

LA LEGITIMA DEFENSA HASTA FINES DE LA EDAD MEDIA. NOTAS PARA SU ESTUDIO *

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y ESTADO DE LA CUESTION

Pocas cosas hemos encontrado en estudios recientes sobre el tema que ahora nos ocupa, considerado desde una óptica histórica. Es por ello que, en buena medida, nuestro esfuerzo se ha centrado sobre las propias fuentes de conocimiento, teniendo a la vista, claro está, algunas aportaciones bibliográficas más o menos recientes. Desde luego, hay que reconocer que no sucede lo mismo respecto del planteamiento del tema en términos de actualidad, donde sí es posible encontrar una abundante bibliografía. Baste citar, sólo a título de ejemplo, el reciente estudio que con carácter general ha hecho Luzón Peña (Barcelona 1978), o el centrado en la legítima defensa del honor debido a Díaz Palos (Barcelona 1971). Con independencia de algunos estudios dedicados a ciertos aspectos concretos de la legítima defensa, sin olvidar algunas connotaciones históricas, relativamente recientes y con objetivos muy limitados, como puede ser el de Julián Pereda sobre la legítima defensa de los bienes (en «Estudios de Deusto», Bilbao 1935, páginas 143 y ss.), poco más podemos relacionar y menos con la perspectiva histórica deseada. Por otra parte, con una proyección más general, desde el punto de vista histórico, apenas podemos contar con las sucintas, aunque valiosas referencias que al tema dedica Tomás y

* El presente artículo constituye una aportación necesariamente acotada en el tiempo, por razones impuestas de espacio, de un trabajo más amplio realizado con anterioridad. Para su mayor concreción, además del corte cronológico efectuado, se han reducido las notas a simples indicaciones insertas en el texto, ello con independencia de las oportunas reducciones operadas en los comentarios a los distintos textos jurídicos, que constituyen la nervadura del trabajo.

Valiente en su estudio sobre el Derecho penal de la Monarquía Absoluta (Madrid 1969).

Aunque no nos hemos encontrado con vacíos normativos a lo largo de la trayectoria histórica de la institución que comentamos, puede decirse que a partir del momento en que tiene lugar la formación de los derechos territoriales, aquélla será objeto de un tratamiento más amplio y sistemático. Sin embargo, esto no sucede siempre así en todos los reinos y territorios. En Castilla, la cuestión que nos ocupa va a merecer una regulación amplia, aunque no lo suficientemente sistemática como para que no haga necesaria una intervención doctrinal llamada a llenar los intersticios de una normativa técnicamente imperfecta. No obstante, conviene anticipar que este fenómeno no es exclusivo de la legítima defensa, ni de cualquier otra institución jurídico-penal. Nosotros hemos tenido oportunidad de constatar esto último de manera convincente con ocasión de nuestro estudio sobre el aborto criminal (Madrid 1980). En consecuencia, no parece necesario insistir ahora en la importancia que en éste como en otros temas histórico-jurídicos tiene la doctrina de la Edad Moderna, ya sean juristas como Antonio Gómez, Covarrubias, Azevedo, Ancarrano, Gaspar Hurtado, Pradilla Barnuevo, Cantera Burgos, (Alvarez Posadilla, Vilanova y Mañés, etc., ya teólogos moralistas, como Luis Torres, Pedro de Ledesma, Melchor Cano, Manuel Rodríguez, Luis López, Enrique de Villalobos, Alonso de Vega, Fray Antonio Bernat, Méndez de San Juan, etcétera. Todos ellos se refieren a la legítima defensa con mayor o menor detenimiento y de ellos hemos recogido interesantes disgresiones en torno al tema, a las cuales no podemos, sin embargo, hacer ahora referencia por las obvias limitaciones espaciales a que nos vemos constreñidos. Y no puede sorprendernos esta intervención conjunta de moralistas y teólogos, junto con juristas (en el fondo también teólogos), en la problemática que plantea la «defensa justa», teniendo en cuenta que ya Hinojosa (*Influencia que tuvieron...*, en Obras, I, Madrid 1948) puso de relieve cómo muchas instituciones trascendentales del Derecho penal pertenecen durante los siglos XVI y XVII al dominio mixto de la Teología moral y la Filosofía.

Queremos anticipar que el tema de la legítima defensa tiene indudables concomitancias con otras cuestiones paralelas o concurrentes en nuestro Derecho histórico, así como ramificaciones que penetran en sectores institucionales más conocidos. Por ello intentamos ahora dejar

acotado el tema, circunscribiéndolo a la legítima defensa de la persona, de los bienes o del honor, lo que sin duda nos permitirá acometer casi todo el ancho caudal en que esta institución se desarrolla a lo largo de parte de su trayectoria histórica. Deliberadamente no nos ocupamos de los supuestos de legítima defensa que puedan presentarse en el caso de violaciones de aquellas paces especiales que singularizan parte en nuestro Derecho penal medieval, y ello porque más que verdaderos casos de legítima defensa, o mejor, con independencia de ella, en realidad constituyen violaciones de una paz especial, con sus características consecuencias, como ya pusieron de relieve en su día Wolhaupter, Orlandis, Gibert, Valdeavellano, etc.

Finalmente, parece oportuno indicar que desde el punto de vista de la metodología expositiva, partiendo esencialmente de un método cronológico que nos permita presenciar los cambios que en su tratamiento ha merecido la institución jurídico-penal que analizamos, cuando la afluencia de fuentes lo permitan utilizaremos un método más sistemático inserto en la fundamental línea cronológica que presidirá la exposición.

II. DERECHO ROMANO

El tema de la legítima defensa no ha merecido un tratamiento extenso por parte de los romanistas. Cabe señalar, sin embargo, que el mismo se desenvolvió en el Derecho romano de forma que podría calificarse de lúcida, hasta el punto de que, como ha señalado algún autor, Giuseppino Ferruccio, la ciencia jurídica moderna, como ha sucedido en otras parte del Derecho penal, ha acogido gran parte de la disciplina romana, si bien con ciertas desviaciones que, a juicio del citado autor, ha perjudicado la regulación jurídica de la institución (*Diritto penale romano*, I, Padova 1937, págs. 168 y ss.).

En base a las fuentes podemos considerar genéricamente la legítima defensa como aquella violencia que emplea una persona bajo ciertas condiciones para responder al acto delictual de otra que amenaza su vida, su honor o sus bienes. Tal vez el texto fundamental sobre este principio brevemente esbozado se deba a Cicerón, en su oración *Pro Milone*, donde afirma que la legítima defensa es una ley natural y no civil, principio que encontraremos a menudo recordado en las fuentes. Así sucede, por ejemplo, con el jurisconsulto sabiniano Cassio.

y para casos especiales por Ulpiano, Marciano, Arrio y otros. El principio antes citado, lo encontraremos recogido por Ulpiano en un texto inserto en el Digesto (D. 43,16,1,27) referido al interdicto *De vi et de vi armata*, donde expresamente se dice que «es lícito rechazar violentamente la violencia, y que este derecho se funda en la naturaleza, de lo que resulta (según Cassio) que es lícito rechazar las armas con las armas». Pero es que, además, el derecho a repeler el ataque constituye al mismo tiempo una obligación de los siervos con sus señores (D. 29,5,1,18), o de los subordinados respecto de sus superiores, y hasta tal punto ha de entenderse esto así que, otro jurisconsulto, Menander, dirá que «el que no defiende a su superior, pudiendo hacerlo, debe ser asimilado al autor de la agresión: pero se le debe perdonar si no podía resistirla» (D.49,16,6,8).

