

Problemas alrededor de la legítima defensa

¿ES NECESARIA LA AGRESION ILEGITIMA PARA QUE PUEDA DARSE LEGITIMA DEFENSA? (*)

JULIAN PEREDA

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto

La respuesta parece clara y evidente. ¿Cómo va a existir legítima defensa si no hay agresión? Todos están conformes con el principio; pero (cosa rara en nuestros tratadistas clásicos) falta la precisión clara del concepto de agresión. Si este se hubiera estudiado con profundidad sobraría toda discusión en esta materia.

Cierto que aún hoy sigue el problema muy al aire. Véase el estudio tan amplio, exhaustivo que hace ASÚA (1) en su verdadera enciclopedia penal acerca de la agresión. ¿Exige el concepto de la agresión “acome-

(*) Sirva este artículo para el homenaje, tan debido al genial penalista y amigo mío íntimo, don Antonio Quintano Ripollés, muerto en la mejor edad, a quien tanto debe el Derecho Penal Español y de quien tantísimo se esperaba Descanse en paz.

(**) A pesar de hablar de autores tan antiguos, tiene hoy plena actualidad este artículo por la reciente guerra entre árabes y judíos. Mucho se habla ahora del concepto de “agresión” ¿Basta que haya sido Israel (si lo ha sido) quien ha disparado el primer cañonazo o lanzado el primer avión, para que se le pueda llamar “agresor”? Si estaban los judíos oyendo constantemente gritos alocados de que hay que borrar a Israel del mapa; si se incitaba a la “guerra santa”; si todo el mundo árabe formaba ya cuerpo compacto; si se amontonaban junto a sus cortas fronteras ingentes y potentísimos medios de ataque; si se les cerraba el paso de Akaba, etc., etc., ¿podía y debía Israel cruzarse de brazos y esperar el ataque enemigo? Léase el artículo y, quizá nuestros clásicos aclaren el problema. Por supuesto que ni entramos ni salimos en el asunto; está muy por encima de nuestra información y pobres facultades pero no se olvide el profundo sentido común y aun jurídico que late en las Partidas, cuando, al hablar de la legítima defensa, dicen: “e non ha del 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 después non se podría amparar”.

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis): *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, s. a.), t. IV. 160.

timiento", como dice muchísimas veces nuestra jurisprudencia, o sea, un ataque físico, material, como parecen también entenderlo al comienzo de la exposición de esta materia, nuestros clásicos? Entonces surgen enseguida problemas de muy difícil solución.

Soto (2) mantiene el principio de que sin agresión no hay defensa posible; pero afirma enseguida: "*Existit autem quaestio permolesta*, existe, sin embargo, una cuestión molestísima, que deja muy al aire el problema: "un caso muy arduo, dice VEGA (3) en buen castellano, y por tal lo vende SOTO, pues puede también un hombre matar con ponzoña al que sabe que anda por esta vía y por otras aparejando la muerte, si no hay otra manera de evitarlo".

Soto pone el caso repetido por todos los clásicos. Una mujer sabe cierto que su marido la quiere matar. En el lecho común ha visto ya el puñal debajo de la almohada, con el que quiere acabar con ella, apenas se duerma. No hay escape posible ni modo de evitarlo. ¿No puede la mujer cambiar los papeles y adelantándose, con el mismo puñal u otro medio matar a su marido?

Ante todo téngase en cuenta que se ha de evitar lo que puede constituir escándalo público: parece que consideran el caso como algo del fuero interno. *Servit*, dice SOTO, *ad pacandas conscientias*, para tranquilizar las conciencias después de realizado el hecho. No se haga *publice* dice NAVARRA (4): *occulte*, dicen otros, por medio de veneno u otro modo similar; *secluso gravi scandalo*, afirma LAYMAN (5).

Soto, en la resolución del caso, es de los más tímidos. *Profecto res est dubia*, ciertamente es dudosa la resolución, dice, mientras que la inmensa mayoría, casi totalidad (no conozco más excepción que la de CONCINA) está por la afirmativa sin paliativos. Con ese modo de pensar, el principio general de la necesidad de la agresión queda como tambaleándose; de ahí la serie de subterfugios, de distinciones y de argumentos sutiles con los que quieren capear el temporal.

Soto afirma que si esa acción de la mujer adelantándose al marido es *agresión*, entonces es ilícita y no puede admitirse; pero si es *defensa*, lo puede hacer con todo derecho. Pero ¿cómo distinguir en ese acto si es agresión o defensa? Debe dejarse, dice, al arbitrio de un hombre prudente, pues ni la ley ni la ciencia lo resuelven. Añade, luego, como nota prudencial, que no se debe exponer esta doctrina en público, pues no puede saber el vulgo cuándo es defensa y cuándo agresión y podría dar lugar a grandes abusos.

Muy entre brumas queda la cuestión, pues no sólo el vulgo, sino aun los letrados se verán en gran aprieto para solucionar el problema.

(2) SOTO (D.): *De Justitia et Jure* (Salmanticae, 1549), 1. V., 392.

(3) VEGA DE LA (Alonso): *Llamada nueva recopilación del fuero interior* (Madrid, 1598). Orden alfabético de las cuestiones. Homicidios, col. 1185.

(4) NAVARRA (Pedro): *De ablatorum restitutione* (Toleti, 1597) 1. II, 307-555.

(5) LAYMANN (Pablo): *Theologia Moralis* (Venetiis 1740), 1. 3, *De Justitia et Jure*, 267.

Encontró eco esta manera de pensar en otros autores. La sostiene claramente VILLALOBOS (6) y NAVARRA (7) la expone con brillantez:

“Si se preparan insidias, dice, y no queda otro remedio para evadirlas ¿quién no ve entonces que es una verdadera defensa el librarse de la muerte o mutilación que se le viene encima, por cualquier medio, por duro que sea? Sí, pues, es defensa, sin duda que hay agresión por parte del otro, pues son términos correlativos defensa y agresión. Por tanto, si por medio de un veneno pudieras quitar de en medio al agresor, sin duda que lo puedes hacer lícitamente”.

Es más bien esta conducta repeler un ataque que agredir, dicen los SALMANTICENSES (8), pues ya es agresor actual el que busca la oportunidad de lanzarse contra ti: puedes, pues, lícitamente tomarle la delantera, sin temor a irregularidad ninguna. Esa conducta del que ha decretado tu muerte es ya una agresión *moral*, dicen otros muchos con DICASTILLO (9) y por tanto puedes tú adelantarte, lo cual será verdadera defensa, no agresión: esa *praeventio phisica* debe llamarse defensa moral, dice FILLIUCIO (10).

No falta quien se opone abiertamente, más con elocuencia que con razones: es el famoso DANIEL CONCINA (11), con cuya lectura paso tan buenos ratos por lo resuelto que es, sin miramientos ni componendas con nadie.

“*Doctrinam hanc falsam reputamus*, dice: es falsa esta doctrina, pues nunca es lícito adelantarse al agresor y tan sólo, atacados por él, podemos defendernos. Dicen los probabilistas que en este caso no es agresión la conducta de la mujer, sino defensa. ¡Mata a su marido mientras duerme y no le agrade! ¿A quién le puede convencer esto por muy estoico que sea? Es difícil la situación, sin duda. ¡Ruega a Dios que nunca te encuentres en tal conflicto!

* * *

Se enfrenta también con este problema AZPILCUETA (12), el célebre doctor NAVARRO, tío de S. Francisco Xavier. Conviene con estas terminantes palabras:

(6) VILLALOBOS (H.): *Summa de la Theologia* (Salamanca, 1623), segunda parte, 184.

(7) NAVARRA, o. c. 493.

(8) SALMANTICENSIS COLLEGI, *Cursus Theologiae* (Matriti, 1726), t. II, *De Censuris*, 455.

(9) DICASTILLO (Juan): *De Justitia et Jure* (Antuerpiae, 1641), I, II. 290 ss.

(10) FILLIUCIUS (Vicente): *Moralium Quaestionum*, t. II (Lugduni, 1633), trac. 29, 284 ss.

(11) CONCINA (Daniel): *Theologia Christiana* (Romae, 1768), t. IV, 184.

(12) AZPILCUETA (Martín): *Enchiridion, sive Manuale confessoriorum*, (Lugduni, 1587). C. XV, 255 ss.

“No es permitido a nadie matar a otro, mientras éste no sea agresor... aunque sepa que a él le quiere matar... porque no hay derecho natural ni ley humana que lo permita si no es contra el agresor”.

Viene en seguida el “pero”, con una distinción que la creo muy importante y a la que ni MOLINA ni LUGO prestan atención y tachan a AZPILCUETA de inconsecuente. Dice AZPILCUETA que, a pesar de todo,

“... si el enemigo ha determinado matarte, *nulla mora interposita* o sea, inmediatamente, de manera que no puedas huir, ni evitar de otro modo la muerte; puedes entonces adelantarte y matar al decidido ofensor. Pero si hay *mora interposita* si queda tiempo por celane, no puedes matarle, aunque sepas ciertamente que ha resuelto tu muerte y que está esperando la ocasión propicia; pues puedes ausentarte tú o permanecer en casa, o evitar ciertos parajes, sin contar con que puede enfermar el presunto agresor o arrepentirse, etc., etc., añade, sin embargo, que sería muy excusable la muerte ante los jueces, aun *mora interposita*. en el caso de que constara su propósito homicida y fuera hombre que acostumbraba a llevar pronto a la práctica sus amenazas”.

