

# LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

PROFESOR DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
PROFESOR DE CRIMINOLOGÍA EN LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS  
DE LA MISMA UNIVERSIDAD.

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID, DESDE 1918.  
DOCTOR HONORIS CAUSA, PROFESOR O MIEMBRO DE HONOR DE LAS UNIVERSIDADES  
DE CÓRDOBA Y DEL LITORAL (ARGENTINA); DE LIMA, CUZCO, AREQUIPA Y LAMBAYEQUE (PERÚ);  
DE LA HABANA; RÍO DE JANEIRO; SANTIAGO DE CHILE; CHUQUISACA, LA PAZ, COCHABAMBA,  
POTOSÍ Y URUO (BOLIVIA); DE QUITO, CUENCA Y LOJA (ECUADOR);  
DE CAUCA (POPAYÁN, COLOMBIA); COSTA RICA; GUATEMALA; EL SALVADOR Y DE OTRAS  
ACADEMIAS E INSTITUTOS CIENTÍFICOS.

VICEPRESIDENTE DE LA "ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL".  
MIEMBRO DEL CONSEJO DE DIRECCIÓN DE LA "SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE".

# TRATADO DE DERECHO PENAL

TOMO IV

*EL DELITO*

(SEGUNDA PARTE: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION)

CUARTA EDICIÓN



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 . . . . .	25
I. <i>Concepto, Historia y reglamentación vigente</i> . . . . .	26
1281. Definición y sistema . . . . .	26
1282. Historia . . . . .	27
1283. Derecho romano . . . . .	28
1284. Derechos germánico y canónico . . . . .	31
1285. Derecho común y posterior . . . . .	32
1286. Los prácticos y los filósofos . . . . .	34
1287. Historia de la legítima defensa en el Derecho español . . . . .	36
1288. Los derechos vigentes . . . . .	40
1289. Los Códigos penales iberoamericanos . . . . .	45
1290. Las fórmulas de los Códigos de España y de la Argentina . . . . .	48
II. <i>Fundamento y naturaleza</i> . . . . .	56
1291. Los fundamentos de la legítima defensa . . . . .	56

	<i>Pág.</i>
1292. Teorías sobre su naturaleza jurídica . . . . .	58
1293. La defensa privada como "excusa", causa de "impunidad" o motivo de "inimputabilidad" . . . . .	59
1294. La defensa necesaria como colisión de intereses . . . . .	61
1295. La legítima defensa como causa de justificación . . . . .	62
1296. La concepción positivista . . . . .	69
1297. El criterio correcto . . . . .	72
1298. La legítima defensa no es subsidiaria . . . . .	73
1299. La índole objetiva de la defensa legítima . . . . .	82
1300. "Legítima defensa subjetiva" y "defensa legítima recíproca" . . . . .	83
III. <i>Sujeto activo y pasivo</i> . . . . .	95
1301. Quiénes pueden ejercitar la legítima defensa . . . . .	95
1302. La "legítima defensa del Estado" . . . . .	101
1303. Contra quiénes cabe defensa legítima: ataques de incapaces y de animales . . . . .	118
1304. Defensa contra actos arbitrarios de la autoridad . . . . .	118
IV. <i>Extensión y condiciones</i> . . . . .	127
1305. Derechos y bienes que pueden ser defendidos . . . . .	127
1306. Defensa del pudor . . . . .	136
1307. Defensa del honor . . . . .	140
1308. Defensa del llamado honor conyugal . . . . .	145
1309. Defensa de los bienes patrimoniales . . . . .	151
1310. Defensa propia, de parientes y de extraños . . . . .	159
1311. Las condiciones de la legítima defensa . . . . .	160
V. <i>La agresión</i> . . . . .	167
1312. Concepto de la agresión y de sus formas . . . . .	167
1313. Voluntad de ataque . . . . .	178
1314. Condiciones de la agresión . . . . .	180
1315. Actualidad o inminencia . . . . .	185
1316. La ilegitimidad . . . . .	198
VI. <i>La defensa</i> . . . . .	205
1317. Concepto y formas de la defensa . . . . .	205
1318. Ánimo de defensa . . . . .	205
1319. Pretexto de legítima defensa . . . . .	213
1320. Necesidad . . . . .	215
1321. Proporcionalidad . . . . .	229
1322. Aparatos mecánicos defensivos . . . . .	244
VII. <i>La falta de provocación</i> . . . . .	249
1323. Causa de la legítima defensa . . . . .	249
1324. La "provocación suficiente" . . . . .	252
1325. La defensa del provocador . . . . .	260
1326. La solución correcta . . . . .	263