Conviene retener, pues, que en las fuentes romanas se afirma que la legítima defensa se funda en el Derecho natural. Así lo hemos visto confirmado en otro texto procedente de Gayo (D.9,2,4), donde se considera exento de pena a aquél que mata al ladrón nocturno o al que ha sido sorprendido de día, caso de que éste se defiende con armas, principio cuyo origen se encuentra ya en la Ley de la XII Tablas. Y decimos que se fundamenta en el Derecho natural, porque como en el mismo texto se indica «la razón natural permite defenderse contra el peligro». En suma, conviene recordar este principio que hemos visto enunciado explícitamente por Gayo, somera aunque directamente por Cassio y Ulpiano y también de forma inequívoca por Florentino (D.1,1,3) cuando aconseja rechazar la violencia y la injusticia, ya que, como este jurista nos viene a decir, tal derecho está basado en la Naturaleza. Y en la misma línea, en otro lugar (D.9,2,45,4) Paulo dirá que «los que no pudiéndose proteger de otra manera, hubiesen sido culpables de un daño, son inocentes, porque todas las leyes y derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza». En definitiva, nos encontramos con ese *vim vi repellere* del que más tarde nos hablarán los tratadistas, desde que la glosa y el comentario hacen su aparición en la esfera jurídica occidental europea durante la Edad Media, hasta sus vivas manifestaciones en la doctrina apoyada en el Derecho común de la Edad Moderna.

Pero además, conviene tener en cuenta que la legítima defensa subsiste no sólo por la realidad de una agresión inminente e injusta, que hay que repeler, sino también por el justo temor de que ante un

agresor injusto y próximo, se advierta el efectivo peligro de una lesión. Ello se deduce de un pasaje de Ulpiano donde al hablarse de la violencia ejercida sobre alguien con las armas para expulsarlo de su *fundus*, basta para justificar la propia defensa y la de la propiedad el miedo que inspiran las armas de quien o quienes agreden (D.43,16,3,5). Así, pues, el terror al agresor armado y el consiguiente miedo a la muerte actúan como causas desencadenantes de una defensa que ante el Derecho ha de estimarse lícita, y así lo estima también un texto del mismo Ulpiano inserto en la *Lex Aquilia*, alusivo a ese *metu mortis* de quien se ve obligado a defender su propia vida ante un ataque injusto. En este punto, el valor del «justo temor» aparece explicado de forma indubitada por el citado jurisconsulto en otro pasaje del mismo cuerpo doctrinal, cuando advierte que por «intimidación» hay que entender «el miedo presente, no la sospecha del que puede venir» (D.9,25,pr. y 4,2,9,pr.).

Ahora bien, para que la defensa contra el daño causado en la persona o bienes de alguno se considere legítima, es necesario, a la luz de los anteriores y de otros textos que podrían colacionarse, que se trate de un daño causado injustamente y con plena libertad por parte del causante. Ello implica que el perjuicio causado a un tercero por causa de coacción o por fuerza mayor, no se considere como injusto, y por lo tanto no nos encontraremos ante legítima defensa. Por otra parte, dentro del primer supuesto, sólo se permite herir en defensa propia o de los bienes, frente a aquél que emplea la fuerza, y siempre con el exclusivo fin de protegerse, no de exteriorizar un sentimiento vengativo, más difícilmente justificable desde el punto de vista jurídico.

A la vista de los datos obtenidos sobre las fuentes, y especialmente de numerosos textos insertos en el Digesto, pueden considerarse como requisitos de la legítima defensa los siguientes: que exista la amenaza de una lesión sobre la persona o los bienes de alguien; que conste la inminencia y la injusticia de esa amenaza; que concorra necesidad por parte del ofendido de proteger el bien amenazado; que se dé adecuación de la defensa a la ofensa (es lo que Ulpiano recomienda cuando se trata de lograr un justo equilibrio o una adecuada proporción entre los medios ofensivos-defensivos empleados: D.43,16,3,4); finalmente, que la defensa se realice *in continenti*, es decir, simultáneamente al ataque. Así, Ulpiano advertirá que sólo «podemos recha-

zar con las armas al que viene con ellas, siempre que sea de manera inmediata, sin dejar pasar cierto tiempo...» (D.43,16,3,9).

Por la amenaza del mal el amenazado puede reaccionar impidiendo que la lesión sea un hecho, para lo cual debe proceder adecuadamente aunque sea él quien antes reciba el primer golpe. Es indudable que tal respuesta se funda no sólo en un principio de profunda raigambre humana, sino también sobre otro estrictamente jurídico, cual es el de impedir que un daño se produzca, antes que castigarlo después, o como se expresa en el Código de Justiniano *melius est occurrere in tempore, quem post exitum vindicare* (3,27,1. Cfr. G. Ferruccio, p. 171). En base a este principio aparece legitimada la acción del que viéndose agredido injustamente por otro, repele primero la agresión. No obstante, el propio Ulpiano advierte que cuando la lesión deriva de una persona privada o de un magistrado que actúan en el ejercicio de un derecho que les es reconocido, no cabe la posibilidad de ejercer la propia defensa, ni siquiera dentro de los límites expuestos (Cfr. extensivamente D.47, 10,13,1 y ss.).

La proporción que debe existir entre la ofensa y la defensa viene expresada con la fórmula *moderamen inculpatae tutelae*. Pero la determinación de la proporción aludida sólo puede obtenerse de hecho, es decir, a la vista de los elementos objetivos resultantes, de tal modo que resulta imposible obtenerla «a priori». Precisamente para salir al paso ante cualquier duda a propósito de la proporción a que nos referimos, puede afirmarse, de acuerdo con diversos pasajes del Digesto, que en principio es lícito defenderse con armas de un asaltante que las lleva consigo y que con ellas procede a atacar. Y justamente en función de esa proporcionalidad apuntada, la jurisprudencia saldrá al paso del posible desajuste que pueda darse entre el elemento ofensivo empleado por el agresor y el defensivo-ofensivo empleado por el agredido. En este sentido se sostendrá el criterio de que si una persona es agredida con el puño, no debe repeler el ataque empleando espada (Cfr. Ferruccio, p. 172), o en otro sentido, como señala Ulpiano, si alguien pudiendo prender al ladrón, prefirió matarlo, debe estimarse que procedió injustamente, por lo que quedará obligado a responder de acuerdo con la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (D.9,2,5,pr.).

Pero junto al requisito de la justa proporción que debe existir entre la defensa y la ofensa, es necesario que concorra el elemento temporal de la sincronía entre la acción injusta del invasor y la respuesta.

del que se defiende. Sólo cuando *in continenti*, es decir, inmediatamente, el atacado se defiende de la amenaza, puede decirse que ambos hechos se funden en uno sólo, despejando la incógnita de una posible acción vengativa. En esta línea interpretativa, si alguien que ha sido privado de su posesión de algún bien, intenta recuperarla por medio de armas, habiendo dejado pasar un intervalo desde que perdió aquélla, su acción revestirá un carácter criminoso, situación esta que entra también dentro de los supuestos de la *Lex Cornelia* (D.48,8,3,4). Distinto es el supuesto al que se refiere Juliano (D.43,16,17), en el que se anota que el poseedor de una cosa tiene derecho a defenderla frente a quien quiera arrebatarla, lo que presupone no sólo el poder de evitar que se la sustraigan, sino también de recuperarla, caso de haberle sido arrebatada, siempre y cuando tal acción del anterior poseedor se verifique «en el mismo encuentro».

