

La desobediencia civil

Carmen Sáez Cabrera

Licenciada en Derecho.

Doctoranda en Filosofía del Derecho

de la Facultad de Derecho

de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS.—II. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA. 1. *La desobediencia como ejercicio de un derecho*. A. *Desobediencia Civil como expresión de un derecho «sui generis» amparado en otros derechos reconocidos en la constitución española*. B. *Alcance del derecho de libertad de conciencia*. C. *Criterios orientadores para un examen ponderativo*. D. *La Desobediencia Civil como garantía de los derechos constitucionales*. 2. *Desobediencia Civil como test de inconstitucionalidad*.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA

La expresión «desobediencia civil», tiene *per se* una evidente vaguedad y ambigüedad en su significado. Todos los conceptos alusivos a formas de desobediencia comparten una cierta imprecisión proverbial porque son «términos demasiado generales y muy ideologizados»¹. La confusión sobre el significado de esta expresión ha dado lugar a sostener definiciones de la desobediencia civil tan contradictorias como las propuestas por Mark MacGuigan que señala: «entre las formas que ha tomado la desobediencia civil figura la revolución, el tiranicidio, la resistencia clandestina, la sedición, la huelga, los piquetes de huelga, las negativas a obedecer órdenes superiores, los boicots, las huelgas de hambre, los viajeros de la libertad, las marchas, las sentadas, las asambleas de protesta y, simplemente la no obediencia», o la enunciada

¹ PECES BARBA, G.: *Desobediencia civil y objeción de conciencia*. Anuario de Derecho Humanos, núm. 5, 1988-1989, p. 160.

por Carl Wellman² para quien «sólo habría desobediencia civil si los actos son ilegales, no violentos, públicos y de protesta».

I. CARACTERÍSTICAS

Hugo Adam Bedau³ recoge sus principales características en esta definición: «alguien comete un acto de desobediencia civil, si y sólo si, sus actos son ilegales, públicos, no violentos y conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes —al menos una—, programas, o decisiones del gobierno, apelando a principios éticos, con aceptación voluntaria de las sanciones y con fines innovadores».

1. Actos ilegales, esto es, actos que violan una ley vigente o una decisión gubernamental obligatoria. Bedau⁴ señala: «Un disidente efectúa un acto de desobediencia civil tan sólo si actúa ilegalmente, si viola alguna ley positiva... Los actos de protesta dirigidos al gobierno... en los cuales no se viola ninguna ley... no son actos de desobediencia civil». También se extiende a aquellos actos que transgreden normas de grupos subsidiarios del Estado, por ejemplo, Universidades u otros entes o asociaciones de carácter público o privado.

2. Son actos públicos con tendencia propagandística y de carácter abierto porque se ejecutan tratando de llegar a los más amplios estratos de la sociedad⁵.

² WELLMAN, C.: *Morales y éticas*. Trad. de Jesús Rodríguez Marín, Madrid: Tecnos, 1975, pp. 30-31.

³ ADAM BEDAU, H.: «On Civil Disobedience», en *Journal of Philosophy*, núm. 58, 1961, p. 653.

⁴ ADAM BEDAU, H. *Ibidem*, pp. 653-654.

⁵ PASSERIN D'ENTREVES señala en «Obbedienza e resistenza in una società democratica» en las páginas 230-231 que «su simpatía y aprobación no se dirige a quien pretende representar el papel de héroe sin correr riesgos, sino a quien tiene el coraje de denunciar públicamente la ley que considera injusta y está dispuesto a sufrir la pena por su incumplimiento» en el volumen del mismo título, ed. Di Comunità, Milano, 1970. Citado por Luis Prieto Sanchís en «la objeción de Conciencia», *Sistema*, núm. 59, Madrid, 1984, p. 45.

Afecta y apunta contra principios públicos y emplea actos no internos, sino externos o al menos exteriorizados. El pensamiento no delinque pero si se exterioriza por medio de conferencias, panfletos o cualquier otro modo de incitación pública es posible su enjuiciamiento jurídico. La finalidad del desobediente es denunciar públicamente una injusticia y abrir un debate político, en el que logrará convencer a sus conciudadanos de la injusticia o la inconstitucionalidad de la norma, así como obtener el apoyo de éstos en su pretensión de anular la misma, exponiendo de forma clara los principios básicos de su moralidad.

La desobediencia precisa generar previamente un estado de ánimo en la opinión pública que haga patente al legislador la necesidad de derogar o reformar la norma en cuestión, a fin de atender el punto de vista de la minoría de desobedientes. La publicidad del acto indica la profunda convicción moral de quien lo realiza e incluso deben comunicar sus acciones futuras al gobierno, a las autoridades competentes o a las fuerzas policiales para que su desenvolvimiento sea calculado por estos cuerpos de seguridad del estado; pero cumplir con todos estos requisitos quizá sea algo excesivo para un fenómeno que a menudo se suscita de un modo más o menos espontáneo.

Siguiendo a Garzón Valdés se puede señalar que el fin de esta publicidad no es coaccionar a una mayoría por parte de una minoría, sino tratar de persuadir a esta mayoría alegando que los canales de información sobre ciertos hechos graves están bloqueados por ciertos grupos, con lo que se altera una de las condiciones básicas de la vida democrática, es decir, el conocimiento por parte de la opinión pública de los verdaderos hechos⁶. Aunque es conveniente recurrir a estos medios masivos de comunicación o mítines para conseguir la mayor audiencia posible, ello no es exigible para la existencia de un acto de desobediencia.

⁶ SINGER, P. aclara que «no se trata ni de un intento de obligar a la mayoría a modificar su decisión, ni de un intento de obtener publicidad, sino de pedir a la mayoría que reconsidere su decisión». En *Democracy and disobedience*, trad. de M.I. Guastavino, Democracia y Desobediencia. Barcelona: Ariel, 1985, p. 107.

