

Desobediencia paralegal

María José Falcón y Tella

Profesora titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Complutense de Madrid.

Con el nombre de «desobediencia paralegal» designamos una serie de «quebrantamientos conscientes e intencionales de una norma jurídica, de carácter público, colectivo, en principio pacífico, que apelan a principios éticos y cuyos autores aceptan voluntariamente la sanción». En esa línea se encuentran las actuaciones de Mohandas Karamchand Gandhi en la India, de Martin Luther King en Norteamérica o de Thoreau, también en los EEUU. A estos fenómenos se ha venido denominando como casos de desobediencia civil. Dichos supuestos no deben nunca confundirse con otros ejemplos de desobediencia a la ley de carácter claramente ilegal, al margen de la ley. Tal es el caso de la desobediencia revolucionaria, el terrorismo, la resistencia extrema, la rebelión, la guerrilla, la insurrección o los delitos comunes. Resulta evidente que cuando nos referimos a la desobediencia paralegal estamos aludiendo a aquella no a estas formas de infracción del ordenamiento. Sobre la desobediencia civil llevamos trabajando bastante tiempo¹. Aquí de lo que se trata es de explorar

¹ Este artículo es una conclusión del estudio que sobre la desobediencia civil llevamos a cabo como becarios del MEC en la Universidad de Harvard, durante los meses del verano de 1994 y, como «visiting schollar» en la Boalt Hall School of Law de la, en temas de desobediencia civil tan célebre, Universidad de Berkeley en California en los del verano de 1995. La investigación se prolongó con posterioridad en Alemania con la beca del MEC en las Universidades de Colonia y Frankfurt, y en el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de esta última ciudad en los meses del verano de 1998, así como en estancias más cortas, como la realizada como becaria en la Universidad de «La Sapienza» de Roma, bajo la dirección de Sergio Cotta y Bruno Romano en junio de 1996. El resultado de esta actividad investigadora fue el extenso trabajo publicado bajo el

un aspecto particular del fenómeno: su carácter paralegal o paracivil: legal en cuanto civil, ilegal en cuanto desobediencia.

título «La desobediencia civil» este año en Madrid por la Editorial Marcial Pons. En dicho trabajo se encuentra una exhaustiva referencia bibliográfica sobre el tema. Por lo que se refiere a nosotros, nos han servido en su elaboración nuestros trabajos sobre la desobediencia civil y algunos otros relacionados con temas conexos, publicados en revistas españolas y extranjeras. Para mayor detalle ver los siguientes: FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ: *El argumento analógico en el Derecho*. Madrid. Civitas. 1991. Prólogo de José Iturmendi Morales./ *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*, Madrid, Civitas, 1994. Prólogo de François Ost. Trad. al portugués por Stefani Borba de Rose Trunfo. Brasil. Triángulo. 1998. Trad. al inglés por Peter Muckley. / «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil», en VVAA: *Guerra, Moral y Derecho*, Madrid, Actas, 1994, pp. 215-257. / «Constitución española de 1978 y Estado social y democrático de Derecho», en VVAA: «El Estado de Derecho en la España de hoy», Madrid, Actas, 1996, pp. 169-237. / «Should we obey the unjust law? The question of civil disobedience», en *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXIII, 1997, pp. 11-37. / «La désobéissance civile», en *Revue Interdisciplinaire D'Études Juridiques*, 39, 1997, pp. 27-67. / «Los precedentes de la desobediencia civil en el mundo griego», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 90, 1998, pp. 67-87. / «Principal realist theories of efficacy and obedience to the law», en el *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXV, nº 1 y 2, 1999, pp. 21-41. / «Legal validity and obedience to the law», en el *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXV, nº 1 y 2, 1999, pp. 89-101. / «La desobediencia civil como derecho», en *Cadernos de Direito da UNIGRANRIO*. Universidade do Grande Rio. Brasil. 1999, 1, pp. 15-29. / «Desobediencia civil y derecho de asilo», en *Revista Hispano-Cubana*, nº 6, 2000, pp. 159-165. / «Legal validity and civil disobedience», *Indian Institute of Comparative Law*, dirigido por el profesor Agrawal 2000. / «La desobediencia civil y la Constitución española de 1978: ¿Un derecho a la desobediencia?», en prensa en el Libro *Homenaje a Pablo Lucas Verdú*. / «El desobediente civil ante el Derecho penal», en prensa en el Libro *Homenaje a Antonio Hernández Gil*. / «Legal justification for civil disobedience», Ponencia presentada al Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, celebrado en Nueva York, del 23 al 30 de junio de 1999, en prensa. «Legal justification for civil disobedience. Is it possible?», en prensa en el *Indian Socio-Legal Journal*. 2000. / «¿Un derecho a desobedecer la ley por analogía? Ensayo de una justificación jurídica de la desobediencia civil a través del argumento analógico», en prensa en la *Antología sobre Derechos Humanos*. Ayuntamiento de Tlanleplanta de Baz (Méjico). / «Guerra, Moral y Derecho: sobre la justificación de la guerra» y «La objeción de conciencia y la insumisión como formas de desobediencia al Derecho», ambos artículos en prensa en *Cadernos de Direito da UNIGRANRIO* / «Principales conséquences à propos de la possibilité de parler d'un droit à la désobéissance civile sur le plan juridique», en prensa en la *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*. En el futuro, el presente trabajo nos servirá para el desarrollo de un seminario sobre el tema de la desobediencia civil como derecho, por invitación del profesor François Ost, en la prestigiosa Academie Européenne de Theorie du Droit, de Bruselas, que dirige. También estamos invitados, en nuestra condición

En efecto, para que exista desobediencia civil tiene que producirse una conducta ilegal, pero se trata de una ilegalidad «sui generis», que muestra un cierto respeto por el sistema jurídico en su conjunto. Examinaremos la desobediencia civil como acto ilegal, analizando por separado, por un lado, las normas jurídicas como «objeto» de la infracción y, por otro, la «forma» de la infracción, que da lugar a dos tipos de desobediencia civil: la directa y la indirecta.

La desobediencia civil es un «quebrantamiento» de una norma jurídica, de carácter omisivo más que comisivo. Dice Bobbio que consiste en no hacer lo que se ordena más que en hacer lo que está prohibido, aunque otros piensan lo contrario² o contemplan ambas posibilidades como desobediencia civil³.

En cuanto quebrantamiento de normas jurídicas, la desobediencia civil es ilegal⁴. Las acciones legales, aunque se

de Director del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, a impartir el curso Internacional de Especialización en Derechos Humanos, de 60 horas mínimo, en la Unigranrio —Universidade do Grande Rio— de Brasil sobre el tema de la desobediencia civil como derecho, en virtud del Convenio entre ambas instituciones, firmado en 1999. Actualmente este tema nos ocupa igualmente en el curso 1999-2000 del Instituto de Derechos Humanos, de validez como créditos de doctorado, impartido a licenciados en Derecho de varias nacionalidades en los locales de dicho instituto. Sobre el tema se encuentran actualmente bajo nuestra dirección en la Universidad Complutense algunas tesis doctorales, como la de Stefani Borba de Rose Trunfo o la de Carmen Saez Cabrera. Mantenemos igualmente contactos con la profesora del University College of London y la Université Paris XIII, Sophie Turenne, especialista por su tesis doctoral en el tema de la desobediencia civil, desde sus años de estudio en el Keble College de Oxford.

