

Estado de necesidad e infracción de la ley Análisis comparativo entre el modelo estadounidense y el español.

María José Falcón y Tella

Profesora titular de Filosofía del Derecho

Directora del Instituto de Derechos Humanos

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. EL MODELO NORTEAMERICANO: 1. *Protestas antibelicistas.* 2. *Protestas antinucleares.* 3. *Las protestas a favor de la vida, especialmente las protestas antiabortivas.* 4. *Los casos de «desprogramación».* 5. *La decisión sobre el “laetrile”.*—II. EL MODELO ESPAÑOL.

En el presente estudio se trata de realizar un análisis comparativo entre los modelos estadounidense y español en torno a un tema polémico como es la posibilidad de justificar la infracción de la ley éticamente fundada —por ejemplo en casos de desobediencia civil— en base al estado de necesidad. Para ello emplearemos alguna de la jurisprudencia más importante, especialmente la americana, de más difícil acceso aquí, para ver el diferente funcionamiento de ambos sistemas jurídicos, uno, el norteamericano, correspondiente a los sistemas del «*Common law*» o anglosajones, y otro, el español, dentro de la tradición de los sistemas jurídicos continentales, de base romano-germánica. Comenzaremos por la situación allende los mares.

I. EL MODELO NORTEAMERICANO

A menudo los infractores de la ley tratan de ampararse en lo que se conoce como «*defense of necessity*», que

vendría a ser un equivalente de lo que en España es la eximente de «estado de necesidad». En realidad este tipo de defensa pertenece al género más amplio constituido por las «*defenses of justification*» —categoría paralela a nuestras eximentes—. Los tribunales a veces usan el término «*justification*» como un sinónimo de «*necessity*»: El nombre «*defense of justification*» sería la designación hecha por el Derecho legal o estatutario a lo que tradicionalmente en el «*Common Law*» se venía llamando «*defense of necessity*». Sin embargo esta equiparación no es del todo correcta. «*Defense of justification*» es un término genérico que puede comprender, además de la «*necessity defense*», otras modalidades como la legítima defensa —«*self defense*»—, la defensa de la propiedad —«*defense of property*»— o la ejecución de un deber oficial —«*execution of official duty*»—. Aquí nosotros nos ocuparemos únicamente de aquella «*defense of justification*» constituida por la «*necessity defense*», pues es la única relevante en materia de desobediencia civil. No obstante, valga como precisión conceptual la anteriormente hecha: se trata respectivamente del género —la defensa de justificación— y la especie —el estado de necesidad—¹.

También hay que distinguir la «*defense of justification*» en general —de la que la «*necessity defense*» es una modalidad— de la llamada «*defense of excuse*» —de la que son manifestación tanto la «*mistake of law defense*» (error de Derecho), como la «*defense of duress*» (compulsión)—². Es la diferencia entre justificar y excusar; entre eximir y exculpar. La justificación es una circunstancia que realmente existe y que convierte la conducta dañina en adecuada

¹ Sobre el tema, destacan los estudios de ARNOLDS-GARLAND: «The defense of necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil», en *Journal of Criminal Law & Criminology*, nº 65, 1974, p. 289.

² Sobre el tema, seguimos a STEPHEN J. MCEWEN: «The Defense of Justification and its Use by the Protestor: A Focus on Pennsylvania», en *Dickinson Law Review*, vol. 91, nº 1, otoño 1986, pp. 1 y ss. DEBORAH GREENBLATT: «Defense of the Civilly Disobedient», en *North Carolina Central Law Journal*, vol. 13, nº 2, primavera 1982, pp. 181 y ss. LAURA J. SCHULKIND: «Applying the Necessity Defense to Civil Disobedience Cases», en *New York University Law Review*, vol. 64, nº 1, abril 1989, p. 85.

y no criminal, mientras que la excusa es una circunstancia que libera al actor de responsabilidad criminal, aunque no esté técnicamente justificado para hacer lo que hizo. La diferencia es la misma que existe entre actuar bien, en el primer caso, o actuar mal pero de una manera que quepa disculpar, en el segundo; entre ser alabado y ser perdonado. Cuando una persona ha actuado meritoriamente —justificación— no tiene necesidad alguna de perdón —excusa—. La justificación lo que niega es la existencia de algo inmoral —por ejemplo, porque se actúa en defensa propia—. La excusa lo que rechaza es la responsabilidad del sujeto —por ejemplo, por ser menor de edad—.

Las «*defenses of excuse*» pueden serlo en atención a una razón «personal» —el caso más claro sería la demencia («*insanity*»)— o en atención a una «situación» —de lo que el mejor ejemplo es la actuación por compulsión («*duress*»)—. Por el contrario las «*defenses of justification*» siempre son situacionales. Esto puede llevarnos en principio a confundir las excusas situacionales con las justificaciones. No obstante no debe ser así. Para expresarlo con un ejemplo, que ayuda a aclarar la distinción, no sería lo mismo que un sujeto A destruyese un dique porque B le amenazase con matarle si no lo hacía —supuesto en el que A actúa bajo compulsión («*duress*»), como excusa— y que A destruyese el dique para proteger de la inundación una propiedad de mayor valor —en cuyo caso A puede invocar que actúa bajo estado de necesidad («*defense of necessity*»), como causa de justificación—.

Las circunstancias externas que posibilitan la invocación de cada una de esas defensas deben ser en ambos casos examinadas junto al juicio del actor. Existe, sin embargo, una diferencia. Cuando se enjuicia si A destruyó el dique bajo compulsión, prima en la valoración el primer aspecto, las circunstancias externas —si efectivamente existía el dato externo de la amenaza de muerte en caso de no destruir el dique—. Por el contrario cuando se juzga si A destruyó el dique bajo estado de necesidad, se da prioridad a las circunstancias externas, al juicio subjetivo del actor —que debe valorar, con gran carga subjetiva, si la

propiedad defendida era de mayor valor que el dique destruido—.

Finalmente, como tercera precisión conceptual, se hace conveniente diferenciar la «*defense of justification*» en su versión de «*defense of necessity*» de la desobediencia civil, como objeto al que usualmente va unida con el fin de justificarla, y con la que es por ello a menudo confundida. La diferencia entre ambas figuras —«*defense of necessity*» y desobediencia civil— estriba en una alternativa: el que uno no se someta al castigo, sino que se busque su evasión, en el primer caso, o el que haya una predisposición favorable del ánimo, una voluntad, de aceptar la sanción a imponer como consecuencia del acto de desobediencia civil. En esta línea, piénsese en los casos de dos famosos desobedientes civiles, Gandhi y M.L. King, que llegaron a ser incluso encarcelados³.

En los EEUU de Norteamérica la «*necessity defense*» está regulada en el «Derecho estatutario» principalmente, aparte de en los Estatutos de algunos Estados, en dos modelos, que son los más estudiados por la doctrina: el «*Model Penal Code*»⁴ y lo que ha sido descrito como «*New York model*»⁵.

³ Por último, junto a estas precisiones conceptuales de delimitación del estado de necesidad frente a figuras afines —como la genérica «*defense of justification*», la «*defense of excuse*», y la desobediencia civil—, queremos destacar en el plano estrictamente terminológico, como la «*defense of justification*» en su modalidad de «*necessity defense*» se describe frecuentemente, en alusión al proceso de su aplicación, como elección de males —«*choice of evils*»—, concurso de daños —«*competing harms*»—, compulsión —«*compulsion*»—, compensación de daños —«*balancing of harms*»—, compensación de males —«*balancing of evils*»—, compensación de valores concurrentes —«*balancing of competing values*»— y confesión y anulación —«*confession and avoidance*»—.

