debe excusarle de todo punto, si por su propio impulso los mata. Justo es que le excuse en cierta medida pero no que le absuelva de toda pena.

3. Esa medida, sin embargo, debe ser grande, debe ser amplia. La ley de la defensa se aplica aquí hasta cierto punto; pues el marido que de esa suerte se conduce, no hay duda en que defiende su honor. La excepcion de los estímulos poderosos que arrastran irresistiblemente, tiene aquí un caso que tampoco se puede dudar, pues que es imposible encontrar ni señalar otro mayor estímulo que el que precipita á un acto semejante. Si la ley, pues, en sus actuales apreciaciones, no puede disculpar en un todo, justificar, esa muerte, bien es menester que la excuse todo lo posible, y que sea sumamente suave, sumamente benigna, al imponer por su razon alguna pena.

4. Fijada la cuestion de esta suerte, la resolucion del Código merece toda aprobacion.

5. El marido que sorprende á su mujer en adulterio, y que mata, ó causa graves lesiones, á ella ó al adúltero; el padre que sorprenda en semejantes actos á una hija menor de veinte y tres años que vive con él, y que mata ó causa iguales lesiones á ella ó al seductor; uno y otro ten-

drán por única pena la de destierro.—Si las lesiones no han sido graves, no se les impondrá pena alguna.

6. Para la inteligencia completa de este precepto, es necesario atender á dos circunstancias. Primera: que la muerte ó la lesion causada ha de ser en el acto de la sorpresa ejercida; no despues, no dejando pasar algun tiempo. El movimiento de honor que sirve de razon á la excusa, se hace digno de consideracion y de respeto cuando arrastra, cuando decide á obrar en el momento propio. Si pasa tal ocasion, si há lugar á otras consideraciones que las de aquella primitiva cólera, la ley no puede ya cerrar sobre ella los ojos, ni disimularla hasta el punto que aquí la disimula. Quedarémos entónces en los casos generales de la criminalidad y de sus circunstancias ordinarias. Entónces no es ya aquí, sino en el art. 9.º del Código, donde se ha de buscar la atenuacion de la pena.

7. Otro punto digno de consideracion es la disyuntiva que establece la ley entre los que pueden haber sido muertos ó heridos por el marido ó por el padre, en sus respectivos casos.

8. La de la Recopilacion, que regia ántes entre nosotros, exigia del marido, para que quedase irresponsable en el caso que nos ocupa, que hubiese muerto, conjuntamente, al adúltero y á la mujer criminal. Si mataba al uno, y al otro no, de ninguna suerte lo disculpaba. Suponia que en tal caso no era una pasion ciega lo que le habia dirigido, pues habia tenido tiempo y medios para reflexionar. Esa distincion era la señal de su condena.

9. Aquí, en el presente artículo, no ha sido tan sutil, no ha sido tan alambicadora nuestra nueva ley. Ha tomado el hecho como en realidad se presenta; y al paso que no lo ha disculpado hasta el punto que la antigua, tampoco le ha pedido esa bárbara igualdad, que era la condicion en ésta. Las palabras textuales usan de una disyuntiva; y una disyuntiva es de consiguiente el carácter de esta disposicion. El marido que mate á su mujer en tal acto, el que mate al adúltero, el que mate á los dos, será calificado y castigado del mismo modo. El espíritu moderno no es el de las leyes recopiladas.

10. A la conclusion del artículo que examinamos se encuentra un precepto de eterna justicia, y que han escrito con suma razon los legisladores para terminar este punto. «El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitucion de sus mujeres ó hijas.» ¿Cómo, en efecto, les habia de aprovechar? ¿Cómo habian de ser excusables, queriendo castigar por sí el propio daño que ellos habian promovido ó causado?—No nos disimulamos por cierto que la aplicacion de este principio podrá traer dificultades y disputas; mas el principio en sí es de toda exactitud, y los tribunales lo aplicarán resolviendo aquellas, como tienen que resolver tantas otras que se presentan diariamente en nuestro foro.

## CAPÍTULO SEXTO.

## DEL DUELO.

1. En las *Lecciones del Derecho penal* que pronunciamos en 1840, y que se imprimieron en 1843, hemos discurrido largamente sobre el duelo en sus relaciones con la legislación criminal. Siguiendo la práctica que hemos consagrado en otros lugares de esta obra, nos permitimos aquí trasladar algunas páginas de aquellas consideraciones, discurriendo que nada mejor podemos hacer, para dar cuenta y fundar nuestras doctrinas. Lo que desde entónces acá se ha escrito en esta materia, no ha tenido otro resultado que el de confirmarnos en nuestras opiniones.