Pero interesa destacar que en los textos legales se dice que la legítima defensa es admisible tanto a beneficio propio, como de personas allegadas. Esto explica que Marciano, en un texto inserto en la *Lex Cornelia* (D.48,8,1,4) señale que debe perdonarse a quien mató a un tercero que ejercía violencia para cometer estupro en él, o en alguno de los suyos. En cambio, en los textos no se contempla la hipótesis de defensa a favor de un extraño. Sin embargo, Ferruccio, tomando en consideración tal supuesto de hecho, considera que aquella posibilidad debió ser admitida por los jurisconsultos romanos. Estima el citado autor que la base de tal consideración se apoya no sólo en una genérica norma de asistencia social, sino también en el propio interés del Derecho por la protección de los bienes jurídicos. En este punto, la lesión injusta a un bien jurídico extraño es motivo suficiente para ejercer una legítima defensa, tanto porque responde a un sentido cívico digno de amparo, como a la necesidad humana de prestar socorro al que está en peligro (*op. cit.*, pág. 177).

Por último, y teniendo a la vista las circunstancias que deben concurrir en el proceder de una persona para estimar que nos encontramos ante un supuesto de legítima defensa, cabe deducir ésta *honoris causa*, es decir, por razón de defensa del honor, en un supuesto que veremos frecuentemente recogido por el derecho posterior: aquél en que el lesionado lo es en su honra por adulterio de su mujer o de su hija (no es necesario insistir en el hecho del carácter genérico que tanto aquí, como en el derecho posterior, tiene el término «adulterio», abar-

cando como vemos el supuesto de la hija que vive en casa de su padre). En el presente caso, Papiniano considera que «el padre tiene el derecho de matar al cómplice del adulterio de una hija, a la vez que a su hija, si ésta se halla bajo su potestad, pero ningún otro ascendiente puede hacerlo, ni tampoco el padre que sea hijo de familia» (D.48,5,21). Asimismo, indicará este juriconsulto que «el derecho de matar a los adúlteros se concede al padre cuando es dentro de su propia casa, aunque no viva allí su hija, o en la casa de su yerno...» (D.48,5,23,2). Y más adelante explicará: «Se permite matar a la adúltera y a cualquiera que sea su cómplice tan sólo al padre, y no al marido, por razón de que generalmente la piedad paterna es favorable a los hijos, en tanto debe frenarse el acaloramiento y arrebato de un marido que se precipita en sus decisiones» (D.48,5,23,4). Incluso Marciano añadirá que: «con tal que el padre mate a los dos, lo mismo da que mate antes o después a la hija adúltera, pero si mata a uno sólo, responde por la Ley Cornelia, y si hiere tan sólo a uno después de haber dado muerte al otro, no queda exento del tenor de la ley...» (D.48,5,33,pr.).

Por lo que se refiere al requisito de la simultaneidad entre la ofensa y la defensa, en este caso del honor, Ulpiano subraya que la muerte de la hija por el padre debe realizarse *flagrante delicto*, de tal manera que el padre no puede hacer uso de su derecho a la defensa de su honor matando sólo a uno y esperando algún tiempo para hacer lo mismo con el otro, a no ser que la separación entre ambas muertes se deban a causas ajenas a su voluntad (D.48,5,24,pr.,2,3 y 4).

III. DERECHO VISIGODO

Diversos son los textos jurídicos que con referencia a la legítima defensa encontramos en los cuerpos legales visigodos. Con independencia de dos escuetas, aunque expresivas referencias que hemos hallado en el *Edictum Theodorici*, y otra bastante explícita inserta en el sistema postclásico del Breviario, procedente del Código Teodosiano, la mayor parte de las noticias proceden del sistema de Derecho romano vulgar del *Liber iudiciorum*, sin que hayamos encontrado rastro de la institución en el Código euriciano. En efecto, nada seguro cabe deducir del Palimpsesto de París, entre cuyas normas conservadas no hay ninguna referencia al tema. Sin embargo, son varias las *antiquae* en la

Lex Visigothorum que se ocupan del problema, lo que pudiera abonar la tesis de que constituyan un núcleo procedente del texto tradicionalmente admitido como Código de Eurico.

En efecto, el Edicto teodoriciano (núm. 15) contempla claramente el supuesto de defensa de la propia persona, al señalar que aquél que rechaza a quien se abalanza sobre él armado con espada, causándole la muerte, no es considerado como homicida, y la explicación que seguidamente aduce es ciertamente expresiva: «porque quien defiende su propia salud no se entiende que comete falta».

El otro precepto teodoriciano (núm. 16) se refiere con igual nitidez al supuesto de defensa de los bienes, indicando que quien violentamente asaltase la posesión ajena en presencia de terceros, de modo que de entre ellos alguien repudiese con igual violencia la acción de aquél, determinando su muerte, el que *per necessitatem* procediese de este modo, quedará libre de toda pena.

Dos extremos nos interesa destacar del contenido del texto últimamente citado. El primero es el hecho de que el precepto teodoriciano parece contemplar la posibilidad —que en Derecho romano sólo pudimos entrever— de la legítima defensa ejercida respecto de un bien perteneciente a un extraño. El segundo es la presencia en el mismo precepto del requisito de necesidad que ha de presidir la actuación del defensor, considerando ésta como indispensable para la protección del bien jurídico. Por lo demás, los requisitos que ya vimos debían informar la legítima defensa en el Derecho romano, como son, la amenaza de un mal, su inminencia, la necesidad de protección del bien, la adecuación de la defensa a la ofensa y la coincidencia temporal entre una y otra, caben ser deducidos implícitamente del propio texto.

Por lo que se refiere al Breviario de Alarico, el precepto más rotundo que hemos encontrado de legítima defensa (IX,11,2), viene referido asimismo a la protección de los bienes propios frente al *nocturnus expoliator*, bien de la casa, bien en el camino. Esta disposición procedente del Código teodosiano, dentro de los supuestos de la *Lex Cornelia*, concede licencia al sujeto pasivo del ataque o de la inminente amenaza, para resistir con armas, de modo que si por la temeridad del asaltante, éste fuere muerto por quien lícitamente ejerce su defensa, el defensor no debe responder por ello.

Como hemos puesto de relieve anteriormente, es en el *Liber* donde vamos a encontrar una más completa y acabada regulación de la le-

gítima defensa. El conjunto de disposiciones que a este tema se refiere, puede descomponerse en los tres aspectos ya indicados que legitiman la defensa: del honor, de los bienes y de la propia persona, contra los injustos atentados que tales bienes jurídicos puedan recibir de terceros. A continuación, procederemos breve y sistemáticamente a desenvolver el tratamiento que esta fuente da a los tres puntos mencionados.

1. *La defensa del honor.*

El L. I. considera claramente como circunstancia eximente la muerte perpetrada en aquél o aquéllos que atentan gravemente contra el honor de una persona. Interesa destacar que los supuestos que aquí se consideran vienen referidos a los casos de adulterio de la esposa, justificando la acción del marido que para preservar su honor y fama, mata a los adúlteros, en base al perjuicio moral que aquellos actos pueden producirle y, desde luego, con independencia del carácter autónomo con que en la ley se configura el delito de adulterio. En este sentido, la legítima defensa ha de entenderse como acto inmediato del ofendido, por fuera de las actuaciones procesales que configuran la persecución de un delito de adulterio claramente perfilado, por lo demás, en la ley. Así parece que deben entenderse los supuestos contemplados en L. I. III,4,1 a 3, donde al darse una cierta intervención judicial en los actos jurídicos tendentes a restablecer el honor del varón casado o que ha celebrado los esponsales, la calificación de aquellos actos como de legítima defensa aparece más dudosa, a no ser que se adopte a nuestro juicio una noción excesivamente laxa de la institución jurídico-penal que analizamos. En cambio, las leyes 4 y 5 del mismo libro y título, contienen supuestos más claros de legítima defensa *honoris causa*, al reconocer expresamente la licitud de la muerte ocasionada en los adúlteros por parte del deshonorado. Constituyen ambos supuestos un «homicidio justo» del que más tarde hablarán los tratadistas de la Edad Moderna.