⁴ La sección 3.02 del «*Model Penal Code*» define el estado de necesidad («*choice of evils*») y recoge sus principales requisitos cuando establece que:

(1) La conducta que el actor considera necesaria para impedir un mal contra sí mismo o contra un tercero está justificada, siempre que:

(a) El mal que se quiere evitar con tal conducta sea mayor que el que se infrinje, según la ley que define la ofensa; y

(b) Ni el Código ni otra ley definidora de la ofensa contemple excepciones relacionadas con la específica situación en cuestión; y

(c) No exista el propósito legislativo de excluir la justificación en cuestión.

⁵ Por su parte el parágrafo 35.05.2 del modelo que constituye el Estatuto de Nueva York establece que:

Una diferencia significativa entre el modelo constituido por el Model Penal Code y el modelo de Nueva York es la exigencia del segundo de que la conducta reflexiva en cuestión haya sido «necesaria», mientras que el primero aplica el estado de necesidad simplemente a conductas que el actor «considere» necesarias. Por su parte el «Common Law» presenta alguna diferencia en el concepto de estado de necesidad respecto del Derecho estatutario. Requiere que el mal infligido «no sea desproporcionado» con el mal que se trata de evitar, mientras que el «Modal Penal Code» exigía que el mal impedido fuese «mayor» que el mal causado.

Pero, matizaciones y precisiones aparte, los elementos comunes del estado de necesidad encontrados en casi todas las definiciones del «Common Law» y del Derecho estatutario incluyen lo siguiente: 1. El actor ha actuado para evitar un mal significativo. 2. No hay medios legales adecuados para escapar a ese mal. Y 3. el remedio no es desproporcionado al mal que se intenta evitar. Las leyes y el Derecho jurisprudencial en gran número de Estados incluyen dos requisitos adicionales: El daño debe ser inminente y la acción ejecutada debe ser razonablemente esperada para impedir dicho daño. Es decir, que el acto debe de estar motivado en valores compartidos por la colectividad. El sujeto activo en el estado de necesidad no está justificado, por ejemplo, para atentar contra la vida humana con el fin de salvar la propiedad que está en peligro. Los requisitos del estado de necesidad aseguran que no pueda ser usado para poner en cuestión valores sociales sobre los que hay un consenso. A continuación examinaremos los distintos requisitos mencionados con algo más de detenimiento⁶.

«Tal conducta es necesaria como una medida de emergencia para impedir un daño público o privado que está a punto de suceder debido a una situación ocasionada o promovida sin falta alguna del actor, y que reviste tal gravedad que, de acuerdo con los standards ordinarios de inteligencia y moralidad, el deseo y la urgencia de impedir tal daño claramente compense el daño que se quiere impedir por la ley definidora de la ofensa en cuestión».

⁶ Seguimos en nuestro análisis a L. J. SHULKIND: «Applying the Necessity Defense to Civil Disobedience Cases», cit., pp. 82-111.

En primer lugar, respecto al requisito de la «ausencia de alternativa legal», y por lo que se refiere al concepto mismo de alternativa legal, esta eximente no exige ni que la emergencia ni que la situación de falta de alternativa «realmente» existan. Más bien, lo que la eximente exige es sólo una «razonable creencia» en una situación de emergencia, que no deje alternativa a la acción ilegal. Un gran defecto en la aplicación del estado de necesidad es la tendencia de los jueces a encontrar, después de ocurrido ya el hecho, la existencia de alternativas irreales o irrazonables. Sin embargo, la creencia razonable debe de ser medida «*ex ante*». Después de acaecido el hecho, los hallazgos de alternativas imprevisibles no deben obstaculizar la aplicación de esta eximente. Al invocar la «*necessity defense*», el infractor necesita presentar sólo una evidencia suficiente para que el jurado pueda pensar que el desobediente civil realmente creía que no existía alternativa alguna. Así se desprende de la jurisprudencia —en «*State v. Keller*»⁷, «*People v. Lagrou*»⁸, «*State v. Warshow*»⁹, «*United States v. Douglass*»¹⁰ y «*United States v. Finley*»¹¹—.

En segundo lugar se encuentra el requerimiento de la «inminencia del daño». Algunas jurisdicciones requieren que el desobediente civil establezca que él realmente creía que el daño era inminente para que se pueda plantear con éxito la «*necessity defense*». Aquí, una vez más, el *standard* de la razonabilidad es el empleado: «Basta una bien fundada creencia en la inminencia del peligro». Este requisito no ha sido, sin embargo, establecido con carácter general como un elemento separado de la defensa porque se considera superfluo. Estaría ya implícito en el requisito de que el desobediente civil razonablemente considera que su acción es necesaria en la creencia de que no existían alternativas legales a su acción, pues cuanto más inminente

⁷ No. 1372-4-84 (Vt. Dist. Ct. Nov. 17, 1984)

⁸ Nos. 85-000098 a 85-000100, 85-000102 (Mich. Dist. Ct. Mar. 22, 1985).

⁹ 138 Vt. 22, 410 A. 2d 1000 (1979).

¹⁰ Nos. 83-03 M-01 a 83-03 M-03 (W.D. Wash. 1983).

¹¹ Nos IP 85-0114M-01 a IP85 (S.D. Ind 1985).

es el peligro, menos alternativas a la acción realizada existen. Sin embargo, los tribunales no se ponen de acuerdo sobre si con inminencia estamos haciendo referencia a «inmediato en el tiempo y el espacio» o a «inevitable». En realidad, la inminencia es una cuestión que ha de enjuiciarse en cada caso concreto. Ciertamente, cuanto más especulativo es el peligro, menos creíble es la creencia del infractor legal en la existencia de una situación de emergencia. Sin embargo, esta cuestión de la credibilidad es algo que se deja en manos del jurado. Así se puede ver en «*State v. Keller*»¹² o, con similares resultados, en algunos casos de protestas antinucleares como «*People v. Block*»¹³ y «*People v. Lagrou*»¹⁴.

En tercer término se encuentra el requisito de la «relación de causalidad». Algunas jurisdicciones exigen que las acciones del desobediente civil estén «razonablemente dirigidas a impedir realmente el daño mayor que amenaza». Como ocurría con el requisito de la inminencia, este elemento es una reiteración del criterio de la inexistencia de alternativa legal. Un requisito va unido al otro. Es difícil imaginarse una situación en la que se verifique uno de ellos y no se de el otro. Es por ello por lo que los tribunales suelen aplicar ambos requisitos conjuntamente —por ejemplo, en «*United States v. Gant*»¹⁵—.

De aplicar el elemento de la relación causal como una parte separada de la «*necessity defense*» se atentaría contra el propósito de esta figura. Supondría concebir el elemento causal exigiendo un rígido nexo de tiempo y espacio entre el acto y el daño percibido, requiriendo una relación tiempo/espacio, como veíamos que se planteaba en el requisito de la inminencia, lo cual está, como en él, sujeto a críticas. Sería usurpar el papel del jurado, sustituyéndolo por una relación consecuencialista con vida «*per se*» y que a menudo puede resultar irracional: si la acción de desobe-

¹² No. 1372-4-84 (Vt. Dist. Ct. Nov. 17, 1984).