	<i>Pág.</i>
VIII. <i>La defensa del pariente y del extraño</i> . . . . .	264
1327. Condiciones en caso de defensa de parientes . . . . .	264
1328. Condiciones de la defensa de un extraño . . . . .	269
IX. <i>Otros problemas de la legítima defensa</i> . . . . .	274
1329. Presunción en caso de ataque a bienes patrimoniales o al domicilio, de día o de noche . . . . .	274
1330. La defensa, la omisión y la culpa . . . . .	281
1331. Lesión de los bienes de tercero . . . . .	283
1332. El exceso. Remisión a otro lugar . . . . .	286

CAPÍTULO X

EL ESTADO DE NECESIDAD

I. <i>Concepto, Historia y reglamentación vigente</i> . . . . .	293
1333. Definición . . . . .	293
1334. Diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa . . . . .	296
1335. Historia . . . . .	298
1336. Derecho romano . . . . .	301
1337. Derecho germánico . . . . .	302
1338. Derecho canónico . . . . .	304
1339. Derecho medieval y común . . . . .	305
1340. Los teólogos, los filósofos y los prácticos . . . . .	305
1341. El estado de necesidad en la historia del Derecho español . . . . .	306
1342. Los derechos vigentes . . . . .	307
1343. Los Códigos penales iberoamericanos . . . . .	313
1344. Las fórmulas de los Códigos de España y de la Argentina . . . . .	315
II. <i>Fundamento y naturaleza</i> . . . . .	321
1345. El derecho de necesidad . . . . .	321
1346. Las eximentes y excusas nacidas de la necesidad . . . . .	322
1347. Teorías sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad . . . . .	329
1348. La neutralización . . . . .	335
1349. La necesidad como causa de "inimputabilidad", "impunidad", etc. La posición "positiva" . . . . .	335
1350. El estado de necesidad como colisión de intereses . . . . .	343
1351. El estado necesario como causa de justificación . . . . .	350
1352. El estado de necesidad como causa inculpable . . . . .	359
1353. El "estado de necesidad supralegal" . . . . .	363
1354. Los diferentes casos de necesidad: la justificación y la inculpabilidad . . . . .	366
1355. Consecuencias . . . . .	369
1356. La responsabilidad civil y la justificación del necesitado . . . . .	370

