

VI

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO CASTELLANO DE LOS SIGLOS XVI A XVIII

1. CONCEPTO Y REQUISITOS

No es fácil encontrar en la doctrina de los siglos XVI al XVIII un concepto sobre la legítima defensa, ni siquiera con el carácter genérico que aparece recogido en las Partidas ¹. Puede decirse que

¹ *Partidas* VII, 10, 7 «Amparança es cosa que es otorgada a todo ome comunalmente, para defenderse del mal, o de la fuerça quel quieren fazer.» Como complemento de la anterior disposición, en VII.8, 2 se dice «Matando algun ome, o alguna muger, a otro a sabiendas, deve auer pena de omicida, quier sea libre, o sieruo, el que fuesse muerto. Fuera ende, si lo matasse en defendiendose, viniendo el otro contra el, trayendo en la mano cuchillo sacado, o espada, o piedra, o palo, o otra arma qualquier con que lo pudiesse matar Ca estonce si aquel, a quien acomete, mata al otro que lo quiere desta guisa matar, non cae porende en pena alguna Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome aya poder de amparar su persona de muerte, queriendolo alguno matar a el, e non a de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podria acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podria morir el que fuesse acometido, e despues non se podria amparar » Con referencia a la legítima defensa de la persona, el *Fuero real* IV, 17, 1 dispone que. «Todo home que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare su enemigo conocido, o defendiéndose . » Con anterioridad, el *Fuero Juzgo* VI, 4, 6 establecía para el mismo supuesto lo siguiente: «Non deve seer culpado el omne que contrarta a aquel quel quiere ferir por fuerza. Onde nos mandamos que tod omne que fiere o quiere ferir a otro sin razon, o con palo, o con arma, o en otra manera, si aquel a quien el quiere ferir lo firiera ante, o lo matare, non peche por ende omicilio, nin aya ninguna pena, ca mejor es al omne que mientras que vive que se defienda, que lexar que lo venguen despues de su muerte...» De forma similar se ocupa del tema el precepto contenido en el mismo cuerpo legislativo VI, 5, 19, donde se señala que aquel 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 Para los textos legales citados he manejado la edición de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo I, Madrid 1847 y tomo IV, Madrid 1848 Respecto al texto aludido del *Fuero Juzgo*, puede verse Alfonso DE VILLADIEGO, *Forus antiquus Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie Fuero Iuzgo nuncupatus*, Madrid 1600, en cuya glosa el autor

predomina en la labor doctrinal el estilo descriptivo y casuístico a la hora de enjuiciar la institución jurídico-penal que analizamos. Eso sí, hallamos claras referencias a la consideración de la legítima defensa como algo reconocido por el Derecho divino, natural y humano, por lo que su ejercicio no atribuye al que se le defiende la calificación de homicida. De ellos encontramos clara constatación en autores de este período como Diego de Cantera Burgos, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Lorenzo Matheu i Sanz y buena parte de los teólogos y moralistas de estos siglos y de los que ahora no vamos a hacer relación.

Como en otras instituciones del Derecho público o privado, así como en materia penal, la voluminosa doctrina que se ocupa de estos temas, a veces con una exhaustividad sólo superada por la forma repetitiva con que suele ocuparse de los mismos, procede, además de por vía casuística, a través de la enunciación de supuestos en que la institución de que se trate no se da *de iure*, o bien se incide en situaciones que merodean aquélla al presentarse adornada de elementos similares. Dicho en otras palabras, cuando los autores no inducen de la propia casuística un concepto abstracto de la institución que someten a su examen particular, con frecuencia proceden a la inversa, es decir, haciendo constar qué casos han de ser considerados diferentes de aquélla. De este modo, con su proclividad a descender a los detalles, no sólo contribuyen a perfilar tácitamente un concepto, describiendo los elementos y circunstancias que lo configuran, sino que, en ocasiones, este objetivo lo cumplen ilustrándonos sobre qué casos no son aquello de lo que seguidamente van a tratar.