Efectivamente, la ley 4 proclama abiertamente que si el marido mata a la mujer y al adúltero, no debe pagar por el homicidio. Por su parte, la ley 5 reconoce el mismo derecho al padre que encuentra a la hija «adulterando» en su casa o, caso de no matarla, hacer con ella y el cómplice lo que quisiere. Del mismo modo establece que los

hermanos y tíos de la mujer podrán ejercer el derecho de proceder libremente contra los adúlteros, una vez muerto el padre, en subrogación del derecho que la ley concede a este último. Es evidente que en los supuestos contenidos en la ley 5, no nos encontramos con un adulterio en el sentido actual de la palabra. Lo que sucede es que la ley califica genéricamente de adulterio cualquier relación sexual realizada fuera del matrimonio, cuya realidad pueda afectar el honor del padre o de los parientes más próximos, facultando para ello a éstos a ejercer eficazmente un derecho de defensa de su honra, bien considerando lícita la muerte de la mujer y el adúltero, bien poniendo a ambos a disposición del padre o de los familiares ultrajados.

Por último, otro supuesto en que juega la legítima defensa por causa del honor, es el contemplado en el texto III,3,6 *antiqua*, donde se autoriza al marido a matar impunemente al raptor de su mujer que lo hace por la fuerza, y la razón de tal licitud es *quod pro defendenda castitate commissum est*.

2. La defensa de los bienes.

La legítima defensa ejercida por quien actúa en defensa de sus propios bienes, aparece expresamente reconocida en dos leyes *antiquae* del L. I. (leyes 15 y 16 del tít. 2, del lib. VII). Hemos de hacer notar el evidente paralelismo que existe entre el sistema de Derecho romano vulgar del L. I. y el Derecho romano justiniano en este punto. En efecto, la ley 15 de aquel cuerpo legal contempla el supuesto de la justa defensa ejercida por una persona respecto de sus bienes, frente al ladrón diurno que se defiende con armas. De nuevo, el equilibrio lógico que ha de darse entre la ofensa y la defensa, autoriza sin más preámbulos al legislador a considerar lícita la muerte originada en el asaltante, sin que por ello el que justamente se defiende haya de responder por homicidio. Por lo demás, los requisitos conocidos de inminencia de la agresión y simultaneidad de la defensa, se deducen implícitamente de un texto, cuya escueta formulación no impide la asunción de tales conclusiones.

Por su parte, la ley 16 referida al ladrón nocturno, consagra en idénticos términos la posibilidad de la legítima defensa por parte del poseedor de los bienes. De esta ley, aunque tan breve como la anterior, se derivan claramente dos elementos consustanciales de este tipo de

defensa. El primero, cuya presencia se deduce expresamente del propio texto, es la no necesidad de que el ladrón nocturno que intenta proteger su botín, vaya armado o utilice arma. Lo que es congruente con la agravación de la responsabilidad del ladrón que procede con nocturnidad. El segundo, la simultaneidad de la defensa: en definitiva, el *in continenti* que veíamos recogido en las fuentes romanas, y que la propia ley recoge también expresamente, al aludir al ladrón nocturno *dum res furtivas secum portare conatur*, es decir, que es sorprendido en su acción delictiva por quien legítimamente acude en defensa de lo suyo.

3. *La defensa de la persona.*

Las normas que regulan la legítima defensa de la persona aparecen esparcidas a lo largo del L. I., sin que necesariamente hayamos de centrarnos, para detectar la presencia de aquella institución, en el libro VI, tít. 5: *de caede et morte hominum*. Nosotros vamos simplemente a enumerar algunos supuestos en los que se dan los requisitos que definen una legítima defensa entendida en sentido estricto.

Por ejemplo, en L. I. VI,4,6 debida a Recesvinto, se regula un supuesto paradigmático de defensa de la propia vida, cuando señala que aquél que se defiende del ataque de otro que, o bien le ha herido o le quiere herir sin razón con palo o con arma, si el atacado se defiende de manera que lo hiera él antes o lo mata, ni debe pagar por el homicidio, ni por otra pena alguna, porque como expresa el propio texto legal *commodius erit irato viventem resistere, quam sese post obitum ulciscendum relinquere*. Caso similar se plantea en VI,5,19, al señalarse que aquél que mata a algún pariente defendiendo su propia vida, no tendrá que responder por homicidio, siempre que pueda probar ante el juez la licitud de su defensa. La propia ley expone tajantemente que en caso de parricidio *propriam vitam tuetur admiserit*. Notable expresividad tiene el texto VI,4,2, referido a aquél que entra por la fuerza en casa ajena armado con espada, con la intención de matar al señor de aquélla. Expresamente se consigna que si el dueño de la casa, defendiéndose le causa la muerte, no debe exigírsele nada por ella. Finalmente citaremos la ley IX,3,2, que también considera libre de toda responsabilidad al que, como consecuencia de la comisión de algún acto ilícito, alguien huye al interior de una iglesia, de tal

modo que presentando resistencia armada es matado por su seguidor, éste no tiene por qué responder por ello, ni por el hecho de haberse desarrollando tales actos *in loco sancto*.

De todos los supuestos enunciados, sin ánimo de agotar la variada temática que el L. I. contiene, son predicables los requisitos que definen una legítima defensa entendida en los términos ya expresados.

IV. FUEROS MUNICIPALES

No son numerosos ni cualitativamente variados los datos que hemos podido extraer del sistema de los fueros municipales a propósito del tema que nos ocupa. De todas formas, dada la variedad que el Derecho presenta en este período, así como su escasa originalidad, hemos preferido rastrear los supuestos más significativos, procurando evitar incurrir en casuismos tan prolijos como poco esclarecedores. Conforme a esta pauta, vamos a examinar brevemente cuatro supuestos en que se nos muestra el ejercicio de una legítima defensa en términos sustancialmente parecidos a los examinados para períodos precedentes, a salvo, desde luego, los matices derivados de las nuevas circunstancias sociales que imprimirán nuevas formas en el Derecho. Son estos: legítima defensa de lo que con terminología acuñada en esta época, se denomina «paz de la casa»; legítima defensa del honor por adulterio de la mujer; legítima defensa de la propia persona y legítima defensa de los bienes.

1. El Fuero de Cuenca 134 (VI-6) contempla el supuesto de aquél que contra la expresa prohibición de su dueño entrare en casa ajena, allanándola violentamente. Estamos, pues, en presencia de uno de los supuestos que, como han señalado Orlandis y Valdeavellano, constituyen «quebrantamiento de casa», con su inevitable secuela de pérdida de la paz para el causante. Como ya indicábamos al principio, prescindiremos de todo lo concerniente a los supuestos de violaciones de paces especiales, por las razones que apuntábamos. Pues bien, en este caso, con independencia de la caloña que deberá pagar el intruso por quebrantamiento de morada, el Fuero señala expresamente que si tras la prohibición, aquél permaneciese en su actitud de violenta intromisión, el dueño puede golpearle, herirle e incluso matarle, sin por ello pagar caloña ni salir por enemigo. Hemos de decir que parecida:

regulación de este supuesto concreto hemos hallado en Zorita 118, Béjar 148, Plasencia 139 y Baeza 122. No obstante, el Fuero de Plasencia exige que el señor de la casa demuestre con tres vecinos que el intruso no obedeció a su requerimiento de abandonar aquélla y que por ello lo hirió o lo mató. Si no pudiese demostrarlo así, habrá de ser el intruso o presunto intruso herido quien jure con tres vecinos que el dueño no le hizo tal requerimiento, de modo que en tal caso será el dueño quien habrá de pagar el daño causado según Fuero.

