

# LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

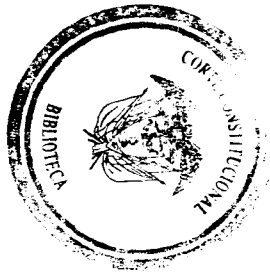
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID, DESDE 1918.  
 PROFESOR EXTRAORDINARIO EN LA UNIVERSIDAD DE LA PLATA, DESDE 1940 A 1947.  
 DOCTOR HONORIS CAUSA, PROFESOR O MIEMBRO DE HONOR DE LAS UNIVERSIDADES DE LIMA, CUZCO,  
 AREQUIPA, LA HABANA, RÍO DE JANEIRO, SANTIAGO DE CHILE, CHUQUISACA, LA PAZ (BOLIVIA),  
 COCHABAMBA, POTOSÍ, ORURO, QUITO, CUENCA (ECUADOR), LOJA (ECUADOR), CAUCA (POPAYÁN,  
 COLOMBIA), COSTA RICA, GUATEMALA, EL SALVADOR Y DE OTRAS ACADEMIAS  
 E INSTITUTOS CIENTÍFICOS, VICEPRESIDENTE DE LA "ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT  
 PENAL". MIEMBRO DEL "BUREAU POUR L'UNIFICATION DU DROIT PENAL".

# TRATADO DE DERECHO PENAL

TOMO IV

*EL DELITO*

(SEGUNDA PARTE: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN)



EDITORIAL LOSADA, S. A.

BUENOS AIRES

*INDICE ANALITICO*  
*DEL TOMO CUARTO*

	Pág.
ADVERTENCIA . . . . .	7
ABREVIATURAS MÁS USADAS . . . . .	11

## LIBRO SEGUNDO

### EL DELITO

*(Continuación)*

#### TITULO II

### LOS CARACTERES DEL DELITO

*(Continuación)*

#### SECCION TERCERA

### LA ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA

*(Continuación)*

#### CAPITULO IX

### LA LEGÍTIMA DEFENSA

1280. Introducción . . . . .	24
I. <i>Concepto, Historia y reglamentación vigente</i> . . . . .	25
1281. Definición y sistema . . . . .	25
1282. Historia . . . . .	26
1283. Derecho romano . . . . .	28
1284. Derechos germánico y canónico . . . . .	30
1285. Derecho común y posterior . . . . .	31
1286. Los prácticos y los filósofos . . . . .	33
1287. Historia de la legítima defensa en el Derecho español . . . . .	35
1288. Los derechos vigentes . . . . .	39
1289. Los Códigos penales iberoamericanos . . . . .	44
1290. Las fórmulas de los Códigos de España y de la Argentina . . . . .	47
II. <i>Fundamento y naturaleza</i> . . . . .	55
1291. Los fundamentos de la legítima defensa . . . . .	55