¹³ Crim. Nos. 3235 a 3245 (Cal. Sacramento County Mun. Ct. Agosto. 1979).

¹⁴ Ya citado.

¹⁵ 691 F. 2d 1159 (5Th Cir. 1982).

diencia civil y el daño percibido no están temporalmente unidos entre sí de una determinada manera, se considera como una cuestión de Derecho que el desobediente no ha creído razonablemente en la eficacia de su acción. Estaríamos así ante un test inflexible, que no permitiría indagar sobre las circunstancias que rodean la formulación de las creencias del desobediente civil, oponiéndose así al mismo proceso que debe llevarse a cabo si se quiere satisfacer los propósitos de la «*necessity defense*».

El cuarto requisito de este tipo de defensa sería la «corrección de su elección desde el punto de vista valorativo». El desobediente civil debe realizar una elección adecuada; una razonable creencia en que escoge el mal menor no es suficiente. El juez debe decidir si los valores del desobediente civil son tan contrarios a los valores socialmente aceptados, tal y como éstos se manifiestan en las leyes, cuando éstas les conceden un valor prioritario, que se vicia la «*necessity defense*», haciéndose inadecuada, o no. Lo que el poder legislativo hace al legislar es otorgar unas pautas generales, pero no entra en las situaciones concretas en las que se pueden producir riesgos no contemplados por la ley y que pueden hacer necesaria la intervención del desobediente civil.

Por ejemplo, en el caso de invasión de una central nuclear como consecuencia de un acto de protesta contra las armas nucleares y los peligros que ellas implican, en principio se va contra la valoración legal, que permite la existencia de las centrales nucleares. Sin embargo, supongamos que el acto de invasión se realice para impedir un riesgo inminente de fuga nuclear. Se trata de una situación concreta que la ley, en su generalidad, no puede contemplar. En una situación de riesgo la pauta a tener en cuenta no es la corrección objetiva de la conducta, sino una creencia razonable en la necesidad de actuar. Es al juez al que corresponde enjuiciar a cual de las dos valoraciones debe darse prioridad, a la valoración legal de carácter general —con lo que el estado de necesidad no se admite— o a la valoración subjetiva del desobediente en el

caso concreto de riesgo —justificándose la desobediencia civil a través de la «*defense of necessity*»—.

El Derecho se ha considerado siempre una institución, pero si uno tuviese que considerarlo como si fuese una persona, podría decirse que el Derecho tal y como se encuentra en las leyes es el corazón, mientras que el Derecho que deriva de las decisiones judiciales —especialmente en sistemas como el angloamericano, de talante eminentemente jurisprudencial— es el alma. De ahí que un examen de la regulación legal de la «*necessity defense*» deba ser completado por un estudio de las decisiones que interpretan esas leyes aplicándolas a los casos de desobediencia civil.

Con fines sistemáticos¹⁶, podemos agrupar la jurisprudencia existente en la materia que nos ocupa, según su contenido, en: 1. Protestas antibelicistas; 2. Protestas antinucleares; 3. Protestas a favor de la vida, especialmente protestas antiabortivas; 4. Decisiones de desprogramación; y 5. El caso del «*laetrile*».

1. *Protestas antibelicistas*

Aquí podemos citar en primer lugar el caso «*United States v. Moylan*»¹⁷, al cual cabe aludir, al tratar el tema de la posibilidad o no de alegar los motivos personales como fundamento de la defensa del desobediente civil —la llamada «*good motive defense*»—, llegándose en él a la conclusión de que «la motivación de los demandados en el caso presente —el hecho de que se involucraron en una protesta con la creencia sincera de que al violar la ley seguían una buena causa— no puede aceptarse como una defensa legal justificadora».

En segundo término se encuentra el caso «*United States v. Kroncke*»¹⁸. El juez en el juicio advirtió, dirigiéndose

¹⁶ Seguimos en esta sistematización a STEPHEN J. MCEWEN: «The defense of justification and its use by the protestor...», cit., pp. 14-54.

¹⁷ 417 F.2d 1002 (4th Cir., 1969)

¹⁸ 459 F.2d 697 (8th Cir. 1972).

al jurado, que la defensa presentada era una «*defense of justification*», y procedió a definir lo que se entendía por tal. Sin embargo, el tribunal destacó que pese a la amplísima extensión concedida en el *Model Penal Code* a este tipo de defensa, no se extendía la misma a casos en los cuales el vínculo entre la violación de la ley y el bien obtenido era «tenue e incierto», como en el caso de los demandados en *Kronke*.

Un tercer caso es «*State v. Marley*»¹⁹. Lo relevante del mismo es el rechazo del tribunal encargado de resolverlo de la «*necessity defense*», por requerirse en ella un requisito que no se daba en el caso en cuestión: que el acto criminal que el desobediente civil intentaba impedir se realizase «en presencia del desobediente civil». El requisito de presenciario sería una consecuencia de la exigencia del carácter inmediato del daño. El tribunal dictaminó que la defensa interpuesta por el desobediente civil no era adecuada porque «los demandados —o sea, los desobedientes civiles— tuvieron otras alternativas que no implicaban violación de la ley, otras formas de protesta no criminales... el nexo entre la violación de los demandados y el mal que se trataba de evitar era tenue».

2. *Protestas antinucleares*

En «*State v. Warshow*»²⁰ un grupo de desobedientes realizó una protesta ante una central nuclear impidiendo a los trabajadores entrar en la planta. El tribunal dictaminó que un nivel bajo de radioactividad no es el tipo de peligro inminente capaz de justificar la violación de la ley. Para ser iminente, un peligro debe de ser, al menos razonablemente, amenazador y ocurrir inmediatamente. Los riesgos a largo plazo no bastan, porque en ese tiempo intermedio el desobediente tiene la posibilidad de ejercitar otras opciones distintas de la violación de la ley. El espectro de ac-

¹⁹ 54 Hawaii 450, 509 P2d 1095 (1973)

²⁰ 138 Vt. 22, 410 A. 2d 1000 (1980).

cidente nuclear no encarna el elemento de esta defensa consistente en un daño inminente. Aunque los desobedientes alegaron que actuaban para evitar la «posibilidad» de accidente nuclear, los peligros especulativos e inciertos no están cubiertos bajo la protección del estado de necesidad. La «*defense of necessity*» tiene que ver con peligros inminentes. No tiene relación con daños no inminentes o debatibles, ni con actividades que el poder legislativo ha regulado expresamente, sin considerarlas peligrosas²¹.

También como protestas antinucleares se encuentran en el estado de Pennsylvania dos casos jurisprudenciales: «*Commonwealth v. Capitulo*» y «*Commonwealth v. Berrigan*». Los hechos son los siguientes.

En el primer caso, Patricia Ann Capitulo y cinco compañeros, que participaban en una protesta contra la generación de energía nuclear en una central nuclear, ignoraron una señal en la que se prohibía la entrada en la misma. No hubo daños personales ni daños contra la propiedad durante su ocupación de la central y no hubo tampoco indicios de resistencia a la autoridad que intentó desalojarlos. En el segundo caso, los hermanos Berrigan y otras seis personas entraron en una central eléctrica y dañaron los componentes que debían de utilizarse en la fabricación de misiles. No hubo daños personales, pero sí daños a la propiedad. Los desobedientes fueron arrestados.

