

CARLOS P. PAGLIERE (H.)  
BOGADOS  
DE SAN ISIDRO

BIBLIOTECA

# *Causas de justificación*

Deber jurídico. Facultades legales  
Obediencia debida. Legítima defensa  
Necesidad y racionalidad. Exceso

**NUEVA TEORÍA DEL DELITO**  
(Paradigma voluntarista)

**TOMO 10**



**Ediciones  
VOLUNTARISMO PENAL**

## TOMO 10

# ÍNDICE GENERAL

<i>Introducción</i> .....	IX
---------------------------	----

### CAPÍTULO 58 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

— A —

#### *Generalidades*

§ 1. Introducción .....	23
§ 2. Concepto .....	23
§ 3. Definición .....	24
§ 4. Fundamento legal .....	24
§ 5. ¿Justificación subjetiva u objetiva? .....	24
§ 6. Conducta justificada y conducta antijurídica .....	25
§ 7. ¿Causas supralegales de justificación? .....	26
§ 8. Causas de justificación y de exculpación .....	27

— B —

#### *Naturaleza jurídica*

§ 9. Introducción .....	28
§ 10. Teorías doctrinales .....	29
A. Teoría del fin .....	29
B. Teoría de la ponderación de bienes .....	29
C. Teoría del mayor beneficio que daño .....	30
D. Teoría del interés preponderante .....	30
§ 11. Teoría de la valoración jurídico-penal .....	31

## — C —

**Supuestos**

§ 12. Introducción .....	31
§ 13. Orden de prelación .....	31
§ 14. Supuestos .....	32

## — 1 —

**Deber jurídico**

§ 15. Introducción .....	32
§ 16. Régimen legal .....	32
§ 17. Fundamento jurídico .....	32
§ 18. Cumplimiento del deber, atipicidad y juridicidad .....	33
§ 19. Fuentes del deber jurídico .....	33
§ 20. Límites del deber jurídico .....	34
§ 21. Deber jurídico y colisión de deberes .....	34
§ 22. Sujetos de deberes jurídicos .....	35
A. Funcionario público .....	35
B. Profesional habilitado .....	36
C. Ministro religioso .....	36
D. Sujeto obligado por ley .....	36
§ 23. Deber jurídico y obediencia debida .....	37

## — 2 —

**Derecho legítimo**

§ 24. Introducción .....	37
§ 25. Concepto .....	37
§ 26. Derecho legítimo y deber legal .....	37
§ 27. Régimen legal .....	38
§ 28. Alcance .....	38
§ 29. Derecho legítimo, atipicidad y juridicidad .....	39
§ 30. Facultades legales .....	39
A. Facultades para ejercer una autoridad o cargo .....	39
1. Facultades de policía .....	41
2. Facultades judiciales .....	41
3. Facultades de auxilio a la autoridad .....	42
4. Facultades disciplinarias .....	44
B. Facultades para ejercer industria o comercio .....	44
C. Facultades para realizar conductas peligrosas .....	44
D. Facultades de retención .....	45
E. Facultades de petición .....	46
F. Facultades religiosas .....	47
§ 31. Derecho legítimo y legítima defensa .....	48

— D —

***Exceso en la conducta justificada***

§ 32. Introducción .....	48
§ 33. Fundamento legal .....	48
§ 34. Supuestos .....	48
A. Exceso en la necesidad .....	48
1. Exceso en la necesidad del deber jurídico .....	49
2. Exceso en la necesidad del derecho legítimo .....	50
B. Exceso en la racionalidad .....	50
1. Exceso en la racionalidad del deber jurídico .....	51
2. Exceso en la racionalidad del derecho legítimo .....	51
§ 35. Exceso y resultado .....	52

**CAPÍTULO 59  
OBEDIENCIA DEBIDA**

— A —

***Generalidades***

§ 1. Introducción .....	55
§ 2. Definición .....	55
§ 3. Régimen legal .....	56
§ 4. Ubicación dentro de la teoría del delito .....	56
§ 5. Naturaleza jurídica .....	57

