

LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA EN EL DERECHO
INTERNACIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS
GENERALES DEL DERECHO

THE ANTICIPATORY SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL
LAW IN THE LIGHT OF THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW

*Eduardo J. Pintore**

Resumen: La teoría de la legítima defensa preventiva recobró actualidad en la década pasada a través de las operaciones armadas en Afganistán e Irak en los años 2001 y 2003 respectivamente y es actualmente mencionada en torno a la situación actual del Irán y su programa nuclear. Esta teoría enuncia el derecho de tomar medidas defensivas actuales frente a un ataque que aún no ha comenzado. Dada la persistente discusión dentro de la doctrina internacional sobre su legalidad, el presente artículo busca encontrar una respuesta desde la perspectiva objetiva de los principios generales del derecho. Estos principios proveen los elementos interpretativos necesarios para determinar si la teoría de la legítima defensa preventiva puede tener o no una base jurídica.

Palabras – clave: Legítima defensa preventiva – Principios generales del derecho – Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

* El autor es Profesor Ayudante en Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba. Es Doctor en Derecho y Magíster Legum (LL.M.) ambos por la *Freie Universität Berlin*, Alemania. Completó sus estudios de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y realizó estudios e investigaciones en Derecho en la *Università degli Studi di Bologna*, Italia. E-mail: eduardopintore@gmail.com

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Abstract: The theory of anticipatory self-defense was recovered in the past decade through the military operations in Afghanistan and Iraq in 2001 and 2003 respectively, and nowadays it is mentioned in respect to the current situation of Iran and its nuclear program. This theory states de right to take actual defensive measures against an attack which has not started yet. Given the continued debate within the international doctrine on its legality, this article aims to find an answer to this topic from the objective perspective of the general principles of law. This principles provide the necessary interpretative elements to determine if the theory of anticipatory self-defense may or may not have a legal basis.

Keywords: Anticipatory self-defense – General principles of law – Article 51 of the UN Charter.

SUMARIO: I. Introducción. - II. La legítima defensa en el derecho internacional. - III. La teoría de la legítima defensa preventiva. A. La constelación del ataque futuro. B. La constelación de la serie de ataques. C. Valoración de la legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo. D. Cuestiones que suscita la teoría de la legítima defensa preventiva. - IV. Los principios generales del derecho que rigen la legítima defensa. A. Los principios generales del derecho como medio de interpretación de las normas internacionales. B. Los principios generales del derecho reconocibles en la legítima defensa del *foro domestico*. 1. El requisito de la actualidad del ataque. 2. La constelación del ataque futuro. 3. La constelación de los ataques que se repiten en el tiempo. 4. Actualidad del ataque e ilicitud del mismo. 5. Actualidad del ataque y necesidad de la conducta defensiva. 6. Actualidad del ataque y proporcionalidad de la conducta defensiva. 7. Actualidad del ataque y el *animus defendendi*. 8. Legítima defensa y estado de necesidad. - V. La teoría de la legítima defensa preventiva a la luz de los principios generales del derecho. A. Con respecto a la actualidad. B. Con respecto a los ataques futuros. C. Con respecto a los ataques que se repiten en el tiempo. D. La teoría de la legítima defensa preventiva y los demás requisitos de la legítima defensa.

Eduardo J. Pintore

1. La ilicitud del ataque.
 2. La necesidad de la conducta defensiva.
 3. La proporcionalidad de la conducta defensiva.
 4. La voluntad defensiva o animus defendendi.
- D. La teoría de la legítima defensa preventiva y el instituto jurídico del estado de necesidad. - VI. Conclusiones.

I. Introducción

La teoría de la legítima defensa preventiva fue invocada especialmente para justificar acciones militares que no estaban cubiertas a través del entendimiento prevalente, tanto en la doctrina como en la práctica internacional, de la legítima defensa del derecho internacional. Dada la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza en el derecho internacional y el Sistema de Seguridad Colectiva establecido por la Carta de Naciones Unidas, la legítima defensa del artículo 51 de la Carta se presenta como la única excepción a esa prohibición, que habilita a los Estados individuales a aplicar la fuerza por sí solos en contra de otros Estados. Esto lleva a que, cada vez que un Estado utiliza la fuerza en contra de otro fuera del marco del Sistema de Seguridad Colectiva, busque justificarlo a través de la legítima defensa internacional. En este sentido se observa una tendencia, por parte de los Estados militarmente más poderosos, de realizar una interpretación amplia y permisiva de este instituto jurídico, la cual les otorga un mayor margen de libertad al momento de usar la fuerza en contra de Estados militarmente más débiles.

Las guerras de Afganistán e Irak, iniciadas en los años 2001 y 2003 respectivamente, la situación actual en torno al programa nuclear de Irán y las respuestas militares israelíes en contra de sus vecinos frente a los ataques recibidos sobre su territorio hablan de la tremenda actualidad que esta teoría tiene y probablemente seguirá teniendo tanto para la política internacional como para el derecho internacional.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En virtud de ello, este artículo tiene por finalidad investigar la legalidad o ilegalidad de estas acciones militares preventivas en base a la norma contenida en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho consuetudinario correspondiente. En primer lugar se analizará el estado del debate en el ámbito jurídico internacional. En un segundo paso se observará qué soluciones nos brindan los principios generales del derecho. Para ello se realizará un trabajo de derecho comparado de diversos sistemas jurídicos internacionales sobre sus normas relativas al instituto jurídico de la legítima defensa. En la parte final se aplicarán, por vía de una interpretación conforme a los principios generales del derecho, esas soluciones al ámbito del derecho internacional para comprobar la licitud o no de las acciones militares tomadas en base a una reclamada legítima defensa preventiva.

II. La legítima defensa en el derecho internacional

La legítima defensa en el derecho internacional está contemplada en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, el cual establece:

“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Una primera observación sobre este artículo es que reconoce expresamente el “derecho inmanente” de legítima defensa pero no lo describe en sus elementos constitutivos¹. De la enunciación misma de este artículo se desprende empero que este instituto jurídico está formado por dos grandes momentos: de un lado encontramos el ataque y del otro la reacción defensiva. Dentro de estos dos polos se ubican los diversos requisitos inherentes que rigen el ejercicio de este derecho. Doctrina y jurisprudencia reconocen algunos de ellos, a pesar de que no ser nombrados por el artículo 51 de la Carta de la ONU. En cuanto al ataque que habilita a la defensa se hace referencia a la *ilicitud*² del mismo y que se debe tratar no de cualquier ataque sino de un *ataque armado*³. Del lado de la

¹ Tal como lo resalta la Corte Internacional de Justicia (CIJ): “Moreover the Charter, having itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content”. Ver: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J., Reports 1986, p. 14, en adelante: ICJ Reports (1986), para. 176. En la doctrina: SKOPETS, Michael, “Battered Nation Syndrome: Relaxing the imminence requirement of self-defense in International Law”, en: *American University Law Review*, Vol. 55, año 2000, pp. 753 y ss., p. 772.

² En ese sentido la CIJ sostuvo: “The Court has recalled above (paragraphs 193 to 195) that for one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack”. ICJ Reports (1986), para. 211. En la doctrina: VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Dritte Auflage, Berlin, 1984, para. 1336, p. 902. GILL, Terry D., “The temporal dimension of self-defense: Anticipation, preemption, and immediacy”, en: *International law and armed conflict: Exploring the faultlines. Essays in honour of Yoram Dinstein*, SCHMITT, Michael N./PAJIC, Jelena (Edit.), Leiden-Boston, 2007, p. 117. LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 124.

³ ICJ Reports (1986) paras. 191, 195 y 211. En la doctrina: VOIGTLÄNDER, René, *Notwehrrecht und killektive Verantwortung. Die zeitliche Begrenzung des Rechts zur Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta im Licht von Handlungsinstrumenten des*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

conducta defensiva se mencionan como requisito tanto la *necesidad*⁴ como la *proporcionalidad*.⁵ Dentro de la defensa también hemos señalado la existencia de un requisito aún no analizado por la doctrina internacionalista, cual es la *voluntad defensiva* o *animus defendendi*.⁶

El requisito de la actualidad del ataque, esto es el requerimiento de que el ataque debe existir al momento en que se realiza la conducta defensiva, se encuentra contenido, en opinión de una parte de la doctrina, ya en la letra misma del artículo 51 cuando expresa: “en caso de ataque armado”⁷. Este entendimiento empero es

UN-Sicherheitsrat, Frankfurt am Main, 2001, p. 28. STEIN, Torsten/von BUTLAR, Christian, *Völkerrecht*, 12. neu bearbeitete Auflage, Köln-München, 2009, para. 784, p. 277.

⁴ En la jurisprudencia: ICJ Reports (1986) para. 176. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinión, ICJ Reports 1996, en adelante: ICJ Reports (1996), p. 226 ss., para. 41. *Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports 2003, en adelante: ICJ Reports (2003), p. 161 ss., para. 73. En la doctrina: KUNDE, Martin, *Der Präventivkrieg. Geschichte, Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung*, Frankfurt am Main, 2007, p. 120. HOBE, Stepahn, *Einführung in das Völkerrecht*, Neunte, aktualisierte und erweiterte Auflage, Tübingen und Basel, 2008, p. 335. RANDELZHOFFER, Albrecht, “Article 51” en: *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Bruno Simma (Edit.) Second Edition, Volume I, München 2002, para. 42.

⁵ En la jurisprudencia: ICJ Reports (1986) para. 176. ICJ Reports (1996) para. 41. ICJ Reports (2003) para. 77. En la doctrina: BRYDE, Brun-Otto, “Self-defence”, en: *Encyclopedia of Public International Law*, BERNHARDT, Rudolf (Edit.), Amsterdam, 2000, p. 362. STEIN/ von BUTTLAR, ob. cit. para. 794, p. 281. HOBE, ob. cit., p. 335.

⁶ PINTORE, Eduardo J., “El *animus defendendi* en la legítima defensa internacional”, en: *Anuario XIII* (2011), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 179 ss.

⁷ BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford-New York, 2008, p. 732. FERZAN, Kimberly Kessler, “Defending

relativizado por los sostenedores de la teoría de la legítima defensa preventiva, en tanto y en cuanto sostienen que, según el sentido de este artículo, también es lícito realizar una conducta defensiva aunque el ataque no haya comenzado, si es que existe un *peligro* de que dicho ataque se realice de no tomar acciones militares preventivas. La legítima defensa preventiva se dirige así en contra de un *peligro* de ataque y no en contra de un ataque⁸.

Se debe remarcar a su vez que la regulación del *derecho consuetudinario de la legítima defensa* es en cuanto a su contenido idéntica a la norma del artículo 51 de la Carta, salvo en lo relativo a la obligación de informar su ejercicio al Consejo de Seguridad⁹.

Realizadas estas precisiones veamos cómo es entendida la legítima defensa preventiva en el derecho internacional público contemporáneo.

imminence: From battered women to Iraq”, en: *Arizona Law Review*, Vol. 42, 2004, pp. 213 y ss., p. 224. El texto en inglés “if an armed attack occurs”, es decir, “si se produce un ataque armado” o “si ocurre un ataque armado” da una idea más clara aún, que el ataque debe preceder a la defensa.

⁸ Esto se ve con claridad en *The National Security Strategy of the United States of America* del año 2002, en adelante: NSS 2002, p. 15, en donde se afirma: “Legal scholars and international jurists often conditioned the legitimacy of preemption on the existence of an imminent threat—most often a visible mobilization of armies, navies, and air forces preparing to attack. We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries”. En el mismo sentido: *The National Security Strategy of the United States of America* del año 2006, en adelante: NSS 2006, p. 18.