Así, por ejemplo, con respecto al asunto que nos ocupa, Juan Alvarez Posadilla, en la segunda mitad del siglo XVIII, planteará la siguiente interrogante: ¿Es legítima defensa acometer con un arma al que sólo se ha limitado a injuriar? Señala a este respecto que el que responde con violencia no queda eximido de pena, ya

mantiene los mismos argumentos que veremos en otros tratadistas contemporáneos suyos, con relación a los textos ya citados de las Partidas, del Fuero real, o de la *Nueva Recopilación* VIII, 23, 4, donde se recoge sustancialmente el anterior precepto del Fuero real. El planteamiento general del tema lo encontramos en José María GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. L, Madrid 1980, p. 413 y ss

que, según derecho, de las injurias debe reclamarse ante el juez, aunque éstas sean graves. En cuanto al que injurió y que ve precipitarse al injuriado dispuesto a matarle, puede defenderse repeliendo el ataque de modo equivalente en cuanto a los medios empleados en la defensa; pero si de resultas de ésta mata al agresor, aunque no incurre en pena de homicida, sí merece punición por haber dado motivo a ello.

Por otra parte, el autor citado no considera legítima defensa la agresión que se produce tras el desafío, ya que considera que, con arreglo a derecho, no está permitido desafiar ni aceptar el desafío de otro. El autor apoya su argumento sobre la ley de la *Nueva Recopilación* VIII, 23,4, que a su juicio trata de impedir los desafíos castigando con la muerte al que mata a otro en pelea, salvo el supuesto concreto del que actúa en defensa propia².

Dicho lo anterior, sí queremos subrayar que Francisco de Vitoria, en su Relación *De iure belli*, consideró a la legítima defensa, cuando ésta se realizaba dentro de sus justos límites, como un acto intrínsecamente lícito y no sólo disculpable desde el punto de vista moral y jurídico, separándose, al adoptar esta posición (muy en la línea de Santo Tomás), de la corriente canonista para la cual la defensa era, en el fondo, éticamente injusta, aunque pudiera quedar impune. En suma, Vitoria asumió plenamente el principio romano de que siempre resulta lícito repeler la fuerza con el empleo de la fuerza, haciendo extensivo este postulado a la defensa de la vida, de la integridad corporal e incluso de los bienes propios³.

Algo parecido sucede con los requisitos que perfilan y detienen la institución. Aunque expresamente los autores de este período no aluden a ellos, es fácil deducirlos de los términos en que

² Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, Madrid 1797, vol III, p 101 y ss

³ Cfr LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, vol IV, 3.ª ed., Buenos Aires 1958, p 38 Diego DE COVARRUBIAS, *Opera omnia juridica*, Colloniae Allobrogum 1724, vol. I, pars. III, *Relect Clem. si furiosus, de homicidio De homicidio ad defensionem commisso*, pp. 710-715, especialmente núm. 2, donde considera lícito matar al agresor, no sólo por defender la propia vida, sino también para proteger algún miembro de su mutilación, lo que el autor explica en función de que puede suceder que de la amputación del mismo se siga la muerte de la persona agredida También Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum, causarumque criminalium, ex iure pontificio, regio et caesareo*, Salamanca 1558, I, XXVIII, núm 14, p. 258

los mismos se expresan: injusticia e inminencia del ataque, necesidad de ejercitar la defensa, inmediatez de la misma y adecuación defensa-ofensa. Concretamente, en orden al primer requisito, es decir, a la injusticia del ataque, un autor del siglo XVIII, Juan Alvarez Posadilla, comentará que el que amenaza no debe tener derecho a ello, porque cuando se trata de alguien al que por razones diversas le es reconocido el derecho a castigar a otro, como es el caso de el padre o el profesor, no es lícito defenderse de su castigo, ya que en este caso incurriría el que se defiende (especialmente si lo hace en exceso) en pena extraordinaria establecida por la norma ⁴.