Dado este carácter público quedan excluidos de ella aquellos casos en los que se viola una ley por considerarla injusta pero se hace en secreto.

No todos los autores están de acuerdo con esta postura, por ejemplo Virginia Held defiende que pueden darse violaciones de la ley basadas en razones de conciencia y con la intención de cambiar una política determinada, que no sean públicas. García Inda⁷ está de acuerdo con este criterio y añade que deberían tenerse en cuenta «los casos en que la publicidad de la desobediencia sea contraproducente ya para el fin perseguido, como para el mismo desobediente, o en aquellos casos en que en nuestras sociedades los medios de comunicación en manos del poder silencian los actos u opiniones que consideran contrarios a su postura».

3. La acción no puede ser violenta, porque la desobediencia es estrictamente pacífica.

El autor no trata de llegar a su objetivo amenazando con violencia, ni incitando a la violencia y no responde con violencia o con resistencia violenta a las provocaciones que pudieran existir o a la acción de los agentes del estado. Pero ¿qué entendemos por violencia?

La noción de violencia ha tenido una larga evolución. Tradicionalmente ha sido equiparada al uso ilegítimo de la fuerza física. Ferrater Mora y Priscilla Cohn así la definen, como el uso directo y vigoroso de fuerza física con la intención de causar daño. Para que exista violencia es necesario que el derecho no autorice el uso de la fuerza física.

Pero la violencia no está solo unida al concepto de fuerza sino al del hecho que una persona está siendo «violada» o «violentada». Cualquier daño del cuerpo de un individuo o cualquier presión que pueda restringir o eliminar su autonomía constituyen una violación de la persona, son

⁷ GARCÍA INDA, A.: «Estado y Desobediencia civil. Notas para la aproximación al tema» en *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1990, p. 261.

actos de violencia. Es la llamada «violencia psicológica»⁸. Existe esta violencia tanto si se ha empleado o no fuerza física, amenazas, coacciones o intimidación.

Así existiría la posibilidad de incluir en la desobediencia civil aquellos actos donde, a pesar de la verificación de la ausencia de fuerza física, existen coacciones o amenazas, o se ataca la autonomía de la persona.

En los años sesenta hubo un debate entre la acción moderada y la radical en torno a si se excluía toda violencia de la desobediencia civil o cabría ésta frente al Estado.

En contra de la actitud adoptada por Bedau, Cohen o Freeman, otra parte de la doctrina señala que la desobediencia civil, aunque debe ser pacífica y a menudo coincide con ella, no equivale a la no violencia, ya que a veces se puede producir, aunque como consecuencia secundaria no deseada y nunca como razón de ser. «La violencia debe ser como en la legítima defensa, proporcional a la injusticia que se quiere evitar»⁹.

Todo lo más puede permitirse una violencia atenuada: «un cierto y, desde luego, mínimo grado de fuerza, siempre que se trate de una fuerza física controlada, proporcionada, que no lesione la integridad de las personas ni sus derechos básicos»¹⁰ o bien cierta «presión psíquica o restricción a la libertad de movimientos de los ciudadanos»¹¹ para recabar la atención pública lo más extensamente que sea posible, pero sin perseguir consecuencias dañinas o destructivas.

Pese a la no violencia, su práctica consiste en una acción directa, que intenta transformar la sociedad con métodos distintos a los violentos, pero en modo alguno pasivos¹².

⁸ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil», en *Guerra, Moral y Derecho*, Madrid: Actas, 1994, pp. 215-256.

⁹ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: *Ibidem*, p. 223.

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 51.

¹¹ HABERMAS: «La desobediencia civil, piedra de toque del Estado de Derecho», *Ensayos Políticos*. Península: 1988, p. 56.

¹² DE LA FUENTE RUBIO, E.: «Democracia y desobediencia civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, núm. 83, Madrid, 1995, p. 103.

La no violencia y la disposición a aceptar las sanciones tienen una misma justificación: el imperativo de fidelidad a la ley.

4. Son actos intencionales o queridos en el plano de la voluntad y premeditados en el campo del entendimiento, puesto que el agente habría podido evitarlos y son conscientes, ya que el desobediente civil intenta justificar su acción por una incompatibilidad que existe entre la ley que cuestiona y sus convicciones político-morales. El autor está convencido de que la acción de desobediencia es absolutamente correcta.

5. Se refiere a normas jurídicas pero a través de actos jurídicos. 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 social¹³. En la misma línea Acinas¹⁴ habla de violación de ley, disposición gubernamental u orden de la autoridad.

6. «Apela siempre a principios éticos», es decir, a razones de conciencia (esto será utilizado por algunos autores para justificar jurídicamente la desobediencia). Ésta es una opinión generalizada pero no siempre compartida. Así dice Rodríguez Paniagua¹⁵: «pero tampoco nos adherimos a la postura que considera simplemente como morales o de conciencia los motivos de la desobediencia civil.

Si el Derecho se distingue de la moral, los motivos para obedecer al primero no tienen por qué ser siempre morales propiamente dichos o de conciencia sino que pueden ser de respeto o de otro tipo».

Lo que ocurre en cuanto a las razones de conciencia es que nadie puede penetrar en ella para saber cual es en re-

¹³ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil». Cit., p. 221.

¹⁴ ACINAS: «Sobre los límites de la desobediencia civil», *Sistema*, núm. 97, Madrid, 1990, p. 100.

¹⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: «La desobediencia civil» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto 1982, p. 98.

alidad el móvil de la conducta antijurídica, haciéndose imposible distinguir entre la desobediencia civil interesada y la altruista. Lo que si es exigible es que la argumentación en conciencia se haga de un modo discursivo, de manera que resulte comprensible para cualquier otro ciudadano no repleto de prejuicios al respeto.