En ambos supuestos los desobedientes intentaron presentar la «*defense of justification*» —entendida como «*necessity defense*»—. En el primero de ellos el tribunal re-

²¹ Otros casos son «*Commonwealth v. Averill*» (12 Mass. App. Ct. 260, 423 N. E. 2d 6. 1981); «*State v. Dorsey*» (118 N.H. 844, 395 A.2d 855. 1978); «*Commonwealth v. Brugmann*» (13 Mass. App. Ct. 373. 433 N.E. 2d 457. 1982); «*State v. Greene*» (5 Kan. App. 2d 698, 623 P. 2d 933. 1981), que es un caso de aplicación de la «*defense of compulsion*», a tenor de la cual una persona no es culpable de un crimen, siempre que no sea asesinato u homicidio, si actúa bajo la compulsión de la amenaza de muerte o de graves daños físicos, si realmente cree que la muerte o las graves lesiones físicas le serán inflingidas a él, su esposa, padres, hijos o hermanos si no realiza una conducta determinada. Por su parte, en «*United States v. Betz*» (476 F. Supp. 34 —D. Colo. 1979—) el juez estimó relevante que las leyes de Colorado no admitiesen la «*necessity defense*» cuando se basase exclusivamente en consideraciones morales.

chazó tal intentó y expresó la creencia de que, incluso si los desobedientes hubiesen sido autorizados a presentar la «*defense of justification*», no hubiesen sido capaces de probar que sus acciones estaban justificadas. Los desobedientes fueron juzgados y condenados. En el segundo caso los desobedientes presentaron también la «*defense of justification*» y el tribunal les permitió presentarla así como ofrecer su propio testimonio para sostenerla. Sin embargo, no les permitió presentar el testimonio de los peritos en apoyo de su defensa.

Los desobedientes civiles en ambos casos recurrieron los fallos ante la «*Pennsylvania Superior Court*». En 1984 ésta dictaminó que no sólo debería de haberse permitido a los desobedientes presentar la defensa de justificación, sino que, además, debería de haberseles permitido presentar el testimonio de los expertos en apoyo de su defensa.

La «*Pennsylvania Supreme Court*» en el otoño de 1985 revocó la decisión de la «*Superior Court*» en cada uno de los casos. En «*Commonwealth v. Capitolo*», tras enunciar los principios que deben regir la «*defense of justification*» entendida como «*necessity defense*», concluyeron afirmando que el daño en una central nuclear no era inminente y la conducta de los desobedientes civiles no era necesaria para impedir el daño. La conducta en cuestión no habría terminado ni reducido el daño al que los desobedientes civiles se oponían.

En «*Commonwealth v. Berrigan*», el tribunal estimó que la «*defense of justification*» no procedía cuando la conducta que para algunos engendraba un desastre público estaba expresamente aprobada por el poder legislativo. La «*Supreme Court*» consideró que la prueba ofrecida no era suficiente para establecer que el holocausto nuclear que los desobedientes intentaban evitar era un peligro público inminente. También determinó que el tribunal había rechazado con razón el testimonio de los expertos sobre los peligros de un uso incorrecto de la energía nuclear, ya que dichos peligros eran tan conocidos por el gran público que el testimonio de los peritos sobre el tema no era necesario. Además estableció que la naturaleza destructiva de la

energía nuclear no era el mal al que se oponían los desobedientes al invadir la planta nuclear, pues en la planta concreta en la que habían penetrado los desobedientes civiles únicamente se fabricaban cubiertas para las bombas. Por todo ello el tribunal estimó que las acciones de los desobedientes bajo ningún concepto podían entenderse como efectivas para evitar el supuesto peligro público de un holocausto nuclear.

3. *Las protestas a favor de la vida, especialmente las protestas antiabortivas*

Se trata de una serie de protestas relacionadas con la legitimidad de la «*necessity defense*» respecto a los actos de invasión ilegal en clínicas en las que se practicaban abortos. En todos estos casos se consideró que la defensa no era adecuada, en base al siguiente argumento: Para que haya estado de necesidad la conducta ilegal del desobediente civil debe realizarse para evitar un daño inminente. Pero el aborto durante los tres primeros meses de gestación es una actividad protegida constitucionalmente y su realización no puede considerarse un daño, por muy inhumano que a los desobedientes les pueda parecer. Al no haber daño legalmente reconocido, la invasión de los desobedientes civiles no se justifica por razones de necesidad²².

4. *Los casos de «desprogramación»*

Bastantes jóvenes americanos cayeron víctimas de sectas religiosas durante la década de los años 70. Como la mayor parte de ellos habían alcanzado ya la mayoría de edad, sus preocupados padres difícilmente encontraban

²² Como decisión emblemática en la materia cabe citar la «*Sigma Reproductive Health Center v. State*» (297 Md. 660, 476 A. 2d 483, 1983). Otros fallos en el mismo sentido son «*Cleveland v. Municipality of Anchorage*» (1981), «*Gaetano v. United States*» (1979), «*People v. Stiso*» (1981), «*People v. Krizka*» (1980), y «*City of St. Louis v. Klocker*» (1982).

amparo en el sistema judicial para recuperarles. En consecuencia, los padres acudieron a «desprogramadores», que alejaban a los chicos del culto y les confinaban por algunos días en tratamiento. Su objetivo era convencerles de que abandonasen el culto y volviesen a su ambiente originario. Como resultado, las sectas y sus miembros buscaron la protección legal en su lucha contra los «desprogramadores».

Los «desprogramadores», acusados de secuestro, se intentaron defender amparándose en el estado de necesidad, que había exculpado tradicionalmente a personas que violaban la ley para evitar un mal mayor. En los casos de «desprogramación», la defensa procedió en dos pasos. En primer lugar los demandados argumentaron que los padres razonablemente creían que «desprogramar» a sus hijos era necesario para protegerles frente a daños físicos y psicológicos. Los «desprogramadores» entonces aducían que ellos, como representantes de las intenciones de los padres, podían también beneficiarse de la defensa de los padres porque pocos padres podrían proteger a los hijos sin ayuda especializada.

En el caso «*People v. Patrick*»²³ el tribunal estableció, sin embargo, que la defensa no era admisible. No había evidencia alguna de que un daño inminente, público o privado, que requiriese una acción de emergencia fuese a ocurrir. El señor Patrick tuvo mejor fortuna en «*United States v. Patrick*»²⁴. En el juicio se dijo que «la mera creencia en la existencia de un peligro es una defensa» y que como los padres de la víctima creían que estaba en algún tipo de peligro, en esas circunstancias el cargo de culpable debía ser negado. Sin embargo, el fallo se recurrió, quedando sin respuesta la cuestión de si la «*defense of necessity*» había sido adecuadamente invocada o no.

²³ 541 P. 2d 320 (Col. App. 1975).

²⁴ 532 F. 2d 142 (9th Cir. 1976).

5. *La decisión sobre el «laetrile»*

En «*United States v. Richardson*»²⁵ se juzgaba un caso en el cual se acusaba a los demandados de hacer contrabando de «*laetrile*». Se decía que como el «*laetrile*», si se declaraba en la frontera, era por norma decomisado por los aduaneros, no podía haber sido introducido en el país sino a través del contrabando, y como el «*laetrile*» era necesario en los EEUU para tratar a los pacientes de cáncer, la «*defense of necessity*» o «*choice of evils*» era aplicable. Los jueces rechazaron el argumento por faltar al menos uno de los requisitos del estado de necesidad al existir cauces o vías alternativas de conducta —tales como el intentar que el «*laetrile*» fuese admitido dentro de las clasificaciones de drogas admisibles o que se produjese el propio «*laetrile*» en el territorio de los EE.UU.—. En cualquier caso parece que se debería haber hecho la distinción entre el caso de que el desobediente fuese una persona que hubiese introducido la sustancia en el país para evitar el sufrimiento de un familiar querido y el supuesto en que se tratase de individuos que intentasen vender la droga a otros a gran escala.