En cuanto al otro elemento concurrente, el de la simultaneidad de la respuesta (el *incontinenti* de las fuentes), explicará que la legítima defensa requiere que la respuesta del atacado sea inmediata, de modo que cuando desaparece el riesgo de la muerte del atacado, ya éste no puede repeler la agresión dando muerte al agresor, bajo pena extraordinaria. Será Próspero Farinacio quien añada a los requisitos de la reacción inmediata, del peligro actual y de la injusticia de la causa, la necesidad de una paridad

⁴ Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, idem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm 1, p. 251, núm. 5, p. 254, núm 7, pp. 254-256 Francisco SARMIENTO, *Selectae interpretationes utriusque iuris*, Antuerpiae 1616, I, I, núm 9, fol 3, exige que para estimar la existencia de legítima defensa, es necesario que aquélla sea probada Lorenzo MATHEU I SANZ, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalium...*, Madrid 1776, controv XXII, núm. 5, p. 110. «Et in hoc casu aliquae praesumptiones adesse videbantur, per quas dicebatur reum aggressorem fuisse, et occisum insultatum. Primó, dicebat accusator, quod aggressor praesumitur qui antea fuerat offensus ab adversario, et causam vindicandi se habebat » En núm 6, p. 110, agrega: «Secundo dicebatur, quod quando ex duobus rixantibus unus mortuus resultat, vel magis vulneratus, licet aliqui Doctores tenerint, hunc praesumi aggressorem . tamen plures contrarium tenuerunt docentes, quod ille qui magis vulneratus, vel mortuus reperitur, insultatus praesumatur » Advértase el interesante matiz que introduce a la hora de determinar, en caso de riña, quién ha de ser considerado ofensor y quién víctima, a la vista de los daños físicos causados a uno y otro, todo ello sobre la base de una presunción jurídica. En núms. 10 y 11, idem p. dirá que «Dans opera rei illicitae et malitiosum actum incipiens, aggressor praesumitur Primo provocatori tota culpa irrogari debet » Finalmente, en la misma línea de Francisco Sarmiento, dirá MATHEU I SANZ en núm 12, idem p. que «Magis rixosus, robustus et ferox aggressor praesumitur », o en núm 19, p. 111. «Aggressor non praesumitur, qui offensam in ipso actu rixae percipit, sed qui causam doloris notam antea habebat, et occasionem vindicandi quaereret potuit »

en las armas o medios ofensivos empleados en la defensa y ataque. Cuando alguien se defiende de otro —argumentará Cantera Burgos—, hay que distinguir si lo hace en defensa de su persona o de sus bienes. Cuando lo que defiende es su propia integridad física, ha de tener necesariamente en cuenta el principio *De moderamine inculpatae tutelae*, de modo que si, aun teniendo en cuenta este factor cardinal de una defensa justa, causa con su réplica la muerte del agresor, no correrá con responsabilidad alguna. La explicación de esta eximente está en que al defenderse el ofendido no hace más que ejercer un derecho natural, por lo que ni el fuero externo ni el de la conciencia está obligado a responder de sus actos. Ahora bien, otra cosa es si el que se defiende puede proceder de forma que no cause necesariamente la muerte del agresor, en cuyo caso está obligado a procurarlo, ya que si no habrá de responder por homicidio, aunque sea más levemente, es decir, con pena de carácter extraordinario ⁵.