⁹ En la jurisprudencia: ICJ Reports (1986) paras. 193, 200, 211 y 235. ICJ Reports (2003) paras. 42 y 51. En la doctrina: ALEXANDROV, ob. cit., p. 93 ss. KUGELMANN, Dieter, “Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Gewalt gegen Terroristen”, en: *Juristische Ausbildung (JURA)*, Berlin, 2003, pp. 376 y ss., p. 378. RANDELZHOFFER, ob. cit., para. 9. LAMBERTI ZANARDI, ob. cit., pp. 204 y ss.

III. La teoría de la legítima defensa preventiva

La teoría de la legítima defensa preventiva se utilizó en los años recientes para justificar acciones militares preventivas en diversas ocasiones. En general todos estos antecedentes pueden ser subsumidos por dos constelaciones¹⁰ fácticas básicas:

A. La constelación del ataque futuro

Es la constelación básica de la legítima defensa preventiva. Aquí la conducta defensiva se ejecuta antes que el ataque sobre el fundamento de que el Estado lo estaría ya preparando y lo produciría en un futuro más o menos próximo. En virtud de esto se actúa o se desea actuar antes de que el ataque ocurra. Ejemplo paradigmático de esta constelación es la operación *Iraqi Freedom* contra el Irak en el año 2003¹¹ y es sin dudas la constelación invocada actualmente en torno al Irán y su atribuido programa nuclear con fines militares.

¹⁰ El concepto de “constelación” (Konstellation) es utilizado comúnmente por la doctrina penal alemana y hace referencia a un conjunto de elementos fácticos que constituyen una situación susceptible de apreciación jurídica.

¹¹ La comunicación que el gobierno norteamericano realiza al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 20 de marzo de 2003 contiene esta hipótesis, si bien no menciona expresamente el artículo 51 de la Carta. Allí se justifica la acción de la coalición entre otros, con el siguiente fundamento: “The actions that coalition forces are undertaking are an appropriate response. They are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area”. Ver: UN Doc. S/2003/351. El bombardeo israelí al reactor nuclear de Osirak en junio de 1981 constituye otro caso en que se argumentó en manera parecida. Ver: Notificación del representante israelí ante el Consejo de Seguridad del 12 de junio de 1981, UN Doc. S/PV.2280. En la doctrina encuadra la operación *Enduring Freedom* en esta constelación: YOO, John, “International Law and the war in Iraq”, en: *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, en adelante: AJIL 97 (2003), pp. 563 y ss., p. 574.

La licitud del ejercicio preventivo de legítima defensa es reclamada en la Estrategia de Seguridad Nacional de los EE.UU. del año 2002. Allí se sostiene que la novedad de la aparición de grupos terroristas dispuestos a utilizar armas nucleares y de “Estados parias” dispuestos a transferir esa tecnología a esos grupos o a utilizarla ellos mismos en contra de otros Estados, impone la necesidad de actuar antes que el ataque terrorista o por parte del Estado se realice¹². Frente a esta nueva situación parte de la doctrina internacionalista exigió una nueva interpretación del derecho a legítima defensa dotándola de facultades preventivas¹³.

B. La constelación de la serie de ataques

En cuanto a la otra constelación fáctica, en la cual se reclama un derecho a ejercer legítima defensa preventiva, es aquella que en el mundo anglosajón viene denominada *accumulation of events theory*. Ella se da en los casos en los que un Estado o un grupo de ellos es víctima de una serie de ataques, generalmente de tipo terrorista o de incursiones de bandas armadas, cuya fuente se encuentra en un tercer Estado. El o los Estados víctimas actúan cuando no existe

¹² NSS 2002, pp. 13 ss. La NSS de 2006 fundamenta en el mismo sentido. Con una nueva administración en la Casa Blanca, la NSS habla del peligro que proviene del terrorismo. Nada dice sobre el alegado derecho a legítima defensa preventiva, y justamente por ello tampoco lo niega, por lo tanto esta teoría queda vigente en la política norteamericana de la actual administración. Ver. NSS 2010, pp. 19 y ss.

¹³ Se trata sobre todo de autores norteamericanos que justificaron la operación Iraqi Freedom. YOO, ob. cit., p. 574. WEDGWOOD, Ruth, “The fall of Saddam Hussein: Security Council mandates and preemptive self-defense”, en: AJIL 97 (2003), pp. 576 y ss., p. 583. SAPIRO, Miriam, “Iraq: The shifting sands of preemptive self-defense”, en: AJIL 97 (2003) pp. 599 y ss., pp. 602, 604 y 606. TAFT IV, William H., “Old rules, new threats. The legal basis for preemption”, en: Council on foreign relation, November 2002, accesible en: <http://www.cfr.org/publication.html?id=5250> Consultado el 18/05/2013.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

contemporáneamente un ataque pero justifican sus acciones militares en base a una unión ideal de la serie de ataques pasados y los ataques que se cree continuarán en el futuro. Esta unión ideal tiene, por lo general, dos consecuencias concretas. Se toma la serie de ataques como si se tratara de un ataque continuo, que se extiende en el tiempo y por lo tanto es siempre actual y, por otro lado, se suman la totalidad de estos ataques a los fines de valorar la proporcionalidad de la defensa. Objetivamente, empero, la conducta defensiva en esta constelación es ejecutada cuando los últimos ataques ya han concluido y los que se esperan en el futuro no tienen lugar aún. En tanto y en cuanto la conducta defensiva se justifica para evitar los ataques futuros, se observa la naturaleza preventiva de esta teoría y la utilización de la conformación básica vista en la constelación anterior. Un ejemplo de esta constelación lo encontramos en la operación *Enduring Freedom* en contra de Afganistán en el año 2001¹⁴.

La Corte Internacional de Justicia en el caso de las plataformas petrolíferas del año 2003 parece haber rechazado la teoría de la acumulación de eventos, sobre todo en lo concerniente a la

¹⁴ Así la comunicación norteamericana al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el inicio de los ataques en Afganistán hace referencia a la siguiente situación: “The attacks on 11 September 2001 and the ongoing threat to the United States and its nationals posed by the Al-Qaeda organization...” y luego declara: “In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States”. Ver: UN Doc. S/2001/946. La comunicación británica se expresa en un mismo sentido: “The forces have now been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self-defence, recognized in Article 51, following the terrorist outrage of 11 September, to avert the continuing threat of attacks from the same source”. Ver: UN Doc. S/2001/947.

valoración de la proporcionalidad de la conducta defensiva¹⁵. Sin embargo parte de la doctrina internacionalista se expresa a favor de esta teoría, sobre todo luego de la operación *Enduring Freedom*¹⁶.

C. Valoración de la legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo

No se puede sostener que la legítima defensa preventiva haya sido aceptada en el derecho internacional contemporáneo.

La jurisprudencia internacional no ha tratado expresamente el requisito de la actualidad del ataque en la legítima defensa internacional. Sin embargo, en virtud de la interpretación restrictiva que la Corte Internacional de Justicia realiza del artículo 51 de la Carta, como derecho excepcional frente a la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza contenido en el artículo 2 inciso 4 de la misma y como uso unilateral y excepcional de la fuerza por parte del Estado frente al Sistema de Seguridad Colectiva establecido por la

¹⁵ En efecto la Corte no valoró a la serie de ataques que los EE.UU. sostuvo haber padecido de forma cumulativa, sino que a la respuesta militar norteamericana la confrontó con el daño del USS Samuel B. Roberts no acumulando a él los otros ataques que este Estado reclamaba habrían sido perpetrados por Irán. Ver: ICJ Reports (2003) para. 77. En el mismo sentido: OCHOA-RUIZ, Natalia/SALAMANCA-AGUADO, Esther, "Exploring the limits of International Law relating to the use of force in self-defence", en: *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, pp. 499 y ss., pp. 516 y s.

¹⁶ WANDSCHER, Christiane, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht*, Berlin, 2006, p. 170. STEIN/von BUTTLAR, ob. cit., para. 848, p. 304. GRAY, Christine, *International Law and the use of force*, Third Edition, Oxford, 2008, p. 155. KUGELMANN, ob. cit., p. 381. TOMUSCHAT, Christian, "Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen", en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2001, pp. 535 y ss., pp. 542 y ss. SOFAER, Abraham D., "On the necessity of pre-emption", en: *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, Nr. 2, pp. 209 y ss., p. 225.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Carta¹⁷, puede inferirse una tendencia negativa a una ampliación del mismo¹⁸. Esta tendencia es apoyada también por lo observado en el título anterior en el fallo sobre las plataformas petrolíferas del año 2003.

En cuanto a la doctrina, existe una gran mayoría de autores que rechazan la teoría de la legítima defensa preventiva por ser incompatible con el texto del artículo 51 de la Carta al igual que con los fines de esta¹⁹. Se suele criticar la pretensión de parte de algunos

¹⁷ ICJ Reports (1986) para. 50, en donde se afirma: “Both Article 51 of the United Nations Charter and Article 21 of the Organization of American States Charter refer to self-defence as an exception to the principle of the prohibition of the use of force”. Sobre la interpretación restrictiva que la Corte realiza del concepto de ataque armado ver: PINTORE, Eduardo José, “La caracterización del concepto de ataque armado del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la CIJ”, en: *Cuaderno de Derecho Internacional VI, Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del Derecho Internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 49 a 76. Accesible en:

<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>

Fecha de Consulta: 20/06/2013.

¹⁸ En ese sentido, la CIJ sostuvo: “Article 51 of the Charter may justify a use of force in self-defence only within the strict confines there laid down. It does not allow the use of force by a State to protect perceived security interests beyond these parameters. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council”. Ver: *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, en adelante: ICJ Reports (2005), para. 148.

¹⁹ A modo de ejemplo: VERDROSS/SIMMA, ob. cit., para. 470 pp. 287 y s. BLUMENWITZ, Dieter, “Der Präventivkrieg und das Völkerrecht”, en: *Politische Studien*, Heft 391, 54. Jahrgang, September-Oktober 2003, p. 21. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Derecho Internacional Público*, Toto II, Montevideo, 1996, p. 312. CONSTANTINOU, Avra, *The right of self-defence under customary international law and article 51 of the Charter*, Athènes-Bruxelles, 2000, pp. III y ss. PINTORE, Eduardo José, *La legítima defensa en el derecho*

Estados, generalmente los militarmente más poderosos, de justificar acciones armadas que en nada están cubiertas por la legítima defensa internacional²⁰ y la peligrosidad que la aceptación de una teoría semejante supone para la paz y la seguridad internacionales, siendo ejemplos bien claros de ello las operaciones *Enduring Freedom* e *Iraqi Freedom*, arriba mencionadas. Se remarca a su vez que las acciones de carácter preventivo corresponden, en el sistema de establecido en la Carta de las Naciones Unidas, al Consejo de Seguridad²¹.

Tampoco se puede sostener que la práctica internacional haya aceptado tal teoría como norma de derecho consuetudinario, sino más bien que ella la ha rechazado por ser contraria a derecho. Esto lo demuestran las reacciones de rechazo frente a las incursiones

internacional, Córdoba, 2012, pp. 146 y ss. BOTHE, Michael, "Terrorism and the legality of pre-emptive force", en: *European Journal of International Law*, (EJIL), Vol. 14, 2003, pp. 227 y ss., p. 229.

²⁰ Especialmente claro al respecto: CONFORTI, Benedetto, *Diritto Internazionale*, Settima Edizione, Napoli, 2006, pp. 344 y s.

²¹ En ese sentido: *Informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, del 1 de diciembre de 2004, UN Doc. A/59/565, para. 190. Es claro que el Consejo de Seguridad es un órgano que necesita una reforma para lograr una mejor actuación, pero la lucha de intereses en juego no la facilitan. Sobre la necesidad de reforma del Consejo de Seguridad ver: REY CARO, Ernesto, "La reforma de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad", en: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, accesible en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/aaartreformacartaonu> Fecha de consulta: 17/06/2013.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

armadas de parte de Colombia en Ecuador²² y de EE.UU. en Pakistán²³, realizadas en los últimos años.