² A. H. CAMPBELL: «La morale della disubbidienza alla legge», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967, pp. 657-658, distingue tres supuestos: que la ley prohíba, que la ley permita y que la ley ordene. La inobservancia de cada uno de ellos daría lugar según el autor a desobediencia, oposición ilegal, o resistencia. Según Campbell la desobediencia civil sería hacer lo que está prohibido.

³ MICHAEL BAYLES: «The justifiability of civil disobedience», en *Review of Metaphysics*, septiembre, 1970, pp. 4-11. Ver también ITURMENDI MORALES, José: «Proceso y muerte de Sócrates. Un sabio ante la justicia de su tiempo», en *Grandes Abogados, grandes procesos que hicieron historia*. Pamplona. Aranzadi. 1977, pp. 155-158

⁴ Sobre el tema ver JOSEPH BETZ: «Can civil disobedience be justified?», en *Social Theory and Practice*, vol. I, n° 2, otoño 1970, pp. 13-14. MORRIS D. FOR-

realicen como actos de protesta, no constituyen desobediencia civil. Existen algunos casos fronterizos como, por ejemplo, cuando una persona viola una ley con el fin de cuestionar su constitucionalidad. Estas situaciones son conocidas como pleitos de ensayo, causas instrumentales, «test cases» en el lenguaje anglosajón, y de ellas nos ocuparemos más detenidamente más adelante, limitándonos aquí a hacer algunas consideraciones generales al respecto. Si el desobediente gana su caso, si su reto a la ley por él considerada inconstitucional sale victorioso ¿cabe afirmar que su acción no constituye desobediencia civil? A nuestro juicio en estos supuestos hay ilicitud en sentido formal, pero no ilegitimidad en sentido material. Y para aquellos para quienes la ley injusta no es Derecho, ni siquiera existiría ilicitud, nunca hubo ilegalidad, pues tampoco hubo ley.

No obstante, ¿no peca un poco de falta de realismo despojar «retroactivamente» a un acto que subjetivamente fue realizado como un reto a la ley de su carácter de desobediencia civil, sólo porque finalmente se le de la razón al desobediente? ¿No es tal postura más adecuada al Derecho de los libros que al Derecho en acción? Dice Freeman que la cuestión es un asunto que depende de la intencionalidad o miras mentales de la persona que se ve envuelta en la desobediencia, y si ella considera que ha violado la ley para retarla, eso sería desobediencia civil, aunque pos-

KOSH: «Attacks on the constitution, violence and the necessity for disobedience», en *Fordham Law Review*, vol. XXXV, 1966-1967, pp. 102-107. ROBERT B. MCKAY: «Protest and dissent: action and reaction», en *Utah Law Review*, vol. 10, nº 1, julio 1966, p. 25. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO: «Dos visiones de la desobediencia. Ética discursiva contra teoría de sistemas», en R. Macía Manso (ed.): *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (28 a 30 de marzo de 1990)*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 210-212. ANDRÉS GARCÍA INDA: «Estado y desobediencia civil (Notas para una aproximación al tema)», en R. Macía (ed.): «Obligatoriedad y Derecho», *op. cit.*, p. 260. MICHAEL WALZER: *Obligations. Essays on disobedience, war and citizenship*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1970, pp. 241-249. H. A. FREEMAN: «Moral preemption. Part I: The case for the disobedient», en *The Hastings Law Journal*, 17, 1965-1966, pp. 429-430 y 425. JORGE FRANCISCO MALEM SEÑA: *Concepto y Justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 150.

teriormente se determine que dicha ley debe ceder ante un principio a ella superior. Además restringir la desobediencia civil por definición a los casos de violaciones de una ley válida no es tan fácil, porque el carácter de válido o inválido está normalmente en disputa en el momento de la decisión. Por eso tal vez sería mejor definir la desobediencia civil como «un acto que o es en el momento presente efectivamente ilegal o es “tratado como” si fuese ilegal»⁵.

Quizás lo más adecuado sería considerar que la desobediencia civil no es ni completamente legal, como algunos mantienen, ni completamente ilegal, como argumentan muchos otros: La legalidad y la ilegalidad no son contradictorias, sino contrarias —los dos extremos de un mismo género—. De hecho sería útil pensar en grados de legalidad (o, a la inversa, de ilegalidad). En este sentido un acto de desobediencia civil es una ilegalidad benigna o bien, se podría decir, una ilegalidad técnica, pero no una ilegalidad sustancial. MacGuigan expresa esta situación intermedia entre la legalidad y la ilegalidad reconociendo un nuevo ámbito de «paralegalidad» (empleando el prefijo griego, «para», que significa «al lado de» o «próximo a»). Lo paralegal es algo menos que lo completamente legal, pero algo más que lo claramente ilegal, pues participa de los caracteres de ambas, la legalidad y la ilegalidad. El desobediente civil estaría así en el ámbito de lo paralegal. En consecuencia, aunque no podría perdonársele por completo (pues su acción es en cierto grado ilegal), tendría derecho a una sentencia más benigna de lo normal (pues su acción es en cierta medida legal)⁶.

⁵ M. R. MACGUIGAN: «Democracy and civil disobedience», en *Canadian Bar Review*, 49, 1971, pp. 255-256. HARROP A. FREEMAN: «The right of protest and civil disobedience», en *Indiana Law Journal*, vol. 41, n.º 2, invierno 1966, pp. 235-236. MATTHEW LIPPMAN: «Civil disobedience: the dictates of conscience versus the rule of law», en *Washburn Law Journal*, vol. 26, n.º 2, 1987, pp. 235-236. R. FORCE: *Civil disobedience: a conglomerate review*, cit., pp. 31-34, considera que la desobediencia civil está entre el reto a la ley —«civil challenge»— y el ejercicio de un derecho constitucional.

⁶ M. R. MACGUIGAN: *Democracy and civil disobedience*, cit., pp. 258-260.

En la desobediencia civil se trataría de perseguir fines morales por medio de acciones ilegales, con lo que la legitimidad/ilegalidad estarían al 50%⁷. Es la diferencia entre que la desobediencia civil sea correcta, justa materialmente —«to be right»— y que exista un derecho —«to have a right»— formal, como tal derecho, a desobedecer civilmente⁸. En realidad, en la desobediencia civil se producen conflictos de normas entre, por ejemplo, una ley nacional y una ley internacional, o entre una ley positiva y un principio suprapositivo, de tal manera que lo que conforme a aquella ley es correcto, conforme a la otra no lo es. De ahí que en los actos de desobediencia civil se pueda hablar al mismo tiempo de legalidad e ilegalidad⁹.

En el tema de la ilicitud de la desobediencia civil cabe hacer algunas matizaciones más. En realidad la ilegalidad de un acto depende de las autoridades que califican el acto como tal, no de los desobedientes civiles, que pueden considerar dicho acto como legal. Es más, no sólo no es preciso que quienes realicen los actos de desobediencia consideren su conducta ilegal, sino ni siquiera que lo hagan las autoridades, que en principio pueden formular acusaciones contra ellos con un mero fin retardatorio. Quizás sean entonces estas autoridades, y no el desobediente civil, quienes actúan ilegalmente. Lo que sí debe entrañar la desobediencia civil es la violación de una norma que, aunque considerada obligatoria por las autoridades locales, esté sujeta a invalidez por los tribunales¹⁰. De hecho lo

⁷ G. COSI: *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 71.

⁸ S. R. ALTON: «In the wake of Thoreau: Four legal philosophers and the theory of nonviolent civil disobedience», en *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 24, nº 1, otoño 1992, p. 47.