7. Aceptación voluntaria del castigo. Esta idea, según Falcón y Tella, procede del realismo jurídico, por ejemplo de Oliver Wendell, Holmes... Una señal de respeto por el ordenamiento es que se debe aceptar voluntariamente la pena y Luther King en «Letter from Birmingham City Hall» nos dice que «...un individuo que viola la ley que su conciencia le dice que es injusta y voluntariamente acepta la pena quedándose en la cárcel, para despertar en la comunidad la conciencia de la injusticia, está expresando, en realidad, un enorme respeto por la ley».

Mohandas K. Gandhi¹⁶ señala asimismo que «hay que estar dispuesto a sufrir alegremente la prisión». En esta misma línea Thoreau afirma: «Bajo un gobierno que injustamente encierra a alguien, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión»¹⁷.

La aceptación del castigo es prueba de la virtud moral y de la coherencia del desobediente, y al mismo tiempo requisito inexcusable del acuerdo con el sistema.

En contra de esta postura aparece Hannah Arendt¹⁸, quien se ha opuesto porque este requisito solo puede significar «la inclinación del gobierno a tratar a quienes protestaban como si fueran delincuentes comunes o a exigirles la prueba suprema del autosacrificio».

García San Miguel¹⁹ hablaba de la posibilidad de una «desobediencia incivil», es decir, de una desobediencia sin

¹⁶ GANDHI, M. K.: *Non-violent Resistance*, Nueva York, 19661, p. 60.

¹⁷ THOREAU H.: *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 43.

¹⁸ ARENDT, H.: *Crisis de la República*. Madrid: Taurus, 1973, p. 62.

¹⁹ GARCÍA SAN MIGUEL, L.: «Consideraciones morales sobre la obediencia al derecho» en *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1990.

aceptación de sanciones y sin que por eso pierda su carácter político. «No se trata de fabricar héroes».

Pero, además, existen otros autores que también atenúan, relajan o dispensan el requisito de la aceptación del castigo. Así señalan que el desobediente puede pedir el castigo, pero esto se debe a móviles estratégicos o propagandísticos, es decir, la aceptación del castigo sería una forma de potenciar la fuerza expresiva del acto desobediente.

8. Fines innovadores pero con respeto por el ordenamiento en su conjunto. En opinión de Garzón Valdés²⁰ quienes practican la desobediencia civil no aspiran a derribar el orden legal existente y a sustituirlo por otro, sino que piden la defensa del orden constitucional. Los que realizan un acto de desobediencia civil sólo aspiran a la modificación de una medida normativa (o a un cambio en la política gubernativa) y a su sustitución por otra que juzgan más justa de acuerdo con su propia ideología moral o jurídica. Por tanto, pese a constituir una transgresión del sistema jurídico positivo, no se entiende como un desafío al orden jurídico, sino como una protesta que busca el amparo del Derecho que impugna.

«Parece evidente que si Derecho y ley no se identifican, cabe la posibilidad de que la desobediencia a la ley no suponga necesariamente desobediencia al Derecho, o incluso que desobedecemos la ley para no desobedecer el Derecho»²¹.

Por tanto, la desobediencia civil es una manifestación de disenso frente a la ley, un acto de negación y de enfrentamiento con una parte del sistema. Pero es también un acto de manifestación de consentimiento al sistema mismo, porque trata de servirse de sus principios para exponer sus contradicciones, y se trataría de un consentimiento consciente y muy ajeno a la apatía o la sumisión. En pa-

²⁰ GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca de la desobediencia civil», *Sistema*, núm. 42, Madrid 1981, pp. 79-92.

²¹ DE LUCAS, J.: *¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?*, *Ética y Política en las sociedades democráticas*, Madrid: Espasa-Calpe, 1981, p. 170.

labras de Luis Prieto Sanchís²², la desobediencia puede merecer una sanción jurídica, pero en su conjunto puede considerarse leal con el sistema de legitimidad democrática.

Según Malem Seña²³ «El desobediente civil no cuestiona el principio de legitimidad en cuyo marco actúa»; todo lo contrario, su pretensión es que las normas y actos del gobierno sean conformes a dicho principio de legitimidad.

Además los desobedientes civiles tienen intencionalidad política, porque el desobediente, al perseguir el cambio o derogación de una norma, lo hace en beneficio del sistema jurídico y toma por meta un fin generalizable y sobre argumentos generalizables. Los que desobedecen buscan una mejora en la sociedad y un progreso moral o político e incluso Von Wright ha señalado que todo progreso moral o político es considerado como una consecuencia de la desobediencia civil. Por tanto es claro su papel moralizador del proceso político, al poner de manifiesto sus imperfecciones, irregularidades e injusticias.

9. La organización de los actos de desobediencia civil es exigida por algunos autores como un elemento esencial. Baste recordar la organización de la marcha de la sal realizada por Gandhi y sus seguidores o las jornadas previas a las manifestaciones de Birmingham. Una buena organización asegura no sólo la ausencia de violencia entre los desobedientes civiles, sino que dota al movimiento de una mayor eficacia. Rawls sostiene la necesidad de que los distintos grupos de desobedientes civiles se organicen para regular el nivel total de disidencia de la sociedad y no sobrepasar el orden social establecido.

Sería como la organización y coordinación en los partidos políticos aunque sin la institucionalización y burocratización.

²² PRIETO SANCHÍS, L.: «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema* núm. 59, Madrid, 1984, p. 48 y continúa «la desobediencia civil legítima porque la libertad del insumiso le autoriza a elegir entre los dos elementos alternativos de la norma jurídica, el mandato y la sanción».

²³ MALEM SEÑA, J. F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 152.

tización de éstos. Otra diferencia entre la desobediencia civil y los partidos políticos es que aquella defiende intereses concretos y parciales, no totales y además es interclasista si bien los partidos políticos tienden también a serlo cada vez más²⁴.

10. Los actos de desobediencia civil deben ser ejecutados como un último recurso, puesto que se exige previamente a su realización que se agoten todos los recursos legales ofrecidos por el ordenamiento jurídico, es decir, todos los canales ordinarios de participación político-jurídicos. Debe ser utilizada cuando es imposible emplear los medios ortodoxos de participación política.