A modo de conclusión del examen de todos los casos jurisprudenciales de aplicación de la «*defense of necessity*» a la desobediencia civil anteriormente vistos, puede destacarse cómo tal mecanismo de defensa es generalmente rechazado por los tribunales en materia de desobediencia civil, por no verificarse en la práctica los requisitos exigidos para este tipo de defensa. Desafortunadamente para los desobedientes civiles, los elementos de la «*defense of necessity*» son tan difíciles de satisfacer que los jueces rara vez permiten esta defensa.

En el sistema judicial americano existe una contradicción en cuanto a la aplicación de la «*necessity defense*» en casos de desobediencia civil. Por un lado, la «*Supreme Court*» de los EE.UU. ha destacado en numerosas ocasiones que el «*due process of law*» requiere que una persona acusada de conducta criminal pueda probar su inocencia

²⁵ 588 F.2d 1235 (1978)

presentando sus «*defenses*» al jurado. Así pues, para obtener la defensa de su inocencia, los desobedientes necesitan en principio sólo presentar un «*minimum*» de evidencia respecto a los elementos de su defensa. Esto es aplicable a la «*necessity defense*»: en principio los desobedientes que invoquen el estado de necesidad deben satisfacer una carga de la prueba muy baja para llegar a plantearla ante el jurado. Sin embargo, por otro lado, se da una contradicción entre la teoría descrita y su aplicación práctica a los casos de desobediencia civil, en los que en la práctica los niveles de prueba a satisfacer son muy altos²⁶.

En los casos referentes a la desobediencia civil, en consecuencia, los jueces han invadido las competencias del jurado. En numerosos juicios, no han permitido a éste escuchar la «*necessity defense*», regulando como una cuestión jurídica que la evidencia presentada por los desobedientes civiles no llegaba a satisfacer un indeterminado «*minimum standard*». En ninguna parte definen los tribunales en que consiste este «*minimum standard*». El resultado es un proceso que permite a un juez con pocas simpatías hacia los desobedientes civiles excluir evidencias que el jurado debería oír. La gran discrecionalidad asumida por el juez amenaza los derechos fundamentales del desobediente. La V y la XIV enmiendas de la Constitución de los EEUU prevén que los ciudadanos no deben ser privados de la vida, la libertad o la propiedad sin un juicio justo —«*due process of law*»—. La VI enmienda establece que «en todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial». Bajo esas garantías, los demandados penalmente deben poder defenderse ante un jurado y presentar los testimonios que correspondan a la defensa que presentan, pero, como hemos visto, en la práctica no suele ser así.

²⁶ Ver BARBARA J. KATZ: «Civil Disobedience and the First Amendment», en *UCLA Law Review*, vol. 32, n.º 4, abril 1985, pp. 915 y ss. LAURA J. SCHULKIND: «Applying the Necessity Defense to Civil Disobedience Cases», cit., pp. 86 y ss.

II. EL MODELO ESPAÑOL

Una acción tipificada por la ley es conforme a Derecho cuando concurre una causa de justificación, es decir, cuando se realiza en circunstancias tales que deja de ser una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico. Estas circunstancias se denominan eximentes y se hallan formuladas en el Código penal español actual en el artículo 20 —«Están exentos de responsabilidad criminal...»—. De ellas son aplicables a la desobediencia civil con carácter general la del número 5 (estado de necesidad, en su modalidad de «estado de necesidad moral» o, en concurrencia con el número 4 —legítima defensa—, el llamado «estado de necesidad defensivo»), así como el «actuar en el ejercicio legítimo de un derecho», del número 7 del artículo 20.

El estado de necesidad se caracteriza por la existencia de una situación de peligro para bienes jurídicos, para salvar los cuales es preciso lesionar otros intereses jurídicamente protegidos. Al igual que en la legítima defensa, se produce un conflicto de intereses jurídicos que entran en colisión. Pero, a diferencia de ella, en el estado de necesidad los intereses que hay que salvar y los que para ello hay que perturbar son en principio igualmente dignos de protección, pues el peligro no proviene de una agresión ilegítima o, en caso de provenir de ella, el conflicto no se resuelve a costa del agresor ilegítimo, sino a costa de bienes o intereses de terceros²⁷.

El estado de necesidad está contemplado en el Código penal español de 1995 entre las eximentes, en el artículo 20.5º. A tenor de dicho artículo: *«Están exentos de responsabilidad criminal... 5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intenciona-*

²⁷ D.M. LUZÓN PEÑA: «Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol.II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2910.

damente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

Partiendo de la exégesis de este artículo, a continuación analizaremos tres cuestiones que plantea el estado de necesidad: en primer lugar la de los requisitos necesarios para que se pueda hablar de su existencia si éstos se verifican en la desobediencia civil; en segundo término, y en relación con la verificación en la colisión de intereses de un valor más que de un bien jurídico, cómo tenemos que hablar de un tipo específico de estado de necesidad en la desobediencia civil: el llamado por la doctrina estado de necesidad moral, de conciencia o supralegal; finalmente, cuál es la ubicación adecuada del estado de necesidad en el que se puede decir que se subsume la desobediencia civil: ¿en sede de antijuridicidad?, ¿en sede de culpabilidad?, ¿en sede de responsabilidad criminal?

El primer problema que hay que resolver es, pues, el de los requisitos —tanto los esenciales como los no esenciales— del estado de necesidad y cómo estos concurren en la desobediencia civil.

Para poder hablar de estado de necesidad es preciso, como se desprende de la propia denominación, que se produzca una «situación de necesidad» es decir un «peligro» para bienes jurídicos, de una persona —física o jurídica—, o colectivos, que suponga la amenaza de un «mal», lo cual cree la «necesidad» de una «actuación salvadora» que suponga sacrificio de otros intereses.

Por «peligro» ha de entenderse la probabilidad, la gran posibilidad, de que se lesione un bien jurídico o interés que no esté totalmente protegido. Aunque en la desobediencia civil lo lesionado es un valor supralegal —lo que la configura como estado de necesidad moral—, por lo demás lo que nos interesa destacar ahora es que este requisito es aplicable a los actos de desobediencia civil. En ellos se produce la posibilidad de un peligro, si no puntual e inminente, al menos sí subyacente, a producirse en caso de prolongarse la situación que intenta evitarse. Piénsese en el caso de M.L. King, en Gandhi o en las campañas de desobediencia civil a favor del desarme. En todos estos casos se

trata de situaciones en las cuales la desigualdad racial, la falta de independencia política o la carrera de armamentos, como realidades subyacentes, en caso de prolongarse darían lugar a graves injusticias, individuales o colectivas, que podrían minar los cimientos del sistema, o a una guerra nuclear que podría llegar a destruir el planeta. Y es que en el estado de necesidad, al igual que en la desobediencia civil, el mal no necesita ser inminente, sino que basta con un peligro futuro pero que haga precisa ya la intervención. En otros casos de desobediencia civil, como la oposición a la intervención en la Guerra de Vietnam, el peligro, en forma de masacre, era ya una realidad evidente.