Frente a este debate generado por la teoría de la legítima defensa preventiva y teniendo en cuenta los grandes intereses que detrás de este debate pueden observarse²⁴ -los cuales originan no pocas veces interpretaciones interesadas que poco tienen que ver con el derecho-, se torna útil, si no necesario, recurrir a parámetros objetivos y ajenos a cualquier parcialidad para, a la luz de ellos, evaluar la licitud o ilicitud de la legítima defensa preventiva. Esos parámetros están dados, en el derecho internacional, por los principios generales del derecho mencionados como normas jurídicas internacionales en el artículo 38 inciso 1 párrafo c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

²² Véase como ejemplo: Declaración de los jefes de Estado y de gobierno del Grupo de Río sobre los acontecimientos recientes entre Ecuador y Colombia, del 7 de marzo de 2008. En el ámbito de la OEA: CP/RES. 930 del 5 de marzo de 2008.

²³ Frente a los ataques aéreos norteamericanos del 3 de septiembre de 2008 en territorio paquistaní, el Ministro de Relaciones Exteriores del Paquistán, Shah Mehmood Qureshi, protestó enérgicamente en conferencia de prensa llamada al efecto. Ver:

<http://www.turkishweekly.net/news/59168/pakistanis-furious-over-u-s-led-border-raid.html> Fecha de consulta: 18/05/2013.

²⁴ Se menciona la gran libertad de acción que una interpretación amplia y flexible de los límites de la legítima defensa otorga a los Estados más poderosos, para imponer sus intereses en diversas zonas del globo de indiscutible importancia estratégica, política y económica. Baste remarcar que esta teoría se invocó en acciones militares en contra de Afganistán e Irak, países de gran importancia por su ubicación estratégica limitando con Asia central, China, Irán y Pakistán, en el caso de Afganistán, y por su importancia petrolífera en el caso de Irak. Actualmente se invoca con respecto al Irán que a la importancia de su ubicación estratégica, se le suman sus grandes reservas de petróleo y gas.

D. Cuestiones que suscita la teoría de la legítima defensa preventiva

La ejecución de una conducta defensiva para evitar un ataque que se espera ocurrirá en el futuro plantea diversas cuestiones con respecto a los demás requisitos de este instituto jurídico. A modo de ejemplo diremos que si la ilicitud del ataque es un requisito *sine qua non*, ocurre que en el momento de tomar la conducta defensiva el atacante futuro no presenta un ataque ilícito; luego no hay un justificante para actuar en contra de quien se comporta lícitamente. Si la necesidad de la conducta defensiva es un requisito de la legítima defensa, ella faltaría en estos casos ya que en caso de ataque futuro se posee el tiempo suficiente para tomar otras medidas. Si la proporcionalidad de la conducta defensiva es un requisito, ¿cómo se realizará la evaluación sobre ella si el ataque, por ser futuro, no se conoce en su forma y en los bienes jurídicos que lesionaría? El mismo problema de valuación se presenta con la necesidad de los medios empleados en la conducta defensiva. Si la voluntad defensiva es un requisito, ¿cómo se constata su existencia en el caso concreto si no hay un ataque que esté sucediendo del cual defenderse? Estas preguntas quedan abiertas y veremos en el transcurso del trabajo si encuentran una solución a través de los principios generales del derecho.

IV. Los principios generales del derecho que rigen la legítima defensa

Como todo instituto jurídico también la legítima defensa en el derecho internacional está regida por una serie de principios que le confieren su constitución y contenido. Más allá de la discusión

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sobre su naturaleza²⁵, es pacífica la doctrina en que estos principios del derecho pueden ser conocidos mediante su reconocimiento normativo en los diversos sistemas jurídicos internos estatales²⁶. Se torna necesario entonces un trabajo de derecho comparado de los diversos sistemas jurídicos nacionales como medio de conocimiento de los principios generales en cuestión.

A. Los principios generales del derecho como medio de interpretación de las normas internacionales

A la par de su *función normativa* en el orden internacional, los principios generales del derecho tienen una *función interpretativa* de las normas convencionales o consuetudinarias poco claras, o cuyo sentido y alcance son discutibles. Esto se funda tanto en el derecho positivo²⁷, como en la doctrina internacional²⁸.

²⁵ Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho ver: BAQUERO LAZCANO, Emilio/BAQUERO LAZCANO, Pedro Enrique /CARUBINI, Delia Beatriz/BAQUERO LAZCANO, Horacio, *Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado*, Tomo I, Córdoba 1993, pp. 88 y ss.

²⁶ Es así que Jiménez de Aréchaga sostiene: “La revisión y examen de los hechos para determinar si se ha configurado o no defensa legítima debe realizarse conforma a ciertos criterios de derecho internacional, que tienen sus fuentes en los principios generales de derecho. Todos los países reconocen en el foro interno el instituto de la legítima defensa, sometido a ciertos principios que regulan su ejercicio. Estos principios constituyen, por lo tanto, principios generales de derecho directamente aplicables en la esfera internacional”. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., p. 318.

²⁷ El artículo 31 inciso 3 párrafo c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, establece que en la interpretación de los tratados, juntamente con el contexto, se deberá tener en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. La expresión *toda norma pertinente de Derecho Internacional* debe ser entendida en base al artículo 38 inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, esto es, junto al derecho convencional y al consuetudinario se debe considerar también los principios generales del

Si la legítima defensa preventiva es admitida o no por el derecho internacional es una cuestión de interpretación del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y del derecho consuetudinario sobre ella el cual tiene, como ya hemos visto arriba, identidad de contenido con ese artículo.

B. Los principios generales del derecho reconocibles en la legítima defensa del *foro domestico*

Establecida la importancia de los principios generales del derecho en la interpretación de la norma internacional poco clara, veamos a continuación qué principios reconocen los sistemas jurídicos nacionales sobre las diversas cuestiones que suscita la teoría de la legítima defensa internacional.

1. *El requisito de la actualidad del ataque*

En el derecho interno de los Estados se observa un reconocimiento general del *requisito de la actualidad* del ataque para el

derecho en la interpretación de la norma dudosa. En ese sentido: VILLIGER, Mark, E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, 2009, para. 25, p. 433. VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, 2007, p. 155.

²⁸ Confirman: VERDROSS/SIMMA, ob. cit., para. 610, p. 389. LAUTERPACHT, Hersch, *The development of International Law by the International Court*, Cambridge-New York, 1996, pp. 165 y ss. CHENG, Bin, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, London, 1953, p. 390. WENGLER, Wilhelm, *Völkerrecht*, Band I, erster und zweiter Teil, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1964, p. 365. HAILBRONNER, Kay, “Ziele und Methoden volkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung”, en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 36 año 1976, pp. 19 y ss., p. 206. SEPÚLVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, México DF, 1991, p. 444. PAGLIARI, Arturo Santiago, *Curso de Derecho Internacional Público*, Córdoba 2007, p. 63.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ejercicio de la legítima defensa. La actualidad del ataque es con ello una *conditio sine qua non* para el ejercicio de este derecho. La actualidad del ataque está definida en un grupo de sistemas jurídicos nacionales de forma expresa bajo la expresión “ataque actual” o “ataque inminente”²⁹. Otros sistemas lo definen como un “peligro inminente”³⁰, y un último grupo de sistemas jurídicos nacionales no exige la actualidad del ataque de manera expresa en la normativa positiva al efecto, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia la entienden tácitamente contenida en ella, como uno de los elementos inherentes de la legítima defensa³¹.

²⁹ Ejemplos de este grupo lo constituyen: Alemania, parágrafo 32 del Código Penal (en adelante: C.P.) alemán. Austria, parágrafo 3 del C. P. austríaco. Bolivia, artículo 32 del C. P. boliviano. Brasil, artículo 25 de su C. P. Colombia, artículo 32 inciso 6 del C. P. colombiano. Corea del Sur, artículo 21 del C. P. sudcoreano. Cuba, artículo 21 inciso 2 del C. P. cubano. China, parágrafo 20 inciso 1 del C. P. chino. Dinamarca, parágrafo 13 inciso 1 del C. P. danés. Ecuador, artículo 19 del C. P. ecuatoriano. Francia, artículo 122 inciso 5 del C. P. francés. Grecia, artículo 22 del C. P. griego. México, artículo 15 inciso 4, del C. P. mexicano. Paraguay, artículo 19 del C. P. paraguayo. Puerto Rico, artículo 26 del C. P. portorriqueño. Rusia, artículo 37 de su C. P. Suiza, artículo 15 del C. P. suizo.

³⁰ Generalmente los sistemas jurídicos del common law utilizan esta terminología (*imminent threat* o *imminent danger*) como los Estados Unidos (Ver como ejemplo: *State v. Norman*, 324 N.C. 253, S.E.2d 8 (1998)), Inglaterra (Ver: WITTEMANN, Frank, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, Frankfurt am Main, 1997, p. 129) y Escocia (CHRISTIE, Sarah, *Introduction to Scots Criminal Law*, Glasgow, 2003, p. 96). También Italia se ubica en este grupo (*pericolo attuale di un'offesa ingiusta*), artículo 52 del C. P. italiano.

³¹ Ejemplos de este grupo son entre otros: Argentina, artículo 34 inciso 6 del C. P. argentino. Chile, artículo 10 inciso 4 del C. P. chileno. Costa Rica, artículo 28 del C. P. costarricense. El Salvador, artículo 27 inciso 2 del C. P. salvadoreño. España, artículo 20 del C. P. español. Guatemala, artículo 24 inciso 1 del C. P. guatemalteco. Honduras, artículo 24 inciso 1 del C. P. hondureño. India, sección 97 del C. P. indio. Perú, artículo 20 del C. P.

Más allá de la formulación que los diversos sistemas jurídicos adopten, se reconoce que ataque actual es no sólo aquel que ya ha comenzado, sino también tanto el ataque que es inminente como aquel que aún perdura. En cuanto al concepto de “ataque inminente”, entendido como ataque actual y que es el que más nos interesa a los fines de este trabajo, en los diversos sistemas jurídicos internos es determinado a través de la inminencia o cercanía temporal de la *lesión* de un bien jurídico concreto por medio de una conducta ya iniciada³². Con ello la inminencia no se refiere a un “peligro”³³ o a un “ataque” en definitiva, sino a la *lesión* de un bien

peruano. Uruguay, artículo 26 del C. P. uruguayo. Venezuela, artículo 65 inciso 3 del C. P. venezolano.

³² En Alemania: RÖNNAU, Thomas/HOHN, Kristian, en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Berlin, 2006, para. 32 Nr. 141; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2009, para. 16 Nr. 17; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch. Beck'scher Kurz-Kommentar*. 58. Auflage, München 2011, para. 32 Nr. 17. En los Estados Unidos de América: HALL, Daniel E., *Criminal Law and Procedures*, Fifth edition, New York, 2009, p. 234. DIX, George E., “Self-Defense”, en: *Encyclopedia of Crime and Justice*, KADISCH, Sanford H. (Edit), New York-London, 1983, p. 947. BACIGAL, Ronald J. *Criminal Law and Procedure*, Second edition, Albany, NY, 2002, p. 72. BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating scientific evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*, New York, 2007, p. 21. En Italia: PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, Seconda Edizione, Torino, 2006, p. 396. PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Ottava edizione, Milano, 2003, p. 441. BOSCARRELLI, Marco, “Legittima Difesa” en: *Enciclopedia Giuridica*, Tomo II, Roma, 1990, 3.1. En Japón, el parágrafo 36 del C. P. hace referencia a “la amenaza inmediata de lesión”. En México: CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl/CARRANCÁ y RIVAS, Raúl, *Derecho Penal mexicano. Parte general*. 22 da. Edición, México DF, 2004, p. 606. En India: SAXENA, R. N., *The indian Penal Code. Act No. XLV of 1860*, Sixteenth edition, Allahabad, 2001, p. 123. En Austria: LEWISCH, Peter, en: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27 Auflage, HÖPFEL/RATZ (Edit.), Wien, 2003, para. 3 Nr. 65 y 66.