Los actos de desobediencia civil deben ejecutarse cuando «...los grupos políticos existentes se han mostrado indiferentes ante las demandas de las minorías, o han exhibido su disconformidad para facilitarlas. Se han ignorado los intentos para revocar las leyes y las protestas y las demostraciones legales no han tenido éxito. Ya que la desobediencia civil es un último recurso, debemos estar seguros de que es necesaria...»²⁵.

Los desobedientes confían en los procedimientos jurídicos, pero cuando éstos se muestran ineficaces a la hora de reparar la injusticia, afrontan la necesidad de observar procedimientos extraordinarios con la única finalidad de sanar las deficiencias del sistema. Es cierto que los poderes ordinarios son quienes, después de los movimientos de desobediencia civil, asumirán la función de rectificar la decisión injusta, pero «no por ello podemos aceptar que estos tribunales sean la última instancia apelable sino que el cuerpo político mismo es... la última instancia apelable».

11. Es colectiva, como expresión no de la conciencia individual sino de la opinión de un grupo más o menos nu-

²⁴ FALCÓN Y TELLA, M^a J. «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil». Cit., p. 220.

²⁵ RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, trad. De M. Dolores González Soler, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 41.

meroso. Escobar Roca²⁶ señala que, como lo más importante en la desobediencia civil es conseguir el cambio de la norma o política y que difícilmente puede conseguirse individualmente, es conveniente que la presión sea colectiva.

Los actos típicos de la desobediencia civil (encadenamientos, bloqueos de vías públicas, boicot y acoso a miembros de los Cuerpos de Seguridad...) no parece que tengan mucho sentido si son realizados por una sola persona, aunque no hay que descartar del todo esta posibilidad.

Pese a esto, el juez a la hora de enjuiciar estas conductas no tiene en cuenta al sujeto colectivo sino al individuo que ha desobedecido.

II. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

Justificar es dar la razón o sentido (positivo) de alguna cosa. Como dice Elías Díaz²⁷ es legitimar en el sentido de darle legitimidad. Consiste en formular argumentos en favor de la oposición de un individuo a un deber jurídico que repugna a su conciencia.

La justificación jurídica consistiría en demostrar que en un Ordenamiento Jurídico concreto existen argumentos en favor de esta figura. «La fundamentación jurídica de la desobediencia civil debe responder a la pregunta de si quienes desobedecen civilmente y han violado una ley, ofrecen razones suficientes para que no se les impongan las penas que tal incumplimiento conlleva»²⁸.

Por tanto se trata de saber si quienes desobedecen civilmente, aunque hayan violado la ley, invocan argumentos tales que les permitan ser eximidos de la pena o ser objeto de un tratamiento jurídico especial.

²⁶ ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 58. Así en COSI, G.: *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*. Milán: Giuffrè, 1984, pp. 235 y ss.

²⁷ DÍAZ, E.: *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984, pp. 22-34.

²⁸ DE LA FUENTE RUBIO, E.: «Democracia y desobediencia civil», Cit., p. 106.

Parece lícito preguntarse si un ciudadano está siempre obligado jurídicamente a obedecer la ley y nos encontraríamos ante el modelo de «la ley y el orden»²⁹, que establece el deber del ciudadano de una absoluta sumisión a las normas del Estado. Esta es una postura del positivismo estricto o decisionismo autoritario. Es indiferente que las normas estén o no de acuerdo con el propio sentido de justicia del ciudadano; él no está para juzgar la ley sino para obedecerla.

O si, por el contrario, está siempre autorizado a desobedecerla cuando verifica que han sido violados los presupuestos constitucionales a los cuales se ha hecho referencia con anterioridad y reclamará incluso la inconstitucionalidad de la ley que cuestiona. Existe una amplia gama de posturas entre los autores.

Para aclarar este punto hay dos vertientes que deben ser analizadas:

- La desobediencia como ejercicio de un derecho (posibilidad de plasmación positiva).
- La desobediencia como test de inconstitucionalidad.

1. *La desobediencia como ejercicio de un derecho*

A lo largo de la historia moderna uno de los signos de profundización de la democracia ha sido lo que se ha llamado «la institucionalización de la resistencia», es decir, la incorporación al Ordenamiento Jurídico de mecanismos de protesta frente a normas consideradas injustas, sin precedente en ningún sistema anterior. Estos actos constituyen «formas democráticas de protesta» que se plantean de forma pacífica y suelen atenerse a las reglas del juego democrático³⁰.

²⁹ Criterio defendido por autores como Stuart Brown en MALEM SEÑA, Concepto y Justificación de la desobediencia civil. Cit., p. 192.

³⁰ LARAÑA RODRÍGUEZ-CABELLO, E.: «Un derecho no reconocido en la Constitución Española. El derecho a la resistencia». *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, 2, 1979, p. 184.

Algunos derechos como la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de asociación, y algunos mecanismos jurídicos de garantía de los derechos, (como el recurso de amparo), o del propio sistema constitucional, (como el recurso de inconstitucionalidad) son ejemplos de ese proceso.

Es conveniente ver si algo parecido puede llegar a producirse con la figura de la desobediencia civil, teniendo en cuenta que ya ha ocurrido con la objeción de conciencia (art. 30.2 CE: «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria»), que es una concreción de la desobediencia, pero más articulada³¹.

En cuanto a si es posible hablar de un derecho a la desobediencia y si es posible que éste aparezca positivizado en la Constitución, vemos que las constituciones existentes en España y en los países democráticos no recogen este derecho.

Stuart Brown³² señala que si «puede pensarse en la posibilidad de la existencia de un caso legalmente permitido de violación de la ley, entonces la ley tendría que haber permitido que estuviese justificada. Pero la ley no puede permitir lógicamente violar la ley. No puede asumir que en el curso de una protesta pública la violación de una ley válida no constituye violación alguna. Ésta es una razón fuerte para negar la posibilidad de justificar la desobediencia civil». De la misma naturaleza de un acto de desobediencia civil se infiere que no puede ser legalmente justificado.