⁹ CH. BAY: «Civil disobedience: prerequisite for democracy in mass society» (Trabajo preparado para el *Annual Meeting of the American Political Science Association*, New York city, 6-10 de septiembre de 1966), en David Spitz (ed.): *Political theory and social change*, New York, Atherton Press, 1967, pp 163-183; y en J. G. MURPHY: *Civil disobedience and violence*, Belmont, California, Wadsworth Publishing Company, 1971. p. 78. M. LIPPMAN: «Civil disobedience: the dictates of conscience...», cit., pp. 235-236.

¹⁰ ELLIOT M. ZASHIN: *Civil disobedience and democracy*, New York, The Free Press, 1972, pp. 110-111 y 114.

que se produce en la desobediencia civil es un conflicto de interpretaciones¹¹, cuya última palabra la tiene el Tribunal Supremo. Pero no acaba tampoco con sus resoluciones la desobediencia civil, pues las mismas pueden ser erróneas y, por otro lado, no vinculan definitivamente, pudiendo el propio Tribunal Supremo cambiar su línea jurisprudencial. Además, los códigos y constituciones son cuerpos petrificados, que a menudo hacen necesaria su actualización a través de una reforma que provenga de fuera, como en el caso de la desobediencia civil. No olvidemos que el Derecho, como el sábado, están hechos para las personas y no éstas para el Derecho. Pero es que, además, aunque jurisprudencialmente se dé la razón al desobediente civil, reconociendo sus derechos, eso no basta. Este ha de estar en condiciones de ejercerlos y disfrutarlos efectivamente¹².

Ya hemos analizado el carácter de «quebrantamiento» de la desobediencia civil. Se hace preciso ahora referirnos al objeto del que se predica ese quebrantamiento: las normas jurídicas. La desobediencia civil en cuanto violación normativa se refiere a «normas jurídicas», pero a través de actos jurídicos. La diferencia entre ambos conceptos, el de norma y el de acto jurídico, es que, mientras las primeras son estáticas, los actos jurídicos son dinámicos, pudiendo incidir sobre las normas creándolas, modificándolas o extinguiéndolas.

Por otra parte, hay que distinguir la desobediencia civil, como violación de una norma jurídica, de la violación de una norma no jurídica, como puede ser una norma moral o un mero uso social. De hecho a menudo la desobediencia civil no sólo no desobedece el precepto moral, sino que tiene en su observancia su propia razón de ser. Frente a esta idea, Bay¹³ considera la norma a desobedecer, aun-

¹¹ BRIAN SMART: «Defining civil disobedience», en *Inquiry*, n. 21, 1978, p. 267: el desobediente lo que hace es «un desafío deliberado a la interpretación oficial de la ley».

¹² JUAN CLAUDIO ACINAS: «Sobre los límites de la desobediencia civil», en *Sistema* 97, julio 1990, pp. 105-107.

¹³ CHRISTIAN BAY: Voz «desobediencia civil» en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, vol. 3, Madrid, Aguilar, 1974, p. 634. Del mismo autor con

que por lo general una norma jurídica, en todo caso cualquier norma que acarree un castigo, olvidando quizás que esta nota de la imposición de un castigo en el caso de incumplimiento es precisamente la nota clave que distingue lo jurídico, frente al castigo intangible o ultraterreno de la Moral y frente a la inaceptación o exclusión del grupo social del que se forma parte, en los usos sociales.

Por otro lado, como observa Malem Seña¹⁴, puede calificarse de desobediencia civil la transgresión de «normas de grupos subsidiarios del Estado, como por ejemplo disposiciones dictadas por las universidades u otros entes o asociaciones de carácter público o privado». Es el caso de la violación deliberada de los reglamentos de un colegio, un club u otras regulaciones que no tienen la sanción de la autoridad civil como soporte. El castigo de la desobediencia de esas normas puede, sin embargo, en ciertas circunstancias ser bastante severo —por ejemplo, la expulsión de una universidad—. Por eso, podría justificarse el tratamiento de las violaciones deliberadas de esas reglas como casos marginales de desobediencia civil o como supuestos cercanos a la desobediencia civil. En su sentido estricto, sin embargo, la desobediencia civil entraña la violación de las normas de la ciudadanía, de la ley de la comunidad política —ciudad o país— de las cuales es miembro el propio desobediente civil¹⁵.

Más difícil es saber cómo catalogar aquellas situaciones en las que es el Estado mismo el que actúa ilegalmente y quizás también conscientemente. Coffin y Morris sostienen que el Estado y el gobierno caen en situaciones de de-

CHARLES WALKER ver *Civil Disobedience*. Theory and practice, Montreal, Black Rose Books, 1975.

¹⁴ J. F. MALEM SEÑA: «Concepto y justificación de la desobediencia civil», *op. cit.*, p. 61.

¹⁵ CARL COHEN: *Civil disobedience. Conscience, tactics and the law*, New York and London, Columbia University Press, 1971, pp. 8-10. Hay autores que consideran la desobediencia civil a normas de una autoridad que no sea el Estado como desobediencia civil. En estos casos se acuña la expresión de desobediencia para-civil. Así pueden citarse a MICHAEL WALZER, en «Civil disobedience and corporate authority», que es el capítulo 2 de su «Obligations: Essays on disobedience, war and citizenship», New York, Simon and Schuster, 1971, pp. 24-25.

sobediencia civil con gran frecuencia, señalando como ejemplos algunas de las actuaciones ilegales de los miembros de la Administración de los Estados Unidos durante el mandato de Nixon¹⁶. A nuestro juicio, en estos supuestos habría que distinguir entre la actuación de dichas personas a título personal y su actuación en cuanto representantes de una función pública. En los casos de desobediencia a las normas estatales se consideraría que el que las infringe es el ciudadano en cuanto individuo y no en cuanto representante del Estado. Los actos inmorales se imputan a las personas, no al Estado.

Por tanto se puede afirmar que, mientras el individuo debe obedecer todas las normas jurídicas sin excepción, el Estado puede elegir entre obedecer o no y no existen sanciones ulteriores para el caso de desobediencia. Aunque esperamos que el gobierno, al igual que el individuo, estén vinculados por todas las normas jurídicas, esto a menudo es sólo eso, una expectativa, mientras que respecto a los individuos es un hecho. El gobierno y el ciudadano no se encuentran en un plano de igualdad en este tema. El gobierno coge y elige entre las normas que aplica y aquellas que ignora. Aunque no lo haga directamente, hay muchos cauces indirectos a través de los que esto es así. Además, cuando es el gobierno el que viola la ley —por ejemplo, una nación violando los tratados internacionales y cometiendo asesinatos en masa— no necesariamente existe un órgano sobre él para imponerle una sanción, como ocurre con el ciudadano¹⁷.

En estos casos quizás sea útil distinguir entre la desobediencia al poder y la desobediencia a la ley. Aunque a menudo ambas vayan de la mano, y la desobediencia a la ley implique a la vez desobediencia al poder que impone esa ley, y viceversa, en el ejemplo que nos ocupa —la in-

¹⁶ W. S. COFFIN; M.I. LEIBMAN: «Civil disobedience: aid or hindrance to justice?», cit., p. 61. y DAVID R. WEBER: *Civil disobedience in America: A documentary history*, Ithaca y New York, Cornell University Press, 1978, capítulos 43 y 44.