2. En cuanto a la defensa del honor por adulterio de la mujer, el F. C. 279 (XI-28) establece que quien encuentre a su mujer con otro adulterando, puede matar a los dos, sin que por ello deba pagar caloña ni salir por enemigo. Ahora bien, en el caso de adulterio *in fraganti*, que es el que el Fuero contempla, el marido está obligado a ejercitar la legítima defensa de su honor sobre ambos culpables, de modo que no cabe matar o herir a uno y dejar libre al otro, en cuyo caso no sólo deberá pagar la oportuna caloña, sino que también saldrá por enemigo. En este punto, el Fuero se encarga de precisar que basta con que mate a uno, aunque el otro escape herido, o al menos que hiera a ambos, para que la actuación del marido se considere como causa de justificación. Sustancialmente, el tratamiento dado a esta legítima defensa del honor, se repite en los Fueros de Zorita 252, Béjar 322, Fl. Teruel, 366, Fr. Teruel 479, Fl. Albarracín 469, Cp. Albarracín p. 161; Coria 59, Cáceres 67, Usagre 66 y Baeza 251.

En cambio, el F. de Alcalá 70, aparte de exigir que el marido sorprenda a su mujer en presencia de tres testigos, que además han de ser parientes de ella, no impone, al menos expresamente, el requisito de que ejercite la defensa de su honor en ambos adúlteros, sino que sólo hace mención de la mujer. Por lo demás, también en este Fuero la intervención del marido, realizada bajo tales condiciones, no determina en él la aparición de responsabilidades de ningún género.

3. Tal vez sea el Fuero de Soria 494 el que más claramente regule el caso de legítima defensa de la propia persona. En el citado cuerpo normativo se establece que quien matare a otro «sobre tregua», ha de ser considerado traidor. Ahora bien, si el homicida actuó como consecuencia de haber sido herido él primero por el otro, quien por su parte procedió antes vulnerando la tregua establecida, de modo que el primer lesionado «tornando sobre sí» le matare, entonces no debe ser considerado traidor, ni tampoco deberá responder por homicidio.

No cabe duda de que ese «tornar sobre sí» aparece como expresión inequívoca de la simultaneidad de la respuesta del ofendido o atacado y, por lo tanto, como elemento que, junto a los otros que se derivan implícitamente del texto, configuran una típica situación de legítima defensa.

Sin embargo, los referidos requisitos de efectividad de un ataque a la persona e inmediatez de la respuesta del ofendido, así como adecuación de la defensa a la ofensa, lo hemos visto aún más expresivamente expuestos en el Fuero de Daroca de 1142 (Cfr. Muñoz y Romero, *Colección*, pág. 541), cuando tras de reconocer expresamente el principio de *vim vi repellere*, señala que si alguien fuera golpeado primero por otro y a continuación *eadem hora, eademque loco*, el atacado repeliese la afrenta golpeando a su vez al atacante, no tendrá que pagar caloña alguna, pero siempre que ese «repeler la fuerza con la fuerza» no signifique matar al injusto agresor, ya que si así lo hiciese, al romper el equilibrio que debe existir entre el ataque y la defensa, deberá responder como homicida. Esto mismo sucede en el Fuero de Salamanca 62, único de los leoneses en que hemos encontrado un texto referente a la defensa de la propia integridad física. En el citado Fuero salmantino se indica que aquél a quien hirieren y «sobre su cabo tornare» hiriendo a su vez al atacante, no responderá por nada. Sin embargo, si a la herida responde el lesionado con la muerte de su atacante, de modo que «tornando sobre sí» matare al otro, deberá pagar por el homicidio y salir por enemigo.

4. Por lo que se refiere a la defensa de los bienes, aparte de diversas alusiones que aparecen repartidas en distintos Fueros municipales, más o menos expresivos, hemos encontrado una clara alusión al tema en el Fuero de Jaca, tanto en el primitivo Fuero otorgado por Sancho Ramírez en 1063, donde se exime a los jacenses de la caloña del homicidio que se cometió en la persona de un ladrón (ver Muñoz y Romero, *Colección*, pág. 236), como en redacciones extensas posteriores de origen navarro del mismo Fuero de Jaca (Cfr. Molho en su edición crítica, redac. B, núm. 211 y 212; redac. C, núm. 142, 143 y 144, redac. D núm. 141, 142 y 143 y redac. E núm. 148, 149 y 150, estrechamente relacionados con Fuero General de Navarra V,7,27 y III, 12,7). En ellos se contempla en concisos pero expresivos preceptos, tanto la formulación general de que el que mata al ladrón no ha de pagar caloña alguna, como los supuestos más concretos de muerte originada

por el propietario de un bien en el ladrón nocturno o en el diurno que se defiende con armas, sin que por ello le deba ser demandado nada. El paralelismo que se aprecia entre estos textos y las correspondientes disposiciones del L.I. a las que ya nos hemos referido, nos parece notable y constituyen un factor acreditativo de la influencia ejercida por el código visigodo en el Derecho de Aragón, tal como apuntara con carácter general Lalinde en su estudio *La presencia visigoda en el Derecho aragonés* (AHDE, 42) y más concretamente para los supuestos a que ahora nos referimos, González Alonso en su trabajo *Los delitos patrimoniales en el Derecho pirenaico local y territorial* (AHDE, 41J).

Por su parte, y también en estrecha relación con los anteriores, el Fuero de Estella (Cfr. la ed. de Lacarra, redac. A, II, 7) ofrece una solución más matizada y menos rigurosa, ya que si bien admite que en el ejercicio de la legítima defensa puede llegarse a matar impunemente al ladrón nocturno que se defiende, añade que, caso de ser éste reducido vivo, no debe producirse la muerte, sino que debe ser entregado al bayle. Esta solución, a juicio de Valdeavellano, supone un grado más avanzado de la evolución jurídica de algunos de nuestros derechos locales (Cfr. *El apellido. El procedimiento in fraganti y la reivindicación de bienes muebles en el Derecho español medieval*, en *Estudios medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977, págs. 69 y ss.).

La presencia de una regulación de la legítima defensa en textos catalanes, responde ya a una marcada influencia romanística que, como es sabido, se deja notar en Cataluña tempranamente. Incluso más tempranamente de lo que podía pensarse, respecto al tema que nos ocupa, habida cuenta de que, como recientemente ha expresado Iglesia Ferreirós en su estudio *¿El primer testimonio de la recepción del Derecho romano en Cataluña?*, publicado en *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, abril-junio 1978, en un documento de 17 de agosto de 1128 aparece ya la frase *vim vi repellere*, que el autor considera como el primer dato acreditativo de la aplicación del Digesto en Cataluña, concretamente del texto de Ulpiano inserto en el interdicto *de vi et de vi arreata* (D. 43,16,1,27).