2. ALCANCE DE LA LEGITIMA DEFENSA: INTERES INDIVIDUAL E INTERES SOCIAL

La literatura jurídica considera que, en general, el actuar *ad suam defensionem* constituye uno de los supuestos contemplados expresamente por la norma, en que alguien queda eximido de pena, si de su actividad ante una ofensa física se deriva muerte del agresor. En este sentido, Antonio Gómez, con apoyo en el Digesto, enuncia el principio anterior sobre la base de la licitud del tradicional principio de *vim vi repellere licet*. Desde este punto de partida, el autor, siguiendo a los comentaristas de quienes en buena medida son tributarios sus pensamientos, considera lícita la muerte del que, no estando en su sano juicio, acomete a otro que se defiende eficazmente de la agresión. Incluso admite como eximente la muerte en justa defensa que alguien realiza sobre su consanguíneo que, con ánimo homicida, le ha hecho objeto de su ataque ⁶.

⁵ Diego DE CANTERA BURGOS, *Quaestiones criminales*, Salamanca 1589, pp. 520-521, núms. 6 a 11.

⁶ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et Regi*, Lugduni 1735, III, III, núms. 20-27, p. 337 y ss. Lorenzo MATHEU I SANZ, *Tractatus de re cri-*

Aunque se presta a una mayor dificultad interpretativa y a una concepción más laxa de la institución a que nos venimos refiriendo, tanto Antonio Gómez, como Diego de Covarrubias o Cantera Burgos, consideran lícito incluso que una persona mate a otra en legítima defensa de un extraño. Ello, a juicio de éstos, encuentra su justificación en última instancia en el hecho de que el homicidio está prohibido por el derecho divino, en base al mandato genérico de «no matarás». Pero, además, según Antonio Gómez, tal afirmación se fundamenta, no sólo porque el agresor ofende directa y principalmente al ofendido, sea o no éste un tercero, sino también porque con su proceder ataca a la propia república, aunque sea indirectamente, una república de la que todos forman parte ⁷.

Pero el principio del *ius defensionis* ha de entenderse, además, en un sentido ciertamente elástico, y aquí de nuevo la aportación doctrinal cobra el valor de elemento indispensable para un más completo entendimiento de la legítima defensa, cuyas líneas maestras, aunque firmemente perfiladas en la normativa, apenas permiten entrever las ricas posibilidades que de la misma se derivan en el plano de los hechos. Efectivamente, para Antonio Gómez y Alvarez Posadilla, en tanto se admite sin reservas que cualquiera puede replicar y ocasionar la muerte de quien pretende matarle a él, cabe también considerar por vía de lógica, que tal defensa es justa y procede incluso en el caso de que el agredido no reciba ningún daño o golpe efectivo. Y la razón de ello es porque si el agresor se acercaba a su víctima esgrimiendo un arma, evidentemente hay que suponer en él la existencia de un ánimo homicida, por lo que la muerte del mismo por el que iba a ser agredido se considera justa defensa, y lo es porque su situación en ese momento era crítica y no parecía aconsejable esperar a re-

minali, controv XXII, núm. 25, donde indica que «Occidens ad sui defensionem, nullam poenam incurrit, si in vitae discrimine reperitur » Sobre la aplicación del principio del *ius defensionis* en supuestos de embarazo con peligro de la vida de la madre, ver José M.^a GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)*, Madrid 1980, pp. 96, 102, 103 y 106

⁷ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, III, III, núms 20-27, p. 337 y ss. No obstante, como señala Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XVIII, núm. 16, p. 169, el principio básico ha de ser el de *si non esse in periculo vitae constitutus*

cibir primero el golpe ⁸. No obstante, Alvarez Posadilla se preocupa de subrayar que el instrumento ofensivo del atacante ha de ser de los que normalmente se entiende que pueden ocasionar la muerte de una persona, y no de otro género, porque caso contrario el que se defiende matando a su agresor pobremente armado, no quedará libre de pena ⁹.