¹⁷ HOWARD ZINN: *Disobedience and democracy. Nine fallacies on law and order*, New York, Vintage Books. Random House, 1968, pp. 23-24.

fracción de normas jurídicas por los representantes del Estado— no sería así. Realmente estaríamos ante una situación en la cual se viola una ley pero desde el propio poder. También cabría la situación inversa —de desobediencia sólo al poder—, por ejemplo, los chilenos que murieron en septiembre de 1973 por obedecer la ley, lo cual suponía desobediencia al poder, que no acataba esa ley¹⁸.

Para ver quien puede desobedecer la ley hay que ver primero quienes son los destinatarios de esa ley. Aunque a este respecto hay posturas innovadoras, como la de Ross, que señalan que la ley se dirige primariamente al juez, pues es él el que impone la sanción en el caso de violación normativa, según la tesis tradicional los destinatarios primarios de las normas son los ciudadanos, y los jueces y tribunales son sólo destinatarios secundarios, en caso de infracción de una norma primaria o de conducta. En este sentido, la desobediencia civil se predica primariamente de la ciudadanía, del «cives», siendo más cuestionable si cabe la desobediencia civil de los jueces y tribunales¹⁹ —no

¹⁸ Hace esta distinción entre desobediencia a la ley y desobediencia al poder NORBERTO ÁLVAREZ: «La “desobediencia civil”. Delimitación conceptual», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, p. 527.

¹⁹ Seguimos en el desarrollo de este punto la aportación de RAFAEL DE ASÍS ROIG: «Las tres conciencias», en *VVAA: Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*. Edición a cargo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1993. esp. pp. 27-31.

La labor de aplicar e interpretar la ley en los supuestos de desobediencia civil y la decisión sobre la sanción a imponer en su caso al desobediente civil corresponden al aplicador e intérprete por excelencia del Derecho: el juez. La labor del juez está presidida por una serie de principios.

En primer lugar se encuentra el principio de «independencia de los jueces». Pero la independencia judicial no quiere decir que el juez pueda actuar según su conciencia con total libertad, sino que significa que su labor debe de estar desvinculada de postulados políticos, éticos o económicos.

Un segundo postulado que debe presidir la tarea del juez es el principio de «sometimiento al Derecho». Los jueces son independientes, pero deben estar sometidos al imperio de la ley (a tenor de los artículos 9.1 —«Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»— y 117 —«La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»— de la Constitución española de 1978). Esto quiere decir que las decisiones judiciales

en cuanto ciudadanos, pues esto es claro que sí cabe, sino en cuanto representantes del poder judicial—. En cualquier caso, conviene destacar que la desobediencia civil tal

deben fundarse jurídicamente para garantizar la seguridad jurídica. No obstante, esto no impide atribuir al juez cierto margen discrecional de creación, pues en nuestros días la revuelta antiformalista ha supuesto una evolución del principio de legalidad que hace que la labor del juez no sea meramente declarativa y silogística.

Existe, como tercer principio regulador de lo que debe ser la actuación judicial, lo que se conoce como «conciencia social del juez». El juez —el poder judicial—, como integrante del concepto amplio de Estado, debe representar y encarar la conciencia social, si bien, una vez más, dentro de los márgenes trazados por el ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, al servicio de la certeza jurídica en las relaciones sociales.

Hemos visto, pues, como la conciencia social, por un lado, y el ordenamiento jurídico, por otro, actúan como dos puntos de referencia que deben marcar la actuación del juez en la aplicación-interpretación del Derecho en general. Pero, nos queda un tercer factor a tener en cuenta en este análisis de los principios que presiden la labor judicial: la conciencia individual. El juez, aunque represente al Estado y sirva al Derecho, en cuanto ser individual tiene una conciencia personal de la que no puede renegar. ¿Cuál es el papel de la conciencia individual en la tarea del juez? O, en otras palabras ¿existe un derecho del juez a la objeción de conciencia? Esta cuestión es especialmente relevante en materia de desobediencia civil. ¿Puede el juez, ante un caso de desobediencia civil objetar en conciencia contra la ley a aplicar por considerar justa la conducta del desobediente y/o por estimar excesiva la pena a imponerle?

A continuación nos vamos a referir a algunas vías judiciales a través de las cuales el juez puede eximirse de cumplir la ley objetando en conciencia. Hacemos la salvedad de que al hablar aquí de objeción de conciencia del juez estamos manejando estos términos en un sentido un tanto impropio, distinto, por ejemplo, a como lo haríamos al hablar de la objeción de un recluta a realizar el servicio militar —figura reconocida en el artículo 30.2 de la Constitución española de 1978—. La cuestión no es confundir la desobediencia civil con la objeción de conciencia, figuras distintas, sino ver si ante un caso de desobediencia civil, cabe una cierta objeción de conciencia del juez —aunque sea en un sentido amplio y algo impropio—. Teniendo en cuenta esta precisión técnica, pasamos sin más preámbulos al análisis de las tres vías de objeción del juez a la ley indicadas.

Un primer cauce de actuación del juez que en conciencia considera injusta la ley a aplicar es «inhibirse y remitir a otro miembro del poder judicial». Esta vía es en principio posible, aunque, repetimos, no se llame técnicamente objeción. En este sentido el artículo 4.3 del Código penal español de 1995 establece que: «Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo». En el supuesto de desobediencia civil se dan normalmente estas circunstancias, dados

y como normalmente es entendida se limita al primer supuesto²⁰.

Lo anteriormente dicho se refiere a los sujetos capaces de desobediencia civil —al ámbito subjetivo o personal de la figura—. Pero, volviendo a la cuestión material u objeto de la desobediencia civil, las normas jurídicas, parecería a primera vista que si el que desobedece civilmente es el

los móviles en principio altruistas del desobediente civil, que apela a principios éticos, se somete voluntariamente a las sanciones y actúa pacíficamente, y dada la inexistencia de un tipo penal concreto que contemple la figura de la desobediencia civil, en la que, por otra parte, pueden concurrir circunstancias eximentes o atenuantes. No en vano no hay que confundir la desobediencia civil con la desobediencia criminal, que carece de tales características. No parece adecuado castigar con la misma dureza al desobediente civil que al delincuente común.

Otra posible vía de actuación del juez ante un caso de desobediencia civil que según su conciencia considera legítimo sería «dictar una resolución conforme a su conciencia, pero contraria a Derecho». Esta segunda solución parece en principio más difícil de admitir que la anterior, pues el juez es un funcionario público con una obligación de obediencia cualificada. A menos, y esto sería ya rizar el rizo, que contraargumentemos diciendo que el juez puede dictar una resolución contraria a Derecho pese a ser un funcionario público sometido en el ejercicio de su función a la ley porque puede objetar también ante esa ley —en este caso, como hemos visto, ante la propia Constitución— que establece los términos y límites en el ejercicio de su función. Pero, decimos, esto parece excesivo porque la desobediencia civil supone el sometimiento al marco constitucional. Se desobedece una ley injusta pero se observa en línea de principio la Constitución. Y lo anterior sería quebrar uno de los principios constitucionales básicos del propio Estado de Derecho: el principio de legalidad.