— B —

***Orden impartida y deber de obediencia***

§ 6. Introducción .....	58
§ 7. Orden impartida .....	58
§ 8. Deber de obediencia .....	58
§ 9. Origen del deber de obediencia .....	59
A. Orden institucional .....	59
B. Orden jurisdiccional .....	60

— C —

***Requisitos de la obediencia debida***

§ 10. Introducción .....	61
§ 11. Requisitos de la orden impartida .....	61
§ 12. Orden jerárquica .....	61
A. Jerarquía .....	61
B. Clases .....	61

1. Jerarquía orgánica .....	61
2. Jerarquía oficial .....	62
§ 13. Orden competente .....	63
§ 14. Orden formal .....	64
§ 15. Orden lícita .....	65
A. Orden ilícita .....	65
B. Orden lícita, justa y apropiada .....	66
C. Presunción de legalidad .....	67
D. El deber de examen .....	68

## — D —

*Obediencia debida subjetivo-objetiva*

§ 16. Introducción .....	69
§ 17. Obediencia debida subjetivamente justificada .....	69
A. Presunción de legitimidad de la orden .....	70
B. Clases de error de antijuridicidad .....	70
1. Error fáctico .....	70
2. Error jurídico .....	71
C. Conducta jurídica con orden ilícita .....	72
§ 18. Obediencia debida objetivamente justificada .....	73

## — E —

*Obediencia no debida*

§ 19. Introducción .....	73
§ 20. Obediencia indebida no punible .....	74
A. Obediencia indebida atípica .....	74
B. Obediencia indebida no antijurídica .....	74
C. Obediencia indebida no culpable .....	75
1. Estado de necesidad .....	75
2. Coacción .....	76
a. Mal grave inminente personal .....	76
b. Mal grave inminente funcional .....	76

## — F —

*Exceso en la obediencia debida*

§ 21. Introducción .....	78
§ 22. Supuestos .....	78
A. Exceso en la necesidad de la obediencia debida .....	78
B. Exceso en la racionalidad de la obediencia debida .....	79

**CAPÍTULO 60**  
**LEGÍTIMA DEFENSA**

— A —

*Generalidades*

§ 1. Introducción .....	81
§ 2. Definición .....	81
§ 3. Fundamento legal .....	82
§ 4. Alcance jurídico .....	82

— B —

*Naturaleza jurídica*

§ 5. Introducción .....	83
§ 6. Necesidad de la fundamentación .....	83
§ 7. Teorías doctrinales y crítica .....	83
A. Teorías nominales .....	84
1. Teoría del derecho que no cede ante el injusto .....	84
2. Teoría de la preservación del derecho .....	85
B. Teorías psicológicas .....	85
1. Teoría del instinto de conservación .....	85
2. Teoría de la perturbación anímica .....	86
C. Teorías morales .....	87
1. Teoría de la retribución del mal .....	87
2. Teoría de la acción culpable no punible .....	87
D. Teorías estatizantes .....	88
1. Teoría del derecho estatal .....	88
2. Teoría de la defensa pública subsidiaria .....	88
E. Teorías jurídicas .....	91
1. Teoría de la justicia intrínseca .....	91
2. Teoría de la defensa de los bienes jurídicos .....	91
3. Teoría del estado de necesidad .....	92
4. Teoría de la colisión de derechos .....	92
§ 8. La legítima defensa es un derecho .....	93
§ 9. La legítima defensa es un derecho inviolable .....	93
§ 10. La legítima defensa no es un derecho natural .....	94
§ 11. Derecho de defensa ≠ derecho a matar .....	94