Aunque varios autores no pasan por alto el precepto básico contenido en *Partidas* VII,8,2, que contempla de modo expreso el supuesto anterior («... 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»), no es menos cierto que sus palabras contribuyen decisivamente a iluminar con argumentos tomados de la vida diaria, la cuando menos aparente frialdad de la norma. Y aún hay algo más: todo esto que a juicio de Antonio Gómez se considera justo *pro defensione rerum, a fortiori pro defensione personae et honoris, dignior est* ¹⁰. En la misma línea interpretativa, aunque con menos expresividad en sus argumentaciones, se orientan Covarrubias y Gregorio López, quienes aplican el anterior criterio tanto al supuesto del ladrón nocturno, como al diurno que se defiende con armas de la respuesta del propietario, dentro del supuesto general de protección de los bienes ¹¹.

La cuestión de la propia defensa de la persona o del honor, que ha de considerarse el objetivo principal del *ius defensionis*, puede plantear la alternativa de su ejercicio frente al atacante, o, por el contrario, eludir el encuentro a través de la huida. En este caso, la postura de Antonio Gómez, Covarrubias y, menos explícitamente, Cantera Burgos, es terminante: el agredido es libre de proceder como quiera. Sin embargo, si la huida puede ser peligrosa para su integridad física, al ofrecer la espalda a su perseguidor que está demasiado próximo, o bien si aquélla resulta lesiva para el honor agredido, por razones que se estiman superio-

⁸ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm 15, pp 158-159

⁹ Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem

¹⁰ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem.

¹¹ Diego de COVARRUBIAS, *Opera omnia*, vol. I, pars III, *Relect Clem si furiosus de homicidio ad defensionem*, pp. 720-715, en concreto núm 5

res, ha de preferir ambos, por lo que le es lícito ejercitar su derecho a la defensa. Por las mismas razones, aunque a la inversa, si el enemigo u ofensor está lejos y la víctima puede eludirlo sin riesgo de su persona y desdoro para su honor, sobre todo si se trata de persona vil, entonces Antonio Gómez considera más recomendable rehuir un encuentro que, eventualmente, precipitaría al fugitivo al ejercicio de una defensa cuyas consecuencias podrían ser peores que el mal que se trata de evitar ¹².

De interesante puede calificarse la posición adoptada por Lorenzo Matheu i Sanz, cuando para determinar la existencia de un acto de legítima defensa, plantea la necesidad de que se dé una inmediatez de la respuesta por parte del agredido, o lo que es lo mismo, la inexistencia de un intervalo entre ofensa y defensa ¹³.

Por su parte, Alvarez Posadilla, a la pregunta de si incide en responsabilidad aquel que defendiéndose mata al agresor, en vez de haber adoptado la solución de huir, responde con la solución que da *Partidas* VII, 8,2, es decir, considerando el ejercicio de tal defensa como circunstancia eximente. Pero tal vez lo más interesante de su respuesta está, a nuestro juicio, en el hecho de que adopta tal solución «prescindiendo de si peca o no, según las circunstancias, que toca decir a los Moralistas». Palabras en las que ya se advierte ese reformismo de la Ilustración, que separa la relación secular delito-pecado propia de la noción trascendentalista con que en los siglos XVI y XVII se juzgaba toda actividad considerada delictiva. En definitiva, al autor le interesan más las consecuencias de índole penal que se derivan de la actitud del que

¹² Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, idem Diego DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, idem, núm. 4 Pedro PLAZA DE MORAZA, *Epitome delictorum*, I, XXVIII, núm. 10, p. 110 Diego DE CANTERA BURGOS, *Quaestiones criminales*, idem.

¹³ Lorenzo MATEHEU I SANZ, *Tractatus de re criminali*, controv. XXII, núms. 28 y 29, p. 112 «Nam hoc procedit quando ex circumstantiis facti resultat, quod aggressor postquam vulneravit, fugit, ita ut aliquod intervallum temporis, quantumvis modicum intervenit, nam tunc quia a simili aggressore fugiente non poterat timere repercussionem, si sequatur, et vulneret, potius ad vindictam quam ad defensionem fecisse videtur, ut est de mente omnium Doctorum Secus vero quando incontinenti qui in discrimine vitae constitutus adversarium repercutit facie ad faciem in ipso actu aggressionis: quia tunc timere debet repetitionem vulneris, et propriam salutem tuendo potest impune adversarium occidere...»

actúa en defensa propia, que las propiamente morales y, como tales, pertenecientes al fuero interno o de la conciencia ¹⁴.