Va con él TAMBURINI (13) para quien es cierto que se puede matar al oculto insidiante “*si est proxime et in prouinctu*”, es decir, si sabe cierto que está a las inmediatas para agredirle; pero si queda tiempo de por medio, es decir, si es *veluti remote*, es muy dudoso que pueda entonces adelantarse. Admiten, aunque no explícitamente, esta distinción, pero negando en absoluto poder lanzarse contra el presunto agresor *mora interposita*, PUFENDORF y GROCIO, aunque no tenían conocimiento alguno de AZPILCUETA, como lo indicaremos luego.

Realmente me parece muy razonable la distinción, ni veo en ella contradicción alguna en la manera de hablar de AZPILCUETA, aunque sientan lo contrario MOLINA y LUGO; porque lo que hace el Dr. NAVARRO es establecer primero el principio general, admitido por todos y, como no hay regla sin excepción, explicar después la única que tiene, o sea cuando el ataque es cierto *nulla mora interposita*.

Me explico que se opongan MOLINA y LUGO por creerla inútil y fecunda en confusiones y enredos, y ello es porque recalcan mucho esos autores y todos con ellos unánimemente, que es en absoluto necesario que no haya otro modo de evadir la muerte, que adelantarse en el ataque. Claro que tomado así de modo absoluto, sin las modalidades con que suele presentarse en la vida, importa muy poco o nada que medie o no espacio de tiempo para la ejecución del deseo homicida del adversario, si ciertamente no queda otro recurso para salvar la vida que adelantarse y atacar primero.

(13) TAMBURINI (Tomás): *Theologia Moralis* (Venetiis, 1745), t. I, 132.

Sin embargo, como lo indica también TAMBURINI, siguiendo a AZPILCUETA, no faltará moralmente, la mayor parte de las veces, algún modo de defensa, algún escape, más o menos fortuito, en ese lapso de tiempo: hay que agotar todos los recursos antes que tomar medios tan drásticos, en lo que también insisten PUFENDORF y GROCIO.

Dependería en parte esta cuestión del estudio del grado de certeza que se requiriere en la víctima para que pueda adelantarse al inminente agresor. FARINACIO (14) requiere que se den signos reales y manifiestos del inmediato ataque, lo que me parece acertado; mientras que los SALMANTICENSES creen que basta el probable temor de que no puedan defenderse de otro modo.

Y ya que hemos hecho varias alusiones a GROCIO y PUFENDORF, y para dar más amplitud al tema, tratemos directamente de ellos, puesto que lo estudiaron también con criterio ciertamente más cerrado que el de nuestros clásicos, pero digno de tenerse en cuenta. Creo que se acercan bastante al de AZPILCUETA, por eso los pongo a continuación de su estudio

GROCIO (15) es más abierto y comprensivo que PUFENDORF; GROCIO conoce y cita a algunos de nuestros clásicos, mientras que PUFENDORF no sabe de ellos más de lo que ve en GROCIO: no ha leído a ninguno. GROCIO, en lo esencial, parece estar con nuestros autores; pero afirma que es *tutior meliorque*, que es más segura y mejor la opinión contraria. Los teólogos y juristas —añade— *indulgentiam suam longius extendunt*, extienden en demasía su indulgencia y afirma al fin (como lo afirman, claro está, los nuestros) que no se puede matar al insidiante si de otra manera puede evadirse el peligro, si no es completamente cierto que no hay otra solución, y que se debe tener en cuenta la *mora interposita* que da paso a tantas salidas. Es, pues, muy razonable.

Más ampliamente, y hasta copiando bastantes párrafos de GROCIO, lo explana PUFENDORF (16). Lo particular en él, y lo creo acertado, es considerar el caso, primero a la luz de la ley natural y luego cuando se vive en sociedad bien constituida y ordenada, en la que necesariamente estarán muy recortados y sujetos a normas jurídicas los derechos naturales. Nos fijaremos más en este segundo caso.

Empieza con un amplio exordio, esmaltado de citas de clásicos latinos, como buen humanista. Conviene al sabio —dice— tentar todos los medios antes de acudir a las armas: debe ir a lo más seguro antes de lanzarse a la lucha siempre de éxito incierto. Si usas los puños —dice

(14) FARINACII PROSPERI: *Operum criminalium. Pars Quinta* (Antuerpiae, 1618), 205 ss.

(15) GROTHI HUGONIS: *De Jure Belli ac Pacis*, V. I. p. 181 ss. (sin lugar de impresión, año 1719).

(16) PUFENDORF: *De Jure naturae et gentium* (Francofurti et Lipsiae, 1749), tomo I. 191-213.

citando a Plauto—, te dolerán las manos. Todo esto aun teniendo el derecho por su parte.

Afirma luego resuelta y absolutamente

“que son verdaderamente absurdos aquellos moralistas que cita GROCIO (por tanto él no los conocè directamente) para quienes es lícito matar al que, sin atarcarte aún directamente, se sabe que conjura contra ti y te pone insidias o prepara el veneno, o te acusa falsamente y urde falsos testimonios para un juicio inicuo y criminal. Y no desaparece el absurdo, continúa, aunque se diga que es el único medio que te queda para salvar tu vida, ya que, en el mayor número de casos, *interposito temporis mora*, mediando cierto lapso de tiempo, quedará siempre alguna esperanza de arreglo. Si tal derecho de matar damos a los ciudadanos. ¿cuál será la ocupación de los magistrados? ¿Para qué los queremos?”

A pesar de la sensatez que aparece en este raciocinio, se ve clara la contradicción en que incurre PUFENDORF, entre el tono absoluto que al principio ha usado calificando de absurdo el parecer de los teólogos, aun en el caso de que no haya otro medio de salvación, y lo que luego afirma; pues si queda esperanza de arreglo es indudable que no es la muerte del insidiante el único medio. Sin saberlo, habla como AZPILCUETA, pues si queda *temporis mora*, eso mismo dice el doctor NAVARRO; pero si no queda tal espacio de tiempo, como puede suceder en no pocos casos (recuérdese, v. gr., lo de la mujer que va a ser apuñalada durante la noche), ¿qué diría PUFENDORF? Lo vamos a ver en seguida y aparecerá cómo casi coincide con los clásicos nuestros a quienes apostrofa tan duramente.

“Pero si uno es invadido de pronto —añade— y en tal apuro no puede pedir la ayuda de los magistrados o de otros ciudadanos, entonces podrá intentar aun la muerte del adversario, ya que de otro modo no puede salvar la vida. Pero, una vez desaparecido el peligro, de ninguna manera podrá perseguir al invasor, ni herirle mientras huye.”

Podría entenderse este párrafo como de auténtica defensa legítima. cuando me veo invadido materialmente por el agresor, no aplicable al que gravemente me insidia y busca la oportunidad para perderme; pero si se fija uno en el lugar en que lo dice, cuando ya antes ha afirmado y probado el derecho de la legítima defensa y, sobre todo, si se lee atentamente lo que viene a continuación:

“que no soy de ninguna manera culpable de la muerte del invasor, por el mero hecho de que hubiera podido quedarme en casa, evitando la salida... ¿para qué entonces la santidad de la

seguridad pública, para qué nos serviría la libertad, si no podemos usar de ella por los peligros que pueden solamente provenir de la maldad del insidiante?" ;

parece poder deducirse que se trata de los casos que ahora estudiamos, aun quedando su algo de *mora interposita*, pero pereciendo mi libertad de movimientos. Si es así, a pesar de la absoluta repulsa primera, creo que en lo esencial coincide con AZPILCUETA, aunque no se ve claro que permita adelantarse al agresor.

Detengámonos ahora en MOLINA (17), mucho más resuelto que los anteriores, que, sin reparos ni componendas, y, como si dijéramos, en puro castellano, expone su parecer y profundiza en el estudio de los argumentos que lo fundamentan, lo que no se encuentra ni en SOTO ni en AZPILCUETA: en lo más esencial conservamos sus mismas palabras.

"Creo —dice— que se debe responder así. Es lícito, en general, matar al que ha determinado acabar conmigo, cuando no hay otro camino para librarnos de la muerte o del peligro grave de la misma que se nos echa encima por la malicia de nuestro enemigo: no nos metemos en si es agresor o no, pues sería cuestión de palabras, *quaestio de vocábulo*."

Trae luego en su apoyo la frase tan repetida de Cicerón: *Oblivisci non potestis, iudices*, no olvidéis, jueces, que se puede matar al que pone insidias.

Entra en seguida en argumento de razón y dice:

Cada uno, por derecho natural, puede hacer lícitamente lo que es necesario para conservar su vida, aunque sea matar a otro, cuando, por la malicia de éste, corre grave peligro la mía, que, según la ley de la caridad, antes debe preferirse conservar la vida propia que no la ajena. Ahora bien; cuando uno decreta injustamente matarme y veo que el único medio que me queda es adelantarme matándole yo a él, obro lícitamente haciéndolo, ya se le llame agresor por su determinación o no.