	<i>Pág.</i>
1292. Teorías sobre su naturaleza jurídica . . . . .	57
1293. La defensa privada como "excusa", causa de "impunidad" o motivo de "inimputabilidad" . . . . .	58
1294. La defensa necesaria como colisión de intereses . . . . .	60
1295. La legítima defensa como causa de justificación . . . . .	61
1296. La concepción positivista . . . . .	68
1297. El criterio correcto . . . . .	71
1298. La legítima defensa no es subsidiaria . . . . .	72
1299. La índole objetiva de la defensa legítima . . . . .	80
1300. "Legítima defensa subjetiva" y "defensa legítima recíproca" . . . . .	81
III. <i>Sujeto activo y pasivo</i> . . . . .	92
1301. Quiénes pueden ejercitar la legítima defensa . . . . .	92
1302. La "legítima defensa del Estado" . . . . .	97
1303. Contra quiénes cabe defensa legítima: ataques de incapaces y de animales . . . . .	104
1304. Defensa contra actos arbitrarios de la autoridad . . . . .	114
IV. <i>Extensión y condiciones</i> . . . . .	122
1305. Derechos y bienes que pueden ser defendidos . . . . .	122
1306. Defensa del pudor . . . . .	131
1307. Defensa del honor . . . . .	134
1308. Defensa del llamado honor conyugal . . . . .	139
1309. Defensa de los bienes patrimoniales . . . . .	146
1310. Defensa propia, de parientes y de extraños . . . . .	153
1311. Las condiciones de la legítima defensa . . . . .	155
V. <i>La agresión</i> . . . . .	160
1312. Concepto de la agresión y de sus formas . . . . .	160
1313. Voluntad de ataque . . . . .	170
1314. Condiciones de la agresión . . . . .	171
1315. Actualidad o inminencia . . . . .	175
1316. La ilegitimidad . . . . .	187
VI. <i>La defensa</i> . . . . .	194
1317. Concepto y formas de la defensa . . . . .	194
1318. Ánimo de defensa . . . . .	195
1319. Pretexto de legítima defensa . . . . .	201
1320. Necesidad . . . . .	203
1321. Proporcionalidad . . . . .	214
1322. Aparatos mecánicos defensivos . . . . .	227
VII. <i>La falta de provocación</i> . . . . .	232
1323. Causa de la legítima defensa . . . . .	232
1324. La "provocación suficiente" . . . . .	234
1325. La defensa del provocador . . . . .	243
1326. La solución correcta . . . . .	245

	<i>Pág.</i>
VIII. <i>La defensa del pariente y del extraño</i> . . . . .	246
1327. Condiciones en caso de defensa de parientes . . . . .	246
1328. Condiciones de la defensa de un extraño . . . . .	251
IX. <i>Otros problemas de la legítima defensa</i> . . . . .	256
1329. Presunción en caso de ataque a bienes patrimoniales o al domicilio, de día o de noche . . . . .	256
1330. La defensa, la omisión y la culpa . . . . .	263
1331. Lesión de los bienes de tercero . . . . .	264
1332. El exceso. Remisión a otro lugar . . . . .	267

CAPÍTULO X

EL ESTADO DE NECESIDAD

I. <i>Concepto, Historia y reglamentación vigente</i> . . . . .	275
1333. Definición . . . . .	275
1334. Diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa . . . . .	278
1335. Historia . . . . .	280
1336. Derecho romano . . . . .	283
1337. Derecho germánico . . . . .	284
1338. Derecho canónico . . . . .	285
1339. Derecho medieval y común . . . . .	286
1340. Los teólogos, los filósofos y los prácticos . . . . .	287
1341. El estado de necesidad en la historia del Derecho español . . . . .	288
1342. Los derechos vigentes . . . . .	289
1343. Los Códigos penales iberoamericanos . . . . .	294
1344. Las fórmulas de los Códigos de España y de la Argentina . . . . .	296
II. <i>Fundamento y naturaleza</i> . . . . .	302
1345. El derecho de necesidad . . . . .	302
1346. Las eximentes y excusas nacidas de la necesidad . . . . .	304
1347. Teorías sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad . . . . .	307
1348. La neutralización . . . . .	310
1349. La necesidad como causa de "inimputabilidad", "impunidad", etc. La posición "positivista" . . . . .	316
1350. El estado de necesidad como colisión de intereses . . . . .	324
1351. El estado necesario como causa de justificación . . . . .	331
1352. El estado de necesidad como causa inculpable . . . . .	340
1353. El "estado de necesidad supralegal" . . . . .	343
1354. Los diferentes casos de necesidad: la justificación y la inculpabilidad . . . . .	347
1355. Consecuencias . . . . .	349
1356. La responsabilidad civil y la justificación del necesitado . . . . .	350