Peces-Barba³³ se inclina por la idea de que la desobediencia no es un derecho, sino una situación de hecho que

³¹ PECES BARBA, G.: «Desobediencia civil y objeción de conciencia». Cit., p. 162.

³² BROWN, S.: «Civil disobedience» en *The Journal of Philosophy*, vol. LVIII, 22 de octubre de 1961, p. 671.

³³ PECES BARBA, G.: «Desobediencia civil y objeción de conciencia». Cit., p. 167.

afecta al derecho, por el comportamiento de los destinatarios respecto a él, y por la incidencia en su eficacia e incluso en su validez, por lo que una de las consecuencias posibles de su práctica es la sanción impuesta por la infracción legal.

Y no puede ser un derecho porque se trataría de un derecho subjetivo universal a desobedecer cualquier norma del Ordenamiento, lo cual es una contradicción por la vocación de obediencia que va aparejada con el derecho. Porque carecería de acción procesal, e incluso de posibilidad de integrarse en los esquemas técnicos de identificación de los derechos subjetivos, no cabe en los esquemas de pensamiento de la cultura jurídica moderna.

Este autor no acepta la desobediencia (ni la objeción de conciencia con carácter general) como un derecho pues carece de independencia y sería inestable: «no estamos ante un derecho fundamental con características de objetiva estabilidad y permanencia, sino ante un derecho dependiente de una obligación como excepción a la misma»³⁴.

Para Garzón Valdés no puede generalizarse la desobediencia porque ningún orden colectivo civilizado es viable si se reconoce a cada individuo el derecho a desobedecer aquellas normas legales que encuentre inaceptables. La desobediencia no puede legalizarse porque se reduciría la firmeza o seguridad de todo el ordenamiento. Si se produjese el reconocimiento por el Derecho sería como si éste renunciase a su carácter obligatorio³⁵.

El Derecho no puede justificar la violación de la ley por lo que es difícil incorporar la desobediencia al ordenamiento. La desobediencia es una llamada de atención ante una norma injusta pero no es un derecho. Además, si se legalizara la desobediencia civil existiría una contradicción interna, pues toda desobediencia, por muy civil que sea, va contra la ley e implica una reforma del ordena-

³⁴ PECES BARBA, G.: *Ibidem*, p. 174.

³⁵ AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.: «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español». *Anuario de Derechos Humanos*, 1984-1985, pp. 12-13.

miento jurídico desde fuera y no por los cauces previstos por el propio ordenamiento³⁶.

Como dice Hannah Arendt³⁷, no sería racionalmente concebible promulgar normas, predicar su obligatoriedad y admitir su quiebra amparándose en esas mismas normas; en ese caso, obligamos y no obligamos a un tiempo a obedecer.

Existen autores que van más allá y así Norberto Álvarez³⁸ criticaba la posibilidad de que este derecho se recogiese en los códigos y pone como ejemplo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la que se reconoce el derecho a la desobediencia (e incluso resistencia) a las normas injustas; lo que no es lógico, pues, si al ciudadano le autoriza la Constitución para desobedecer normas de inferior rango, por ser injustas, niega juridicidad a tales normas, con lo que no podría tratarse el caso de una forma de autorizar la desobediencia al derecho: el derecho a desobedecer lo sería a las extralimitaciones de la autoridad.

Para Escobar Roca «la desobediencia civil es siempre desobediencia. No cabe desobediencia civil reconocida como derecho. Sólo si el ejercicio del derecho de manifestación es ilegal puede ser considerado como desobediencia civil»³⁹.

Por tanto, la desobediencia civil no puede estar nunca legalmente justificada, por consistir en un acto de carácter ilegal: si algo está prohibido por la ley no puede, a la vez, estar permitido. Aunque este carácter ilegal de la desobe-

³⁶ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil». Cit., p. 228.

³⁷ ARENDT, H.: *Crisis de la República*. Cit., p. 106.

³⁸ ÁLVAREZ, N.: «La obediencia al derecho como deber ético (conclusiones de una polémica)», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, núm. 78, 1990-1991, pp. 41-51.

³⁹ ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Cit., p. 58. Cfr., v. gr., SORIANO, R.: *Las libertades públicas*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 18. Y también en este sentido LUIS PRIETO SANCHÍS en «la objeción de conciencia», *Sistema* núm. 59, Madrid, 1984, p. 45 señala «la desobediencia civil es siempre ilícita, pues en otro caso se trataría del ejercicio de un derecho».

diencia civil puede serlo únicamente prima facie según Estévez Araujo⁴⁰.

De esta forma se puede llegar a la conclusión de que la conducta aparentemente ilegal, en realidad no lo era, quedando justificada dicha conducta por dos vías distintas.

Pueden existir normas que establezcan excepciones a la prescripción contenida en la ley violada. El acto de desobediencia podría caer dentro del ámbito de aplicación de una de estas excepciones.

Parte de la doctrina alemana admite la posibilidad de que las acciones de desobediencia civil que violan normas penales resulten estar justificadas en virtud de la circunstancia eximente del estado de necesidad o el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En España se ha llegado incluso a admitir tal posibilidad en algunas sentencias judiciales⁴¹.

Ocurre también que la norma violada por la desobediencia resulte a la postre ser ella misma ilegal o inconstitucional. Se habría desobedecido una norma efectivamente dictada y puesta en vigor, pero inválida, por lo que el acto ilegal a primera vista resultaría ser legal en última instancia.

Escobar Roca señala un supuesto más ya que es posible una norma de jerárquicamente superior autorice el incumplimiento, «la negativa al cumplimiento de un deber jurídico no tenga por que suponer necesariamente un incumplimiento del Derecho considerado en su conjunto, lo cual resulta patente en aquellas ocasiones en las que una norma de rango superior legitima la actitud del desobediente»⁴².