— C —

*Requisitos de la legítima defensa*

§ 12. Remisión .....	95
----------------------	----

**CAPÍTULO 61**  
**EXISTENCIA DE UNA DEFENSA**

— A —

*Generalidades*

§ 1.	Introducción .....	97
§ 2.	Definición .....	97

— B —

*Requisitos de la defensa*

§ 3.	Introducción .....	98
§ 4.	Enumeración .....	98

— 1 —

**Agresión ilegítima**

§ 5.	Introducción ... ..	98
§ 6.	Agresión .....	98
	A. Agresión humana .....	98
	B. Toda agresión es conducta .....	99
	C. Sin conducta no hay agresión .....	99
	D. Servirse de la falta de conducta puede ser agresión .....	100
	E. Agresión omisiva .....	101
	F. La agresión afecta bienes jurídicos .....	102
	G. La agresión no es necesariamente violencia física .....	102
§ 7.	Ilegítima .....	103
	A. Ilegitimidad no siempre es delictiva .....	103
	B. Ilegitimidad puede ser culposa .....	103
	C. Ilegitimidad requiere lesividad, desvalor e indebitud .....	105
	1. Falta de legitimidad de la conducta .....	105
	a. Conducta no lesiva .....	105
	b. Conducta no disvaliosa .....	105
	c. Conducta no indebida .....	106
	2. Representación e ilegitimidad de la conducta .....	107
	D. El ejercicio de un derecho nunca es ilegítimo .....	108
	E. La obligación jurídica nunca es ilegítima .....	108
	F. Ilegítimo no es lo mismo que injusto .....	109
	G. Ilegítimo no es lo mismo que antijurídico .....	109
	H. Ilegítimo no es lo mismo que punible .....	110

— 2 —

**Conducta defensiva**

§ 8.	Introducción .....	110
------	--------------------	-----

§ 9. Conducta defensiva, acción y omisión .....	111
§ 10. Tipicidad de la conducta defensiva .....	111
§ 11. Formas de defensa .....	112
A. Defensa ofensiva .....	113
B. Defensa evasiva .....	113
C. Defensa neutralizante .....	114
§ 12. Casos especiales .....	114
A. Confrontación .....	114
B. Defensa objetiva .....	115

## — 3 —

**Protección de un bien jurídico**

§ 13. Introducción .....	115
§ 14. Defensa es protección .....	115
§ 15. Formas de protección .....	117
§ 16. Momento de la defensa .....	118
A. Defensa para impedir la agresión ilegítima .....	118
1. Agresión ilegítima futura próxima .....	119
2. Agresión ilegítima futura lejana .....	119
B. Defensa para repeler la agresión ilegítima .....	121
C. Defensa para evitar la afectación del bien jurídico .....	121
D. Defensa para revertir la afectación del bien jurídico .....	122
§ 17. ¿Defensa o venganza? .....	124
§ 18. Defensa ejercida .....	124
§ 19. Bienes jurídicos defendibles .....	125
A. Todos los bienes jurídicos son defendibles .....	125
B. Objeto de la defensa .....	126
C. Bienes jurídicos defendibles .....	127
1. Derechos individuales .....	128
2. Derechos de la personalidad .....	128
3. Derechos estatales .....	129
4. Derechos medioambientales .....	129
D. Derechos de convivencia .....	129
§ 20. La defensa puede ser de bienes propios o ajenos .....	131

## — 4 —

**Agresor como destinatario de la defensa**

§ 21. Introducción .....	132
§ 22. Autor y partícipe son agresores .....	132
§ 23. Tercero extraño no es agresor .....	132
§ 24. Afectación de terceros extraños .....	133
A. Afectación atípica de terceros .....	133
B. Afectación jurídica de terceros .....	134

C. Afectación inculpable de terceros .....	134
1. Afectación de la persona de terceros .....	135
a. Afectación de la persona de terceros utilizada para agredir .....	135
b. Afectación de la persona de terceros utilizada para la defensa ..	135
c. Afectación de la persona de terceros alcanzada por la defensa ..	136
2. Afectación de bienes de terceros .....	137
a. Afectación del bien de terceros utilizado para agredir .....	137
b. Afectación del bien de terceros utilizado para la defensa .....	137
c. Afectación del bien de terceros alcanzado por la defensa .....	138
§ 25. Reacción del tercero extraño .....	138

**CAPÍTULO 62**  
**LEGITIMIDAD DE LA DEFENSA**

— A —

**Generalidades**

§ 1. Introducción .....	143
-------------------------	-----

— B —

**Requisitos de la legitimidad de la defensa**

§ 2. Introducción .....	144
§ 3. Enumeración .....	144

— 1 —

**Necesidad de la defensa**

§ 4. Introducción .....	144
§ 5. Requisitos .....	145
A. Inevitabilidad del mal amenazado por un medio no lesivo .....	145
B. Inevitabilidad del mal amenazado por un medio menos lesivo .....	145
§ 6. Exigibilidad del medio no lesivo o menos lesivo .....	147
§ 7. Fuga y súplica .....	148