Y refuerza su argumentación en esta forma:

Es lícito matar al injusto agresor no precisamente porque es agresor, sino porque pone en grave peligro mi vida por la agresión, de tal manera que no me queda otro camino para librarme de la muerte: de donde resulta que si con sola su re-

(17) MOLINA: *De Justitia et Jure* (Coloniae Allobrogum, 1759), t. IV, 34.

solución me pone en ese grave peligro y no me queda otra salida, puedo lícitamente matarle.

Aquí vemos ya un parecer claro y contundente, bien probado, sin ninguna de las distinciones de SOTO o AZPILCUETA. A SOTO le dice claramente que es perder el tiempo estudiar si es agresión o defensa la acción del perseguido: que esa es cuestión de palabras y el problema es más profundo y grave y exige resolución más firme. A AZPILCUETA, que es inútil tal distinción, pues siempre debemos creer que no hay otro recurso.

Es LUGO (18) el que lo ha estudiado más a fondo, aunque su parecer se acerca mucho al de MOLINA.

Lamenta primero la oscuridad con que hablan SOTO, AZPILCUETA y algunos otros, y expone en seguida su sentir.

“Creo por de pronto —dice— que no es lícito matar al que aún no ha decretado tu muerte, pero estás muy cierto que la decretará en seguida y de manera absoluta. Si has cometido adulterio con su mujer y sabes que se enterará inmediatamente y conoces su temperamento terrible y su concepto del honor, seguro puedes estar de su afán de rápida venganza y de que no tienes escape. En estos casos, no puedes adelantarte y lanzarte contra él, porque es inocente y nada ha decretado ni pensado todavía.

En segundo lugar no creo que sea necesario que empiece a agredirte el enemigo; porque la defensa no se refiere a la ofensa ya pasada, sino a impedir la futura; por lo cual si ya preparó las armas o hizo algo para lograr el propósito de matarte, empezé ya a invadirte y puedes defenderte.

La dificultad está, continúa, cuando sólo se determinó a quitarte la vida y busca el momento oportuno. Parece que entonces no tienes aún derecho alguno contra él, porque los actos *mere intermi* no dan derecho alguno al hombre contra otro hombre; ni el juez puede aún imponerle pena de ninguna clase: no ha hecho nada exteriormente, luego no puedes defenderte, porque el ataque debe consistir en algo externo contra ti.

Pero, por otra parte, parece que aún entonces será lícita la defensa, si de otra manera no puedes salvar la vida; pues si algún rey sabe que otro príncipe tiene la resolución firme de injustamente atacarle y lo ha manifestado a alguno de sus consejeros, aunque en realidad no haya hecho nada todavía, claro está que puede lícitamente el rey prepararse y debilitar a su adversario cuanto pueda; lo podrá, por tanto, también el particular, pues tiene igual derecho para defender su vida.”

(18) LUGO (Joannis de): *Disputationum de Justitia et Jure* (Lugduni, 1642), tomo I, 269 y ss.

Ni da LUGO importancia alguna al hecho de que comunique a otros su decisión, mientras sea por puro compañerismo, sin que medie colaboración ni petición de ayuda: pone toda la fuerza de su argumentación en el acto mismo de su decisión en el que ve ya una invasión verdadera.

“Ha empezado a obrar contra ti el agresor cuando ha puesto ya el primer principio práctico de toda la ejecución posterior, el cual es aquel con el que la voluntad se mueve a sí misma y lanza su sentencia absoluta y eficaz contra ti. La sentencia ya está dada, sólo falta la oportunidad para ejecutarla.”

Lo cual, a mi modo de ver, quiere decir: ya hay verdadera invasión, si no de la persona física como tal, si de sus derechos personalísimos de paz, tranquilidad, libertad de movimientos, todos perdidos con esa sentencia de muerte absoluta y eficaz y ciertamente conocida por mí. Ni se me diga, continúa LUGO, que el juez no puede hacer nada contra él, por tratarse de actos meramente internos; porque una cosa es la esfera de jurisdicción del juez, para ejercitar su *jus puniendi* y otra el derecho de defender mi vida contra la voluntad decidida de otro para darme la muerte, lo que nace espontáneamente del derecho natural. No creo, dice al fin con profundo sentido común, que el derecho natural deje sin remedio alguno a los que son así víctimas de tan terribles agresores.

* * *

Estudian el mismo problema en otro caso, que nos causará mayor extrañeza. Me apresuro a decir que debemos despojarnos de la reglamentación jurídica de hoy, del código y prácticas judiciales presentes y resucitar, en lo posible, las de aquellos siglos pasados a las que se acomodan estos autores (19).

Pregunta LUGO a continuación, si puedo matar al que con calumnias muy bien urdidas y falsos testigos busca que el juez me condene a muerte, si con otro medio no puedo salir de tan terrible situación.

Aquí son basantes los que lo niegan, como SOTO, VÁZQUEZ, TURRIANO, CÓRDOBA, etc..., pero más los que lo confirman: LUGO, MOLINA, BÁÑEZ, NAVARRA, VILLALOBOS, TAMBURINI, etc., etc.

(19) Tenía varias notas tomadas de los clásicos, acerca de lo poco que confiaban en la administración de la justicia; se me han traspapelado; pero queda aquel testimonio de Cervantes, cuando Don Quijote dio libertad a los forzados: “que, mal de su grado, los llevaban donde no quisieran ir... Yo voy, dice uno de los presos, por cinco años a las señoras gurapas, por faltarme cinco ducados... dígoles porque si a su tiempo tuviera yo esos veinte ducados que vuestra merced ahora me ofrece, hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador; de manera que hoy me viera en mitad de la plaza de Zocodóver de Toledo y no en este camino, atraillado como galgo...”

Vamos a ver primero cómo lo prueban los que sostienen tal opinión y luego cómo responden a los argumentos de los adversarios.

No hay diferencia, vienen a decir todos ellos, en que a uno le mates por ti mismo o por medio de otro inducido por fuerza o por engaño y bien lo prueba la Sagrada Escritura... *Interfecisti Uriam gladio filiorum Ammon* se le dice a David: mataste a Uría con la espada de los hijos de Ammón. Por tanto, como puedo matar a otro cuando me ataca directamente, lo podré hacer también cuando, por medio de otro o con la espada de su lengua, puede y quiere hacerlo. No veo, dice NAVARRA (20) y con él otros muchos, en qué se diferencia el que quiere lanzarse contra mí con armas, del que lo hace con otro medio injusto igualmente eficaz, v. g., con la espada de su lengua, si estoy cierto que con ella quiere acabar conmigo. *Exacuerunt ut gladium linguas suas*, se lee en los salmos; afilaron como puñales sus lenguas contra mí. Increpa S. Agustín a los judíos y los llama occisores de Cristo, pues le mataban al gritar *crucifige, crucifige eum*. O como dice más al caso VILLALOBOS (21): "Y también se entiende que es lícito matar al que va a acusar a uno y tiene falsos testigos para que le condenen a muerte; que lo mismo es matarle por medio del juez que con su espada propia." *Negandum est* dice DICASTILLO en el lugar antes citado, se debe negar que no es agresor el que da testimonio falso en el juicio (22).

Otra clase de argumentos proponen también muy en particular BÁÑEZ y LESIO, diciendo y probando que se puede en esas circunstancias aceptar el duelo cuando sea el único medio para librarse de enemigo tan funesto; de donde deducen que se le podrá, por tanto, matar directamente, sin acudir a tal procedimiento.

Añaden finalmente, que así como se puede matar al que quiere violentamente arrebatarle todos los bienes, podrá también hacerlo al que quiere e intenta con esas falsas acusaciones quitarte la honra y el buen nombre, que valen más que los bienes de fortuna, y si a ello se añade el inmediato peligro de la misma vida, ¿qué duda puede haber entonces?

Mucha, muchísima duda, responden los adversarios y dicen con CÓRDOBA que sin agresión no se puede hablar de legítima defensa y que una cosa es la agresión o invasión injusta, necesaria siempre, y otra la maquinación fraudulenta, contra la que no cabe el uso de la fuerza.

(20) NAVARRA, o. c. 497.

(21) VILLALOBOS, o. c. 184.

(22) Da un paso más adelante BÁÑEZ y considera el caso de que sea cierto el delito imputado, pero oculto. ¿Puede entonces defenderse uno aún con la muerte del denunciante, si es el único medio de evitar el mal? Oigamos a BÁÑEZ. "Pero pregunta alguno: ¿qué puedo hacer cuando se me quiere acusar de un crimen cierto, pero oculto, con peligro inminente de mi muerte o de infamia? Se responde que si no tiene el acusador derecho alguno de denunciarme, ni procede según la justicia legal, me puedo defender de él como del que me imputa un crimen falso". Citado por DIANA en su *Resolutionum Moralium* (Lugduni, 1641), parte IV, 117 y ss. Piensan lo mismo TAMBURINI y HURTADO DE MENDOZA.

“*Vim vi repellere licet, non fraudem*” se puede rechazar la fuerza como la fuerza, pero no con la fuerza el fraude o engaño. El falso testimonio dice BONACHINA (23) *non censetur aggressio sed iniustitia*, no es agresión, sino una injusticia que debe llevar su castigo.