Sólo en estos supuestos podría hablarse de un derecho a desobedecer, pero en éste último caso, al no ser válida la norma que se está desobedeciendo, realmente no sería un

⁴⁰ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994, p. 35.

⁴¹ STS de 6 de marzo de 1992 del Juez CALVO CABELLO. Y en la misma línea las sentencias 75/1992 de 3 de febrero la sentencia 12/1993 de 16 de enero.

⁴² ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Cit., p. 55.

acto ilegal y en última instancia podemos dudar que sea desobediencia, en cuanto que actúa conforme a una norma superior. Habría que plantearse la validez de la norma inferior.

Y además, aún siendo inválida la norma, hay un deber de obediencia mientras el tribunal competente no se pronuncie. Esto es así por exigencias de seguridad jurídica, pues dejar al libre criterio del ciudadano cuándo puede desobedecer, minaría la vigencia del Derecho.

En opinión de Escobar Roca «la permisión de la desobediencia a las decisiones emanadas de un procedimiento constitucional supondría un gran desprestigio de dicho proceso»⁴³.

La jurisprudencia parece estar de acuerdo con estos términos, como queda reflejado en algunas sentencias, y así se llega a fijar que «El derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado»⁴⁴.

A. *Desobediencia Civil como expresión de un derecho «sui generis» amparado en otros derechos reconocidos en la constitución española*

Algunos autores han intentado buscar la justificación no en una positivación de la desobediencia como tal figura, sino incluida dentro de otros derechos que sí están recogidos en la Constitución.

Rodríguez Paniagua señala que la desobediencia está amparada en los Principios Generales del Derecho, entendiendo por tales no sólo los explícitos sino también los implícitos o sociales. Por tanto, aunque no llegue a estar

⁴³ ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. Cit., p. 197.

⁴⁴ STS 161/1987 de 27 de Octubre, Fundamento Jurídico 3.

reconocido en los textos legales como un derecho, se puede amparar en los Principios Generales del Derecho.

En un ordenamiento como el nuestro, que los admite expresamente como fuente del Derecho al lado de la ley y de la costumbre (arts 1º y 4º del Cc), se puede establecer que es posible una reducción de la pena por estar el acto de desobediencia incluido dentro de los Principios Generales del Derecho. «Los tribunales deberían tener en cuenta la naturaleza de la desobediencia civil y de los actos de protesta y el hecho de que puedan justificarse (o así lo pueda parecer) en virtud de los principios políticos que están en la base de la Constitución y, en consecuencia, deberían (los tribunales) reducir, y en ciertos casos suspender, la aplicación de la sanción legal»⁴⁵.

En esta misma línea, Falcón y Tella⁴⁶, señala que a pesar de que «hablar de un derecho a la desobediencia civil es como hablar de un derecho al no Derecho» y de que puede fundamentarse positivamente, sobre todo en sociedades democráticas, en la libertad de expresión, prensa, reunión o asociación, no puede por su amplitud y universalidad formularse como derecho.

Aquí hay que tener en cuenta cuando hablamos del Derecho con mayúsculas y cuando del derecho con minúsculas. El primero es el Derecho en sentido objetivo, como «norma agendi», el segundo el derecho en sentido subjetivo, como «falcultas agendi». En la desobediencia civil se produce un conflicto entre los desobedientes, que hablan de sus derechos, y la autoridad, que actúa en garantía del Derecho.

Otro autor que también reconoce la desobediencia como ejercicio de un derecho es Estévez Araujo⁴⁷, para quien en el marco de una determinada campaña de protesta puede darse el caso de que quienes participan en la misma se to-

⁴⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: «La desobediencia civil». Cit., pp. 107-113.

⁴⁶ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil». Cit., p. 216.

⁴⁷ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Cit., p. 143.

pen con decisiones de la autoridad restrictivas del ejercicio de determinados derechos. Pueden encontrarse con prohibiciones de ejercer el derecho de manifestación, reunión o libre expresión. En estos supuestos los afectados pueden considerar que la decisión de la autoridad supone una restricción abusiva de sus derechos y decidir desobedecerla.

Dreier incluso va más lejos, señalando que la desobediencia se puede considerar un derecho fundamental y que todo acto que responda a los rasgos propios de la desobediencia civil cae bajo el ámbito de protección de determinados derechos fundamentales, como la libertad de expresión, de reunión y de manifestación. Dreier defiende la existencia de un derecho a la desobediencia civil en los siguientes términos: todos tienen el derecho a transgredir normas prohibitivas, solos o con otras personas, de forma pública, no violenta y fundada en razones político-morales, cuando de ese modo se proteste contra serias injusticias y la protesta sea proporcionada.

Evangelina de la Fuente Rubio señala que, «aunque por su amplitud y su universalidad la desobediencia civil no puede ser formulada como Derecho positivo, sí puede fundamentarse positivamente. La flexibilidad de nuestro Ordenamiento jurídico no sólo puede fundamentar, sino que también ofrece soluciones a la crisis de legitimidad creada (...) por la desobediencia».

Esta autora va a intentar conseguir esta justificación en los arts. 10 y 1.1, ambos de la CE; afecta a las normas que violen el respeto por la persona humana y su dignidad, o a otras que posibiliten el cambio de aquéllas que, no respetando a la persona humana, son de imposible violación. «A sensu contrario, no justifican la desobediencia civil a normas cuyo contenido y práctica promuevan o sean respetuosas con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona»⁴⁸.

⁴⁸ DE LA FUENTE RUBIO, E.: «Democracia y desobediencia civil». Cit., pp. 108-109. En este mismo sentido el artículo de MARÍN CASTÁN y Lima Torrado en la Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, núm. 83, 1995, concretamente en la página 320 «no cabe justificar la desobediencia civil a normas cuyo contenido

Gascón Abellán⁴⁹ con una perspectiva distinta intenta darnos otra posible solución, concibiendo un derecho general a la desobediencia (pero no necesariamente reconocido en textos legales) y lo justifica recurriendo a la libertad de conciencia. Ella lo denomina como «derecho general a desobedecer por motivos de conciencia».