También en cuanto al mal que amenaza, en el estado de necesidad no basta con un mal subjetivo, considerado como tal por el sujeto, sino que ha de ser un «mal objetivo». En todos los ejemplos de desobediencia civil citados puede observarse la concurrencia de este requisito: No se trataba de males percibidos por las mentes visionarias de King, Gandhi o un grupo de pacifistas, sino de hechos reales, de hombres reales, en muchos casos de muertos reales. Una de las características típicas de la desobediencia civil es precisamente la posibilidad de objetivarse, de tal manera que la misma sea reconocida como necesaria por cualquier persona no repleta de prejuicios que se encontrase hipotéticamente en el lugar del desobediente civil, tal vez por nosotros mismos si hubiésemos nacido negros, hindues o vietnamitas.

Además en el estado de necesidad el peligro ha de producir una situación de necesidad de salvación o protección, como ocurre en los ejemplos vistos. Se ha de hacer preciso una «acción salvadora». Respecto a los bienes o intereses jurídicos que se trata de salvar, pueden ser propios o ajenos, según algunos autores incluso los de la «comunidad». Esto es frecuente en la desobediencia civil, en la que se trata de acciones e intereses de un grupo, de un colectivo más o menos grande: los negros, los habitantes de la India, los antimilitaristas o los pacifistas. Este carácter comunitario de los intereses en juego plantea algunos problemas como la existencia o no de una auténtica situación

de necesidad. Así la situación del negro culto o del hindu de la casta dominante no es de tanta necesidad probablemente como la de los estratos más bajos e indefensos del espectro social.

Por otro lado, para que haya estado de necesidad es preciso en principio que la conducta salvadora tenga capacidad para resolver los intereses en peligro, que tenga un mínimo de «idoneidad» para ello. Esa es la línea también en la desobediencia civil. En este sentido se manifestaban tanto Gandhi como King cuando sostenían que el único medio de vencer eran los métodos pacíficos. No obstante, no es imprescindible que se logre la salvación, que la desobediencia civil sea victoriosa, basta con que se intente.

Tampoco es requisito esencial, aunque en principio sí conveniente, para que se verifique el estado de necesidad la existencia de intención de salvación —*«animus salvationis»*— o, lo que es lo mismo, que se obre «para» evitar un mal propio o ajeno. No obstante, esta intencionalidad subjetiva existe claramente en la desobediencia civil, que tiene precisamente un elemento intencional o finalista, de programación y organización de verdaderas campañas de desobediencia, cuyos fines son innovadores respecto de la norma considerada injusta. Piénsese en Gandhi, King y en sus manifiestos para la lucha y en las llamadas «tribunas libres» en el mundo estudiantil, tan relevantes en la situación de protesta contra la guerra de Vietnam. El resultado de estos movimientos de desobediencia civil no es algo fortuito, sino algo pensado, querido, buscado.

Otro requisito para la existencia de estado de necesidad es la «necesidad del concreto medio salvador elegido», lo que supone que no quepan otros procedimientos protectores suficientemente seguros pero menos lesivos y exigibles, es decir, que si es posible se acuda primero a la ayuda estatal, como instancia directamente encargada de la protección de los bienes jurídicos de la colectividad, y se soporte, si es necesario, un cierto sacrificio propio, y sólo cuando estos mecanismos no sean suficientes se acuda a la defensa constituida por el estado de necesidad. Este requisito de la «subsidiariedad» se verifica igualmente en la de-

sobediencia civil, una de cuyas reglas de actuación es precisamente su carácter de último recurso, una vez agotadas todas las posibles vías de solución de carácter democrático. Sólo cuando éstas no funcionen o no basten cabe la desobediencia civil.

Junto a la subsidiariedad, también es requisito —aunque no esencial— del estado de necesidad y, como de él, de la desobediencia civil la «proporcionalidad» entre los fines perseguidos y los medios empleados para su consecución: *«que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar»*.

El número segundo del artículo 20.5º exige que «la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto». Esta falta de provocación intencional se presupone asimismo, aunque nada se diga expresamente, en la desobediencia civil como implícita en la buena fe y los móviles de conciencia que se presumen en el desobediente: No se trata de un fraude a la ley, sino de una actuación ética y en absoluto buscada o deseada por el desobediente civil o por el que obra en presencia de un estado de necesidad. El sujeto se encuentra muy a su pesar ante ella. Nunca es algo que uno haya promovido, sino algo no deseado: la discriminación racial, el colonialismo, la guerra, etc.

Por último, el requisito tercero del artículo 20.5º exige que *«el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse»*. Se trata del polémico tema de la obediencia debida. Por ejemplo, de aquel funcionario público al que no le es lícito por el puesto que desempeña defenderse. De nuevo estamos ante un requisito, la falta de obligación de sacrificio, aplicable a la desobediencia civil, si bien de un modo inexpreso o latente, de puro evidente, obvio.

Vistos ya los requisitos generales del estado de necesidad y como los mismos concurren en línea de principio en la desobediencia civil, queremos dejar constancia de que en sede de desobediencia civil se produce un tipo particular, o *«sui generis»*, de estado de necesidad: el «estado de necesidad moral».

La figura del estado de necesidad moral ha sido abundantemente estudiada por la doctrina, siendo más escaso su empleo por los tribunales²⁸.

Para que se admita el estado de necesidad «legal» o estado de necesidad en sentido propio debe producirse una colisión entre deberes «jurídicos», es decir, entre deberes amparados por una norma legal, sobre parámetros objetivos y generalizables. Pero existen situaciones de necesidad no previstas en la ley, y en consecuencia sólo amparables por causas supralegales, no positivas. Tal sería el caso, por ejemplo, de la colisión entre un deber moral —el deber de actuar conforme a la propia conciencia— y el deber legal —de no infringir la ley—.

Es el supuesto de la sentencia num. 491 de 1992, dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid por la que se absolvía a una persona del delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio. Contra ella se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de apelación, invocando como único motivo de impugnación la indebida aplicación que de la eximente de estado de necesidad se hizo en la misma. La sentencia que se cuestiona eliminó la antijuridicidad y la tipicidad de la conducta objeto de la sentencia en base a la existencia de un estado de necesidad *«que fundamenta en una colisión de bienes entre un imperativo de conciencia acreditado, formado no por conveniencia sino en virtud de sus creencias religiosas y en una constante educación de sus potencias morales, y el obligado cumplimiento de la prestación social sustitutoria, colisión o conflicto de intereses que resuelve en favor de la conciencia individual y salvaguarda de las propias convicciones como valor superior sobre los posibles bienes jurídicos protegidos por la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre —reguladora del régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y del régimen penal—»*.

²⁸ Cabe destacar el Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 y la Sentencia de 30 de enero de 1979.

En el caso que nos ocupa se plantea el polémico supuesto del estado de necesidad de conciencia o moral.

Lo cierto es que parece una incongruencia no reconocer a la libertad de conciencia, recogida como derecho fundamental en los textos constitucionales —Constitución española de 1978— y por tanto de naturaleza positiva, eficacia directa en el ámbito del Derecho penal.