En esta línea de influencia romanística se hallan las «Costums» de Tortosa (VIII,1,9 y 10), donde se admite la aplicación del interdicto *unde vi* en el caso de que alguien se vea desposeído violentamente de su bien por un tercero o terceros. En este caso de despojo violento de la posesión, la víctima puede proceder de dos maneras: bien *incon-*

inenti, expulsando violentamente al invasor o invasores, bien recobrando la posesión mediante juicio y sentencia. Nos interesa el matiz porque expresa bien a las claras la distinción entre un auténtico ejercicio de la legítima defensa, verificado de forma inmediata frente a una agresión injusta por parte de un tercero, y el camino procesal que la ley ofrece al desposeído para recobrar la posesión de su bien.

V. DERECHO TERRITORIAL DE LA BAJA EDAD MEDIA

La aparición durante la Baja Edad Media de formaciones jurídicas territoriales, aunque en líneas generales va a suponer un más completo tratamiento de la institución penal que comentamos, no significa que esto suceda de igual modo en todas partes. En efecto, la relativa prolijidad que hallamos en el Derecho territorial castellano, contrasta un poco con la mayor exigüidad normativa de otros territorios. De todas formas, para valorar debidamente la orientación que siguen los nuevos derechos territoriales, conviene tener en cuenta las distintas corrientes de influencia que operan en su seno y que conforman el variado contenido que tales formaciones jurídicas territoriales muestran en relación con el tema que nos ocupa. En este sentido, parece oportuno separar diversos grupos normativos para, seguidamente —en aras de la concisión—, referirnos sólo a algunos aspectos fundamentales de la legítima defensa.

A. *La de un Derecho territorial que generaliza normas de algunos derechos locales, en cuya base se encuentra una influencia del Liber.*

En esta línea, el Fuero General de Navarra (V.7,27; Cfr. también III,12,7) contempla el supuesto ya conocido de la legítima defensa de los bienes frente al ladrón nocturno o diurno, con características tan parecidas a las ya examinadas para el Fuero de Jaca, que nos hacen pensar en una común herencia del Código visigodo, y a su través, del Derecho romano vulgar del que este último es trasunto. No vamos a detenernos, desde luego, en consideraciones a propósito de la naturaleza y raíces de estos derechos, ya que no es esta la ocasión de ello. Tampoco detendremos nuestra atención en las circunstancias con arreglo a las cuales en el F. G. N. se desarrolla esta forma de legítima de-

fensa, habida cuenta de que están presentes en dicho cuerpo normativo las ya conocidas soluciones a los supuestos del ladrón diurno que, sin armas, defiende su botín, o al nocturno que lo hace sin ellas.

B. *La de un Derecho culto con fuerte base doctrinal autóctona.*

Bajo esta premisa podemos situar al Derecho aragonés, donde encontraremos referencias a la legítima defensa en los Fueros de Aragón, el Vidal Mayor y en las Observancias de Jaime de Hospital y Díez de Aux. No vamos a detenernos en comentarios a propósito del precepto contenido en el Código de Huesca (Tilander, *Fueros de Aragón* VII, núm. 261, pág. 147), en el que se condena a la horca al «ladrón manifiesto» hallado *in fraganti*, y sin necesidad de esperar «mandamiento ni iudizio de justicia», en relación con su posible relevancia para un estudio de la legítima defensa. Razones de espacio y de oportunidad nos aconsejan detener nuestra atención más bien sobre el texto citado en segundo lugar.

Prescindiendo ahora de consideraciones sobre la naturaleza de la *Compilatio maior*, hemos de decir que trata de nuestra institución en el lib. IX, art. 20, relativo al homicidio. Efectivamente, el Vidal Mayor (Tilander, págs. 508-509) nos ofrece con verdadero detalle una regulación de lo que denomina «deffendimiento non culpado». En el mencionado texto se declara: que cualquiera puede defenderse a sí mismo, a sus cosas y a su amigo contra todo extraño que atente contra ellos; que para ello se requiere que «primeramente» tenga lugar la agresión por parte del atacante; que si de la respuesta del agredido se deriva muerte del agresor, aquél no merece pena corporal ni económica. Pero tal defensa se considerará como eximente siempre que el que se defiende no se exceda en su respuesta a la agresión de que es objeto. Y en este punto el legislador extrema sus precauciones a la hora de acomodar la defensa a la ofensa. Expresamente alude a que si alguien es atacado por otro con un cuchillo, debe defenderse con «semeillable arma» o incluso con armas más eficaces, cuando de la actitud del agresor se deduzca su evidente intención de matar, sin necesidad de detenerse a considerar la naturaleza del arma que piensa emplear en su defensa, ya que basta con que se persuada que la que utiliza el atacante es apta para producir la muerte.

Ahora bien, si respecto a la cualidad del arma que puede utilizar

el que se defiende, no se plantea problema, habida cuenta de que el agresor utiliza una cuya finalidad evidente es la de producir la muerte, ya que ello es deducible de los elementos objetivos que concurren en la defensa y ataque, la cuestión cambia de signo cuando el autor del ataque emplea un medio mucho más blando, o simplemente el puño. En este caso, difícilmente el que se defiende puede justificar una defensa justa, si al contrario que su agresor le responde con un instrumento capaz de producirle graves lesiones o la muerte. En el propio texto se puntualiza que si el desajuste entre el medio ofensivo utilizado por el atacante y el del atacado, se produce en beneficio de éste, en tal caso estará obligado a ejercer su defensa «non firiendo mas arre-drando», es decir, utilizándolo como instrumento disuasorio y no con intención de herir ni mucho menos de matar, porque en este caso no es posible hablar de «non culpada deffension».

Pero como ya hemos indicado, también se da una penetración de la institución en las Observancias. Las de Jaime de Hospital y Díez de Aux recogen, ambas de forma casi literal, un supuesto bastante característico de legítima defensa de la propia persona: aquella que se realiza por fuera y con expresa elusión del *diffidamentum*. Tras proclamar ambos textos la no ilicitud, y por tanto, la carencia de responsabilidad de quien mata a otro tras haber precedido el oportuno desafío, consagran a continuación de manera plena la eximente de aquél que sin previa declaración de enemistad, mata a otro procediendo *in defensione sua*. He aquí, pues, una legítima defensa de la propia integridad física por parte de quien, sin haber mediado el requisito formal del «diffidamentum», mata a otro que previamente se disponía a matarle a él por fuera también de aquella formalidad. En ambos textos se consagra de este modo la eximente de quien en propia defensa responde libre y espontáneamente anticipándose al ataque de quien —obviamente con propósitos homicidas— se dispone a atentar contra su persona (ver *Fueros y Observancias del Reyno de Aragón*, Zaragoza 1624, *Observantias*, lib. VI, pág. 27; también G. Martínez Díez, *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, ed. y estudio, Zaragoza 1977).

C. *La de un Derecho culto en parte de procedencia romana y en parte con soluciones intermedias, probablemente tomadas de algún Fuero municipal aragonés o carta puebla catalana.*

Es este el caso de los Fueros de Valencia. El tratamiento que de la legítima defensa encontramos en él es relativamente explícito, ya que además de contemplar los supuestos generales de defensa de la persona y de los bienes, y los más concretos del ladrón diurno o nocturno, regula con precisión el aspecto primordial de la adecuación defensa-ofensa que define un verdadero ejercicio del *ius defensionis* (Cfr. *Fori Antiqui Valentiae*, ed. Dualde Serrano, Madrid-Valencia 1967, rub. 119, núms. 7, 9 (22), 26 y 28, págs. 236 y ss.).