Decíamos anteriormente que, para algunos de estos autores, el ejercicio de la defensa justa encuentra, además, su legitimación en el propio interés de la sociedad, que es en última instancia la que se siente perjudicada por la conducta desordenada o peligrosa de ciertos individuos. En este punto, Antonio Gómez pone un ejemplo que nos parece singularmente ilustrativo en lo que se refiere a la medida en que un tercero puede ejercer la defensa de la parte que ha sido mortalmente herida en una refriega. El supuesto se refiere al que con el fin de mediar en una riña, observa que uno de los contendientes, con evidente exceso en el medio empleado, golpea a otro de gravedad con un arma, y seguidamente aquél hace lo propio con un instrumento también hiriente, respecto de su agresor, causándole la muerte.

Considera el mencionado autor que el que así ejercita su defensa de un tercero no debe ser condenado a muerte, y ello por dos razones. La primera: por las cualidades de las personas, de los instrumentos ofensivos empleados y del lugar y demás circunstancias concurrentes en el hecho, se deduce que el *mediator pacis* no tenía ánimo homicida, sino intención de promover la paz entre los que se enfrentaban (*non habuit animus occidendi, sed pacem mittendi*, advertirá). La segunda, porque aunque quiso agredir y agredió con resultado de muerte al agresor, pudo hacerlo lícitamente desde el momento en que procedió en defensa del primer agredido, y aunque pudo excederse en la defensa al matar al

¹⁴ Juan AALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, idem En núm. 6. En cuanto a la moderación en la defensa, el autor dice. «pero cuidado, que esa moderación no se ha de graduar con el rigor que la graduaría un confesor para regular si hubo pecado: por ejemplo: si uno viene con un arma desembaynada a matarte, y puedes huir, y no huyes, el Confesor te dará con razón por pecado la muerte que dices pudiste evitar huyendo; pero en el fuero externo esta ley de la Partida citada terminante, en que si matas cuando otro venga con arma a matarte, seas libre de pena, sin que te ponga la precisión de huir pudiendo para librarte de la pena...». Sobre la relación entre Moral y Derecho penal, ver FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969, p. 85 y ss. También JOSÉ M.º GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal*, p. 73 y ss.

agresor, no está obligado a sufrir la pena ordinaria, que es de muerte, sino la extraordinaria ¹⁵.

Nos parece interesante el matiz que el autor introduce, en el sentido de que, aunque considera como eximente la intervención que un tercero hace en favor de un extraño, a la que no duda en calificar como justa defensa en una línea discursiva que, como ya vimos en otra ocasión ¹⁶, parecía entreverse ya en Derecho romano, sin embargo, no pierde de vista la proporcionalidad que debe existir entre la defensa y la ofensa, sobre todo teniendo en cuenta que no se trata aquí de la defensa de un familiar (supuesto perfectamente reconocido por la ley y debatido por la doctrina, como sabemos), sino de *extranea persona*.

3. UN PRINCIPIO INCUESTIONABLE: LA ADECUACION DEFENSA-OFENSA

Pero la defensa ha de adecuarse a la ofensa inferida. Es el *cum moderamine inculpatae tutelae* que encontramos recogido en casi todos los autores consultados. Y ha de mantenerse el equilibrio, ya que, como señalan los tratadistas, el exceso en la defensa determina la culpabilidad del que se defiende, aunque no le haga incurrir en pena ordinaria o de muerte. En definitiva, como puntualiza Alvarez Posadilla, es necesario que el agredido no pueda defenderse de otro modo más que matando, ya que en otro caso la muerte causada al agresor será injusta y, «aunque no la castiguen las leyes, siempre será pecado» (adviértase de nuevo la disociación que en este autor se produce entre la responsabilidad moral o espiritual, que al que se defiende le corresponde en este caso, y la no existencia de delito en el fuero externo, o lo que es igual, conforme a la ley jurídico-positiva) ¹⁷.