Intenta demostrar que, al margen de otros reconocimientos explícitos, la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 de la Constitución) ofrece cobertura suficiente para acuñar un derecho general (no ilimitado) a desobedecer los mandatos legales por motivos de conciencia y, por tanto, para exonerar de pena a los infractores⁵⁰.

Dada la peculiar posición de los derechos en nuestro sistema, no parece muy coherente exigir como ineludible una regulación específica de la objeción de conciencia en sentido amplio, ni sostener que las únicas modalidades legítimas son aquellas que han sido expresamente previstas por el legislador; pues de adoptar esta última posición, el contenido del derecho reconocido en el art. 16 quedaría «descolgado» del régimen común de libertades públicas.

Existe el reconocimiento de que los derechos fundamentales son normas jurídicas inmediata y directamente aplicables, de forma que quienes actúan movidos por consideraciones ideológicas o religiosas cuentan a su favor con una presunción de legitimidad constitucional.

Se permite no sólo formar y exteriorizar libremente las propias convicciones, reunirse y asociarse en torno a ellas

y práctica protegen dichos derechos (se refiere a la dignidad de la persona humana que constituye el fundamento de los derechos fundamentales, art. 10.1 de la CE)».

⁴⁹ GASCÓN ABELLÁN, M.: «Notas sobre la existencia de posible derecho general a la desobediencia» en *Obligatoriedad y Derecho*. XII Jornadas de Filosofía jurídica y social, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 281-292.

⁵⁰ En línea con esta autora existen otros autores como A. FERNÁNDEZ MIRANDA en «Estado laico y libertad religiosa», *REP*, nº 6, 1979, y GARCÍA MORILLO, para quién la libertad ideológica y religiosa incluiría «la conformación a tal pensamiento de las propias actitudes» y entre manifestaciones de aquella se encontrarían los «medios de propagación, difusión y práctica de la religión o ideología» (J. DE ESTEBAN, L. LÓPEZ GUERRA y otros, *El régimen constitucional español*. Barcelona: Labor, 1980, vol. I).

o hacer proselitismo de las mismas, sino que se autoriza también a comportarse de un modo coherente con esas ideas, aun cuando ello implique rehusar el cumplimiento de algún deber jurídico. En este sentido se entiende como una derivación fundamental del derecho a pensar libremente y a actuar de conformidad con el propio pensamiento.

Por tanto, la libertad de conciencia se refiere necesariamente a la conducta humana y no se limita a la libre formación de la conciencia, sino que se extiende también a la libertad de actuar según dicha conciencia.

La objeción de conciencia sería una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero estaría plenamente integrada en ella; sería la realización de la libertad de conciencia incluso frente a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.

Partiendo del dato de que el derecho a obrar de conformidad con las propias convicciones forma parte del contenido de la libertad ideológica y religiosa y de que la libertad de conciencia es parte esencial de estas libertades, parece claro que el interés fundamental al que el derecho sirve, se verá destruido si no se permitiera a los individuos negarse a realizar acciones exigibles y que vulneran principios éticos asumidos como propios.

Ciertamente un derecho general a la objeción de conciencia entendido como un derecho absoluto al incumplimiento de los deberes jurídicos, ni existe ni puede existir en ordenamiento alguno, pero esto tampoco significa que sólo resulte viable la objeción allí donde la Constitución o la ley hayan previsto un procedimiento específico para eludir la obligación, es decir, que sólo cuente con respaldo constitucional la modalidad de objeción de conciencia regulada en el art. 30.2. La afirmación de que no toda objeción es tolerable no resulta incompatible con la consideración de un derecho general a la objeción en sentido amplio, derivado del art. 16.1.

El mero hecho de reconocer que la objeción trae causa y se conecta a la libertad de conciencia permite considerar a ésta como un principio de tutela de las objeciones no ex-

presamente reconocidas; el art. 30.2 constituye así una especificación no exhaustiva del art. 16.1 y no una excepción irrepetible dentro del ordenamiento. Por tanto no es una tutela excepcional, porque en este caso no se podría extender a otras modalidades de objeción que no estén expresamente reconocidas.

B. *Alcance del derecho de libertad de conciencia*

La actuación jurídica del principio de autonomía individual no se entiende en todas las constituciones de la misma forma sino que a veces se alude a otras nociones vecinas como las de libertad religiosa, libertad ideológica, libertad de pensamiento, etc. La libertad de conciencia se define como una libertad «práctica» que nos permite actuar en cada caso de acuerdo con nuestro dictamen moral. Mientras que la libertad de pensamiento permite dar una respuesta autónoma a los interrogantes del mundo y de la vida.

En aras de justificar tal derecho general a desobedecer de lo que se trata es de saber si efectivamente la libertad de conciencia da derecho a comportarse de acuerdo con los dictados de la propia conciencia incluso cuando se viole algún deber jurídico y no exista un reconocimiento específico en una norma. Es decir, se trata de si la libertad de pensamiento se extiende también a la libertad de obrar. Nos encontramos ante un problema de derechos fundamentales cuya solución depende de la concepción que se tenga acerca de los mismos.

Cuando la Constitución reconoce un derecho fundamental como la libertad de conciencia, es obvio que los individuos pueden ejercerlo con carácter general dentro de los límites del propio ordenamiento; puede suceder, sin embargo, que al hacerlo incumplan alguna obligación jurídica. ¿Significa esto que a partir de ese momento dejan de estar amparados por el derecho fundamental, que su conducta ya no forma parte del contenido del derecho? O, por el contrario, ¿es necesario señalar que existe justificación

de esa obligación, que operaría entonces como límite al derecho fundamental?