«El duelo, decíamos, entrando ya en la cuestión, no es un invento ni un crimen en nuestros días, pero tampoco se remonta á una inmensa, desconocida antigüedad. Las naciones en cuya historia, en cuyas leyes, en cuya filosofía estudiamos los orígenes de la civilización clásica, no conocieron, ni nos han dejado rastro de tal costumbre. Ni como decisión de verdadero litigio, ni como medio de lavar las manchas de la honra, encontramos nunca que los griegos ni los romanos hiciesen uso del combate individual. El de los Horacios y los Curiacios no tiene ninguna semejanza con el desafío de los tiempos modernos. Temístocles, amenazado por Euríbiades, no le provoca para vengar su afrenta, y se limita á decirle: «pega, pero escucha.» Necesariamente debían ser muy diversas de las de los tiempos posteriores las ideas griegas y romanas sobre el honor; y el contexto de las leyes sobre injuria en este pueblo último, confirma sin duda un juicio, que por otra parte nada invalida ni hace sospechoso.

»Hay á la verdad en algun historiador de aquel tiempo cierta referencia ó indicación de un desafío; pero no es entre los romanos donde lo describen, sino en un pueblo que á la sazón se contaba entre los bárbaros. Tito Livio lo indica como una costumbre de algunas tribus españolas; y esta cita, muy repetida despues, es la primera que nos ofrecen los anales del mundo acerca de un hecho, que tanto habia de extenderse y dominar. Por de contado que no se trata allí de vengar injurias: trátase solo de decidir un pleito, sobre el cual no habian podido ponerse acordes los contendientes.

»Tal debia ser el primer aspecto del desafío en su primitiva sencillez. Si en los tiempos en que los poderes públicos eran aún débiles y nacientes, fué natural que la fuerza sustituyese con frecuencia al derecho, y que en vez de acudir á la autoridad quisiesen los hombres hacerse justicia por sí propios; nada podia tener de extraño que aun despues de mejor organizada la sociedad política quedasen en éste ó en aquel punto algunos restos de las primitivas costumbres, resultando con su mayor rudeza entre los cortos progresos de una sociedad escasa y desigualmente civilizada. Así la relacion de Tito Livio, no solo es completamente

verosímil, sino que da á presumir con fundamento que no serian únicamente los celtíberos ó los pueblos inmediatos á Cartagena, los que seguirían esa citada costumbre. De uno y otro lado del Pirineo debió sin duda extenderse, y ser uno de los orígenes del verdadero duelo, que conocieron y practicaron los siglos posteriores.

»Nació éste incuestionablemente en los tiempos de la edad media, y tuvo por causa multitud de motivos ó de acontecimientos, que se agruparon á la sazón en la Europa. Invadido el imperio romano, y asentados, en fin, sus herederos en las que fueran sus opulentas provincias, realizóse y consumóse la revolución mas capital que han presenciado y padecido los pueblos del mundo. No es mi ánimo ni mi deber explicarla en estas lecciones; y ni aun me seria posible, en la premura con que tengo que pasar sobre tantos puntos, el caracterizarla con grandes y compendiosos rasgos. Básteme decir que todas las ideas y todas las instituciones de la justicia social experimentaron un inmenso trastorno, cuando no desaparecieron extinguidas completamente. La civilización romana, tan semejante bajo mil aspectos á la de los tiempos en que vivimos, que en su perfección y en sus defectos, también indicaba el adelanto y el progreso de tantos siglos, fué pisoteada, arrollada, borrada, con todo lo que la servia de acompañamiento, ó que era su consecuencia, para dar lugar al estado inculto en que se encontraban los hijos del Norte, y que imponían á la Europa como sello de su omnipotente autoridad. A la extrema cultura que la caracterizaba, sucedió la mas completa rudeza; al servilismo en las costumbres, que habia llegado á un extremo difícil de explicar, sucedió un sentimiento de independencia, de libertad, de audacia, que bien podia y debia calificarse como el extremo contrario. Alteráronse las nociones del Derecho, trastornándose las de la autoridad: la fuerza fué un título para aquel; y cansado y harto el mundo de envilecimiento, saciado hasta no más de obedecer á los eunucos y á los monstruos, rebelóse hasta contra las leyes; y hubiera roto, á serle posible, hasta las ideas mas elementales del orden y la dependencia.

»En medio, señores, de aquel inmenso cataclismo, que el entendimiento se fatiga para concebir, habia dos gérmenes de esperanza que asegurasen la suerte de la sociedad futura. Fué el uno esa misma independencia, esa misma rudeza de carácter y de sentimientos, que, no pudiendo ser sino accidentales y transitorias en una sociedad donde habia elementos de civilización, garantizaban para en adelante, no una bárbarie perpétua, sino una provechosa renovación de la virilidad humana. El otro principio de bien que germinaba en aquella confusión de pueblos, consistia en su admisión del cristianismo, para ser formados por su espíritu y llevados por su tendencia. La sociedad antigua le habia ciertamente admitido también; pero formada en su origen bajo el influjo de las ideas paganas, jamás habia desechado del todo este carácter, ni hecho de la nueva ley el único fundamento de su moral y de su existencia. Muy diferente y mucho más eficaz debia ser la obra de la religión cristiana en