Completamente de acuerdo, responden con LUGO los del otro bando; pero aquí el fraude y el engaño lo es respecto del juez a quien se quiere engañar con calumnias y falsos testigos; pero respecto al inocente no hay engaño ni fraude sino agresión o fuerza que contra él se quiere ejercer por medio del engaño al juez: puede, pues, con la fuerza rechazar esa otra fuerza, matando ocultamente, si no queda otro medio, al autor injusto de esa violencia, al calumniador que así quiere acabar conmigo.

Otra clase de razones en contra expone VÁZQUEZ (24), muy fuertes sin duda y luego repetidas por otros autores, muy especialmente por TURRIANO, que ponen en no pequeño aprieto a LUGO y sus seguidores.

No es propiamente invasor, dice, el que acude a los tribunales contra un tercero, aunque lo haga injustamente y con la peor intención. Obra, sin duda, contra derecho, pero no contra el orden del derecho; no obra como persona privada, ni por su propia autoridad, sino como persona pública, o sea, por medio del juez y guardando el orden jurídico.

De nuevo creo preciso recordar que no era entonces la vida de los tribunales como la de ahora, ni la importancia que a los testigos se daba, ni los modos de examinar sus testimonios y de buscar la verdad y de aquilatar científicamente las circunstancias como se hace en la actualidad. Hoy sería inconcebible la manera de pensar de aquéllos LUGOS y MOLINAS en esta materia y en absoluto rechazable su criterio; ¡buenos estaríamos si se pudiera, con tranquila conciencia, atentar contra la vida del que me lleva ante el juez, aunque esté yo firmemente convencido de que lo hace contra todo derecho y sólo buscando mi aniquilación con bien amañadas calumnias y falsos testigos! ¡Cuántos miles se creen, con razón o sin ella, víctimas de las maquinaciones de otros, sin que concedamos en modo alguno, que puedan lanzarse contra ellos, alegando legítima defensa, ante la supuesta y para ellos evidente agresión contra sus bienes o su vida!

Sin duda que no resultaba tan absurdo en aquéllos tiempos, cuando mentalidades tan eminentes lo defendían. No se olvide la máxima de “*distingue tempora et concordabis jura*” muy especialmente aplicable a la administración de justicia.

Creemos, pues, que esa dificultad de VÁZQUEZ no tendría hoy solución; sin embargo, varias respuestas de LUGO, no muy convincentes a nuestro parecer.

Ne sé por qué, dice, se le ha de quitar a nadie el derecho a la le-

(23) BONACHINA (Martín): *Operum de morali Theologia*. T. II (Antuerpiae, 1635), 367.

(24) VÁZQUEZ (G.): *Opuscula Moralis* (Compluti, 1617), 182 y ss.

gítima defensa sólo porque se guarda exteriormente el orden jurídico, si se concece que realmente hay verdadera invasión concreta contra derecho. Lo confirma con un ejemplo de aquellos tiempos. Incurre en excomunión el que hiere por sí mismo a un clérigo y en la misma excomunión incurre el que le hace azotar por el juez, engañado intencionadamente por el acusador: nada por tanto, vale que se haya guardado el orden jurídico.

No creo que convenza mucho el argumento, pues para declarar esas calumnias es el juicio, ni que él quedara muy satisfecho; porque, añade a continuación: si los ejecutores o ministros del juez conocieran la inocencia del condenado y quisieran, sin embargo, cumplir en él la sentencia de muerte, podría el condenado resistirse y aun matarlos, no quedando otro medio para salvarse (según opinión entonces vigente), y eso que no obran como persona privada, sino con autoridad pública: luego nada importa tampoco que obre el acusador por medio del juez como persona pública.

Tampoco puede cabalgar muy seguro sobre el corcel de su argumento, pues la refutación por símiles y ejemplos deja, generalmente, camino muy abierto a la contrarréplica, y así va ahora derecho al toro para atacarle de frente.

“VÁZQUEZ, continúa LUGO, dice que sería agresor el falso denunciante si fuera contra el derecho y obrara contra el orden jurídico establecido; pues bien, el que busca mi condena capital por medio de calumnias y falsos testimonios va contra el derecho y contra el orden establecido para administrar justicia; pues todos los derechos mandan al acusador y al testigo que sólo, según su conciencia, acusen y den testimonio; luego el falso acusador va contra el derecho y contra el orden establecido; y, por tanto, se le puede resistir, aun con su detrimento y daño.”

Se ve claro en este raciocinio que va el acusador contra el derecho; pero no que vaya contra el orden establecido al llevarle ante el juez.

Acabemos esta excursión jurídica con la nota sensatísima de LESSIO (25), ya insinuada por SOTO, y luego repetida por otros.

“Pero esta sentencia —dice—, aunque tal vez probable especulativamente, sin embargo, no se debe admitir en la práctica por los trastornos que de ella podrían seguirse. Fácilmente se persuaden los acusados de que lo son calumniosamente y que no queda otra salida que la muerte de los falsos acusadores, y así se causarían muchas muertes injustamente, y en una República bien constituida se los castigaría como a homicidas.”

(25) LESSIO (L.): *De Justitia et Jure, caeterisque virtutibus cardinalibus* (Antuerpiae, 1621), I. II. 94.

Más explícito aún DIANA (26):

“Aunque sólo a la luz del derecho natural—dice—no sea improbable tal opinión, sin embargo, creo que por el derecho positivo puede prohibirse y que de hecho está prohibida y que la ley que prohíbe el homicidio puede también aplicarse a estos casos. Parece admitido por el uso que en cualquier República bien ordenada se condena a muerte al que mata en esas condiciones, ni creo que en ninguna parte pudiera admitirse como excusa que lo hizo como defensa legítima necesaria.”

Enumera después los grandes abusos que de tal opinión pudieran seguirse y que, por tanto, se trata en estos estudios de problemas especulativos sin fuerza en la práctica. Yo, con otros, dice TAMBURINI (27), así lo creo; es decir, aunque especulativamente parezca probable tal opinión, sin embargo, de ninguna manera puede tener aplicación práctica.

No quedan muy conformes LUGO ni BÁÑEZ con esta manera de ver el problema: aquél se refiere al carácter especulativo que quieren darle algunos, y BÁÑEZ a las perturbadoras consecuencias que atribuyen a esta opinión.

“Confieso a la verdad—dice LUGO—que el caso es raro, pero no metafísico, como lo comprueba sobradamente la experiencia; pues se encuentran algunos con ánimo tan obstinado de venganza que, tentados todos los medios y ofrecido todo género de satisfacciones, no se rinden si no beben la sangre del ofensor, el cual se ve obligado a desterrarse y vagar por el mundo y en ninguna parte está seguro ni libre de sus persecuciones: por lo cual no creo que los haya dejado el derecho natural sin remedio contra tan inicuos agresores: No todos son santos como David, que, injustamente perseguido por Saúl a muerte, quiso más respetar su vida que matarle, cuando pudo hacerlo impunemente.”

Y BÁÑEZ dice con relación al segundo punto:

“tan grandes inconvenientes no provienen de la doctrina misma, sino de la malicia de los litigantes, que no examinan prudentemente las circunstancias en las que es lícito matar al falso acusador o falso testigo.”

Y basta lo dicho en materia tan singular, que prueba, una vez más, la amplitud de criterio de nuestros tratadistas antiguos y la libertad

(26) DIANA (Antonio): *Resolutionum moralium* (Lugduni, 1641), pars. quarta, 117.

(27) TAMBURINI, o. c. 132.

tan completa de expresión aun en asuntos tan vidriosos. Para terminar este apartado de la legítima defensa en nuestros clásicos, nos quedan aún varios problemas, no estudiados generalmente por los modernos, algunos de los cuales vamos a considerar ahora.

¿ESTÁ EL ATACADO OBLIGADO A DEFENDERSE?

Que el injustamente atacado pueda defenderse aun con la muerte del ofensor, si no hay más remedio, y *servato moderamine inculpatae tutelae*, lo conceden todos los autores, entre nuestros tratadistas clásicos, sin excepción. Suelo tan firme pisan que se preguntan en seguida si está obligado a defenderse y aun a matar, si es preciso, antes que ofrendar su vida.

Voy a empezar con CARPZOVIO (28), tan celebrado en el mundo penal, pues, aunque no es de nuestros clásicos, conoce y cita a algunos de ellos y se acerca no poco a su parecer. Dice así en su magnífica obra *Practicae novae imperialis Saxoniae rerum criminalium*, literalmente traducido:

“Más aún; el que prefiere morir antes que matar al injusto agresor, peca gravísimamente no sólo contra sí, pues al menospreciar el amor que a sí mismo se debe, se diría que a sí mismo pretende matarse; sino también contra Dios, pues contra su voluntad abandona el puesto en que le ha colocado; también peca contra la república, pues antes del tiempo debido le priva de sí, de sus trabajos y empresas y peca además contra la pública tranquilidad y la enmienda del prójimo, ya que, por su paciencia, crece la maldad de los perversos y se lanzan a mayores crímenes.”

Así habla CARPZOVIO. Le sigue en lo firme del parecer (véase sin falta la nota), aunque con menos elocuencia, el ABULENSIS (29), como

(28) CARPZOVIO: *Practicae novae imperialis Saxoniae rerum criminalium* (Francofurti et Witterbergae), 1652, I, 150.