³³ En este sentido remarca la doctrina penal italiana, frente a la formulación de la actualidad del artículo 52 del C. P. italiano a través del uso del

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

jurídico determinado. Como se sostiene en la jurisprudencia alemana, se trata de una conducta que de forma inmediata puede desembocar en una lesión a un bien jurídico³⁴. Un ejemplo de esto lo constituye la conducta del atacante que lleva su mano hacia el bolsillo donde tenía su pistola con la clara intención de usarla³⁵.

La conexión de una lesión a un bien jurídico con la actualidad del ataque se observa en el hecho que, para los sistemas jurídicos internos, un ataque puede ser permanente, y por lo tanto su actualidad es continua en el tiempo, en tanto y en cuanto la lesión al bien jurídico concreto dure³⁶. La privación ilegítima de la libertad o

concepto de “peligro”, esto es, *pericolo attuale di un’offesa ingiurista*, que el requisito inmanente de la inmediatez, se refiere a la inmediatez o inminencia de la lesión a un bien jurídico. Esto es así ya que un “peligro” inminente, es un peligro cuya existencia aún no ha comenzado y por lo tanto no es actual. GROSSO, Carlo F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, pp. 79 y s. FINDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Quinta edizione, Bologna 2007, p. 278. BETTIOL, Giuseppe/MANTOVANI, Luciano P., *Diritto Penale. Parte Generale*, Duodicesima edizione, Padova, 1986, pp. 380 y ss.

³⁴ Bundesgerichtshof, Decisión del 11 de diciembre de 1991 – 2 StR 535/91, en: BGH, StGB para. 32 inciso 2, Angriff 5, Zeitpunkt.

³⁵ Según un conocido caso valorado por la doctrina alemana como límite en cuanto a la determinación del comienzo de la actualidad del ataque. Ver: Bundesgerichtshof, Sentencia del 7 de diciembre de 1972 – 1StR 489/72, publicado en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 255 y ss.

³⁶ Esto se ve en Alemania: PERRON, Walter, en: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, SCHÖNKE/SCHRÖDER (Edit.), 28. Auflage, München, 2010, para 32 Nr. 15. BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld, 2003, para. 17 Nr. 14. ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, para. 15 Nr. 28. GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Auflage, 1999, para. 32 Nr. 66. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, para. 32, p. 342. SPENDEL, Günter, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, 1988,

violación de domicilio son ejemplos de estos casos. Aquí se puede actuar en legítima defensa durante todo el tiempo en que la lesión al bien jurídico concreto sea actual.

2. *La constelación del ataque futuro*

Por definición el ataque futuro no es un ataque actual y por lo tanto no habilita a actuar en legítima defensa. Este principio se ve corroborado en los diversos sistemas jurídicos nacionales aquí analizados³⁷.

para. 32 Nr. 122. En Argentina: FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Decimosexta edición, Buenos Aires 19998, p. 285. DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo III, Buenos Aires, 2008, pp. 177 y 192. ZAFFARONI, Eugenio R./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2. Edición, Buenos Aires, 2003, p. 623. VIÑAS, Raúl H., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2007, p. 465. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Buenos Aires, 1952, para. 1315, p. 178. En Brasil: SHINTATI, Tomaz M., *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1993, p. 128. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La legítima defensa*, San José, 2004, p. 148. En España: BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALAÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2006, p. 262. En México: PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: *Diccionario de Derecho Penal*, México DF, 1997, p. 631. En Perú: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, p. 539. En Suiza: HURTADO POZO, José, *Droit Pénal. Partie Générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève-Zurich-Aâle, 2008, Nr. 707 y 708.

En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, Miguel, *Manual de Derecho Penal uruguayo*, Montevideo, 2006, p. 275.

³⁷ En Alemania: GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 74, SPENDEL, ob. cit., para. 32 Nr. 128. WESSELS, Johanes/BEULKE, Werner, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg, 2010, Nr. 329. En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1315, p. 178. NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Córdoba, 1987, p. 195. En Austria: LEWISCH, ob. cit., para. 3 Nrs. 69 y ss. En Brasil: SHINTATI, ob.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

La constelación del ataque futuro constituye en realidad una situación de *estado de necesidad*: Un ataque que se dará, incluso casi con certeza, en un futuro más o menos cercano genera una situación de *peligro presente* que puede fundamentar un *estado de necesidad*, en caso que estén presentes los demás requisitos³⁸.

3. La constelación de los ataques que se repiten en el tiempo

En los casos de ataques que se repiten en el tiempo constituyendo una serie de ataques provenientes de la misma fuente, el derecho interno no los valora como un ataque continuo y por lo tanto actual³⁹. El derecho interno es bien claro en valorar cada uno

cit. p. 128. PAULA, Marco A., *Direito Penal*, Sao Paulo, 1995, p. 68. En España: BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 262. En los Estados Unidos de América: HALL, ob. cit., p. 234. LAFAVE, Wayne R., *Substantive Criminal Law*, second edition, St. Paul (Minnesota), 2003, para. 10.4(d). En Francia: RASSAT, Michèle-Laure, *Droit Pénal Général*, 2. Édition, Paris 2006, p. 380. STEFANI, Gaston/LAVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard, *Droit Pénal Général*, Paris, 2005, Nr. 392. En Inglaterra: CARD, Richard/CROSS, Sir Rupert/JONES, Philip A., *Criminal Law*, 18 th edition, New York 2005 p. 702. ORMEROD, David/SMITH, J.C./HOGAN, Brian, *Criminal Law*, 11 th edition, New York, 2005, p. 336. En Italia: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 278. BOSCARELLI, ob. cit. 3.1. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., pp. 274 y ss.

³⁸ ROXIN, Claus, "Von welchem Zeitpunkt an iste in Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?", en: *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, p. 141, quien remarca que esa es la posición dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana.

³⁹ En Alemania: GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 79. SPENDEL, ob. cit., Nr. 129. HAVERKAMP, Rita, "Zur Tötung von Haustyranen im Schlaf aus strafrechtliche Sicht", en: *Gottdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 586 y ss., p. 592. El caso típico de esta constelación en Alemania está resuelto en la sentencia del Tribunal Federal Supremo del 15 de mayo de 1979 (BGH, Sentencia del 15.5.1979 StR 74/79, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 40 (1979), pp. 2053 y ss. En Austria: LEWISCH, ob. cit., para. 3 Nr. 72. En los

de los ataques por separado. Los ataques anteriores de la serie, son ataques ya pasados, en virtud de lo cual falta la necesidad de la conducta defensiva, ya que el ataque no existe más, y los ataques por venir son valorados como ataques futuros, tal como fueran caracterizados en el título inmediatamente anterior. En los momentos en que no hay un ataque actual, no es lícito reaccionar a través de legítima defensa, justamente, por falta de un ataque actual al cual responder. Toda la serie de ataques puede constituir un peligro permanente que, dadas las demás condiciones, puede fundamentar un estado de necesidad⁴⁰.

El ejemplo más emblemático que nos provee esta constelación es el caso de violencia familiar, en donde una persona violenta, generalmente el hombre, golpea una y otra vez a su pareja o hijos. En un momento dado alguna de las víctimas elimina a la persona violenta en situaciones en que no hay ataque actual, como por ejemplo en el momento que ésta duerme. Estos casos son valorados no como de legítima defensa sino como de *estado de*

Estados Unidos de América: SANGERO, Boaz, *Self-Defence in Criminal Law*, Oxford-Portland, 2006, p. 343. HALL, ob. cit., p. 234. LEVERICK, Fiona, *Killing in Self-Defence*, New York, 2006, pp. 105 y s. En Inglaterra: ORMEROD/SMITH/HOGAN, ob. cit., pp. 336 y s., y en la jurisprudencia R. v. Thornton (1992) AII ER 306. En Italia: SZEGÖ, Alessandra, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Verona, 2003, pp. 219 y ss. PADOVANI, Tulio, "Difesa Legittima", en: *Digesto delle discipline penalistiche*, pp. 496 y ss., Torino, 1989. p. 520. En Suiza: De manera muy clara en la jurisprudencia en BGE 122 IV I y 125 IV 49.

⁴⁰ En Alemania: PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 16. JOECKS, Wolfgang, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 9. Auflage, München, 2010, para. 32 Nr. 9. GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 66. ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., para 15 Nr. II. En Italia: SZEGÖ, ob. cit., pp. 219 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

necesidad o se lo resuelve en la etapa de la culpa como una provocación⁴¹.

4. Actualidad del ataque e ilicitud del mismo

Que el ataque, para justificar legítima defensa, debe ser ilícito o antijurídico es un principio reconocido ampliamente por todos los ordenamientos jurídicos⁴². Sería ilógico reconocer legítima

⁴¹ En Alemania: WESSELS/BEULKE, ob. cit., Nr. 316. FISCHER, ob. cit. para. 32 Nr. 18. En Austria: LEWISCH, ob. cit., para. 3 Nr. 68. En Escocia: LEVERICK, ob. cit., p. 88. En Inglaterra: ORMEROD/SMITH/HOGAN, ob. cit., pp. 336 y s. En la jurisprudencia inglesa: R. v. Ahluwalia (1992) 4 AII ER 889. R. v. Thornton (1992) AII ER 306. En Italia: PADOVANI, ob. cit., p. 502. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 275.

⁴² Este requisito está generalmente reconocido de forma expresa en la regulación de la legítima defensa. A modo de ejemplo: En Alemania, párrafo 32 de su C. P.. En Argentina, artículo 34 inciso 6 de su C. P. En Austria, párrafo 3 de su C. P. En Bolivia, artículo 32 de su C. P. En Brasil, artículo 25 de su C. P. En Colombia, artículo 32 inciso 6 de su C. P. En Corea del Sur, artículo 21 de su C. P. En Costa Rica, artículo 28 de su C. P. En Cuba, artículo 21 inciso 2 de su C. P. En Chile, artículo 10 inciso 4 de su C. P. En China, párrafo 20 de su C. P. En Dinamarca, párrafo 13 inciso 1 de su C. P. En España, artículo 20 inciso 4 de su C. P. En Francia, artículo 122 inciso 5 primer párrafo de su C. P. En Grecia, artículo 22 de su C. P. En Ecuador, artículo 19 de su C. P. El Salvador, artículo 27 inciso 2 de su C. P. En Guatemala, artículo 24 de su C. P. En Honduras, artículo 24 inciso 1 de su C. P. En Italia, artículo 52 de su C. P. En Japón, artículo 36 de su C. P. En México, artículo 15 inciso IV de su C. P. En Noruega, párrafo 48 de su C. P. En Paraguay, artículo 19 de su C. P. En Perú, artículo 20 de su C. P. En Rusia, artículo 37 de su C. P. En Suiza, artículo 15 de su C. P. En Turquía, artículo 25 de su C. P. En Uruguay, artículo 26 de su C. P. En Venezuela, artículo 65 inciso 3 de su C. P.

En aquellos que no están expresamente reconocido, se entienden implícito en la estructura misma de la legítima defensa. En ese sentido: En Escocia: CHRISTIE, ob. cit., p. 97. En India: SAXENA, ob. cit., p. 121. En Inglaterra: SANGERO, ob. cit., pp. 128 y s. CARD/CROSS/JONES, ob. cit., p. 7000. En los Estados Unidos: FERZAN, Kimberly Kessler, "Defending imminence: From battered women to Iraq", en: *Arizona Law Review*, Vol. 42, 2004, pp. 213

defensa en contra de, por ejemplo, una acción lícita realizada por la autoridad pública, como un arresto llevado a cabo por la fuerza policial. Es justamente la ilicitud del ataque lo que justifica la defensa como legítima. En virtud de ello tampoco se reconoce una legítima defensa en contra de una legítima defensa, por ser esta segunda, justamente una conducta permitida por el ordenamiento jurídico⁴³.