Finalmente, el juez enfrentado a una ley a su juicio injusta que le obliga a castigar muy severamente al desobediente civil puede optar por una tercera vía de actuación: «utilizar las causas de abstención» previstas en la ley. Nuestro ordenamiento jurídico concede al juez la posibilidad de abstención, sin esperar a que se le recuse, por cualquier causa legalmente tasada, siempre que motive la abstención para evitar actuaciones irreflexivas, pudiendo dicho juez ser objeto de corrección disciplinaria, cuando su abstención no se encuentre suficientemente justificada. En el ordenamiento jurídico español una de las causas legales de abstención y, en su caso, de recusación es la de la amistad íntima o la de «tener el juez interés directo o indirecto en el pleito o causa». Es a través del concepto de interés directo o indirecto en el pleito como tiene entrada la posibilidad de objeción de conciencia del juez en un caso de desobediencia civil. Podría así el juez argumentar que posee un interés directo o indirecto en la causa, al estar en conciencia en desacuerdo con el sentido de la norma. Esta tercera vía, de la abstención, es lo más parecido a una objeción de conciencia del juez ante un caso de desobediencia civil.

²⁰ N. ÁLVAREZ: «La desobediencia civil? Delimitación conceptual», cit., pp. 527-528.

ciudadano, la norma a desobedecer civilmente será una norma a él dirigida, es decir, una norma de conducta o norma primaria, y no una norma sancionadora o norma secundaria, pues ésta va dirigida a los jueces y tribunales. Pero ¿cabe la desobediencia civil respecto de todas las normas de conducta? Ya hemos hecho una primera matización al referirnos a las normas de ámbito no estatal u oficial como objeto indirecto de la desobediencia civil, siendo las normas de corporaciones por debajo del Estado, por ejemplo una universidad, sólo indirectamente objeto posible de la desobediencia civil. A esta precisión respecto al objeto material, a los tipos de normas susceptibles de desobediencia civil, cabe añadir algunas otras.

En primer lugar, hay normas que no requieren o prohíben la realización de ningún acto en absoluto y, por tanto, no pueden ser desobedecidas. Por ejemplo, las leyes que hacen inválido un testamento si no se observan en él determinados requisitos formales. Una ley de este tipo obviamente no impone obligación alguna de realizar testamento. En caso de incumplimiento de los requisitos formales exigidos para hacer testamento lo más que ocurre es que dicho testamento es nulo. Tal es el caso también de aquellas leyes que imponen ciertas obligaciones legales, pero cuyo incumplimiento no supone actuación ilegal alguna y, por consiguiente, tampoco desobediencia civil. Por ejemplo, es el supuesto de incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas de un contrato. Para poder hablar de la desobediencia a la ley o de la obligación de obedecer la ley es preciso que estemos en presencia de una violación o desobediencia a una ley penal²¹. Esto no quiere decir, sin embargo, que los destinatarios de las normas objeto de desobediencia civil sean los jueces. En realidad, como decíamos, tales destinatarios son los ciudadanos y lo que realizan es una conducta, el objeto de la violación son normas de conducta. Lo que pasa es que para que haya desobediencia civil tales normas de conducta deben ir

²¹ RICHARD A. WASSERSTROM: «Disobeying the law», en *Journal of Philosophy*, vol. LVIII, nº 21, octubre 1961, pp. 642-643.

acompañadas de una segunda norma que imponga una sanción para el caso de incumplimiento de la norma primaria. Si se trata simplemente de conductas permitidas o de conductas indiferentes, neutras jurídicamente, su incumplimiento no será un acto ilegal y no estaremos ante un supuesto de desobediencia civil. Es preciso que se trate de normas obligatorias o de normas prohibitivas que vayan acompañadas de sanción jurídica para el caso de incumplimiento.

También en cuanto al tema del objeto de la desobediencia civil, dice Bedau que la misma puede dirigirse no sólo contra normas jurídicas, sino también contra «programas o decisiones del gobierno»²². En la misma línea, Acinas habla de violación de ley, disposición gubernamental u orden de la autoridad²³. Sin embargo no existe acuerdo absoluto sobre este punto y así, por ejemplo, Wyzanski insiste en que la desobediencia civil debe entrañar la violación de una ley y no simplemente la de una política gubernativa²⁴.

En cualquier caso, la infracción o violación en que consiste la desobediencia civil ha de poder referirse «en principio» a toda la legalidad estatal, es decir, a cualquier norma dentro de ella, desde la Constitución (a salvo siempre, eso sí, un mínimo consenso sobre los principios base) hasta las ordenanzas y disposiciones municipales. Pero, «en concreto», en cuanto civil, sólo es referible contra una o unas pocas normas determinadas²⁵ y raramente contra la Constitución, a la que suele darse la adhesión.

²² Recogido en MAYELA RUIZ MURILLO: «Convergencias y divergencias en el concepto y la naturaleza de la desobediencia civil y la objeción de conciencia a partir de la teoría de la justicia de John Rawls», Tesina de especialización, dirigida por Jesús Lima Torrado, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, texto mecanografiado, 1989, p. 154.

²³ J. C. ACINAS: «Sobre los límites de la desobediencia civil», en *Sistema*, 97, Julio, 1990, p. 100.

²⁴ CHARLES E. WYZANSKI, JR.: «On civil disobedience and draft resistance», en H. A. BEDAU: «Civil disobedience. Theory and practice», *op. cit.*, p. 194. Originalmente en *The Atlantic Monthly*, CCXXI, febrero, 1968, pp. 58-60.

²⁵ J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: «La desobediencia civil», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, nº 5, mayo-agosto, 1982, p. 96. Del mismo autor ver el último capítulo (pp. 181 y ss.) de sus *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Dere-

En verdad, hay quienes han entendido esa lealtad constitucional como adhesión o respeto a todos los preceptos de la Constitución, condición necesaria para poder hablar de desobediencia civil. Sin embargo, como dice Marina Gascón Abellán, es dudoso que en la actualidad pueda considerarse adecuado este enfoque, aunque sólo sea por que de ser así estaríamos requiriendo de los desobedientes un grado de adhesión al sistema que el propio sistema no exige de la generalidad de los ciudadanos. Aunque la constitución, como toda norma jurídica tenga vocación de obediencia por parte de los ciudadanos, ello no significa que exija una adhesión moral a todas sus prescripciones, ni que prohíba su crítica, ni, en fin, que excluya su reforma. Lo que sí hay que respetar son las reglas del juego²⁶. Una sociedad pluralista no debe excluir la defensa de ninguna concepción del Estado; tan sólo puede exigir el respeto de las reglas de la convivencia, del principio del respeto de la decisión de la mayoría y la no imposición por la fuerza de ninguna doctrina²⁷. Y esto lo verifica la desobediencia civil, pues aunque en el ordenamiento jurídico español no se

cho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, 3ª ed. y «El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, Madrid, 1969, pp. 67-83. Tb. en MACÍA, RAMÓN (ed.): *Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 443-458.

²⁶ De «respeto» a la Constitución en el sentido expresado por Raz —como una actitud compleja de lealtad y de identificación con la comunidad— habla Jesús Aquilino Fernández Suárez: «Algunas consideraciones sobre la obligación jurídica en la Constitución española», en R. MACÍA MANSO (ed.): «Obligatoriedad y Derecho», *op. cit.*, pp. 201 y 202: «La conclusión a que llegamos es que no es posible predicar la obligación moral general de obediencia a la Constitución, aunque sí es posible el mantener una actitud de respeto a la misma por razones de confianza y fidelidad al sistema político y a la propia Constitución como base del sistema jurídico. Bien entendido que el respeto como tal es propio y particular de cada ciudadano, por lo que es igualmente aceptable que quien no posea esa actitud no encuentre ninguna razón para la obediencia. Incluso es predicable que quien no comparta los valores y contenidos de la Constitución, desde un punto de vista moral se encuentre abocado a la disidencia, es decir, a manifestar su repulsa a la misma».