(29) Así lo dicen, MOLINA, LUGO, LEDESMA y no sé cuántos más; de LUGO lo tomé yo y lo digo en mi *Covarrubias penalista* (Barcelona, Bosch, 1959), 92. Acuciado por lo singular del tema, quise verlo en el mismo POSTADO. Es una selva inmensa y sin un buen hilo de Ariadna, difícilmente se orienta uno. Ayudado con los índices, en el comentario a S. Mateo, cap. V, vi que se trataba ampliamente de la legítima defensa: la dedica nada menos que diez columnas en gran folio.

Mi sorpresa fue muy grande. No sólo no encontré la tal obligación de matar al adversario por salvar la vida propia, sino que es de los más tímidos en admitir la misma legítima defensa.

Expone ampliamente la opinión de SANTO TOMÁS, que es la común de los clásicos; después, con gran detención, la de SAN AGUSTÍN, tan controvertida como negada y termina así: *Utraque istarum positionum videtur aequaliter rationalis; una y otra de estas posiciones son a su modo defendibles y adañe: “communior tamen, pero es más común la que afirma que es lícito matar a otro en*

le citan habitualmente, o sea ALFONSO DE MADRIGAL TOSTADO DE RIBERA, obispo de Avila, conocido generalmente por "EL TOSTADO", hombre de inmenso saber y erudición maravillosa. Por algo queda aún el proverbio: "sabe más que el TOSTADO". Dos razones da para sostener que tiene no sólo derecho, sino obligación de defenderse y matar, si es preciso, antes que morir. Primera, porque, en materia grave, bajo pecado mortal, obliga el orden de la caridad y el tal orden manda que se prefiera la vida propia a la ajena; y segunda, porque, según mandato del derecho natural, cada uno está obligado a conservar su vida, valiéndose de todos los medios lícitos para ello; pero es medio lícito matar al agresor injusto cuando es necesario para seguir viviendo, luego está obligado a matar antes que morir.

defensa propia y parece más razonable." Con esta afirmación tan tímida y vacilante, ¿cómo se puede sostener que defiende la obligación de matar antes que morir frente al atacante?

A lo largo de tantas columnas, sólo trata de la *licitud*, nunca de la *obligación* y lo que más defiende y más repite en largos párrafos es que nunca se puede tener intención de matar; que sólo puede defenderse aunque, como consecuencia de la defensa, pueda acaecer la muerte del adversario, como algo puramente accidental. Tener la intención de matar siempre es pecado; nunca la puede tener *in quantumque necessitate*, por grande que sea la necesidad en que se vea. ¿Cómo se conpagina todo esto con la obligación de matar, antes que morir? Y más cuando añade: "*Item potest...* puede suceder que alguno, viéndose en grave aprieto, crea que no es posible salir con vida sin matar al adversario..., pero piense que es muy posible; pues puede caerse el atacante, puede entrarle el miedo a puede impedirlo Dios y así podrá librarse sin matar al otro".

Y saca como consecuencia de largas consideraciones: "*Videtur dicendum*", parece que se debe decir que no peca el que defendiéndose mata al enemigo, pues sino sería necesario que se dejara morir en cualquier ocasión que el enemigo le atacara y dice que esto sería acabar con la paz de la república, con el culto de Cristo, que consiste sólo en la conservación de los buenos, con el triunfo de todos los desalmados (argumentos que han de explotar SOTO, MOLINA y LUGO) y por consiguiente que no es conveniente, o por lo menos no es necesario, que el hombre se entregue sin defensa alguna antes de matar al ofensor.

¿Dónde está en todo esto la obligación de matar al atacante antes que morir? Sólo trata de la *licitud*, niega toda intención de matar, aún en los más graves aprietos y sólo afirma que no se debe dejar matar por cualquiera, en cualquier ocasión, pues eso sería el triunfo de la maldad, en lo que están con él todos los clásicos, y acaba diciendo: "*Ideo licet licitum sit occidere hostem se defendendo, non debuit hoc praecipere sed permitti*"; de manera que aunque sea lícito matar al adversario en propia defensa, esto nunca se debió mandar, sino a lo sumo permitir.

Por tanto veo claramente que no es cierta, sino más bien falsa la opinión que atribuye al TOSTADO esta manera de pensar.

Pero, ¿cómo se explica que lo afirmen tantos y tan preclaros autores clásicos y con tanta precisión? En primer lugar, he visto que también nuestros grandes tratadistas se copiaban unos a otros con excesiva frecuencia, sin acudir a las fuentes. Aquí se ve claro que LUGO lo copia de MOLINA, casi con las mismas palabras, y cabe también en este caso otra explicación. Fue tanto lo que escribió el TOSTADO que muy bien puede suceder que tratara en otra ocasión de la misma materia y allí afirmara lo que dice MOLINA; pero se me hace muy difícil que, en materia tan importante, hubiera tal diferencia de criterios en un escritor tan de primera fila como el TOSTADO.

TOSTATI (A.): *Commentaria in Primam partem Mathci* (Venetiis, 1728), tomo 19, 143.

Además de PABLO CASTRO, citado por COVARRUBIAS, podría creerse de la misma opinión a FARINACIO (30), cuyas son estas palabras:

“De tal manera es lícito matar en la legítima defensa, que si el atacado, pudiendo defenderse no lo hace y permite ser muerto, peca y debe ser condenado como suicida.”

Las frases son contundentes; no le pongo, sin embargo, entre los partidarios de CARPZOVIO y el TOSTADO, porque añade que

nulla juxta subsistente causa, no habiendo causa justa para consentirlo.

Lástima que no lo explique; pero parece que sigue, más o menos, a regañadientes, al grupo general.

Todos los clásicos capitaneados por CAYETANO (31), COVARRUBIAS (32), SOTO (33), MOLINA (34), LUGO (35), LESIO (36), etc., etc., afirman que puede uno dejarse matar para que el otro siga viviendo y no pierda al mismo tiempo cuerpo y alma, y añaden que, aun por sola la vida temporal del prójimo, puede hacerlo y que sería un acto de egregia caridad. Lo prueban así. Por la vida corporal del prójimo es cierto que puede uno exponerse a graves peligros de muerte, v. g., en caso de peste; pues aunque no somos dueños de nuestra vida, somos administradores de la misma, y esta administración, que Dios nos concede, incluye la facultad de acto tan eximio de virtud, si se hace en su obsequio y para gran aumento de nuestros méritos; tanto más cuanto que a ello nos incita con su ejemplo el mismo Jesucristo al morir por nosotros, y con sus palabras, pues nos dice que amemos a nuestro prójimo como El nos amó y que el mayor acto de amor es poner la vida por sus hermanos.

Refutan los autores las razones del TOSTADO. Que debemos amarnos a nosotros mismos, dice LUGO, es indudable, como lo es también que el recto orden de la caridad pide que, *caeteris paribus*, amemos más nuestra vida que la del prójimo; pero no nos obliga esto a usar medios extraordinarios o muy difíciles. *Est autem medium valde difficile*, pero es medio muy difícil que deba matar a mi prójimo por defenderme, máxime si está en pecado mortal; luego no estoy obligado a conservar con tal precio mi vida, y como puedo exponerme a morir de peste por ayudar a los atacados por tan terrible enfermedad, a *for-*

(30) FARINACIO (P.): *Operum criminalium* (Antuerpiae, 1618), V. 201.

(31) CAYETANO (T.): *Secunda secundae* (Antuerpiae, 1576), quæst. 64, art. 6, página 228.

(32) PEREDA (J.): *Covarrubias Penalista* (Barcelona, 1959), 97-113.

(33) SOTO (D.), o. c., 393.

(34) MOLINA (L.), o. c., 36.

(35) LUGO (J.), o. c., 266.

(36) LESSIO (L.), o. c., 93.

tiori potero mortem tolerare, con más razón podré pasar por mi muerte antes que matar al que me ataca. Lo cual no quita que deba defenderme, y por medios ordinarios salvar la vida sin daño del prójimo, por la obligación que tengo de conservarla. Y resumiendo lo dicho en forma escolástica añade: Se responde al argumento del TOSTADO diciendo que no todo el orden de la caridad *est sub praecepto*, no todo él es obligatorio, sino que parte de él *est sub consilio* y algunas cosas solamente *sub permissione*. Al segundo argumento se da la misma contestación.

¿QUIÉNES TIENEN EL DERECHO DE DEFENDERSE AUN CON LA MUERTE DEL ADVERSARIO?

Lo tienen todos y contra todos: el hijo contra el padre, dice TAMBURINI (37), y con él todos los demás; el padre contra el hijo; el hermano contra su hermano; el siervo contra su señor; el sacerdote, el religioso, contra el prelado; el ciudadano contra el rey, contra el Papa; y esto en cualquiera situación. Aunque sea cuando esté el sacerdote, añade LESTO, celebrando la misa, puede defenderse y aun matar, si es preciso, y seguir después, como si tal cosa, hasta concluir la celebración; pues no se ha excedido en el ejercicio de su derecho conforme a toda justicia, contra el que nada puede ni ley, ni estatuto, ni costumbre alguna en contrario.

Detengámonos un poco en la legítima defensa contra el Rey, caso tan estudiado por todos los clásicos.