Los sistemas jurídicos reconocen una legítima defensa sólo en contra del atacante, justamente, por ser él quien lleva adelante el ataque ilícito. En contra de terceros inocentes se reconoce un estado de necesidad⁴⁴. Es así que el requisito de la ilicitud del ataque tiene

y ss., p. 223. ROBINSON, Paul H., *Criminal Law Defences*. Criminal practices series, Volume 2, St. Paul, Minnesota, 1984, para. 131 (b) 2. DRESSLER, Joshua, *Criminal Law*, first edition, St. Paul, 2005, p. 192.

⁴³ En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1299 p. 81 y para 1316 p. 190. DONNA, ob. cit., p. 176. VIÑAS, ob. cit., p. 464. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 621. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 128. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 154 y s. En Cuba: BAQUERO VERNIER, Ulises, “Las eximentes de legítima defensa y estado de necesidad”, en: *Selección de lecturas de Derecho Penal*, MEDINA CUENCA/GOILE PIERRE (Edit.), La Habana, 2000, p. 124. En Chile: CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, 2005, p. 372. En Escocia: CHRISTIE, ob. cit., p. 97. En España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 262. En los Estados Unidos de América: FERZAN, ob. cit., p. 223. ROBINSON, ob. cit., para. 131 (b) 2. DRESSLER, ob. cit., p. 192. En India: SAXENA, ob. cit., p. 123. En Francia: WITTEMANN, ob. cit., p. 82. En Inglaterra: ORMEROD/SMITH/HOGAN, ob. cit., p. 335. En Suiza: SEELMANN, Kurt, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Bassel, 2007, p. 69.

⁴⁴ En base al material disponible para este trabajo se comprueba lo dicho en: Alemania: KINDHÄUSER, ob. cit., para 16 Nr. 26. STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5. Auflage, Köln-Berlin-München, 2004, para. 9 Nrs. 65, 73 y 74. GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 83. PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 31. Argentina: DONNA, ob. cit., p. 202. VIÑA, ob. cit., p. 461. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit.,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

una vinculación con su actualidad: si se reconoce la legítima defensa fundada en la ilicitud del ataque, es claro que en el caso de legítima defensa preventiva, el futuro atacante presenta una conducta lícita al momento de la defensa anticipada, en tanto y en cuanto el ataque ilícito se producirá en el futuro⁴⁵.

p. 622. NUÑEZ, ob. cit., p. 195. Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 34. Brasil: SHINTATI, ob. cit., pp. 130 y 135. Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 175 y s. Chile: CURY URZÚA, ob. cit., p. 376. España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 265. En los Estados Unidos de América: DUBBER, Markus D., *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München, 2005, p. 153. LEVERICK, ob. cit., pp. 6 y s. Grecia: ANAGNOSTOPOULOS, Ilias G./MAGLIVERAS, Konstantinos D., *Criminal Law in Greece*, The Hague-London-Boston-Athen, 2000, pp. 62 y s. Guatemala: ENRIQUEZ COJULÚN, Carlos R. "El delito como acción antijurídica", en: *Manual de Derecho Penal guatemalteco. Parte General*, RIPOLLÉS /GIMÉNEZ - SALINAS COLOMER (Edit.), Guatemala, 2001, p. 262. India: SAXENA, ob. cit., p. 121. Inglaterra: SANGERO, ob. cit., pp. 2 y ss., 118 y 128 y ss. Italia: GROSSO, ob. cit., p. 73. ZAINA, Carlo A., *La nuova legittima difesa*, San Marino, 2006, p. 87. DEL CORSO, Stefano, en: *Codice Penale*, PADOVANI, Tullio (Edit.), Tomo I, Milano, 2007, Artículo 52 Nr. 3. PADOVANI, ob. cit., p. 511. Perú: VILLAVICENCIO TERREROS, ob. cit., p. 541. Suiza: SEELMANN, ob. cit., p. 69. TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc, (Edits.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zürich - St. Gallen, 2008, artículo 15 Nr. 2 y 9. HURTADO POZO, ob. cit., para. 716. Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 274. Venezuela: Es exigido expresamente en el artículo 65 inciso 3 parágrafo I de su C. P.

⁴⁵ En Argentina se sostiene que no es lícito actuar en legítima defensa en contra de quien se conduce conforme a derecho. Acciones defensivas con contra de terceros inocentes se valoran en el marco de un estado de necesidad y no en el marco de una legítima defensa. Ver: DONNA, ob. cit., p. 176 y ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 619 y s. En el mismo sentido en Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 135. En Cuba: BAQUERO VERNIER, ob. cit., p. 124. En Chile: CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Santiago, 2005, p. 372. En Guatemala: ENRIQUEZ COJULÚN, ob. cit., p. 260. En Alemania se destaca que, para que exista una conducta ilícita, no basta que la misma persiga un resultado ilícito (*Erfolgsunrecht*), sino también ella misma como tal debe estar en oposición al orden jurídico

5. Actualidad del ataque y necesidad de la conducta defensiva

La necesidad de la conducta defensiva es un requisito ampliamente reconocido por los diversos ordenamientos jurídicos⁴⁶.

(*Handlungsunrecht*). Ver, por ejemplo: ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit. para. 15 Nr. 14. LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011, para. 32 Nr. 5. RÖNNAU/HOHN, ob. cit., para. 32 Nr. 108. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 21. GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 56. En el mismo sentido en Italia a modo de ejemplo: BOSCARRELLI, ob. cit., p. 60. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 278.

⁴⁶ En Argentina: GIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1320, p. 203. FONTÁN BALLESTRA, ob. cit., p. 287. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 55. En Alemania: ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., para. 15 Nr. 42. LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 9. PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 34. KINDHAUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2009, para. 16 Nr. 27. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 28 ss. JOECKS, ob. cit., para. 32 Nr. 11a. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32 p. 343. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 130. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 180. En Chile: CURY URZÚA, ob. cit., p. 375. En China: Parágrafo 20 inciso 1 del C. P. chino. En Escocia: WITTEMANN, ob. cit., p. 153. En España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 266. En los Estados Unidos de América: FLETCHER, George P., *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*, Frankfurt am Main, 1993,, p. 39. WÖSSNER, Marion, *Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA*, Berlin, 2006, p. 31. DRESSLER, ob. cit., p. 192. En Francia: RASSAT, ob. cit., p. 382. STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC, ob. cit., Nr. 395. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS/MAGLIVERAS, ob. cit., p. 63. En India: SAXENA, ob. cit., p. 135. Irán, artículo 61 de su ley penal. En Italia: BROCCA/MINGRONE, ob. cit., p. 71 y s. LATTANZI, Giorgio, *Codice Penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2007, articolo 52, Nr. 3. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 281. BOSCARRELLI, ob. cit., 4.2, PADOVANI, ob. cit., p. 511 y s. En Japón: artículo 36 de su C. P. En Noruega: WITTEMANN, ob. cit., p. 174. ANDENAES, Johs, "Das norwegische Strafrecht", en: *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Vierter Band, MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (Edit.), Berlin, 1962, p. 292. En Suiza: RÖNNAU/HOHN, ob. cit., para. 32 Nr. 12. En Turquía: artículo 25 inciso 1 del C. P. turco.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En los ordenamientos más claros, se define a la necesidad por los medios aplicados tanto en el ataque como en la defensa. Una conducta defensiva es necesaria cuando de todos los medios idóneos para frenar el ataque, el utilizado constituye el menos dañoso para el atacante⁴⁷.

En diversos sistemas jurídicos se observa una estrecha vinculación entre la actualidad del ataque y la necesidad de la conducta defensiva⁴⁸: si el ataque aún no ha comenzado se pueden

⁴⁷ En Argentina: GIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1320, p. 212. DONNA, ob. cit., p. 202. FONTÁN BALLESTRA, ob. cit., p. 288. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 615. En Alemania: PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 34. KINDHAUSER, ob. cit., para. 16 Nr. 27. LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 9. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 28 ss. JOECKS, ob. cit., para. 32 Nr. 11a. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32 p. 343. ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., para. 15 Nr. 42. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 55. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 130. En Chile: CURY URZÚA, ob. cit., p. 375. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 186 y s. En Dinamarca: WITTEMANN, ob. cit., p. 164. En España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 266. En Italia: LATTANZI, Giorgio, *Codice Penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2007, artículo 52, Nr. 3. BROCCA/MINGRONE, ob. cit., p. 71 y s. BOSCARRELLI, ob. cit., 4.2, PADOVANI, ob. cit., p. 511 y s. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 281. En los Estados Unidos de América: FLETCHER, ob. cit., p. 39. HALL, ob. cit., p. 234. WÖSSNER, p. 31. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p. 70.

⁴⁸ En Argentina: DONNA, ob. cit., p. 201. En Alemania: SUPPERT, Hartmut, *Studien zur Nothwehr und "notwehrähnlichen Lage"*, Bonn, 1973, p. 287. En Dinamarca: WITTEMANN, ob. cit., p. 164. En India: Esta vinculación entre uno y otro requisito se ve en el parágrafo 99 del C. P. indio, en donde se excluye una legítima defensa en los casos que se dispone de tiempo suficiente para buscar ayuda de la autoridad. Una normativa similar presenta el artículo 61 inciso 3 del C. P. iraní. En Italia: ZAINA, ob. cit., p. 90. CARACCIOLI, Ivo, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª edizione, Padova, 2005, p. 403, este autor remarca de manera especial que cuando el peligro no es actual, porque se dispone por ejemplo de tiempo para recurrir a la policía, luego no hay necesidad de conducta defensiva alguna., ob. cit., p. 440. GROSSO, Carlo F., "Legittima difesa", en: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1970, pp. 27 y ss. En los Estados Unidos de América: ROBINSON,

tomar otras medidas, que no sea la conducta defensiva violenta, para evitarlo. Desde otro punto de vista, si el ataque es futuro no se lo conoce en cuanto a los medios que involucra e intensidad que presenta, luego no se puede determinar si la conducta defensiva actual fue necesaria para detener el hipotético ataque.

La vinculación entre el requisito de la actualidad del ataque y el de la necesidad de la conducta defensiva se observa también en el punto final del ataque: Si el ataque ha concluido, entonces la conducta defensiva ya no es necesaria y por lo tanto ya no hay derecho a legítima defensa⁴⁹.

6. Actualidad del ataque y proporcionalidad de la conducta defensiva

La proporcionalidad de la conducta defensiva es reconocida de forma cuasi unánime por los ordenamientos jurídicos aquí analizados⁵⁰. Si bien no suele ser muy clara la exposición de la misma

ob. cit., para. 131 (b) 3. DIX, ob. cit., p. 950. BACIGAL, ob. cit., p. 72. LAFAVE, ob. cit., 3 10.4 (d). BEECHER-MONAS, ob. cit., p. 210 y s. ROSEN, Cathrin Jo, "The excuse of self-defense, imminence and woman who kill their batterers", en: *North Carolina Law Review*, 1993, Vol. 71, pp. 371 y ss., p. 379.

⁴⁹ En Alemania: BAUMANN/WEBER/MITSCH, ob. cit., para. 17 Nr. 14. GÜNTHER, ob. cit., para. 32, Nr. 79. En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1315, p. 178. NUÑEZ, ob. cit., p. 196. FONTÁN BALLESTRA, ob. cit., p. 286. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 128. En Dinamarca: WITTEMANN, ob. cit., p. 163. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS/MAGLIVERAS, ob. cit., p. 62. En India: SAXENA, ob. cit., p.120. En Italia: BROCCA, Gianluigi/MINGRONE, Marco, *La legittima difesa*, Milano, 2003, p. 55. PADOVANI, ob. cit., p. 502. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 278. En Perú: WILLAVICENCIOS TERREROS, ob. cit., p. 539. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit. p. 273.