	<i>Pág.</i>
III. <i>Extensión de esta justificante</i> . . . . .	375
1357. Derechos y bienes que pueden ser salvaguardados . . . . .	375
1358. Conflicto entre dos vidas humanas. Ejemplos . . . . .	379
1359. El caso de la embriotomía y del aborto necesario . . . . .	385
1360. Solución correcta en el caso de conflicto de dos vidas, ante los Códigos español y argentino . . . . .	393
1361. La intervención de terceros . . . . .	395
IV. <i>Condiciones</i> . . . . .	399
1362. Requisitos expresos y tácitos . . . . .	404
1363. Existencia de un peligro actual o inminente . . . . .	404
1364. Ilegitimidad del mal que se trata de evitar . . . . .	408
1365. Falta de provocación . . . . .	409
1366. Ausencia del deber de sacrificio . . . . .	414
1367. Necesidad del acto y condiciones en que se desdobra . . . . .	417
1368. Examen especial de la proporción entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica . . . . .	420
1369. El elemento subjetivo . . . . .	427
V. <i>Colisión de deberes</i> . . . . .	428
1370. Sus formas . . . . .	428
1371. El interés superior y las supuestas injurias a funcionarios públicos . . . . .	430
1372. La colisión en su aspecto omisivo . . . . .	433
1373. Examen especial del secreto de los profesionales . . . . .	436
VI. <i>El hambre como estado de necesidad</i> . . . . .	447
1374. El hambre y el delito . . . . .	448
1375. Antropofagia necesaria y el conflicto entre dos vidas humanas . . . . .	451
1376. El caso de la "Mignonnette" . . . . .	457
1377. El "hurto famélico" . . . . .	460
1378. La historia más remota. India, China e Israel . . . . .	461
1379. El derecho romano y el germánico . . . . .	462
1380. El Derecho canónico . . . . .	463
1381. El Derecho medieval, común y posterior . . . . .	464
1382. El antiguo Derecho español . . . . .	465
1383. Casos modernos . . . . .	467
1384. Legislaciones vigentes . . . . .	471
1385. Doctrinas alegadas para justificar el hurto famélico . . . . .	477
1386. Teorías de los teólogos, prácticos y filósofos . . . . .	478
1387. Los antiguos escritores españoles . . . . .	481
1388. Doctrinas modernas. Aplicación de las reglas generales del estado de necesidad . . . . .	484
1389. El problema en España. Jurisprudencia . . . . .	487
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 . . . . .	495

	Pág.
VII. <i>La necesidad en otros casos especialmente previstos</i> . . . . .	505
1391. Enumeración . . . . .	505
1392. La necesidad y la inviolabilidad del domicilio . . . . .	506
1393. Los Códigos vigentes y la jurisprudencia en este caso . . . . .	506
1394. El estado de necesidad en la muerte de animales . . . . .	510
1395. Otras situaciones . . . . .	510

CAPÍTULO XI

OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

I. <i>Actos legales, actos facultados y actos debidos</i> . . . . .	516
1396. Un grupo de actos lícitos por ley, derecho o deber . . . . .	516
1397. Historia . . . . .	520
1398. Derecho histórico español . . . . .	521
1399. Legislaciones contemporáneas . . . . .	521
1400. Los textos de España y de la Argentina . . . . .	525
1401. Desenvolvimiento de este grupo de causas justificantes . . . . .	526
1402. Ejecución de la ley o actos ordenados por ella . . . . .	528
1403. Examen de los actos mandados por la autoridad . . . . .	533
1404. Obrar en cumplimiento de un deber . . . . .	535
1405. Actos ejecutados en cumplimiento de un deber resultante de funciones públicas (deberes del servicio) . . . . .	537
1406. Actos ejecutados en cumplimiento de un deber impuesto al individuo . .	541
1407. Ejercicio de un derecho . . . . .	545
1407 bis. El "abuso del derecho" . . . . .	551
1408. Empleo de vías de hecho . . . . .	554
1409. El derecho de retención . . . . .	564
1410. Ejercicio del derecho de dirección, educación y corrección . . . . .	566
1411. Derecho disciplinario . . . . .	579
1412. Ejercicio de una profesión de un cargo o de un oficio (Derecho pro- fesional) . . . . .	582
1413. La defensa en juicio por el abogado . . . . .	588
1414. Ejercicio de la medicina. Remisión a otro lugar . . . . .	592
1415. El "uso de armas" . . . . .	592
1416. Referencia a los "privilegios" . . . . .	601
1417. Consideraciones críticas sobre la aplicación de estas eximentes en el orden internacional . . . . .	602
II. <i>El Consentimiento</i> . . . . .	604
1418. Planteamiento . . . . .	605
1419. Historia . . . . .	606
1420. Legislaciones vigentes . . . . .	606