— 2 —

**Racionalidad de la defensa**

§ 8. Introducción .....	150
§ 9. Mal amenazado mayor .....	151
A. La mayor injusticia de quien se defiende no es racional .....	151
B. La racionalidad no exige la proporcionalidad de los bienes .....	152
C. Racionalidad y bienes jurídicos en juego .....	153
D. Racionalidad y justicia .....	154
§ 10. Mal amenazado no extraño al agente .....	155

A. Provocación suficiente .....	156
B. Requisitos de la provocación suficiente .....	156
1. Existencia de una provocación .....	156
2. Provocación que sea suficiente .....	159
C. Provocación suficiente y agresión ilegítima .....	161
1. Provocación concluida .....	162
2. Reacción excedida .....	162
D. Provocación suficiente y exceso en la legítima defensa .....	163
1. Exceso en la causa y en los medios .....	163
2. Quien se ha excedido y es atacado, se defiende en exceso .....	163
3. El exceso en la causa es posible .....	165
4. ¿Exceso en la causa o culpa? .....	165

**CAPÍTULO 63  
DEFENSAS ESPECIALES**

— A —

**Generalidades**

§ 1. Introducción .....	169
-------------------------	-----

— B —

**Supuestos especiales**

§ 2. Enumeración .....	169
------------------------	-----

— 1 —

**Defensa ejercida por terceros**

§ 3. Introducción .....	170
§ 4. Fundamento de la legitimidad .....	170
§ 5. Agresión ilegítima que origina la defensa de terceros .....	170
§ 6. Requisitos de la defensa de terceros .....	171
§ 7. Voluntad del agredido .....	172
§ 8. Defensa de terceros y provocación suficiente .....	172
§ 9. Convergencia de la defensa propia y de terceros .....	174

— 2 —

**Defensa predispuesta**

§ 10. Introducción .....	174
§ 11. Defensa predispuesta y legítima defensa .....	175
§ 12. Clasificación y tratamiento .....	175
A. Defensa predispuesta ostensible (“offendicula”) .....	175
B. Defensa predispuesta oculta .....	176

1. Defensa alcanza a un inocente .....	177
2. Defensa excede lo necesario .....	178
3. Defensa excede lo racional .....	178
4. Defensa es necesaria y racional .....	178

## — 3 —

**Legítima defensa privilegiada**

§ 13. Introducción .....	179
§ 14. Supuestos .....	179
A. Defensa del hogar .....	179
B. Defensa de la posesión .....	180

## — 4 —

**Vías de hecho**

§ 15. Introducción .....	180
§ 16. Concepciones doctrinales y crítica .....	181
§ 17. La defensa legítima no se puede restringir .....	183

**CAPÍTULO 64****EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA**

## — A —

**Generalidades**

§ 1. Introducción .....	185
§ 2. Régimen legal .....	186
§ 3. Definición .....	186
§ 4. Límites .....	186

## — B —

**Naturaleza jurídica**

§ 5. Introducción .....	187
§ 6. Teorías doctrinales .....	187
A. Teoría del miedo .....	187
B. Teoría de la culpa .....	188
C. Teoría del error .....	188
D. Teoría del resentimiento .....	189
§ 7. Exceso como delito autónomo .....	190

— C —

*Requisitos*

§ 8. Introducción .....	190
§ 9. Dolo y pragma .....	191
A. Dolo de exceso en la legítima defensa .....	191
B. Pragma de exceso en la legítima defensa .....	192

— D —

*Supuestos*

§ 10. Introducción .....	193
§ 11. Enumeración .....	193
A. Exceso en la necesidad .....	193
1. Exceso intensivo en la legítima defensa .....	196
2. Exceso extensivo en la legítima defensa .....	196
B. Exceso en la racionalidad .....	197
1. Injusticia mayor a la producida por el agresor .....	197
2. Agresión no extraña al agente .....	198
§ 12. Exceso y resultado .....	199
<i>Bibliografía</i> .....	205