El estado de necesidad moral plantea el tema del papel que juega la libertad de conciencia como valor protegible «*per se*», en conflicto con otra serie de valores amparados por la norma penal. Es precisamente en el Estado social y democrático de Derecho donde tiene una mayor relevancia la inclusión del imperativo de conciencia como causa justificativa de la conducta del individuo. La pieza clave de dicha figura —y otras similares derivadas de la actuación en conciencia— es el conflicto de intereses que se provoca. No se trata de un conflicto de bienes jurídicos, sino de los intereses reales que entran en colisión: el amparo de los intereses que pretende el desobediente y la obligación legal que infringe.

El criterio para decidir cómo se ponderan los intereses en juego es problemático. La mayor parte de la doctrina considera que hay que realizar una ponderación global, en la que se tengan en cuenta aspectos jurídicos, constitucionales, sociales, éticos, etc., identificando normalmente dos requisitos justificativos de la ausencia de responsabilidad en actuaciones por motivos de conciencia: que el autor no se entrometa en una esfera jurídica ajena apelando a su conciencia —pues la libertad de uno termina allí donde empieza la libertad de los demás—, y que actúe para preservar un bien jurídico penalmente protegido.

Visto ya el «estado de necesidad moral» como supuesto de estado de necesidad aplicable en cuestiones de desobediencia civil, falta por ver donde hay que situar el mismo. Sobre la naturaleza y ubicación sistemática del estado de necesidad, la mayoría de la doctrina sigue la «teoría diferenciadora», o de la diferenciación, a tenor de la cual se distingue entre un estado de necesidad «justificante» y otro simplemente «disculpante o exculpante». Así, en

nuestro país, de forma simplificada, se suele producir el primero cuando el conflicto es entre bienes o intereses desiguales, y el segundo cuando se trata de un conflicto entre bienes o intereses iguales. Frente a la teoría descrita, se alza la «teoría unitaria» o de la unidad. Según ella todo estado de necesidad es justificante. Por último, se encuentran las teorías «intermedias» que consideran el estado de necesidad, más que como auténtica causa de justificación, como causa de exclusión del injusto, con lo cual la conducta no estaría ni permitida ni prohibida, sino que se movería en el plano de lo neutro; o bien como causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

Trasladando estas distintas teorías al tema de la desobediencia civil, podemos encontrar opiniones para todos los gustos: desde quienes consideran que el estado de necesidad en la desobediencia civil se produce en sede de antijuridicidad, pasando por quienes lo sitúan en la culpabilidad, hasta llegar a los que lo incardinan como causa modificativa de la responsabilidad. Veamos con algo más de detenimiento cada una de estas posibles posturas.

Partidario de la primera de estas teorías, que ubicaría el estado de necesidad en los casos de desobediencia civil en la antijuridicidad, es Rafael de Asís Roig cuando afirma que «no cabe apoyarse en el estado de necesidad como causa de justificación de la desobediencia civil. Si hay estado de necesidad no hay desobediencia civil, ya que falta la antijuridicidad. Es exactamente el mismo razonamiento que puede darse en relación con el homicidio y la legítima defensa. Si concurre ésta, no hay homicidio, o lo que es igual, no cabe caracterizar a una conducta como homicidio, por haberse hecho en legítima defensa»²⁹.

²⁹ RAFAEL DE ASÍS ROIG: «Las tres conciencias», en VVAA: *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1993, p. 27. Al respecto, en una línea similar, el juez del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastian en la Resolución de sobreseimiento de diligencias previas 2314/94, de 20 de diciembre de 1994, decide archivar las alegaciones en el caso en cuestión considerando que las mismas no indican la existencia de un crimen dada la existencia de una jus-

Defensor de la segunda teoría fue Antonio García de Pablos en la sesión de clausura del curso de doctorado «*Obediencia al Derecho. Desobediencia civil. Objeción de conciencia*», 1992-93, perteneciente al programa «*Derecho y Sociedad*», del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, citado por Evangelina de la Fuente Rubio: «Como indicó *García de Pablos*, la aplicación de la eximente estado de necesidad exige la existencia de una situación extrema de conflicto entre bienes jurídicos, y en muchos supuestos, como en la desobediencia civil a la objeción de conciencia —insumisión—, la comparación es imposible porque los bienes jurídicos no son homogéneos. Ello le lleva a optar por la absolución del insumiso en sede de culpabilidad y no en sede de antijuridicidad (donde se aplican las eximentes y atenuantes). En consecuencia, si bien un insumiso ha cometido un acto típico y antijurídico, no es culpable del mismo, porque no ha sido motivado normalmente por la norma infringida. Para que sea lícito imputar un hecho a su autor, es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la norma. Esa falta de interiorización de la norma por la persona, determina que un hecho típico no se halle penado, aunque se considere antijurídico. Un juez podría determinar la ausencia de culpabilidad en un insumiso de cuyas creencias y conducta concreta, perfectamente analizables, se dedujese inequívocamente esa falta de motivación, lo que ocurre, normalmente, en casos de personas de convicciones humanitarias arraigadas, integrantes de grupos activos en pro de la descriminalización del delito de insumisión»³⁰.

tificación de estado de necesidad, y considera que: «De acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo penal, no hay diferencia valorativa alguna entre tipo y antijuridicidad. Una conducta no puede por tanto ser típica si no es antijurídica, y un comportamiento determinado no puede estar permitido —y ser por tanto legal— y al mismo tiempo constituir un tipo penal —y por tanto ser prohibido—. Las justificaciones son elementos negativos del tipo penal en presencia de los cuales la conducta se convierte en atípica y por tanto no criminal».

³⁰ EVANGELINA DE LA FUENTE RUBIO: «Democracia y desobediencia civil. Objeción de conciencia», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad

Por último, hay quienes, como Roxin, consideran que en los casos de estado de necesidad aplicables a supuestos de insumisión y de desobediencia civil «la impunidad viene apoyada no tanto en la inexistencia de antijuridicidad o culpabilidad, como en la ausencia de “responsabilidad” del autor, es decir, en la ausencia de necesidad de imponer una pena»³¹. Nosotros consideramos también la viabilidad de esta solución, en base al hecho de que a menudo es posible la concurrencia en aquellos supuestos de estado de necesidad en la desobediencia civil de causas modificativas de la responsabilidad criminal, tales como la atenuante del artículo 21.1º, es decir por la existencia de una eximente de estado de necesidad incompleta, por faltar algunos de los requisitos no esenciales para que exista estado de necesidad, pero sí para que éste funcione al más alto nivel, como eximente. El estado de necesidad como eximente incompleta, funciona atenuando la pena, en sede de responsabilidad criminal.

A diferencia del estado de necesidad, cuyos requisitos cuadran bastante bien con los de la desobediencia civil, si bien como estado de necesidad moral o supralegal, en la legítima defensa no ocurre lo mismo. Pese a que en principio también dentro de esta eximente cupiese amparar los actos de desobediencia civil, sin embargo, sólo a través de una vía indirecta, la figura del «estado de necesidad defensivo», como figura intermedia, como híbrido entre la legíti-

Complutense de Madrid, nº 83, 1995, p. 110. En la misma línea, Manuel Gómez Benítez: «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia», en *VVAA: Ley y conciencia...*, op. cit., pp. 72-73: «Así puede comprenderse la reiteración histórica de la afirmación de que la substanciación de los problemas de culpabilidad en sede de antijuridicidad perjudica esencialmente el propio fundamento del Derecho... De ahí que la doctrina y jurisprudencia penales dominantes hayan preferido remitir los motivos de conciencia al terreno conceptual de la culpabilidad... La conclusión es, según esto, obvia: los motivos de conciencia no pueden imponerse sobre el Derecho, aunque, si se admite su eficacia en Derecho penal, pueden fundamentar, en el mejor de los casos, un supuesto de excepción personal al deber general en el caso concreto, es decir una causa de influencia bien excluyente, bien atenuatoria, sobre la culpabilidad de las personas».