²⁷ M. GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección «El Derecho y la justicia», dirigida por Elías Díaz, prólogo de Luis Prieto Sanchís 1990, pp. 43-46.

prevé explícitamente un derecho de resistencia a nivel constitucional, hay una cierta diferencia entre no expresar una voluntad y expresar una voluntad en contra. Aunque la desobediencia civil no es un cauce legalmente previsto, negativamente tampoco es un cauce legalmente excluido, pues tampoco se contempla un delito de desobediencia civil.

Respecto a la cuestión de la falta de regulación legal de la desobediencia civil, dice Agustín Pérez Carrillo: «Entre los datos de filosofía política-moral se encuentra la tradición de que la desobediencia a la leyes injustas no está reglamentada. En una definición de desobediencia civil, una nota normalmente presente es la de constituir una violación a las normas jurídicas. En tal virtud, la alternativa de legislar para tratar a través de los procedimientos legales los actos de desobediencia civil es un regreso al infinito. En efecto, siempre existirá la posibilidad de no estar de acuerdo con la decisión de última instancia, incluso la emitida en un procedimiento para conocer los actos de desobediencia civil»²⁸.

En resumen, el ámbito de la desobediencia «cualitativamente» se extiende en principio a cualquier norma jurídica, incluso la Constitución —a salvo el bloque o núcleo central de constitucionalidad—, pero «cuantitativamente» se restringe a una/s determinadas. La desobediencia civil se refiere a una norma en concreto, no al ordenamiento jurídico en su conjunto²⁹. A esto es a lo que alude Bayles cuando califica la desobediencia civil de «selectiva»³⁰ o Acinas cuando la conceptúa de parcial o limitada³¹.

²⁸ A. PÉREZ CARRILLO: *Derechos humanos, desobediencia civil y delitos políticos*, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991, p. 159.

²⁹ TERESA SERRA: *Il disagio nel diritto. Stato punitivo e disobbedienza civile*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 196 y 201.

³⁰ M. BAYLES: *The justifiability of civil disobedience*, cit., p. 4.

³¹ J. C. ACINAS: «Sobre los límites de la desobediencia civil», cit., p. 101: «Por consiguiente, actos cuya finalidad suele ser de carácter parcial o limitado, referida a una parte más que a la totalidad del ordenamiento jurídico o del sistema político con el que, por lo demás, suele darse una identificación con sus fundamentos constitucionales».

Pero ni siquiera aquí se agota el objeto de la desobediencia. La desobediencia civil no sólo puede protestar contra una norma o política del Estado o de entidades infraestatales, una norma inferior o incluso la constitución en lo no esencial, sino que puede ir más allá y protestar contra la «ausencia» de una ley, regulación o política en determinado sentido. Es decir que la desobediencia civil funciona no sólo positivamente contra lo que ya hay, sino que incluso lo hace negativamente cuando se echa en falta una normativa que a juicio de los desobedientes debería existir³².

Cabe deslindar así la desobediencia civil del ejercicio de las por Rawls llamadas «causas instrumentales» —«test cases»—, que podríamos traducir como pleitos de ensayo destinados a verificar la interpretación de una nueva ley o la legalidad de una actuación pública³³. Se trata del problema de si las inobservancias legales cometidas con el propósito de instar la declaración de inconstitucionalidad de la ley violada constituyen en sentido estricto un acto de desobediencia civil o no. Lo constituyen para aquellos para quienes la ley violada sería tan eficaz como válida, al menos hasta el momento de su declaración de inconstitucionalidad. Incluso entonces lo más que habría sería anu-

³² M. BAYLES: «The justifiability of civil disobedience», cit., p. 15.

³³ J. RAWLS: «Teoría de la desobediencia civil», en R. M. DWORKIN: *La Filosofía del Derecho*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1977, cap. V, p. 175. Del mismo autor sobre el tema destacan también: «Two concepts of rules», en *Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 3-22. «Justice as fairness», en *Philosophical Review*, 67, 1958, pp. 164 y ss. «Die Rechtfertigung bürgerlichen Ungehorsams», en OTFRIED HÖFFE (ed.): «John Rawls Gerechtigkeit als Fairness», Freiburg y München, 1977, pp. 165 y ss. pp. 3-18; y en «The justification of civil disobedience», en *Revolution and the rule of law*, ed. por E. KENT y otros, New Jersey, Prentice Hall Inc. Englewood Cliffs, 1971, pp. 30-45; también en JAMES RACHELS: *Moral problems. A collection of philosophical essays*, New York, Harper and Row, 1971, pp. 125-140; trabajo originalmente presentado a los Meetings de la American Political Science Association en septiembre de 1966. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia, Madrid, Tecnos, 1986, traducción castellana de M.A. Rodilla, esp. el capítulo V, pp. 90-101. *A theory of justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, esp. secs. 55, 57 y 59; hay traducción castellana de María Dolores González Soler, 2ª reimpresión de la edición de 1979, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.

labilidad, con efectos sólo «ex nunc», para el futuro. No constituyen un acto de desobediencia civil para aquellos que consideran que una ley inconstitucional no es una ley propiamente dicha ni nunca lo ha sido, pues en esos casos se trata de una nulidad radical, que produce efectos de pasado, «ex tunc» o «ab initio».

Rex Martin, refiriéndose al sistema jurídico norteamericano, dice que si los que han promovido el desafío a la ley, tras haber agotado la vía judicial y haber llegado al tribunal jerárquicamente superior, acatan su decisión, aunque ésta sea desfavorable, no serán desobedientes civiles, pero si después de haber intentado el remedio judicial ante las más altas instancias y sin haberseles dado la razón, permaneciendo la ley contra la que se dirigen intacta, siguen todavía desobedeciéndola, entonces están desobedeciendo civilmente³⁴.

La cuestión más dudosa, sin embargo, sería el caso de que el Tribunal Supremo diese la razón a los desobedientes e invalidase la ley cuestionada, decisión que, por supuesto, acatarían. En estos supuestos —de acatamiento de una decisión favorable a la pretendida invalidez de la norma desobedecida— se plantea la duda de si la nulidad de la ley tiene efectos retroactivos, hacia el pasado, o sólo efectos cara al futuro. En el primer caso no habría desobediencia civil, pues la ley es nula «ab initio» —al no haber ley, tampoco habría habido violación de la ley—. Por el contrario, si los efectos de la declaración de nulidad de la ley desobedecida son únicamente hacia el futuro, la ley existía en el pasado como ley válida y, aunque luego se in-

³⁴ R. MARTIN: «Civil disobedience», en *Ethics*, vol. 80, n° 2, enero 1970, p. 126. Del mismo autor también sobre el tema, ver: «Socrates on disobedience to law», en *The Review of Metaphysics*, vol. XXIV, n° 1, septiembre 1970, pp. 21-38. «Conscientious actions and the concept of civil disobedience», en PETER A. FRENCH (ed.): *Conscientious actions. The revelation of the Pentagon papers*, Massachusetts, Schenkman Publishing Company, 1974, pp. 36-52. «Two ways of justifying civil disobedience», en PETER CAWS (ed.): *Two centuries of Philosophy in America*, Totowa, N. J.: Rowman and Littlefield, 1980, pp. 291-297. «Allegiance and the place of civil disobedience», en REX MARTIN: *A system of rights*. Oxford. Clarendon Press. 1993, pp. 185-217.

validase, sí que se habría producido el acto de violación de la ley como una auténtica acción de desobediencia civil.