El gran VÁZQUEZ DE MENCHACA (38) se pone casi contra todos ellos y dejándose llevar de su afán polémico, se desborda aquí, como en otras ocasiones, su elocuencia y dice indignado:

“que esta defensa propia es de derecho natural y el pretender arrebátarsela al linaje humano debe parecernos no sólo impío, sino también criminal; no cambia el aspecto de la cuestión porque el agresor sea un príncipe o un caudillo de la república u otra persona necesaria para el régimen público... Así pues, si el príncipe de la república a que pertenezco se lanza a matarme o herirme siendo yo inocente y sin merecerlo, por el mismo hecho y por el mismo derecho deja de ser príncipe..., si yo le hubiera dado muerte, no tanto parecerá que he matado al príncipe, cuanto a un hombre particular”.

Pocos le siguen en este parecer, un poco extraño en aquellos tiempos de tan excesivo culto a la soberanía. Sólo encuentro frases seme-

(37) TAMBURINI, o. c., 131.

(38) VÁZQUEZ DE MENCHACA (F.): *Controversiarium illustrium libri 3.* (Valladolid, 1931), I, 334.

jantes en el insobornable y original siempre CONCINA (39), que ve en todos los hombres tal inclinación natural a defender su vida que así lo harán contra cualquiera, sea Príncipe o Rey: pues "el tal Rey no es nada útil a la república cuando pone insidias a la vida de sus súbditos, *sed fortius lupo comparatur devoranti gregem*, sino que más bien debe ser comparado al lobo, que devora su grey".

Hay otros que casi coinciden con estos: ocupan un lugar intermedio entre los extremos. Oigamos, por ejemplo, a MANUEL RODRÍGUEZ (40), que nos dice en buen castellano en la *Suma de casos de conciencia*:

"Por defender la vida, licito es matar al Príncipe; porque aunque los vasallos deben anteponer la vida del Príncipe a la suya propia, esto se ha de entender cuando está el Príncipe en estrecha necesidad puesto, no pudiendo huir el peligro en que está, empero poniéndose de su voluntad a este peligro, del cual, si quiere, se puede librar, no están sus vasallos obligados a poner su vida al tablero por la suya. Verdad es, que si el Príncipe no solamente es bueno, más aún es necesario para el Reino, tanto que de su muerte probablemente se seguirían muchos males; en este caso haría una obra heroica el vasallo no se defendiendo, como lo dize CÓRDOBA contra SOTO que le obliga a no matarle por su defensión; porque poner obligación a un hombre que viendo la muerte al ojo, no se defiende de ella, es negocio grave".

Sensato y prudente me parece este pensar y es el de CÓRDOBA, VÁZQUEZ (41). CARDENAL ZABARELLA y algunos otros, según los cuales la ley divina, natural y positiva defienden la legítima defensa sin poner excepciones ningunas, y donde *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Podría dejarse matar y sería acto heroico, pero no puede ser obligatorio.

SOTO, MOLINA, BÁÑEZ, DIANA (42), y otros sin cuento sostienen la obligatoriedad de respetar la vida del Rey en determinadas circunstancias, aunque ataque ilegítimamente a un particular. Oigámosles a ellos mismos. BÁÑEZ en la cuestión 64 de Iustitia, art. 7, dice que:

"cuando de la muerte del agresor se sigue notable daño a la República, está el hombre obligado a morir antes que matar al agresor, con tanto daño del bien común... Pero decimos, sin embargo, que si matara al agresor defendiendo su propia vida con todos los miramientos debidos, no pecaría contra la justicia

(39) CONCINA, o. c., 181.

(40) RODRÍGUEZ (M.): *Suma de casos de conciencia* (Barcelona, 1616), t. I, caso 220, núm. 8.

(41) VÁZQUEZ (G.), o. c., 183.

(42) DIANA (A.), o. c., p. 115. También en el teatro se refleja este parecer. En "Locura por la honra" hace decir Lope a un caballero villanamente ultrajado por el príncipe: Más vale, aunque caballero / soy de tan alto valor / que yo viva sin honor / que Francia sin heredero.

conmutativa con relación al enemigo muerto, pero pecaría mortalmente contra la caridad y piedad, contra la patria y por añadidura contra la justicia conmutativa con relación a la República a la que causaría gran daño”.

“Si el agresor fuera rey, jefe o persona muy necesaria para la República, dice Soro y el invadido fuero uno del montón, cuya vida no significa nada para el bien común, yo creería entonces que el atacado está obligado por caridad a tolerar la muerte antes que causarla.

Lo mismo dice MOLINA, añadiendo expresamente que la obligación sería bajo pecado mortal. Da la misma razón, o sea, que por la ley de la caridad está uno obligado a preferir bien común tan eminente a su propia vida.

“Cuando yo explicaba esta materia en Evora, continúa anecdóticamente (queda así muy claro su pensamiento), ponía como ejemplo a nuestro catolicísimo rey Felipe II, de cuya vida, hasta que sus hijos crecieran y llegara el príncipe a la edad legal, pendía según el sentido de todos, la paz de la república cristiana y todo el bien temporal y espiritual de la Iglesia en tan perturbados tiempos. Si, pues, injustamente atacara a alguno (inconcebible en absoluto en tan cristiano Rey), el atacado se vería obligado a tolerar la muerte antes que matarle, con un daño tan grande para la Iglesia y para nuestros reinos. Pero si un Rey tuviera ya sucesor que pudiera gobernar dignamente la República, entonces podría el atacado lícitamente matarle para defender su vida, pues de la muerte del Rey no se seguiría tal daño a la República que exigiera el sacrificio de la vida del injustamente atacado”.

Así hablan la inmensa mayoría. No es por la persona misma del Rey, a pesar del halo sagrado que entonces los circundaba, sino por el posible daño grande de la nación, por las guerras civiles y general trastorno que se temía.

A tres posturas, por tanto, se puede reducir toda esta cuestión:

Primera.—La de los que afirman que siempre puede el atacado defenderse, aún con la muerte de Rey agresor, pase lo que pase.

Segunda.—La de los que creen que puede perfectamente defenderse hasta las últimas consecuencias, pero que sería acto heroico, nunca obligatorio, permitir antes su muerte que la del Rey atacante.

Tercera.—La que sostiene la obligación absoluta de tolerar antes su muerte que la del Rey, porque según el orden de la caridad debe siempre preferirse el bien común cuando es muy grande, al bien particular, aún a costa de su vida.

Nos parece la más razonable la segunda, pues, como decía RODRÍGUEZ MANUEL “poner obligación a un hombre que, viendo la muerte al ojo, no se defiende, es negocio grave”.

UN CASO CONCRETO INTERESANTE

Otro problema se presenta a nuestros grandes clásicos, hoy olvidado en absoluto, pues era fruto natural de la fe de aquellos tiempos, fe viva, que tanta importancia daba a la suma trascendencia y superioridad de lo sobrenatural sobre lo material, a lo eterno sobre lo temporal.

Viviendo en su intensa realidad la vida religiosa, veían claramente aquellos tratadistas que, si el atacado mata al que le ataca injustamente, puede también condenarle por toda la eternidad; pues muchas veces puede estar firmemente persuadido de su mala fe y por tanto de su estado de conciencia en pecado mortal. ¿Puede entonces matarle y acarrear su infelicidad eterna, haciéndole perder a la vez cuerpo y alma?

Lo estudian con detención y gran cuidado. Ven primero que el orden de la caridad obliga, bajo pecado mortal, a socorrer al prójimo puesto en extrema necesidad material: afirman, asimismo, que con mayor razón está también obligado, aún con peligro inminente de su vida, a socorrerle en extrema necesidad espiritual, puesto que deben anteponer la felicidad eterna del prójimo a su vida temporal; ¿cómo, pues, podrá matarle si sabe que con la vida temporal le causa también su perdición eterna?

Y este era el sentido del pueblo y por eso aplaudían con tanto entusiasmo los arranques de Calderón de la Barca que en esto era verdaderamente el eco de los grandes teólogos y juristas. En el "Médico de su honra", cuando va Don Gutiérre a sangrar a su mujer, a la que cree en torpes relaciones, dice con profundo sentido cristiano:

"Ya que la cura he de aplicar postrera
No muera el alma, aunque la vida muera."

Y luego deja escrita en prosa la sentencia contra su mujer en estos términos: "el amor te adora, el honor te aborrece; y así, el uno te mata y el otro te avisa. Dos horas tienes de vida; cristiana eres, salva el alma, que la vida es imposible".

¡Qué acordes caminaban entonces en España juristas, teólogos y comediógrafos, todos informados por un mismo sentimiento religioso, tan profundamente vivido!

Pero sigamos con nuestro tema jurídico.

¿Cómo resuelven los moralistas este conflicto? Muy sencilla y profundamente, aunque difícil lo llama Lugo (43). Es un caso concreto del primer problema, o sea, si está uno obligado siempre a defenderse, matando antes que dejarse morir.

(43) Lugo, o. c., 267.

Sostienen, como lo hemos visto, que no hay tal obligación general, pero añaden ahora que ni siquiera en estas circunstancias.