⁵⁰ En Argentina: DONNA, ob. cit., p. 206. GIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1321, p. 215. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 37. En Costa Rica:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

en algunos sistemas jurídicos, la proporcionalidad de la conducta defensiva se determina confrontando los *bienes jurídicos* que a través de ella se lesionan con aquellos *bienes jurídicos* afectados por el ataque⁵¹. En base a ello los bienes jurídicos destruidos por la

CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 197. En Cuba: BAQUERO VERNIER, ob. cit., p. 126. En China: Parágrafo 20 del C. P. chino. En Dinamarca: RÖNNAU/HOHN, ob. cit. para. 32 Nr. 41. En Escocia: CHRISTIE, ob. cit., p. 97. WITTEMANN, ob. cit. p. 152. En España: WITTEMANN, ob. cit., p. 188. En los Estados Unidos de América: DRESSLER, ob. cit., p. 192. FLETCHER, ob. cit., p. 39. WÖSSNER, ob. cit., p. 31 y 194 y s. En Francia: RASSAT, ob. cit., p. 382. MAYAUD, Yves/ALLAIN, Emmanuelle, *Code Pénal. Annotations de jurisprudence et bibliographie*, cent-quatrième édition, Paris, 2007, Art. 122,5 Nr. 24. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS /MAGLIVERAS, ob. cit., p. 63. En Guatemala: ENRIQUEZ COJULÚN, ob. cit., p. 261 y s. En India: SAXENA, ob. cit., p. 119. En Inglaterra: WITTEMANN, ob. cit., p. 130. RÖNNAU/HOHN, ob. cit. para. 32 Nr. 18. En Irán: artículo 61 de la ley penal iraní. En Italia: GROSSO, en: *Enciclopedia del diritto*, ob. cit., p. 29. PAGLIARO, ob. cit., pp. 443 y ss. DEL CORSO, ob. cit., artículo 52 Nr. 3. PADOVANI, ob. cit., p. 512. BETTIOL/MANTOVANI, ob. cit. p. 384. En Japón: artículo 36 del C. P. Japonés. En México: PAVÓN VASCONCELOS, ob. cit., p. 633. CARRANCÁ Y TRUJILLO/CARRANCÁ Y RIVAS, ob. cit., pp. 606 y ss. En Noruega: ANDEANAES, ob. cit., p. 292. En Paraguay: CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo F., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Asunción 2007, p. 149. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p.70. En Turquía: SÖZÜER, Adem, “Das neue türkische Strafgesetzbuch”, en: *Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht*, TELLENBACH, Silvia (Edit.), Berlin, 2008, p. 22. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 276. Un caso especial lo constituye Alemania, en donde “en principio” no se exige un examen de proporcionalidad de la conducta defensiva (LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 11. WÖSSNER, ob. cit., p. 195. KINDHÄUSER, ob. cit., para. 32 Nr. 30). Sin embargo, para evitar conductas defensivas desproporcionadas la doctrina elaboró ciertos límites a la misma como la de los “límites éticos y sociales de la legítima defensa”, que consiste en definitiva una valoración de los bienes jurídicos afectados por el ataque y la defensa. Ver: GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 102. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32, p. 338.

⁵¹ En Argentina: NUÑEZ, ob. cit., p. 197. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 37. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 130. En Escocia: WITTEMANN, ob.

conducta defensiva no deben ser desproporcionadamente superiores en valor a los bienes jurídicos que el ataque amenazaba destruir⁵². Los medios empleados tanto en el ataque como en la defensa no forman parte de del examen de proporcionalidad⁵³: si la proporcionalidad se refiriera a los medios empleados en el ataque y en la defensa, se debería juzgar como proporcionada una conducta que destruye bienes jurídicos de altísimo valor para defender bienes

cit., p. 165. En Francia: STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC, ob. cit., p. 396. En Inglaterra: RÖNNAU/HOHN, ob. cit. para. 32 Nr. 18. WITTEMANN, ob. cit. pp. 130 y ss. Allí se habla de *balancing of arms*. En Paraguay: CENTURIÓN ORTIZ, ob. cit., p. 149. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p.70. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 276. A pesar que en Alemania no se exige una evaluación de proporcionalidad de la conducta defensiva, la doctrina es conteste en afirmar que dicho examen involucra los bienes jurídicos afectados por el ataque y la defensa (Ver por ejemplo: WESSELS/BEULKE, ob. cit., Nr. 340.) En los Estados Unidos de América, se observa una remisión a los bienes jurídicos en conflicto en los principios que rigen a la proporcionalidad: La defensa de la propiedad privada no prevalece sobre el derecho a la vida del atacante. Ver: DUBBER, ob. cit., p. 159. HALL, ob. cit., p. 234. ROBINSON, ob. cit., para. 131 (d) 2. DRESSLER, ob. cit., p. 192. WÖSSNER, ob. cit., p. 42, con cita de otros autores. En Italia hubo en el pasado una discusión de si la valoración de la proporcionalidad de la conducta defensiva se basaba en los medios utilizados tanto en el ataque como en la defensa o en los bienes jurídicos afectados por el uno y la otra. En la actualidad la doctrina ampliamente dominante sostiene que el juicio de proporcionalidad se basa solamente en los bienes jurídicos afectados por el ataque y la defensa. Ver: PAGLIARO, ob. cit., pp. 443 y ss. BETTIOL/MANTOVANI, ob. cit. p. 384. DEL CORSO, ob. cit., artículo 52 Nr. 3. PADOVANI, ob. cit., p. 512. GROSSO, en: *Enciclopedia del diritto*, ob. cit., p. 29.

⁵² Por ejemplo no se admite en legítima defensa matar al ladrón para evitar el robo de una ínfima cantidad de dinero.

⁵³ Base de la confusión que se observa al respecto es la conexión que existe entre los medios y su peligrosidad y los efectos que éstos pueden tener sobre los bienes jurídicos en cuestión: No se peligran los mismos bienes jurídicos atacando a través de una bofetada que con un arma de fuego.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

jurídicos de ínfimo valor, toda vez que el medio utilizado sea el único disponible, lo cual sería un contrasentido⁵⁴.

El requisito de la proporcionalidad de la conducta defensiva muestra una estrecha vinculación con el requisito de la actualidad del ataque en dos maneras: primero, si el ataque no es actual no se puede determinar si la conducta defensiva es proporcionada ya que no se conocen los bienes jurídicos que el ataque destruirá⁵⁵; segundo, como bien se remarcó en la doctrina italiana, sólo la lesión del bien jurídico concreto o su puesta en peligro inminente proveniente del ataque actual justifica la inclusión de ese bien jurídico al examen de proporcionalidad⁵⁶. Un peligro general, aunque seguramente real, a

⁵⁴ Esto fue claramente señalado en la doctrina penalista italiana: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 282.

⁵⁵ Esto se ve claramente en los casos de mecanismos de defensa automáticos. Aquí el problema no lo plantea la actualidad del ataque, pues el mecanismo se acciona al momento en que es cometido el ataque, por ejemplo en el momento en que el ladrón ingresa a la habitación protegida, sino el problema se presenta en el requisito de proporcionalidad ya que al momento de activar el mecanismo se conoce qué bienes jurídicos puede dañar el mecanismo, pero no se conoce qué bienes jurídicos afectará el ataque futuro. Del mismo modo se plantea el problema sobre el juicio de necesidad de la conducta defensiva: al no conocerse el ataque no se puede establecer si la conducta defensiva del mecanismo automático es la necesaria para frenarlo o si ésta es innecesaria. Esto se comprueba en el material aquí utilizado en Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 190 y ss., quien destaca que en estos casos se plantea el problema del juicio sobre la proporcionalidad y sobre la necesidad de la conducta defensiva. En los Estados Unidos de América: WÖSSNER, ob. cit., p. 185. En Francia: RASSAT, ob. cit., p. 383. En Italia, remarcando en general como mientras el ataque en un futuro más lejano se ubica, más difícil es identificar el bien jurídico que será afectado por él: CONSORTE, Francesca, “La presunzione di proporzione in una prospettiva intrnazionale: Spunti interpretativi”, en: *Cassazione Penale*, 2006, (pp. 2653 y ss.) pp. 2655 y s.

⁵⁶ En ese sentido argumentaron Findaca y Musco en torno a la reforma de los incisos 2 y 3 del artículo 52 del C. P. italiano del 13 de febrero de 2006, los cuales reconocen iure et de iure la proporcionalidad de la conducta

algún bien jurídico más o menos identificable no basta para ser considerado dentro del examen de proporcionalidad de la legítima defensa. Sí puede ser considerado en el marco de un estado de necesidad como causa de justificación, en el cual empero se establece una relación de proporcionalidad inversa a la de la legítima defensa: en el estado de necesidad, el bien jurídico salvado por la conducta defensiva debe ser desproporcionadamente superior al bien jurídico afectado por ella. Es por ello que diversos sistemas jurídicos, no admiten la destrucción de bienes jurídicos de alto valor, como la vida, a través de un estado de necesidad justificante, sino sólo en base a un estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad y dentro de los rigurosos requisitos del mismo⁵⁷.

7. Actualidad del ataque y el animus defendendi

La voluntad defensiva o *animus defendendi* es requerida por diversos sistemas jurídicos nacionales. Ella está constituida por el *conocimiento* que el defensor tiene de la situación de ataque⁵⁸ y por la *voluntad* de este de defenderse. A la par de la voluntad defensiva pueden aparecer otros móviles de la conducta presentada, tales como

defensiva, cuando en situaciones de violación de domicilio existe un peligro de agresión (*pericolo di aggressione*) de parte del delincuente. Ver: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 291.

⁵⁷ Esto se comprueba claramente en la jurisprudencia alemana. Ver: Sentencia del Tribunal Federal Supremo del 25 de marzo de 2003 (BGHSt 48 255), en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2003, pp. 482 y ss. y *Juristenzeitung* (JZ), 2004, pp. 44 y ss. Sentencia del Tribunal Regional de Offenburg del 24 de julio de 2002, en: *Strafverteidiger* (StV), 2003, pp. 672 y ss.

⁵⁸ El conocimiento de la situación defensiva es tan importante que frente a la percepción equívoca de ella, es decir de la percepción de un ataque que no existe, los sistemas jurídicos reconocen una legítima defensa putativa, que no excluye la ilicitud o antijuridicidad de la conducta, sino la culpa del actor. Esto se ve claramente en Italia: BROCCA/MINGRONE, ob. cit., p. 76.

odio, venganza, etc., pero se exige que la conducta defensiva sea la determinante de la conducta del defensor y no los móviles ajenos a ella⁵⁹.

La relación de la voluntad defensiva con la actualidad del ataque consiste, en que sólo frente a un ataque actual se puede constatar objetivamente la voluntad de defenderse del mismo. Por un lado es muy difícil el “conocer” una futura situación de ataque. Por el otro, de aceptarse una legítima defensa preventiva, quien esté determinado por móviles muy distintos a la defensa podrá siempre alegar que realizó la conducta violenta para prevenir un ataque futuro.

8. Legítima defensa y estado de necesidad

El derecho interno reconoce en los casos de un ataque futuro y de una serie de ataques con respecto a los ataques futuros, una situación de peligro presente la cual, unida a otros requisitos propios de ese instituto jurídico, puede llegar a fundamentar un estado de necesidad. Aquí se observa cómo los sistemas jurídicos nacionales distinguen conceptualmente entre la concesión de una

⁵⁹ En Alemania: KINDHÄUSER, ob. cit., para. 16 Nr. 37. LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 7. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 25. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32 pp. 342 y ss. BAUMANN/WEBER/MITSCH, ob. cit., para. 17 Nr. 31. WESSELS/BEULKE, ob. cit., Nr. 333 y 350a. En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1318 p. 195. VIÑAS, ob. cit., p. 474. DONNA, ob. cit., p. 219. En los Estados Unidos: FLETCHER, ob. cit., p. 47. DIX, ob. cit., p. 947. DRESSLER, ob. cit., p. 194. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS/MAGLIVERAS, ob. cit., p. 64. En Italia: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 287. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p. 72. HURTADO POZO, ob. cit., Nr. 731.

legítima defensa frente a un *ataque actual* y un estado de necesidad frente a una situación de *peligro presente*⁶⁰.