En efecto, en los Fueros y en la rúbrica *De criminibus*, se establece que si alguien defendiéndose matare a otro y probándose que lo hizo protegiendo *corpus suum vel res suas*, no debe temer las represalias de nadie, si bien ha de permanecer fuera de la ciudad durante un año, de tal modo que, terminado el plazo, pueda volver sano y seguro a su casa. En la misma disposición se establece que una vez retornado, el «curia» se encargará de protegerlo frente a los parientes del muerto. Por otra parte, en el mismo cuerpo normativo se establece que aquel que golpease a otro, pero no le matare, sino que le cortase algún miembro, no debe ser matado, aunque sí será puesto a disposición del lesionado, salvo en un caso concreto: *nisi fecerit se defendendo*. En el caso de que el que ejerció su defensa fuera persona más honorable que el herido, por decisión del «curia» y de los hombres buenos, deberá sufragar los gastos de la curación del herido. No vamos a detenernos —lógicamente por razones de espacio— en un análisis exhaustivo de ambos preceptos, pero sí queremos significar el matiz conciliatorio que en ambos aflora, respecto del más radical entendimiento que otros cuerpos normativos hacen de la legítima defensa, sobre todo al introducir ciertos lenitivos a las tajantes medidas con que, por lo general, se regula el ejercicio de la legítima defensa.

En cuanto al extremo de la adecuación defensa-ofensa, en otro apartado de la citada rúbrica se dice que si alguien da una bofetada a otro, y éste le responde con un golpe de cuchillo, debe ser considerado en culpa. Y a continuación el texto nos desliza un matiz interesante que, además, no pasará desapercibido a la doctrina posterior: a no ser

que el agresor fuese un hombre robusto, de tal modo que con su solo puño pudiese causar la muerte de alguien, en cuyo caso el que se defiende puede hacerlo lícitamente con armas. Finalmente, los supuestos del ladrón nocturno o diurno, merecen del texto que comentamos el mismo tratamiento a que ya nos hemos referido con respecto a otras fuentes. De nuevo, la nocturnidad, al constituir una agravante para quien protagoniza el hurto, determina la legitimidad de una defensa de los bienes con armas. En ambos casos: para el hurto de día y para el de noche, la defensa de los bienes con muerte del ladrón se considera como eximente .

D. *La de un Derecho culto con fuerte influencia romanística.*

Antes de entrar en el examen del Derecho territorial castellano, hemos de decir que ya en los Decretos de la Curia de León de 1188, en la línea de los Fueros municipales, encontramos un importante precepto sobre legítima defensa, la referente a la ejercida contra el asaltante de la casa, señalándose que «si el dueño o dueña o alguno de aquéllos que les ayudasen a defender su casa, matase a alguno de los asaltantes, no sea castigado como homicida y no responda del daño que hiciera» (*Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, I, Madrid 1861, pág. 12, núm. 11).

La regulación y el tratamiento en general que la legítima defensa va a recibir en el Derecho territorial castellano es bastante completa, no sólo por abarcar los distintos aspectos en que aquélla se manifiesta, sino también por la importancia que adquiere la interpretación doctrinal, especialmente durante la Edad Moderna. En principio podemos ya decir que será la propia ley la que nos aporte una definición, si no acabada y perfecta de la legítima defensa, sí al menos coherente y lo suficientemente genérica como para deducir de ella los elementos que conforman nuestra institución, según venimos viendo. Tal definición la vamos a encontrar, lógicamente, en un cuerpo normativo tan apegado al uso de los conceptos como son las Partidas. Pero antes de participar el concepto anunciado, queremos subrayar dos aspectos del mismo. El primero, al que ya hemos aludido, es su carácter genérico y eminentemente descriptivo, lo que, como hemos apuntado, dará pie a la interpretación doctrinal, atenta aquí como en otros supuestos, a completar las deficiencias legales. El segundo, su carácter esencialmen-

te gráfico, lo que por otra parte no es sino un atributo del legislador, que con lo que podíamos llamar elemento anecdótico, suple la deficiencia anterior:

Partidas VII,10,7: "Amparança es cosa que es otorgada a todo ome comunalmiente, para defenderse del mal, o de la fuerça quel quieren fazer".

Y como complemento de lo anterior:

Partidas VII,8,2: "Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome haya poder de amparar su persona de muerte, queriendolo alguno matar a el; e non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podría morir el que fuesse acometido, e despues non se podría amparar".

Es evidente que ambos textos se refieren a la defensa de la propia integridad física. Sin embargo, como veremos a continuación, otros textos, no sólo de las Partidas, sino también del Fuero Real, las Leyes del Estilo, Ordenamiento de Alcalá y más tarde Leyes de Toro y Recopilaciones, junto a algunos párrafos que preceden al transcrito en segundo lugar, contribuirán a configurar una legítima defensa entendida en todas sus manifestaciones.

El Fuero real, en el título de los homicidios, establece lo que podemos designar como la normativa general reguladora de la legítima defensa en sus distintos aspectos. Efectivamente, el texto IV,17,1 preceptúa que todo hombre que matare a otro «a sabiendas», es decir, con dolo, merece ser castigado con pena de muerte. Hasta aquí todo entra dentro de la normalidad en lo que se refiere al homicidio voluntario o intencional, o lo que es lo mismo, el causado con *animus occidendi*. Sin embargo, esta regla general tiene una serie de excepciones que el propio texto recoge, excepciones que se configuran como circunstancias eximentes de la anterior responsabilidad. Tales excepciones, son entre otras: cuando alguien matare a su enemigo conocido; cuando matare a alguien defendiéndose; o si matare a quien encontró adulterando con su mujer, con su hija o hermana; o cuando tratare de evitar que alguien forzare a una mujer; si matare al ladrón nocturno de su casa, o al que huyere de ella con el objeto robado; o si matare a alguien que intentaba matar a su señor, su padre, hijo, abuelo, hermano o pariente.

Del examen del referido texto, podemos extraer una serie de conclusiones que contribuyen a simplificar el panorama que la prolija descripción del mismo ha podido oscurecer, así como que otros preceptos coetáneos o posteriores presentan. Tales conclusiones son: que, aunque implícitamente, se dan en los supuestos relacionados en el F. R. los requisitos ya conocidos como determinantes de una defensa justa, o como indicará la doctrina posterior, de un «homicidio justo»; que el citado texto del F. R. concuerda con bastante fidelidad con los textos de las Partidas VII,8,2 y VII,8,3 y en lo que respecta al contenido subyacente, es decir, a la raíz de la legítima defensa y sus motivos determinantes, con el precepto de las Partidas VII,10,7 al que nos hemos referido; que el mismo precepto del F. R. pasó luego a ser Nueva Recopilación VIII,23,4 y en la Novísima Recopilación XII,21,1: finalmente, que del examen de la casuística inserta tanto en el F. R. como en las Partidas en los distintos preceptos concordantes, se desprende la consideración de la existencia de cuatro formas de legítima defensa, o más bien el casuismo anterior puede reconducirse a cuatro situaciones distintas en que la muerte de un hombre no genera responsabilidad alguna, supuestos a los que, además, expresa y explícitamente aludirán más tarde autores como Alfonso de Azevedo, Antonio Gómez y Diego de Cantera Burgos: cuando alguien actúa en su propia defensa, cuando lo que se defiende es el propio honor, cuando se trata de proteger los propios bienes o cuando se defiende la integridad de familiares o amigos.

Pero con independencia de lo anterior, el propio F. R., en el título que trata de los adulterios, explicitará aún más la noción que sustenta de la legítima defensa del honor.