Traen como adversarios a GERSON, RICARDO DE S. VÍCTOR, AGUSTÍN DE ANCONA y algún otro; pero afirman que aunque la ley de la caridad ordene que se debe anteponer la vida espiritual del prójimo a la propia corporal, esto se debe entender cuando mi vida es tan necesaria al prójimo para asegurar la suya espiritual, que si no me expongo a peligro de muerte, él se pierde irremisiblemente. Pero si mi vida corporal no lo es necesaria, de tal manera que él, por sí mismo, pueda ayudarse y asegurar su salvación, pero por su malicia no quiere desistir de su vida depravada; entonces no me obliga esa ley de la caridad a exponer mi vida para asegurar la salvación del otro. Ese es nuestro caso. Deje él su vida de pecado en atacarme injustamente, como es su obligación; pero si persiste tercamente, alla él...

“No se puede decir, afirma LUGO, que se encuentra entonces en necesidad alguna de mi ayuda, y mucho menos en necesidad extrema: en su mano está el remedio. Es algo así, continúa el mismo LUGO, como si el que tuviera dinero propio para comprar alimentos, no quisiera gastarlo y se viera así en peligro de muerte: claro está que no habría en mí obligación alguna de darle lo mío, pues no lo necesita. La caridad no obliga con tanto rigor en relación con cualquier necesitado, sino con los que lo necesitan de verdad. La razón, a priori, está en que tal obligación se funda en aquel precepto de derecho natural: “amarás al prójimo como a ti mismo, o lo que quieras que se haga contigo, hazlo tú con los demás y ninguno puede querer razonablemente que se le ayude y se le alimente cuando con sus propios medios puede cubrir sus necesidades... y así también ninguno razonablemente desea o pide que cuando puede fácilmente mirar por sí mismo, no invadiendo a nadie contra todo derecho, vayan a permitir los otros ser atacados y muertos antes de defenderse con posible muerte del atacante en pecado, para librarle de la eterna condenación. Podrían hacerlo, pero obligación no hay ninguna”.

¡Pues no faltaba más, dice MOLINA, sino que hubiera tal obligación!

“Tunc *pessimiquique...*, entonces los peores entre los malvados invadirían a los mejores, les arrebatarían sus bienes y hasta su vida, sabiendo que no podían matarlos en su defensa aumentarían así los ataques, se multiplicarían los criminales en la república con mayor detrimento aún espiritual de los mismos malvados, que si se permitiera matarlos en defensa propia. La luz natural enseña que no se puede presumir tal cosa de las leyes divinas, etc., etc.”.

En las mismas o semejantes exclamaciones se había explayado con antelación DOMINGO SOTO:

“Eso sería, dice, no sólo pervertir el orden natural, sino hacer insoportable el yugo de Cristo, cuando Él lo ha llamado suave y ligero, y eso *minime gentium*, en jamás de los jamases” exclama indignado el sabio y santo dominico.

Tienen, sin duda, su fundamento tales afirmaciones; pero hay en ellas exceso de elocuencia o de retórica; pues no podrían los tribunales y autoridades públicas cruzarse de brazos ante tales desórdenes.

LUGO añade ciertos “peros” a la razón aducida por MOLINA y todos los demás, incluido el mismo LUGO. Lo fundamentan todo en que el atacante injusto puede valerse por sí mismo, apartándose del mal camino, sin necesidad de que yo me sacrifique por su salvación eterna. Pero, dice LUGO, si el agresor es tan sólo agresor material o porque está embriagado o fuera de sí por otro motivo cualquier y a mí me consta que está en pecado mortal del que se puede purificar, pasado el arrebatado del momento, ¿puedo entonces lícitamente matarle defendiéndome, siendo así que él está en extrema necesidad y no puede valerse por sí mismo?

Non videtur posse licite a te occidi, no parece lícito que entonces le puedas matar, y añade con acertado criterio: *hic tamen casus rarissimus est*: rarísimo sería este caso y más bien especulativo, pues ¿cómo puedes saber que está realmente en pecado mortal y que necesariamente se condena?

Bien vendría aquí la advertencia del TOSTADO (44), que sólo en él la encuentro, y es, por otra parte, tan lógica y ordinaria.

Pero ¿para qué tales angustias?, viene a decir el ABULENSE. ¿Cuándo la muerte es tan repentina que no quede ni un momento para hacer un acto de perfecta contrición que le ponga en gracia de Dios? Ciertamente que siempre o casi siempre le tendrá y podrá poner el tal acto, máxime en aquellos tiempos de fe tan honda, aun en vidas desgarradas.

¡Si hasta en el mismo disparatado *Don Juan Tenorio*, de Zorrilla (que, aunque autor de nuestro siglo, quiere reflejar tiempos pasados), leemos y aplaudimos:

*Un punto de contrición
da a un alma la salvación
y ese punto te lo dan...*

y al verse luego sujeto por la mano de la estatua que quiere llevarle al infierno, exclama Don Juan:

(44) TOSTADO, o. c., 146.

*Suéltala, que si es verdad
que un punto de contrición
da a un alma la salvación
de toda una eternidad,
yo, Santo Dios, creo en Ti:
si es mi maldad inaudita,
tu piedad es infinita...
Señor, ten piedad de mí...*

y oye luego al espectro de Doña Inés, que dice:

*y Dios perdona, Don Juan,
al pie de mi sepultura...*

Pero dejemos estos sueños poéticos, tan sin pies ni cabeza en muchos detalles, pero con fondo muy cierto.

Insistiendo un poco en esta materia, me extraña más aún que varios de estos autores no poco prestigiosos, como LESIO, FILLUCIO, TRULLENCH (45) y algunos otros pongan como condición, para poder morir antes que matar en esas condiciones de injusta agresión, que se vean ellos en gracia de Dios y que, en caso contrario, no deben pasar por su muerte. Pero ¿no sabían estos autores el verdadero valor de la contrición perfecta, máxime en circunstancias tan propicias, ya que van a ejercitar el acto más grande y más heroico de caridad cristiana, al consentir en su muerte para que pueda salvarse el enemigo agresor? *Magnae caritatis esset* tal acto, dice CAYETANO; *actus heroicus* le llama DIANA; *actus agregiae caritatis cum ingenti suo merito*, MOLINA, etc., etc. ¿Qué cosa más fácil y natural entonces que el acto de perfecta contrición?

Creo que he manoseado demasiado esta materia: Quede, pues, en claro que, según los clásicos, casi sin excepción:

1) No es *obligatorio* el defender su vida con posible muerte del agresor, si no se trata de un rey o persona necesaria para la república, que se ve agredido por un particular sin importancia ninguna; o de quien es necesario para la vida de la familia; porque, aunque pueda uno renunciar a sus derechos, no puede renunciar a los de un tercero, v. g., a los de su esposa e hijos que quedarían abandonados.

2) Puede el atacado defenderse contra cualquiera y en cualesquiera condiciones, como lo hemos indicado antes.

3) Aunque el agresor pueda perder cuerpo y alma a la vez, puede defenderse el agredido. Sería acto heroico, no obligatorio, llegar a perder la vida por salvar el alma del prójimo.

(45) TRULLENCH (J.): *Operis moralis* (Lugdumi, 1652), t. III, p. 41 y ss.

¿ PUEDE ALEGAR LA LEGÍTIMA DEFENSA CUANDO EL AGREDIDO HA DADO CAUSA A LA AGRESIÓN ?

Vamos a adentrarnos en otro problema, también estudiado por los clásicos. ¿ Puede defenderse el agredido, aun con muerte del agresor, cuando el agredido ha dado causa muy sobrada para la agresión ?

Suelen poner los autores como caso más impresionante, el del marido que encuentra en acto de adulterio a su mujer con el cómplice y arremete contra ellos. ¿ Puede el adúltero defenderse de la agresión y aun matar al marido burlado, si fuera necesario, para su defensa ?

El problema presenta diferentes aspectos que hay que distinguir bien para evitar confusiones: primero se puede considerar bajo el aspecto civil; segundo, bajo el canónico, y en éste caben dos preguntas distintas: a) si se puede defender el agredido aun con la muerte del agresor, que aquí es el marido burlado; y b) si en este caso incurrirá, por lo menos, en la irregularidad *ex homicidio*.

Ampliamente lo hemos estudiado en nuestro artículo sobre el *Uxoricidio* (46), al que remitimos al curioso lector: aquí sólo indicaremos lo más necesario y preciso para resolver el problema presente.

Sabido es que hasta el Código de 1822, todos los cuerpos legales españoles, con algunas variantes en algunos de ellos, y los Fueros, reconocían al marido el poder matar al adúltero sorprendido en el acto mismo, con algunas condiciones, que aquí omitimos, por no ser ahora necesario exponerlas. Se ha llegado a decir, equivocadamente a mi parecer, que, a veces, no era mera permisión, sino una obligación del marido burlado. *El Fuero de Coria* (47) decía, por ejemplo, "*qui fallare home con mugier... mátelos ambos sin calonna ninguna e non izca por enemigo*".