V. La teoría de la legítima defensa preventiva a la luz de los principios generales del derecho

Realizado el análisis sobre los principios generales reconocidos por los diversos ordenamientos jurídicos internos atinentes a las cuestiones que plantea la teoría de la legítima defensa preventiva, se debe a continuación aplicar los resultados obtenidos.

A. Con respecto a la actualidad

Como se observó en el título IV.B.1. los sistemas aquí analizados exigen el requisito de la actualidad del ataque como *conditio sine qua non* para el ejercicio de la legítima defensa. Se trata de un requisito inherente a dicho instituto jurídico. El ataque es actual no sólo cuando ha comenzado sino también cuando es inminente. De una profundización de este concepto se constató que la inminencia del ataque está definida por la inminencia de una *lesión* a un bien jurídico concreto. La lesión del bien jurídico concreto determina la

⁶⁰ Existe una clara división entre el concepto de ataque o agresión para la legítima defensa y el concepto de peligro para el estado de necesidad en: Alemania, párrafos 32 y 34 de su C. P. Bolivia, artículo 32 incisos 6 y 7 de su C. P. Brasil artículos 24 y 25 de su C. P. Colombia, artículo 32 incisos 6 y 7 de su C. P. Costa Rica, artículos 27 y 28 de su C. P. Cuba, artículo 21 incisos 1, 2 y 3 de su C. P. Chile, artículo 10 incisos 4 y 7 de su C. P. China, párrafos 20 y 21 de su C. P. El Salvador, artículo 27 incisos 2 y 3 de su C. P. España, artículo 24 incisos 1 y 2 de su C. P. Grecia, artículo 21 de su C. P. Guatemala, artículo 24 incisos 1 y 2 de su C. P. Honduras, artículo 24 incisos 1 y 4 de su C. P. Irán, artículo 61 de su ley penal. Japón, artículos 36 y 37 de su C. P. México, artículo 15 incisos IV y V de su C. P. Paraguay, artículos 19 y 20 de su C. P. Perú, artículo 20 incisos 3 y 4 de su C. P. Suiza, artículos 15 y 17 de su C. P. Turquía, artículo 25 inciso 1 y 2 de su C. P. Venezuela, artículo 65 incisos 3 y 4 de su C. P.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

actualidad del ataque en tal sentido, que cuando se está frente a una lesión continuada del bien jurídico se admite la existencia de un ataque continuo, y por lo tanto continuamente actual, que da derecho a legítima defensa mientras dure.

En virtud de todo esto se puede considerar la actualidad del ataque como un elemento constitutivo de la legítima defensa lo cual, traducido al orden internacional en virtud de los principios generales que rigen este instituto, fundamenta una interpretación del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y de la legítima defensa del derecho consuetudinario, que exige la actualidad de un ataque para dar lugar a este derecho. Si no hay ataque actual, no hay derecho a legítima defensa. Un ataque puede ser considerado actual cuando es inminente, esto es, cuando el Estado agresor ha comenzado ya una conducta que es idónea de lesionar un bien jurídico de forma inmediata, si no se actúa en legítima defensa⁶¹. En cuanto a la extensión temporal de este derecho y siguiendo una interpretación de la norma internacional a la luz de los principios generales del derecho, se puede sostener que el derecho a actuar en legítima defensa internacional dura mientras dure la lesión a un bien jurídico que constituye el ataque. Se debe empero recordar que esa lesión debe aparecer en la forma de un *ataque armado*, tal como lo exige el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y el derecho consuetudinario coincidente con él.

⁶¹ Esto concuerda con la formula Webster en la parte que remarca: "...leaving no choice of means, and no moment of deliberation". Este es la interpretación que parece sostener también el Informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio del año 2004. Ver: UN Doc. A/59/565, para. 188 y 189.

B. Con respecto a los ataques futuros

Dada la exigencia de la actualidad del ataque, los sistemas jurídicos rechazan de forma categórica que un ataque futuro pueda fundar un derecho a legítima defensa, tal como se comprobó en el título IV.B.2. Un ataque futuro puede constituir una situación de *peligro* presente capaz de fundar un estado de necesidad si es que confluyen los demás requisitos de este instituto jurídico.

Frente a este resultado se debe concluir que artículo 51 de la Carta y el derecho a legítima defensa consuetudinario no justifican acciones militares en contra de ataques que se esperan tendrán lugar en el futuro, tal como se argumentó con respecto a la operación *Iraqi Freedom*, en el 2003, o tal como se argumenta en la actualidad con respecto al programa nuclear del Irán. Esto no significa que el Estado amenazado no tenga alternativas de acción: el peligro que genera un posible ataque futuro es de competencia del Consejo de Seguridad, de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas, y el Estado así amenazado puede llevar la cuestión ante el mismo. A la par de ello, el peligro presente que genera un ataque futuro puede fundar un estado de necesidad a favor del Estado amenazado, si es que se dan los demás requisitos de este instituto jurídico y teniendo en cuenta que las medidas que tome el Estado no deben estar en contraposición de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza⁶².

C. Con respecto a los ataques que se repiten en el tiempo

En el título correspondiente (IV.B.3) se comprobó cómo los sistemas jurídicos nacionales rechazan en la constelación de los

⁶² Véase artículos 25 y 26, y sus respectivos comentarios, del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas del año 2001, UN Doc. A/56/10.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ataques que se repiten en el tiempo la existencia de un ataque continuo y por lo tanto actual. Los sistemas nacionales valoran a cada ataque por separado, razón por la cual en los momentos en que no hay un ataque concreto y actual, no hay derecho a legítima defensa. Los ataques ya realizados se consideran como ataques pasados y los por venir se consideran como ataques futuros. La serie de ataques puede fundamentar un peligro presente y por lo tanto un estado de necesidad, siempre y cuando se den los demás requisitos de este instituto jurídico.

En el ámbito del derecho internacional esto significa un rechazo a la posición que sostiene que la *accumulation of events theory* puede estar cubierta por el artículo 51 de la Carta y por el derecho consuetudinario correspondiente. En ese sentido, la operación *Enduring Freedom* realizada en Afganistán en el año 2001 carece de toda justificación jurídica basada en una legítima defensa internacional. Los ataques terroristas que se repitieron en el tiempo - según lo argumentado por la coalición todos atribuibles a al Qaida con asiento en Afganistán- constituyen ataques pasados que no habilitan al ejercicio de este derecho, al igual que los ataques que se espera vendrán en el futuro. Dado el caso se podría reconocer un estado de necesidad internacional, bajo las condiciones y con las limitaciones que se remarcaron en el título inmediatamente anterior.

D. La teoría de la legítima defensa preventiva y los demás requisitos de la legítima defensa

La legítima defensa como instituto jurídico es una construcción jurídica basada en una situación natural, cual es la defensa frente a un ataque, y que está constituida por elementos o requisitos inherentes a esa construcción jurídica vinculados a esa situación natural. Tal como se observó en el transcurso de la investigación, estos requisitos o elementos constitutivos de la legítima defensa muestran una interrelación entre ellos. Si la

actualidad del ataque es un elemento inherente a la legítima defensa, su ausencia tiene que afectar necesariamente a los demás elementos de este instituto jurídico. Y esto exactamente fue corroborado a lo largo de la investigación.

1. La ilicitud del ataque

En cuanto a la *ilicitud* del ataque se observa que todos los sistemas lo exigen: sería jurídicamente ilógico que un sistema legal reconociera legítima defensa en contra de una conducta totalmente acorde a derecho. Es justamente la ilicitud del ataque lo que justifica el actuar en contra de él en legítima defensa. Es en base a la ilicitud del ataque que se admite el ejercicio de la legítima defensa en contra del atacante, distinto a los casos de estado de necesidad en donde se puede afectar bienes jurídicos de terceros inocentes, es decir, personas que actúan conforme a derecho. Ahora bien, si se reconociera una legítima defensa preventiva, se debería aceptar necesariamente la realización de una conducta defensiva actual en contra de un sujeto, el futuro atacante, que actualmente se conduce conforme a derecho y no presenta ninguna conducta ilícita. Esto significaría que un Estado pueda ser atacado, a pesar de presentar actualmente una conducta lícita, porque se sostiene que en el futuro realizará un ataque ilícito. Esto se comprueba de manera clara tanto en la operación *Enduring Freedom* como en la operación *Iraqi Freedom*⁶³. Ni el Afganistán del año 2001 ni el Irak del año 2003 ejecutaban un ataque ilícito al momento de sufrir la reacción militar de las respectivas coaliciones, como así tampoco el Irán presenta un ataque

⁶³ En este caso, Irak no había violado ninguna norma internacional que convirtiéndose directamente a los Estado Unidos de América en Estado lesionado y por lo tanto facultado para tomar medidas de autodefensa. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “La Invasión de EE.UU a Iraq: Legalidad-Legitimidad vs. Pragmatismo Globalizante”, en: *Anuario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año 2005, p. 6.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ilícito en el caso de no cumplir con acuerdos sobre energía nuclear⁶⁴. El instituto jurídico, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, que posibilita el actuar en contra de un tercero inocente, en base a un peligro actual de sufrir una lesión a un bien jurídico en un futuro más o menos próximo, es el estado de necesidad. Como ya se ha remarcado empero, el estado de necesidad en el derecho internacional excluye la posibilidad de utilizar la fuerza en contra de otro Estado.

Otro resultado ilógico a causa de la teoría de la legítima defensa preventiva surge del hecho que la exigencia de la ilicitud del ataque excluye la legítima defensa frente a conductas justificadas como por ejemplo aquellas conductas cubiertas, justamente, por una legítima defensa: no hay legítima defensa contra una legítima defensa. Si se llegara a aceptar la teoría de la legítima defensa preventiva, empero, se daría el caso ilógico en que un Estado es atacado militarmente en virtud de una legítima defensa preventiva, si bien el mismo no presenta en la actualidad ningún ataque ilícito y sin reconocerle a él un derecho a defenderse de ese ataque actual, debido a que se le imputa que en el futuro realizará un ataque ilícito. Esto significaría que el ataque armado actual es lícito, porque el ataque armado futuro será ilícito, lo cual es jurídicamente insostenible.

⁶⁴ Aquí se debe tener en cuenta que la legítima defensa internacional no se otorga frente a cualquier conducta ilícita, sino sólo frente a una conducta ilícita que adquiera la forma de *ataque armado*, tal como lo establece el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. En virtud de ello incumplimiento de un tratado de desarme, por ejemplo, no constituye la conducta ilícita requerida por la norma internacional para actuar en legítima defensa.

2. La necesidad de la conducta defensiva

El requisito de la *necesidad* de la conducta defensiva es reconocido por todos los ordenamientos jurídicos, al igual que en el derecho internacional, como elemento constitutivo de la legítima defensa. La necesidad significa que el medio empleado para la defensa es, de entre todos los medios idóneos disponibles para frenar el ataque, el menos dañoso para el atacante. Este requisito se contrapone a la teoría de la legítima defensa preventiva en contra de un ataque futuro: si el ataque es futuro se dispone de tiempo para tomar otras medidas menos dañosas que la conducta defensiva. Tanto en el caso de la operación *Enduring Freedom* del 2001 como de la operación *Iraqi Freedom* del 2003, se puede comprobar la falta de necesidad tanto de una como de la otra ya que al momento de ejecutarse no se desarrollaba ningún ataque que se debiera contrarrestar y por lo tanto se podrían haber tomado otras medidas menos dañosa que una intervención militar a gran escala. En la situación actual con respecto al Irán, se observa una falta absoluta de ejecutar una “conducta defensiva” en contra de este Estado que actualmente no presenta ningún ataque. En virtud de ello se pueden emplear otras medidas menos dañosas, es decir que cuestan menos vidas humanas como ocurrió en Afganistán e Irak. En general, frente a un temido ataque futuro se puede, entre otras medidas, involucrar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el asunto. Todo ello lleva a la inexistencia de la necesidad de la conducta defensiva actual en legítima defensa frente a un ataque futuro.