	<i>Pág.</i>
III. <i>Extensión de esta justificante</i> . . . . .	356
1357. Derechos y bienes que pueden ser salvaguardados . . . . .	356
1358. Conflicto entre dos vidas humanas. Ejemplos . . . . .	360
1359. El caso de la embriotomía y del aborto necesario . . . . .	365
1360. Solución correcta en el caso de conflicto de dos vidas, ante los Códigos español y argentino . . . . .	373
1361. La intervención de terceros . . . . .	375
IV. <i>Condiciones</i> . . . . .	379
1362. Requisitos expresos y tácitos . . . . .	379
1363. Existencia de un peligro actual o inminente . . . . .	383
1364. Ilegitimidad del mal que se trata de evitar . . . . .	387
1365. Falta de provocación . . . . .	388
1366. Ausencia del deber de sacrificio . . . . .	393
1367. Necesidad del acto y condiciones en que se desdobra . . . . .	395
1368. Examen especial de la proporción entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica . . . . .	398
1369. El elemento subjetivo . . . . .	405
V. <i>Colisión de deberes</i> . . . . .	407
1370. Sus formas . . . . .	407
1371. El interés superior y las supuestas injurias a funcionarios públicos . . . .	409
1372. La colisión en su aspecto omisivo . . . . .	410
1373. Examen especial del secreto de los profesionales . . . . .	413
VI. <i>El hambre como estado de necesidad</i> . . . . .	421
1374. El hambre y el delito . . . . .	421
1375. Antropofagia necesaria y el conflicto entre dos vidas humanas . . . . .	425
1376. El caso de la "Mignonette" . . . . .	430
1377. El "hurto famélico" . . . . .	434
1378. La historia más remota. India, China e Israel . . . . .	434
1379. El derecho romano y el germánico . . . . .	436
1380. El Derecho canónico . . . . .	436
1381. El Derecho medieval, común y posterior . . . . .	437
1382. El antiguo Derecho español . . . . .	438
1383. Casos modernos . . . . .	440
1384. Legislaciones vigentes . . . . .	444
1385. Doctrinas alegadas para justificar el hurto famélico . . . . .	451
1386. Teorías de los teólogos, prácticos y filósofos . . . . .	451
1387. Los antiguos escritores españoles . . . . .	455
1388. Doctrinas modernas. Aplicación de las reglas generales del estado de ne- cesidad . . . . .	456
1389. El problema en España. Jurisprudencia . . . . .	459
1390. La cuestión en la Argentina. El inciso 3º del art. 34 y lo dispuesto en el número 2º del art. 41 del Código penal. Jurisprudencia . . . . .	467

	Pág.
VII. <i>La necesidad en otros casos especialmente previstos</i> . . . . .	477
1391. Enumeración . . . . .	477
1392. La necesidad y la inviolabilidad del domicilio . . . . .	478
1393. Los Códigos vigentes y la jurisprudencia en este caso . . . . .	478
1394. El estado de necesidad en la muerte de animales . . . . .	482
1395. Otras situaciones . . . . .	482

CAPÍTULO XI

OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

I. <i>Actos legales, actos facultados y actos debidos</i> . . . . .	489
1396. Un grupo de actos lícitos por ley, derecho o deber . . . . .	489
1397. Historia . . . . .	493
1398. Derecho histórico español . . . . .	494
1399. Legislaciones contemporáneas . . . . .	494
1400. Los textos de España y de la Argentina . . . . .	497
1401. Desenvolvimiento de este grupo de causas justificantes . . . . .	499
1402. Ejecución de la ley o actos ordenados por ella . . . . .	501
1403. Examen de los actos mandados por la autoridad . . . . .	505
1404. Obrar en cumplimiento de un deber . . . . .	508
1405. Actos ejecutados en cumplimiento de un deber resultante de funciones públicas (deberes del servicio) . . . . .	509
1406. Actos ejecutados en cumplimiento de un deber impuesto al individuo . . . . .	513
1407. Ejercicio de un derecho . . . . .	517
1407 bis. El "abuso del derecho" . . . . .	524
1408. Empleo de vías de hecho . . . . .	526
1409. El derecho de retención . . . . .	535
1410. Ejercicio del derecho de dirección, educación y corrección . . . . .	537
1411. Derecho disciplinario . . . . .	549
1412. Ejercicio de una profesión, de un cargo o de un oficio (Derecho profesional) . . . . .	553
1413. La defensa en juicio por el abogado . . . . .	556
1414. Ejercicio de la medicina. Remisión a otro lugar . . . . .	561
1415. El "uso de armas" . . . . .	561
1416. Referencia a los "privilegios" . . . . .	570
1417. Consideraciones críticas sobre la aplicación de estas eximentes en el orden internacional . . . . .	571
II. <i>El Consentimiento</i> . . . . .	572
1418. Planteamiento . . . . .	573
1419. Historia . . . . .	574
1420. Legislaciones vigentes . . . . .	575