1. Así, en IV,7,1, texto que después aparecerá recogido en las Recopilaciones, se establece que si la mujer casada hiciese adulterio, ella y el cómplice pasarán a poder del marido, quien hará de ellos y de sus bienes lo que quisiere. Sin embargo, el mismo precepto señala expresamente que no puede matar a uno y dejar al otro. Dos consideraciones merecen hacerse a propósito del mismo. La primera, que su contenido concuerda con la ley 93 del Estilo, la cual, sin embargo, introduce el matiz de que si por cualquier causa alguno de los adúlteros escapase al castigo del marido ofendido en su honor, el que haya sido apresado debe ser vencido en juicio como adúltero, quedando en poder del marido hasta tanto aparezca el otro, de modo que cuando

esto ocurra también éste deberá ser vencido en juicio, para que a continuación aquél quede libre de matar a ambos si quisiera. Entendemos que la explicación al hecho de que ambos adúlteros deban ser vencidos en juicio, cuando no son apresados por el afrentado conjuntamente, es porque, al no poder ejercer la legítima defensa por sí mismo en el instante, es decir, *in continenti* (lo que definiría una legítima defensa tal como la venimos entendiendo), debe ya esperar a que por decisión judicial se le haga entrega de los mismos para, una vez demostrada la existencia del delito judicialmente, proceder contra ellos con libertad. Tal explicación concuerda, por otra parte, con el reconocimiento que la ley 82 de Toro hará del derecho del marido de matar a los adúlteros hallados *in flagranti delicto*, con independencia de las consecuencias económicas que de tal acción se derivan y a las que la citada ley expresa y primordialmente se refiere.

La segunda consideración se refiere a que los preceptos concordantes de las Partidas (VII,17,12 a 14), relativos al adulterio de la mujer casada, difieren del contenido en el F. R., en tanto que aquéllos sólo autorizan a que el marido mate al cómplice, pero no a su mujer, solución que, como hemos anotado, no se corresponde con la propuesta en las Recopilaciones. Efectivamente, las Partidas, tras reconocer como lícita la muerte del adulterador, señalan en cambio que respecto de la mujer el marido debe «hacer afrenta de hombres buenos de cómo halló a su mujer», para ponerla a continuación en manos del juez.

2. Otra manifestación de la defensa del honor es aquélla que se produce cuando el padre encuentra a su hija (o el pariente próximo «que en casa la tuviere») con otro hombre en su propia casa, en cuyo caso el mismo F. R. IV,7,6 establece que aquél puede matar a ambos o a uno de ellos, si quisiera. Y aquí de nuevo encontramos una falta de correspondencia con lo que nos dicen las Partidas VII,17,14 para el mismo supuesto, ya que en este último cuerpo legal se señala que el padre ha de matar a ambos, prohibiendo expresamente ejercer la defensa de su honor sobre uno de ellos.

En resumen, la defensa del honor en la regulación que le dan el F. R. y las Partidas tiene dos manifestaciones que serán contempladas de diferente modo por una y otra normativa: defensa del honor por adulterio de la mujer y defensa del honor por actos carnales realizados por la hija, casada o no. En el primer caso se observa una diferente regulación en ambos cuerpos legales, ya que mientras el F. R.

(como después implícitamente la ley 82 de Toro) autorizan expresamente a que el marido mate a ambos adúlteros hallados *in fraganti*, en las Partidas sólo se considera lícita la muerte inmediata del adulterador, especialmente cuando se trata de hombre vil, ya que si el cómplice fuere señor del deshonrado u hombre importante, entonces aquél debe acusarlo ante el juez, para que lo castigue como adúltero. En cuanto a la mujer, a la que se le prohíbe matarla, debe ponerla en manos del juez para que «faga della la justicia que la ley manda» (Partidas VII,17,13). En el segundo supuesto, de nuevo se advierte un distinto tratamiento, ya que en tanto el F. R. deja en libertad al ofendido en su honor para ejercer su defensa matando a uno o a ambos cómplices, las Partidas exigen ejercitar la legítima defensa en ambos conjuntamente.

Cabe preguntarse por el distinto tratamiento que por las Partidas recibe el supuesto del marido que encuentra adulterando a su mujer, a la que, como hemos visto, no puede matar y sí al cómplice, al contrario de lo que sucede en el caso del padre al que se le presenta la misma situación pero con respecto a su hija, a quien obliga a matar a ambos. La explicación que se da a esta distinción enlaza, como seguidamente veremos, con la solución dada al mismo supuesto por el Digesto, y la vamos a encontrar en las propias Partidas VII,17,14, pudiendo resumirse diciendo que si el padre no mata a la hija lo hará por piedad hacia ella, con lo que el cómplice recibirá sólo y discriminadamente el castigo. En cambio, si al marido se le obliga a matar junto con el cómplice a su mujer infiel, aparte de que verá unido a la deshonra el pesar por la muerte de su esposa, procederá movido por un arrebató precipitado que conviene detener. No se nos oculta que semejante distingo se presta a toda suerte de matices interpretativos, en los cuales no vamos a entrar. Sólo nos interesa dejar consignada la diferente actitud de la norma ante supuestos que se nos antojan bastante parecidos, como son el del marido o el padre que actúan impulsados por una defensa del honor que la ley les reconoce.

3. Defensa del honor constituye también la posibilidad reconocida en el F. R. IV,7,2 de retener en servidumbre a la mujer con la que el deshonrado se ha desposado «derechamente» y a su adulterador, si bien la ley establece en esta ocasión la prohibición expresa de matar a ninguno de ellos. Hemos de decir, sin embargo, que tal precepto aparece recogido en el Ordenamiento de Alcalá XXI,1 y más tarde

en las Recopilaciones (Nueva Recopilación VIII,20,3; Novísima recopilación XII,28,2) con la sustancial diferencia de que en el caso de que el esposo los «hallare en uno», es decir, *in fraganti*, puede matarlos, de modo que si así decide hacerlo, deberá ejecutar a ambos y no a uno sólo, con lo que este supuesto de mujer desposada «por palabras de presente», aparece ya equiparado al caso primeramente citado de la mujer casada que comete adulterio.

Por lo que se refiere a la defensa de la propia persona, brevemente diremos que con independencia de las normas generales en las que aparece recogida y a las que ya nos hemos referido, encuentra además reconocimiento expreso en algunas disposiciones concretas que explicitan aquéllas. Así sucede con las leyes 58 y 59 del Estilo, referidas a aquel «que mata tornando sobre sí desde fue herido» («tornando sobre sí» dirá también Partidas VII,8,2). En las citadas disposiciones se establece que cuando entre dos personas se origina una pelea, sin que hayan sido dados por enemigos, ni hubiese precedido desafío, si uno de ellos fue herido y «antes que la pelea fuese departida» ni se produjese «otro alongamiento», el herido corre tras el que le causó la lesión y lo mata, no está obligado a responder por la muerte, y en este sentido ambas leyes son expresivas; una nos dirá que porque el atacado actuó *incontinenti*, y la otra porque el mismo procedió *sine intervallo vim vi repellere*. Respecto del mismo supuesto, aunque no tan expresivamente, se pronunciará el Ordenamiento de Alcalá XXII,2, disposición contenida en el título «De los omecillos», que pasaría íntegramente a las Recopilaciones. En la misma, tras condenar a muerte al que matare a otro en pelea, establece la excepción del supuesto en que «lo matase en defendiendose».

No parece necesario insistir en la circunstancia de que en estas normas relativas a la legítima defensa de la propia persona, se hallan recogidos, en parte explícita y en parte implícitamente, los requisitos que configuran un *ius defensionis* legítimo y por tanto reconocido por la ley.

JOSÉ M.º GARCÍA MARÍN