Dentro de la vinculación de este requisito con el de la actualidad del ataque es de notar que si no hay actualidad del ataque tampoco hay necesidad actual de la defensa. El caso de la operación *Iraqi Freedom* es paradigmático: Si se sostenía que Irak, una vez completado su programa de armas de destrucción masiva, podría atacar a algún Estado, porqué realizar la conducta defensiva en el

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

2003 pudiendo ser ejecutada más tarde, en un año o dos, tiempo en el cual se podría haber neutralizado el peligro a través de otros medios o, simplemente, se podría haber comprobado, que Irak no poseía ningún programa de armas de destrucción masiva desde el año 1991 y por lo tanto no podía ejecutar ningún ataque futuro con ellas⁶⁵.

Con respecto a los ataques pasados, contemplados en la teoría de la acumulación de eventos, desaparece la necesidad de reaccionar con legítima defensa, justamente, porque ya no hay más un ataque del cual defenderse.

Por último se ha observado cómo el requisito de la necesidad de la conducta defensiva exige la actualidad del ataque para poder realizar un juicio de necesidad: si el ataque es futuro, no se lo conoce en cuanto a los medios empleados en el mismo ni tampoco en su intensidad, luego se torna imposible juzgar si la “conducta defensiva” actual cumple con el requisito de la necesidad.

3. La proporcionalidad de la conducta defensiva

La proporcionalidad de la conducta defensiva es reconocida como otro de los elementos constitutivos de la legítima defensa. El examen de la misma se basa en la confrontación de los bienes jurídicos afectados tanto por la conducta defensiva como por el ataque, no debiendo ser los primeros desproporcionadamente superiores en valor a los segundos. La conexión que ella tiene con el requisito de la actualidad del ataque, y que milita en contra de la

⁶⁵ Ver el informe del Grupo de Investigación (Survey Group), “Comprehensive Report of the Special Advisor to the DCI on Iraq’s WMD”. Allí bajo el título “Key Findings” se reconoce expresamente que las capacidades de armas de destrucción masiva por parte del Irak estaban “esencialmente destruidas” en el año 1991. El informe puede ser consultado en: https://www.cia.gov/library/reports/general-reports/1/iraq_wmd_2004/index.html

adopción de la teoría de legítima defensa preventiva, se da en el hecho de que el ataque futuro no es conocido en su configuración y por lo tanto no son conocidos los bienes jurídicos que el mismo afectará. Dada esta imposibilidad de conocer los bienes jurídicos que el ataque futuro afectará, se torna imposible del mismo modo establecer un juicio de proporcionalidad con respecto a los bienes jurídicos que afecta la conducta defensiva preventiva. Pretender dictar un juicio en esas condiciones implicaría realizar una confrontación de datos concretos (los bienes jurídicos afectados por la defensa preventiva) con datos imaginarios (los bienes jurídicos que afectaría un ataque futuro)⁶⁶.

Los efectos concretos de este principio en la legítima defensa internacional se pueden observar en los ejemplos aquí analizados: tanto en el caso de la operación *Enduring Freedom* como en la operación *Iraqi Freedom* no se puede concluir que las “conductas defensivas” consistentes en la toma del territorio de Afganistán y del Irak respectivamente, luego de sangrientas guerras, hayan sido proporcionales ya que no se conoce y nunca se conocerá qué tipos de bienes jurídicos hubieran afectado los pretendidos ataques que, de acuerdo a los alegatos de la coalición, de esos dos países amenazaban provenir. Esto se ve claramente frente a la situación en torno al Irán: ¿qué bienes jurídicos podría afectar un futuro ataque por parte del Irán? Esta pregunta formulada empero con la plena conciencia de que un Irán que un futuro pueda poseer armas nucleares, no significa un Irán que vaya a utilizarlas necesariamente.

⁶⁶ En la doctrina italiana Zaina remarca que se estaría frente a un examen ficticio ya que para realizarla se tomaría como base una conducta efectivamente dada, de un lado, y un ataque que nunca ocurrió, del otro lado. ZAINA, ob. cit., p. 38.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

A la par de ello se debe remarcar que sólo el daño en curso o el peligro concreto a un bien jurídico identificable que produce un ataque actual justifica la inclusión de ese bien jurídico al examen de proporcionalidad. Este principio de la legítima defensa en el plano internacional se manifiesta, en los ejemplos aquí seguidos, de la siguiente forma: puede ser que de no haber detenido a al-Qaida en Afganistán, se hubieran seguido cometiendo atentados con pérdidas de vidas humanas, tal como se argumentó de parte de las potencias de la coalición⁶⁷. Pero el peligro de perder vidas humanas no justifica la destrucción concreta, real y actual de miles de vidas humanas que produce la conducta preventiva. Es jurídicamente, al igual que moralmente, difícil de fundamentar que para evitar el peligro que corren vidas humanas a causa de un supuesto ataque futuro, se pueda destruir actualmente vidas humanas. En el caso del Irán una legítima defensa preventiva significaría que se va a sacrificar miles de vidas humanas, tal como se hiciera en Afganistán e Irak, para eliminar el peligro que existiría sobre otros miles de vidas humanas. Como se vio en el derecho interno, sólo dentro de un estado de necesidad se admite incluir al examen de proporcionalidad a bienes jurídicos afectados por un peligro presente. En el estado de necesidad empero se exige que el valor salvado sea desproporcionadamente superior al afectado por la conducta defensiva. Es por ello que también el estado de necesidad del derecho internacional no admite la destrucción de bienes jurídicos de alto valor, tal como lo establece el artículo 25 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos⁶⁸.

⁶⁷ Ver por ejemplo las presentaciones de los Estados Unidos de América y de Gran Bretaña ante el Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2001/946 y UN Doc. S/2001/947.

⁶⁸ El artículo 25 inciso 1 párrafo b) establece como uno de los requisitos del estado de necesidad que: "No afecte gravemente a un interés esencial del

4. La voluntad defensiva o animus defendendi

Como se viera en el título correspondiente (IV.B.8), la voluntad defensiva o *animus defendendi* viene exigido por diversos sistemas jurídicos internos, de acuerdo al material analizado en este trabajo. Ella está constituida por el *conocimiento* de la situación de ataque y la *voluntad* de defenderse. La falta de voluntad defensiva excluye la legítima defensa.

Si se aplica este requisito -aún no investigado lo suficientemente en el ámbito internacional- a la teoría de la legítima defensa preventiva se notará la dificultad casi insuperable de poder establecer fehacientemente la existencia de una verdadera voluntad defensiva ante un ataque que por ser futuro no puede ser comprobable de manera objetiva. Sólo el ataque armado actual puede proveer la certeza de la voluntad de defenderse frente al mismo. El reconocer una legítima defensa en contra de un ataque que se realizará en el futuro, facilita la invocación de esta justificante en casos en los cuales los Estados persiguen otros fines, generalmente ilícitos, distintos a la defensa, como por ejemplo, el apoderamiento de fuentes de recursos naturales o la ocupación de lugares estratégicamente relevantes ubicados en el territorio de otros Estados. Si se observan los ejemplos aquí analizados, la operación *Iraqi Freedom* puede ser ordenada al primer caso⁶⁹, mientras que la

Estado o de los Estados con relación a los cuales existe esa obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto". Ver: UN Doc. A/56/10.

⁶⁹ Horas antes del comienzo de dicha operación, el representante de Siria en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sostuvo: "Syria believes that ignoring that paragraph, demanding that inspectors be suddenly withdrawn from Iraq or that their work be suspended also makes it clear, beyond any shadow of a doubt, that the objective is not to disarm Iraq of weapons of mass destruction, but to occupy it and usurp its natural resources, in contravention of all norms and laws". Ver: UN Doc. S/PV. 4721. Accesible en:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

operación *Enduring Freedom* corresponde al segundo⁷⁰. Las posibilidades de abusos en este sentido que la teoría de la legítima preventiva provee, fueron reconocidas incluso por los Estados que la reclamaron para sí⁷¹. Por todo lo aquí expuesto, se verifica que la teoría de la legítima defensa presenta problemas insolubles también con respecto al requisito de la voluntad defensiva.

D. La teoría de la legítima defensa preventiva y el instituto jurídico del estado de necesidad

Como se viera en el transcurso del trabajo, los problemas que plantea la teoría de la legítima defensa preventiva sobre los diversos requisitos que constituyen el instituto jurídico de la legítima defensa son tratados por los diversos ordenamientos jurídicos en el marco de otro instituto jurídico emparentado con la legítima defensa pero a la vez distinto: el instituto jurídico del estado de necesidad. Esto se debe a que la situación de peligro sobre un bien jurídico, peligro derivado no de un ataque actual sino de uno futuro, es una situación defensiva propia y característica del estado de necesidad. Esto se refleja entre otros, en la ejecución de la conducta

<http://www.undemocracy.com/S-PV-4721.pdf> Fecha de consulta: 02/04/2013.

⁷⁰ Afganistán limita al oeste con el Irán (rico en recursos energéticos), al norte con los países del Asia Central (ricos en recursos energéticos y minerales), al nordeste con China (Gran consumidor de recursos naturales de todo tipo y principal competidor estratégico de los Estados Unidos de América) y al sur con Pakistán, el cual completa la salida al mar de los recursos energéticos y minerales provenientes del Asia Central. La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América del 2006, p. 40, caracteriza a Afganistán como “país puente”. Allí se afirma: “Increasingly Afghanistan will assume its historical role as a land-bridge between South and Central Asia, connecting these two vital regions”.

⁷¹ La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América del año 2002 remarca en su p. 15, esta posibilidad: “...nor should nations use preemption as a pretext for aggression”.

defensiva en contra de un sujeto que actúa *licitamente* (el atacante futuro), en la *necesidad* de tomar medidas defensivas a pesar que no existe un ataque actual y en el problema que se plantea en torno al juicio de *proporcionalidad* de la conducta defensiva. Tanto la constelación del ataque futuro como de los ataques que se repiten en el tiempo no constituyen un *ataque actual* en el sentido del instituto jurídico de la legítima defensa, sino una situación de *peligro presente* típica del estado de necesidad, tal como numerosos sistemas jurídicos lo remarcan a través de la diferencia conceptual utilizada para uno y otro instituto⁷². Todo esto, tal como se analizara aquí en los títulos inmediatamente anteriores, es aplicable al plano internacional.

VI. Conclusiones

En el transcurso de este trabajo, los principios generales del derecho que rigen el instituto de la legítima defensa nos mostraron la inviabilidad de la teoría de la legítima defensa preventiva en el derecho internacional.

Esta teoría incorpora una situación defensiva típica del estado de necesidad, cual es un peligro presente fundado en un temido ataque futuro, al instituto jurídico de la legítima defensa problematizando de forma insalvable cada uno de los distintos requisitos que la constituyen. En virtud de ello, la teoría de la legítima defensa preventiva no presenta un mero problema de interpretación del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y del derecho consuetudinario conforme con él, sino una verdadera imposibilidad lógico-jurídica. El instituto jurídico de la legítima defensa está imposibilitado de cubrir medidas armadas de carácter preventivo.

⁷² Ver: Título IV.B.8 de este trabajo.