Carl Cohen dice al respecto que, aunque «a posteriori» se le de la razón al que invoca el «test case», esto nunca puede significar que el acto sea «al mismo tiempo» ambas cosas «ilegal» y «legalmente justificado». La justificación legal anula cualquier rastro de desobediencia; y, a la inversa, la desobediencia a la ley anula cualquier rastro de justificación legal. Cuando el reto de la constitucionalidad —o de la aplicación constitucional— de una ley no obtiene éxito, hay desobediencia a la ley, pero no justificación legal. Cuando tal reto es exitoso, hay justificación legal, pero no desobediencia. No se pueden dar ambas al mismo tiempo. Lo más que puede haber es legalización con posterioridad de un acto inicialmente nulo³⁵.

Sobre este tema ya hemos hablado al referirnos a la «ilegalidad» como uno de los requisitos de la desobediencia civil, y al tema nos hemos referido también con más detenimiento en otros trabajos sobre la justificación de la desobediencia civil, intentando un ensayo de configuración de la existencia de un derecho subjetivo a la desobediencia civil. Se trata de una cuestión que se encuentra estrechamente relacionada con el tema de la validez del Derecho, dependiendo la respuesta que se de de la concepción de la validez que se defiende. Así, no será lo mismo mantener los postulados iusnaturalistas, que niegan a la ley injusta la condición misma de ley, que la de un positivista, para el

³⁵ C. COHEN: «Civil disobedience and the law», en *Rutgers Law Review*, vol. 21, nº 1, otoño 1966, pp. 7-9. Del mismo autor sobre el tema, también: «Essence and ethics of civil disobedience», en *The Nation*, vol. 198, 16-marzo-1964, pp. 257-562. «Law, speech and disobedience», en *The Nation*, 28-marzo-1966, pp. 357-362; «Defending civil disobedience», en *The Monist*, vol. 54, nº 4, octubre 1970, pp. 469-487. *Civil disobedience. Conscience, tactics and the law*, New York and London, Columbia, Cambridge University Press, 1971. «Militant morality: Civil disobedience and bioethics», en *Hastings Center Report*, 19, noviembre-diciembre 1989, pp. 23-25. Sobre el tema también Harrop A. Freeman: «Civil disobedience and the law», en *Rutgers Law Review*, vol. 21, nº 1, 1966, p. 18. Y ARCHIBALD COX: «Direct action, civil disobedience and the constitution», en ARCHIBALD COX —MARK DEWOLFE HOWE— J. R. WIGGINS: *Civil rights, the constitution and the courts*, Cambridge. Massachusetts. Harvard University Press. 1967, pp. 8-11.

cual la ley aunque injusta es ley, siempre que haya sido correctamente promulgada, o la de un realista, para el cual lo decisivo para determinar la existencia del Derecho es que sea eficaz, que sea obedecido por sus destinatarios. Por otro lado, la respuesta a la cuestión es diferente en los sistemas de Derecho anglosajón, por ejemplo en el estadounidense, y en sistemas continentales, como el español³⁶. Omitimos el desarrollo en profundidad del tema, limitándonos más bien al análisis de algunas cuestiones tangenciales que nos permitan distinguir la figura de la desobediencia civil de las «causas instrumentales».

Una primera diferencia entre la desobediencia civil y las causas instrumentales es que el auditorio del desobediente es mayor que la sala de un juzgado. El quiere realizar cambios en el proceso político, mientras que uno que eleva una causa instrumental lo que quiere es que el sistema legal actúe³⁷. Una segunda diferencia entre las figuras en cuestión se refiere al sujeto de tales acciones: mientras que en las causas instrumentales basta con que uno las ponga en funcionamiento —eso sí, debe de haber al menos una persona que cuestione la ley, las causas instrumentales, como es lógico, no se ponen en funcionamiento de oficio—, y no se requiere que todo el conjunto de la población viole la ley, la desobediencia civil es un acto colectivo, llevado a cabo necesariamente por un grupo de personas³⁸. En tercer lugar, como destaca Kent Greenawalt, la gente que pone en funcionamiento causas instrumentales tiene una motivación radicalment diferente de la de aquellos que se comprometen en causas de desobediencia civil³⁹.

³⁶ En el sistema de los EEUU de Norteamérica destacan, entre otros, los casos jurisprudenciales «Keegan v. United States» (1945) y «Okamoto v. United States» (1945). Para un estudio de los mismos, C. P. COLBY: «Civil disobedience: A case for separate treatment», en *Wayne Law Review*, 14, 4, 1968, p. 1177.

³⁷ B. E. ROSENBERG: *The morality of civil disobedience in a democratic state*, Thesis, Harvard University, 1981, inédita, p. 3.

³⁸ W. S. COFFIN; M. I. LEIBMAN: *Civil disobedience: aid or hindrance to justice?*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1972, p. 49.

³⁹ KENT GREENAWALT: «Justifying non violent disobedience», en H.A. BEDAU (ed.): *Civil disobedience in focus*, London and New York, Routledge, 1991, p. 171,

En el tema de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es decir de los tests de inconstitucionalidad, surge una cuestión interesante respecto a la relación de la desobediencia civil con la validez. Se trata del problema de si las inobservancias legales cometidas con el propósito de instar la declaración de inconstitucionalidad de la ley violada constituyen, estrictamente hablando, un acto de desobediencia civil o no. En el primer sentido se manifiestan April Carter y Ralf Dreier, para quienes la Constitución no otorga a nadie el privilegio de violar la ley con el objeto de probar su inconstitucionalidad; en el segundo sentido lo hacen Stuart Brown y Archibald Cox. Según la primera teoría, la ley violada sería tan eficaz como válida, al menos hasta el momento de su declaración de inconstitucionalidad y, por lo tanto, resulta legítimo hablar de desobediencia civil en el momento de su inobservancia legal. Por el contrario, Brown y Cox consideran que una ley inconstitucional no es una ley propiamente dicha, ni lo ha sido nunca, puesto que en esos casos siempre se trata de una nulidad radical, que produce efectos «ex tunc» o «ab initio». El desacuerdo entre ambas opiniones radica en las diferentes concepciones que se asumen acerca de la validez de las normas jurídicas. Así, la segunda postura se correspondería con una concepción material de la validez del tipo de la iusnaturalista vista, según la cual el Derecho injusto no es Derecho, o bien correspondería a una concepción formal de la validez del tipo de la Kelseniana, en la que al identificarse validez, existencia y deber de obediencia no existirían leyes inválidas. En cuanto a la primera postura, la misma encajaría en una concepción de la validez del tipo de la de Von Wright, que al rechazar la triple equivalencia validez, existencia y deber de obediencia considera que pueden existir normas inválidas y por tanto nulas, inconstitucionales. En Kelsen, sin embargo, es una

nota 2. Sobre el tema, también HERBERT J. STORING: «The case against civil disobedience», en H. A. BEDAU (ed.): «Civil disobedience in focus», *op. cit.*, p. 87. y VIRGINIA HELD: «Civil disobedience and public policy», en EDWARD KENT (ed.): *Revolution and the rule of law*, New York, Englewood Cliffs, 1971, pp. 94-95.

«*contradictio in terminis*» hablar de una ley válida e inconstitucional, al menos hasta que sea derogada. Lo más que podría haber serían normas anulables, teniendo la anulación efectos sólo «*ex nunc*», para el futuro⁴⁰.