	Pág.
1421. Los Códigos de España y de la Argentina . . . . .	610
1422. Clases del consentimiento . . . . .	611
1423. El pensamiento afirmativo alemán . . . . .	613
1424. La moderna posición italiana . . . . .	618
1425. El parecer de los franceses . . . . .	621
1426. Los autores de lengua española . . . . .	622
1427. Teorías sobre la naturaleza del consentimiento . . . . .	628
1428. El consentimiento no es causa de justificación . . . . .	629
1429. Condiciones . . . . .	630
1430. Los casos particulares . . . . .	633
1431. Suicidio . . . . .	634
1432. Homicidio consentido y ayuda al suicidio . . . . .	640
1433. El "derecho a morir" y la Eutanasia . . . . .	646
1434. Las autolesiones y las mutilaciones consentidas. Estudio de lo dispuesto en la legislación española . . . . .	659
1435. Duelo . . . . .	665
1436. Aborto consensual . . . . .	669
1437. Rapto consentido . . . . .	670
<b>III. La justificación supralegal . . . . .</b>	<b>672</b>
1438. Fijación de conceptos . . . . .	672
1439. Explicaciones de la justificación supralegal . . . . .	673
1440. El fin reconocido por el Estado . . . . .	673
1441. "Esfera de libertad" y otras teorías . . . . .	676
1442. La doctrina en Italia . . . . .	676
1443. Los críticos . . . . .	678
1444. Necesidad de la justificación supralegal por conformidad con la norma de cultura . . . . .	681
1445. Algunos ejemplos de justificación finalista y de conformidad con la norma . . . . .	684
1446. Eutanasia y Eugenesia . . . . .	686
1447. Aborto eugénico, económico y la "autorización" del sentimental . . . . .	688
<b>IV. Intervención curativa y actividad médica . . . . .</b>	<b>693</b>
1448. Los problemas y el sistema . . . . .	695
1449. Historia y legislaciones vigentes . . . . .	696
1450. El tratamiento médico-quirúrgico . . . . .	698
1451. Teorías para justificarle . . . . .	699
1452. Operaciones necesarias, convenientes y estéticas . . . . .	706
1453. Examen de los injertos, de las transfusiones de sangre y de la insemi- nación artificial . . . . .	710
1453 <sup>018</sup> . El "cambio de sexo" . . . . .	718
1454. El consentimiento . . . . .	719
1455. El delito de tratamiento médico arbitrario . . . . .	723
1456. Las violencias y restricciones en la intervención curativa . . . . .	725
1457. Responsabilidad médica . . . . .	726
1458. Derecho español y argentino . . . . .	730

	Pág.
1459. Casos dignos de especial examen . . . . .	730
1460. La huelga de hambre y los médicos . . . . .	732
1461. La cirugía y el tratamiento criminológico . . . . .	732
1462. La anestesia y la sugestión . . . . .	734
1463. El narcoanálisis . . . . .	736
1463 <sup>bis</sup> . Narcoanálisis clínico, Narcoanálisis judicial, Narcodiagnóstico médico forense y Narcoanálisis criminal . . . . .	742 761
1464. La vivisección y las experiencias en seres vivos . . . . .	769
<b>V. Violencias y lesiones en los deportes . . . . .</b>	<b>776</b>
1465. Los juegos deportivos y sus clases . . . . .	778
1466. Historia y legislaciones vigentes . . . . .	779
1467. Algunos casos de muertes en los deportes . . . . .	782
1468. Distinciones penales . . . . .	784
1469. Las justificaciones de las lesiones y violencias deportivas . . . . .	785
1470. El caso del boxeo . . . . .	790
1471. La jurisprudencia extranjera . . . . .	791
1472. La justificación en España y la Argentina . . . . .	794
<b>Obras de Luis Jiménez de Asúa . . . . .</b>	<b>797</b>