	<i>Pág.</i>
1421. Los Códigos de España y de la Argentina . . . . .	578
1422. Clases del consentimiento . . . . .	579
1423. El pensamiento afirmativo alemán . . . . .	581
1424. La moderna posición italiana . . . . .	585
1425. El parecer de los franceses . . . . .	588
1426. Los autores de lengua española . . . . .	590
1427. Teorías sobre la naturaleza del consentimiento . . . . .	594
1428. El consentimiento no es causa de justificación . . . . .	595
1429. Condiciones . . . . .	596
1430. Los casos particulares . . . . .	599
1431. Suicidio . . . . .	627
1432. Homicidio consentido y ayuda al suicidio . . . . .	605
1433. El "derecho a morir" y la Eutanasia . . . . .	611
1434. Las autolesiones y las mutilaciones consentidas. Estudio de lo dispuesto en la legislación española . . . . .	621
1435. Duelo . . . . .	627
1436. Aborto consensual . . . . .	630
1437. Rapto consentido . . . . .	631
 <i>III. La justificación supralegal . . . . .</i>	 632
1438. Fijación de conceptos . . . . .	633
1439. Explicaciones de la justificación supralegal . . . . .	633
1440. El fin reconocido por el Estado . . . . .	634
1441. "Esfera de la libertad" y otras teorías . . . . .	635
1442. La doctrina en Italia . . . . .	636
1443. Los críticos . . . . .	637
1444. Necesidad de la justificación supralegal por conformidad con la norma de cultura . . . . .	641
1445. Algunos ejemplos de justificación finalista o de conformidad con la norma	644
1446. Eutanasia y Eugenesia . . . . .	646
1447. Aborto eugénico y económico . . . . .	647
 <i>IV. Intervención curativa y actividad médica . . . . .</i>	 652
1448. Los problemas y el sistema . . . . .	654
1449. Historia y legislaciones vigentes . . . . .	654
1450. El tratamiento médico-quirúrgico . . . . .	657
1451. Teorías para justificarle . . . . .	657
1452. Operaciones necesarias, convenientes y estéticas . . . . .	664
1453. Examen de los injertos, de las transfusiones de sangre y de la inse- minación artificial . . . . .	669
1454. El consentimiento . . . . .	674
1455. El delito de tratamiento médico arbitrario . . . . .	677
1456. Las violencias y restricciones en la intervención curativa . . . . .	679
1457. Responsabilidad médica . . . . .	680
1458. Derecho español y argentino . . . . .	683

	<i>Pág.</i>
1459. Casos dignos de especial examen . . . . .	685
1460. La huelga de hambre y los médicos . . . . .	685
1461. La cirugía y el tratamiento criminológico . . . . .	687
1462. La anestesia y la sugestión . . . . .	688
1463. El narcoanálisis . . . . .	694
1463 bis. Narcoanálisis clínico, Narcoanálisis judicial, Narcodiagnóstico médico-forense y Narcoanálisis criminal . . . . .	711
1464. La vivisección y las experiencias en seres vivos . . . . .	719
<b>V. Violencias y lesiones en los deportes . . . . .</b>	<b>725</b>
1465. Los juegos deportivos y sus clases . . . . .	727
1466. Historia y legislaciones vigentes . . . . .	728
1467. Algunos casos de muertes en los deportes . . . . .	731
1468. Distinciones penales . . . . .	732
1469. Las justificaciones de las lesiones y violencias deportivas . . . . .	733
1470. El caso del boxeo . . . . .	737
1471. La jurisprudencia extranjera . . . . .	739
1472. La justificación en España y la Argentina . . . . .	741