De todos es sabido que para constituirse en delito la acción penal debe de ser incluíble en alguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico penal. Es el clásico principio de legalidad penal, ya enunciado por Beccaria, según el cual no cabe hablar de delito ni de pena si no hay una previa ley penal que los contemple: «*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*». La cuestión a responder es, pues, ¿existe un tipo penal calificado como desobediencia civil? ¿cabe hablar de un delito de desobediencia civil? La respuesta es negativa.

Pese a ser un quebrantamiento de una norma jurídica y, en cuanto tal, ilegal, no existe un tipo penal específico para la figura constituida por la desobediencia civil. Podemos ir más allá incluso y afirmar que «la ley no contempla expresamente la desobediencia civil, ni positiva, ni negativamente». Con tal afirmación nos estamos refiriendo a una falta de previsión legal de la desobediencia civil en un doble sentido.

Por un lado, «positivamente», la desobediencia civil no es legal en el sentido de la inexistencia de un «derecho» legalmente previsto a desobedecer civilmente. Sólo indirectamente, a través de una serie de vías indirectas⁴¹ es posi-

⁴⁰ J. F. MALEM SEÑA: «Concepto y justificación de la desobediencia civil», *op. cit.*, pp. 206-212.

⁴¹ En efecto, a nuestro juicio, en la desobediencia civil se produce una situación de choque, conflicto o, en definitiva, antinomia y se produce en el triple plano de los valores, las normas y los hechos. Es el segundo supuesto, el de la antinomia normativa, el que ofrece una mayor relevancia en materia de desobediencia civil, ya que el mismo nos permite saber, entre otras cosas, si podemos hablar de la existencia de un derecho subjetivo a desobedecer civilmente.

Ciertamente en aquellos supuestos en los que se da la desobediencia civil se produce un conflicto de bienes o antinomia en el que intervienen al menos tres tipos de normas: 1. La norma que el acto de desobediencia civil viola; 2. La norma que se pretende que la sustituya, que puede ser una simple negación de la anterior. 3. La norma en la que se ampara la violación de la norma 1.

Si nos fijamos solamente en la norma del tipo 1, que es lo que hace la mayoría de la doctrina, llegaremos a la conclusión, a primera vista irrefutable, de

ble hablar de un derecho a la desobediencia civil, por ejemplo amparado en otros derechos, estos sí recogidos por la ley, como el derecho a la libertad ideológica, a la libertad de reunión, de expresión, etc.

que la desobediencia civil, en cuanto violación de una norma jurídica, es un acto ilegal y punible. No obstante, incluso en atención a la norma del tipo 1, a la norma violada, cabe hacer alguna matización y así, por ejemplo, no puede considerarse que la desobediencia civil, aunque acto ilegal, constituya un delito.

Si partimos de la definición del delito como acción típica antijurídica, culpable y punible, vemos que la desobediencia civil raramente está contemplada en un tipo penal concreto. Además, podemos encontrar en la desobediencia civil circunstancias que excluyen alguno de los elementos del ilícito penal. En la desobediencia civil pueden existir: 1.- causas de exclusión de la antijuridicidad - causas de justificación, eximentes - como el estado de necesidad moral, el estado de necesidad defensivo o la actuación en el ejercicio legítimo de un derecho; 2.- causas de exclusión de la culpabilidad, como el error de prohibición; 3.- circunstancias modificativas de la culpabilidad, como la no concurrencia en principio de circunstancias agravantes, o la concurrencia de circunstancias atenuantes - como las eximentes incompletas, la confesión de la infracción y la atenuante por analogía; y 4.- causas de exclusión de la pena —así el indulto—.

Por otro lado, a menudo en la aplicación de una norma cabe, a través del juego de una serie de recursos, tales como la analogía, la equidad, el recurso a la naturaleza de las cosas o a aquellos criterios de interpretación que, como la interpretación lógica, sistemática o sociológica, van más allá de la estricta interpretación gramatical, que nos apartemos de una aplicación o interpretación estrecha de la norma y que en cierto modo la obedezcamos, aunque a primera vista parezca que la desobedecemos.

Mayor novedad resulta aun de la contemplación de la desobediencia civil desde la perspectiva de las normas 2 y 3. Y aquí puede objetárenos que en la desobediencia civil en realidad no se dan ni una norma que sustituya a la violada, ni otra que ampare la violación de la misma. Sin embargo, a nuestro juicio, en la desobediencia civil se dan ambas situaciones. Así, podemos hablar de la existencia de una norma que sustituye a la violada al menos como proyecto que se materializa cuando la desobediencia civil llega a buen fin. No olvidemos que la desobediencia civil tiene fines innovadores, de sustitución de la legalidad vigente. No se trata de que los desobedientes tengan y presenten siempre un proyecto de ley alternativo, sino simplemente de que «a sensu contrario», por la vía de la negación de la legalidad vigente, pretendan que a determinada situación o supuesto de hecho se le atribuyan unas consecuencias jurídicas que no sean las previstas para ese supuesto por la norma. Se trataría de una especie de nueva norma negativa, de una norma general exclusiva, simple negación de la que se viola.

Pero, en la desobediencia civil existiría incluso una tercera norma, que bajo la forma de ley eterna, ley divina, ley moral o ley natural —para quienes, en la línea iusnaturalista, otorgan relevancia jurídica al mundo suprapositivo—, o como principio, ley internacional o precepto constitucional —para la generalidad de la doctrina positivista—, ampara, aunque sólo sea de manera tangencial, la

Por otro lado, y en lo que aquí interesa, «negativamente», la desobediencia civil no es ilegal en el sentido de la existencia de un «delito» legalmente previsto de desobediencia civil. Sólo indirectamente, a través de una serie de vías indirectas, como «resultado» o «consecuencia» de los actos de desobediencia civil es preciso hablar de una serie de delitos de ella derivados, estos sí tipificados en la ley penal, como, por ejemplo, alteraciones del orden público, daños contra las personas o las cosas, perturbación de la propiedad privada de determinados bienes o, en casos extremos, violencia o lesiones contra las personas como consecuencia indirecta, no deseada, de la desobediencia civil. En este sentido se puede afirmar que el delito surge «con motivo de» las acciones de desobediencia civil, pero no que tales acciones «son» en sí delito. Así, por ejemplo, la objeción fiscal no es lo mismo que el delito fiscal, pero éste puede surgir con ocasión de aquella.

Por tanto, en conclusión, si atendemos a lo que dice expresamente la ley, la desobediencia civil no es ni un derecho ni un delito, pero indirectamente puede ampararse en la ley y ser, a la vez, castigado por la ley. La solución no es autocontradictoria. Depende del punto de vista o perspectiva desde la que se contemple: la perspectiva de la norma que se infringe o la perspectiva de la norma en la que se ampara la violación normativa.

desobediencia civil, permitiéndonos hablar de la existencia, si bien en sentido limitado o impropio, de un «derecho» a la desobediencia civil.

Por tanto, podríamos afirmar a modo de conclusión que la desobediencia civil en el plano normativo, de la excusa jurídica, sería un acto ilegal en la medida en que viola una norma jurídica 1, pero cuya ilegalidad no responde al esquema rígido de los delitos y que además tiene un cierto respaldo legal por la existencia, junto a la norma violada, de otras normas del tipo 2 —norma que sustituye a la violada— y 3 —norma en la que se apoya la violación normativa—.