Nuestros clásicos lo sabían perfectamente; pero ¿ podía hacerse eso sin pecado? ¿ Era justa la ley? Aquí estaba la dificultad. Sostienen todos que hay en ello pecado mortal; pero creen todos también que la ley es justa. No puedo detenerme en el estudio de este interesantísimo debate, ya expuesto en el artículo citado. Es justa, dicen, pues no hace más que eximir de pena al delincuente por razones gravísimas y muy atendibles; no manda, sino que permite; no justifica, tan sólo disculpa; pero *nemini aut theologorum aut jurisprudentium* (48), dice

(46) PEREDA (J.): *El uxoricidio* ("Anuario de Derecho Penal", Madrid, 1951), 518-545.

(47) *El Fuero de Coria*, por JOSÉ MALDONADO. Instituto de Estudios de Administración Local, 1949, núm. 59.

(48) No es esto tan exacto. Conocido es el parecer opuesto de VÁZQUEZ DE MENCHACA, para quien "*sententiam contrariam verissimam aussim dicere*". Siguen a MENCHACA, aunque muy tímidamente, algunos otros juristas como A. GÓMEZ, el célebre comentarista de las Leyes de Toro; JULIO CLARO, DIEGO CASTILLO, PARLADORIUS... Véase el artículo del *Uxoricidio*, antes citado, p. 525.

absolutamente Soro, a ningún teólogo ni jurista le ha venido jamás la duda de que pueda librarse de pecado mortal quien así mata." No tiene, por tanto, verdadero derecho para hacerlo (49).

"Lo que hay que afirmar, dice LUGO, es que la cosa misma es intrínsecamente mala; porque... nunca se puede castigar a nadie sin guardar el orden judicial, examinar la causa del reo y dar la sentencia: nunca se puede hacer que el ofendido sea a la vez testigo, juez y ejecutor de la pena, y menos un ofendido que se encuentra en aquel momento fuera de sí por el dolor, la vergüenza y el ansia de venganza, y muchísimo menos cuando se trata de la última pena y ésta es irreparable. No puede, pues, la ley hacer lícito todo esto: a lo más, puede compadecerse del que mata en circunstancias tan acerbas y, por tanto, no castigarle..."

Se puede, pues, decir que es unánime el parecer de los teólogos de que puede defenderse el adúltero, aun con muerte del agresor, ya que no tiene el marido ofendido verdadero derecho para matarle.

Pero si puede hacerlo sin pena impuesta por el juez, ¿puede hacerlo también sin incurrir en la irregularidad canónica *ex homicidio*? Aquí es donde se encuentra la verdadera lucha y diferencia de opiniones.

Se enlaza la cuestión con el problema del *Versari in re illicita* (50), o sea, de la responsabilidad que puede alcanzar a algunos por el mero hecho de darse un resultado antijurídico cuando se ocupaban en algo ilícito: v. g., una muerte causada por él, sin culpa alguna, cuando cababa en tiempo de veda.

Aun los más opuestos a la aplicación extrema de tal principio afirman que, si la acción que se ejecutaba cuando hacía algo ilícito, era camino o guardaba relación con el posible homicidio, entonces incurre en la irregularidad. Pero el adulterio, ¿guarda relación con el homicidio que de él puede seguirse?

Lo afirma claramente el severo GUTIÉRREZ (51), para quien "el adulterio querido directamente, es por su misma naturaleza peligroso para el homicidio, pues tantas veces lo trae consigo, y por lo mismo

(49) Claro que SANTO TOMÁS es absolutamente de esta opinión: "*Lex civilis, dicitur, quasi licitum computat quod in ipso actu cum interficiat, non quasi praecipiens, sed poenam homicidii non inferens, propter maximum incitamentum quod habet vir in tali facto ad occisionem uxoris. Sed Ecclesia in hoc non est astricta legibus humanis, ut iudicet eum sine reatu poenae aeternae, vel poenae ecclesiastico iudicio infligendae ex hoc quod est sine reatu poenae infligendae per iudicium saeculare.*" D. THOMAE AQUINATIS, *Opera omnia* (París, 1895), v. 4, q. 60 a. 1.

(50) PERELA (J.): *El "versari in re illicita"*. Editorial Reus (Madrid, 1948).

(51) GUTIÉRREZ (J.): *Canonicarum utriusque fori quaestionum liber primus et secundus* (Madrid, 1608), 536.

no puede menos de acarrear la irregularidad. Añade luego que se alegró muchísimo cuando, después de escrito su parecer, vio que defendía lo mismo el doctísimo DOCTOR NAVARRO.

Es cosa de recordar lo que dice este doctor, pues, por no leerse todo su parecer, ha dado lugar a alguna menos acertada interpretación.

“El que ejecuta alguna acción ilícita, dice AZPILCUETA, y por causa de ella, al verse agredido, mata a otro en legítima defensa, no sólo peca por el acto ilícito realizado, sino que es también homicida.” Se ha querido deducir de tan clara afirmación que AZPILCUETA condena en absoluto la legítima defensa en ese caso; pero líneas más abajo, hablando de la misma materia, añade (52):

“por tanto, a modo de ejemplo, el que comete adulterio y mata luego en su defensa al marido ofendido que le sorprendió y se lanzó contra él, es homicida *quoad irregularitatem*, por lo que toca a la irregularidad y da la razón, “porque puede decirse que el adulterio conduce al homicidio y, por tanto, debió preverlo el adúltero”.

Se ve, pues, claro que sólo se refiere a la irregularidad, no al derecho a defenderse; ya que, además, antes ha defendido que no tiene el marido derecho de matar, de donde se deduce que el adúltero puede defenderse.

Le acompaña también MOLINA en esa manera de pensar; pero muchos están en contra.

Si un clérigo sorprendido en adulterio mata al marido en defensa propia, no incurre en irregularidad, dice MEDINA (53). Lo mismo afirma SOTO: “Si sorprendido en adulterio mata al agresor, procediendo con la debida moderación, aunque ejercitara obra ilícita, no incurre en irregularidad, porque ese homicidio no es voluntario (es decir, no directamente y *per se* querido). Aunque el adulterio fuera voluntario, no fue, por sí mismo, causa de homicidio, sino su causa fue la vulneración, no voluntaria”; y así COVARRUBIAS, ALFONSO DE CASTRO, GONZÁLEZ TÉLLEZ, FILLUCIO, LEDESMA, TAMBURINI, DIANA, etc., etc.

Creer, por tanto, que de suyo, por su naturaleza, no tiene relación ninguna un delito con el otro y buen cuidado tendrán los adúlteros y sobrada diligencia en ponerse bien a seguro y evitar la más leve sospecha sobre su conducta: no hay, pues, relación del adulterio al homicidio, y por eso, siendo puramente casual la situación en que se ven sorprendidos, puede defenderse y matar al agresor, si no hay otro medio de escape y quedaría libre de toda irregularidad.

SUÁREZ (54) estudió con particular empeño este punto, y en dos sitios distintos trata de él; primero, al hablar del homicidio casual (pá-

(52) AZPILCUETA, o. c., p. 259.

(53) MEDINA: *Comment in l. 2*, q. 72, p. 661.

(54) SUÁREZ (F.): *Opera omnia* (Parisiis, 1877), t. 23 bis, p. 466 y 474 y ss.

gina 466), y luego, con mayor detenimiento, más a nuestro propósito y muy a fondo, al estudiar la legítima defensa (p. 47 ss.).

“Sin culpa propia de homicidio, dice, no se contrae la irregularidad en el homicidio privado; ahora bien, como en ese caso no hay culpa de homicidio, sino de adulterio, no peca el adúltero defendiéndose, aun con la muerte del marido ultrajado... pues aquel *versari in re illicita* en que se encontraba el delincuente, no tiene relación alguna con el homicidio”, y aguzando quizá en demasía, llega a negar la existencia del mismo *versari*, pues aquello fue algo que pasó y ahora lo que hace es defenderse, lo que no es ningún *versari in re illicita*.

A continuación se ve un nuevo atisbo de argumentación que deberían haber empleado los adversarios, según SUÁREZ, y que no es poco original e interesante.

“De otro modo, dice, debió argüir NAVARRO, pues en esos casos se debe decir que moralmente inicia la riña y agrede al otro el que pone la ocasión, injuriándole en forma tan grave que exige una acción directa del ofendido: por tanto, más que mera defensa en el adúltero, hay una moral agresión, y no basta, en consecuencia, que la defensa, mirada en sí misma, parezca lícita; debe mirarse todo ello como una acción moral, lo cual parece bastar para incurrir en la pena canónica” (55).

No parece que sea mero escarceo escolástico esta concesión al adversario, con argumentación tan bella y aguda, pues termina diciendo: “*Haec res mihi videtur dubia, nam utraque opinio est probabilis*”: me parece dudosa la cuestión, pues ambas opiniones son probables.

En la práctica se puede seguir la de SOTO, COVARRUBIAS, CASTRO, etcétera, ya que se trata de materia penal, *et ideo res est amplianda potius quam restringenda*; es decir, siempre que sea probable poder evitar la imposición de una pena, se debe evitar.

(55) Si bien nos fijamos, esto es lo mismo que en nuestros días, con la terminología actual, ha dicho RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal, Parte especial* (Madrid, 1949, p. 258): “Cabe la legítima defensa (en el adúltero atacado), si bien faltará el requisito tercero (falta de provocación suficiente por parte del que se defiende) y, por tanto, será incompleta; es decir, que no podrá actuar como eximente, sino únicamente como atenuante.”