³¹ J. M. GÓMEZ BENÍTEZ: «Consideraciones sobre lo antijurídico...», cit., p. 77.

ma defensa y el estado de necesidad, cabe dar cobertura a las acciones de desobediencia civil.

Para ver esto con más claridad hay que partir de un concepto, de lo que se entiende por legítima defensa. A tenor del artículo 20.4º del Código Penal español de 1995 está exento de responsabilidad criminal *«el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor»*.

Decimos que no concuerdan bien los requisitos de la legítima defensa y los de la desobediencia civil, en primer lugar porque en ésta no se da el requisito esencial de aquella: la «agresión ilegítima». Por agresión se entiende generalmente una «acción». Si hay falta de acción y el peligro procede de movimientos involuntarios o inconscientes, no cabe responder en legítima defensa, aunque sí cabe el estado de necesidad defensivo. Sólo en muy raras ocasiones cabe la comisión por omisión en el concepto de agresión. En los supuestos de desobediencia civil ocurre justamente lo contrario y sólo en un sentido figurado podemos decir que somos objeto de una agresión por parte del Estado. El Estado lo más que hace es hacer peligrar un determinado valor nuestro, como en el supuesto de estado de necesidad. La agresión es de carácter permanente, no puntual; moral, no externa o física; y básicamente omisiva, no comisiva. Además, en la desobediencia civil faltaría el «dolo» inherente a toda agresión —ya etimológicamente agredir supone atacar con voluntad de lesionar—. El Estado tiene una política en una determinada dirección pero a menudo no intenta dolosamente agredir a los ciudadanos, ni siquiera perturbarles, sino que más bien son determinados sectores de la ciudadanía los que indirectamente, de

una manera tangencial, como de refilón, se ven perjudicados a consecuencia de esa política. Muy forzadamente tenemos que interpretar el concepto de agresión como «acción dolosa» para entender que los supuestos de desobediencia civil se subsumen en él.

Pero no sólo no cabe amparar las acciones de desobediencia civil en la noción de agresión. No cabe ampararlas tampoco, y especialmente, en el concepto de agresión «ilegítima». Aunque el legislador penal lo exprese mal —sería más correcto hablar de agresión ilegal—, la legítima defensa presupone la antijuridicidad de la agresión. Además se exige que esa antijuridicidad revista la forma típica de delito o de falta. No basta con que el agredido considere, desde su punto de vista, que se ha producido agresión. Se exige una ilicitud objetiva bajo la modalidad de un delito o de una falta. No es una antijuridicidad subjetiva, sino objetiva. La agresión tiene que ser penalmente típica y afectar a bienes jurídicos penalmente protegidos de un modo típicamente relevante para ser delito o al menos falta. Y resulta claro que esto no se produce en la desobediencia civil, en la que la antijuridicidad se presume en principio y la carga de la prueba corre a cargo del desobediente civil, que es el que viola la ley. En este sentido puede afirmarse que en la desobediencia civil hay una antinomia entre una legalidad injusta —la del Estado— y una ilegalidad justa —por parte del desobediente civil—. Frente a agresiones atípicas a bienes no protegidos penalmente, no cabe legítima defensa, aunque sí estado de necesidad defensivo.

Tampoco se verifica siempre en la desobediencia civil el requisito propio de la legítima defensa de la «actualidad de la agresión —y de la defensa—». La agresión comienza a ser actual desde el momento en que el peligro que crea haga inaplazable actuar, pues de lo contrario habría riesgo de que una posterior defensa fuese insegura o ineficaz. Esto no concurre en la desobediencia civil, en la que no se actúa de una manera instantánea e impulsiva, sino como consecuencia de un proceso de toma de conciencia reflexi-

va de la situación existente y de los medios a emplear para solucionarla.

El artículo 20.4º dice: el que obre en defensa «*de la persona o derechos propios o ajenos*». Quedan así excluidos del concepto de legítima defensa los ataques a bienes «colectivos o comunitarios», cuya defensa se atribuye exclusivamente a los órganos estatales, mientras que en la desobediencia civil son precisamente los bienes colectivos, de un grupo más o menos compacto, los que son objeto de defensa por los desobedientes. Es cierto que éstos hacen suyos los bienes que defienden, y que su lesión les puede afectar personalmente. Sin embargo, las acciones de desobediencia civil son de carácter colectivo y la defensa se realiza en cuanto miembro de un grupo y no a título personal.

Ya no en cuanto a los bienes jurídicos que se defienden, sino a los bienes jurídicos contra los que se dirige la defensa o que pueden por ella verse afectados, la legítima defensa sólo incluye la afectación de bienes del agresor, pero no la de bienes jurídicos ajenos al agresor, de terceros o de la comunidad, mientras que en la desobediencia civil a menudo se ven lesionados bienes de terceros o incluso los propios terceros como personas. Piénsese qué ocurriría en un acto de protesta o manifestación pública cuando interviene la policía para disolverlo. Aunque el desobediente civil en principio no busca el daño ajeno, a veces éste es necesario como consecuencia indirecta no deseada de su acción.

Otra diferencia entre la legítima defensa y la desobediencia civil —también relativa a la «defensa», ya no a la agresión— es que en la legítima defensa tal defensa es necesaria y racional. Es «necesaria» y no, como en la desobediencia civil «subsidiaria», tan sólo tras haber acudido a los demás cauces de solución posibles. Es «racional», pero no necesariamente proporcional, como en la desobediencia civil. En esto la legítima defensa se diferencia también del estado de necesidad, pues en ella, dado el carácter ilegítimo de la agresión, los bienes del agresor no están en situación de paridad con los bienes agredidos y basta con que racionalmente «*ex ante*» parezca que la defensa era nece-

saría con una determinada intensidad, aunque «*a posteriori*» resulte excesiva o se compruebe que no era realmente necesaria.

En lo que sí coinciden las tres figuras —legítima defensa, estado de necesidad y desobediencia civil— es en el requisito de la falta de provocación suficiente por parte del defensor o desobediente.

Por todo lo dicho —falta de coincidencia de los requisitos constitutivos— podemos concluir afirmando que la desobediencia civil no tiene cabida directa en la legítima defensa. No tiene cabida directa en ella, pero sí indirecta, a través del llamado «estado de necesidad defensivo».

Se trata de un supuesto especial, mezcla de estado de necesidad y legítima defensa. Sería un estado de necesidad en el que la actuación salvadora reacciona contra una cosa o una persona que es precisamente la fuente creadora del peligro, aunque no llega a constituir una «agresión ilegítima» que justifique la legítima defensa. En el Derecho penal español el denominado «estado de necesidad defensivo» se admite como causa de justificación supralegal por analogía con la legítima defensa, por una parte, y con el estado de necesidad, por otra, puesto que se asemeja o coincide parcialmente con uno y otra. A semejanza de la legítima defensa, es posible causar un daño mayor que el que amenaza, pero al no haber agresión ilegítima, y a semejanza del estado de necesidad, la desproporción entre los males no puede ser excesivamente grande³².

³² Sobre el estado de necesidad defensivo, ver D. M. LUZÓN PEÑA: «Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo.(Derecho penal)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol.II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2916.