Decíamos que el *ius defensionis* había de entenderse, a la luz de la doctrina, en un sentido lato, que escapa a la con frecuencia

¹⁵ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, idem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Eputome delictorum*, I, XXVIII, núms. 25-27, pp 263-264

¹⁶ Cfr José M.º GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa*, pp 419 y 435

¹⁷ Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, idem Pedro PLAZA DE MORAZA, *Eputome delictorum*, I, XXVIII, núm 19, p 260

rígida y abstracta normativa. Realmente, no puede pensarse de otro modo a la vista de las disgresiones que los autores hacen en torno a este principio. Ello se acusa de nuevo en Gregorio López y Antonio Gómez cuando, en la misma línea de pensamiento que luego adoptará Alvarez Posadilla, comentan que la justa defensa procede y tiene lugar conforme a derecho cuando el agresor se abalanza sobre el agredido, sin estar provisto de ningún género de armas, sino sólo animado de la intención de golpearle con la mano, en cuyo caso, si el agredido no pudiera evitarlo de otro modo, y su réplica causara la muerte de aquél, también se le considera eximido de culpa.

Conviene tener en cuenta aquí que ambos autores no olvidan precisar que el atacado puede actuar de tal modo cuando «de otra manera no pudiera evitar el ataque», lo que, a falta de otras consideraciones en orden al grado de intencionalidad en que ni los autores ni —lógicamente— nosotros entramos, configuran una suerte de homicidio preintencional que, en principio, quebranta la regla generalmente admitida de la adecuación de la defensa a la ofensa, pero que también por principio se considera por la doctrina del momento como eximente ¹⁸.

Como vemos, Antonio Gómez no pasa por alto esta cuestión del equilibrio que debe existir entre el ataque y la respuesta, factor capital que, junto a los otros ya conocidos, definen un auténtico ejercicio de la legítima defensa. En este sentido, entiende que el agredido que se excede en su defensa, debe ser castigado al menos con pena arbitraria, que ha de quedar al arbitrio judicial, y lo será —se apresura a subrayar el citado autor— *propter culpam et excessum*, entre otras razones, porque no se considera que cae en tanta responsabilidad quien no puede atemperar su justo dolor, especialmente cuando se estima que quien está poseído de gran afectación física y psíquica, no actúa con la plenitud de su intelecto ¹⁹.

En la misma línea de descripción casuística y relativo asiste-

¹⁸ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem. Juan ALVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal*, ídem Gregorio LÓPEZ, glosa núm 4 a *Partidas* VII, 8, 2 Sobre la idea de preintencionalidad en este período, ver Jose M.ª GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal*, pp 193-195

¹⁹ Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones*, ídem.

matismo que caracteriza la exposición de la doctrina de este período que, por otra parte, tanto contribuye a perfilar los detalles que configuran la institución analizada, Gregorio López plantea la interrogante de si es lícito que el hombre débil utilice algún tipo de arma u objeto contundente, ante la agresión de que es objeto por parte de un hombre robusto, pero desarmado. Responde afirmativamente, precisamente en función del equilibrio que en cualquier caso ha de darse entre defensa y ataque; solución que hace extensiva al supuesto en que el agredido fuese un anciano que hubiese de enfrentarse eventualmente a un injusto agresor joven y robusto (*si tamen insultans esse robustissimus, et alter senex*)²⁰.

JOSÉ MARIA GARCÍA MARÍN

²⁰ GREGORIO LÓPEZ, glosa 4 a *Partidas* VII, 8, 2