Hemos de escoger entre la concepción hobbesiana de la libertad o la que, desde Locke, avala la tradición liberal⁵¹.

- 1) Según la primera concepción, la hobbesiana, la libertad yace sólo en las parcelas no reguladas por el legislador. Al hallarse hoy constitucionalizados esos espacios de libertad, el legislador habrá de poner sumo cuidado en no invadir el contenido estricto de cada libertad.
- 2) Para la segunda concepción, la liberal, la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. El legislador tiene una competencia no sólo limitada a la protección de ciertos valores o bienes, sino que cuando un deber restrinja la libertad de los individuos ha de justificar que su imposición resulta necesaria para proteger ciertos derechos o bienes constitucionales.

En cuanto a la posible justificación de un derecho general a desobedecer por motivos de conciencia hay dos posturas:

- 1) Si concebimos los derechos fundamentales como áreas de inmunidad perfectamente delimitadas, el legislador podrá imponer deberes jurídicos siempre que respete los derechos fundamentales. La libertad de conciencia sólo daría derecho a actuar en el marco de la legalidad, sin violar deberes jurídicos, de manera que éstos no necesitarían justificarse en presencia de un derecho fundamental; no cabría hablar, pues, de un derecho general a la desobediencia sino acaso de concretas modalidades específicamente reguladas. Nos encontramos ante la concepción «hobbesiana» de los derechos fundamentales.
- 2) Si se concibe la libertad como la regla general del sistema y, por tanto, los deberes y obligaciones jurí-

⁵¹ PRIETO, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

dicas como límites a esa libertad, el legislador podrá establecer deberes jurídicos siempre que respete los derechos fundamentales. Esa norma limitadora del derecho de libertad ha de justificarse para proteger algún bien o valor constitucional.

Para considerar lícita la violación de algún deber jurídico cuando se actúa de acuerdo con la propia conciencia, ya no es necesario un reconocimiento específico de ese género de desobediencia; en este caso, podría hablarse de un derecho general a la desobediencia por motivos de conciencia, en el sentido de que existe una presunción de legitimidad constitucional para quien actúe de acuerdo con su conciencia. Es entender la libertad como regla y las obligaciones y deberes jurídicos como límites a la libertad.

No hay en la Constitución Española ningún fin trascendente más allá de la protección de la dignidad y derechos de la persona. Del espíritu de la constitución se deduce que hay una regla general de libertad, y no al contrario.

Mientras no encontramos en la constitución ningún precepto que consagre una norma genérica de deberes, sí parece que subyace a la misma una regla general de libertad, al condicionar expresamente en muchos de sus artículos la imposición de deberes jurídicos a la protección de las libertades individuales.

La libertad es la regla general y la objeción no debe ser concebida como una excepción al deber jurídico, sino que el deber jurídico ha de ser interpretado como límite al ejercicio de la libertad. Según lo dicho, existe un derecho general —*prima facie*— a comportarse de acuerdo con los dictados de la propia conciencia.

Si existe una obligación y nuestro comportamiento colisiona con algún deber jurídico, el caso habrá de ser considerado como un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos por el deber jurídico. En presencia de un deber jurídico incumplido por alegados motivos de conciencia, el juez no debe sancionar sin más, sino que viene obligado a plantear la

cuestión como un problema de colisión entre dos bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento.

Habría que tener en cuenta dos elementos:

- 1) la efectiva existencia de un derecho subjetivo que faculte a su titular a actuar como lo hizo; y en este caso puede ser la presencia de un dictamen de conciencia que manda hacer lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley manda. En palabras de Escobar Roca⁵² debe existir un «conflicto objetivo de conciencia», que empuje al desobediente a actuar como lo hizo. Si no se acepta la posibilidad de que este derecho exista, entonces sencillamente nunca un ilícito podrá quedar justificado por el ejercicio legítimo de un derecho.
- 2) la existencia de un interés digno de protección en la norma infringida, que juega como límite del derecho o libertad.

La determinación de si la desobediencia civil está o no jurídicamente justificada como ejercicio de un derecho desemboca en una operación de ponderación, es decir, en la determinación de cuál o cuáles de los principios, bienes, intereses o valores que entran en conflicto en el caso concreto deben ser considerados preeminentes.

Ante este problema de la ponderación de intereses, puede hacerse extensible la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión: no existe ninguna regla inexorable que nos ordene dar preferencia en todo caso a uno u otro derecho, pero sí existe la obligación de ponderar los bienes en juego.

El juez, dice el Tribunal Constitucional, «no está obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí... a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental»⁵³.

Ahora, la existencia de un derecho general a la desobediencia no significa que las obligaciones que operan como

⁵² ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. Cit., p. 218.

⁵³ STC 159/86 de 12 de diciembre, fundamento 8.

límites a la libertad de conciencia sean ilegítimas o deban ser eliminadas, porque el art. 16.1, donde hemos residenciado la libertad de conciencia, no constituye una patente de corso que tolere cualquier conducta lesiva, por muy fundada que esté en la autonomía moral del individuo, ya que tales obligaciones pueden proteger otros derechos ante los cuales la libertad del individuo haya de doblegarse. Lo que significa tal derecho general es que existe una presunción de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia, pero también hay que tener en cuenta que en un sistema constitucional liberal no existe ningún derecho ilimitado que goce de primacía absoluta, sino que su ejercicio ha de armonizarse con la protección del resto de los derechos e incluso con otros bienes o valores constitucionales.

C. *Criterios orientadores para un examen ponderativo*

No existen criterios jurídicos definitivos y seguros para determinar quién goza de preferencia salvo cuando la prioridad del derecho o valor que justifica la limitación deriva formalmente de la Constitución.

Al tratarse de bienes constitucionales supuestamente en pie de igualdad, la ponderación consistirá en considerar en qué medida es necesaria e importante dicha normativa para la vigencia del contenido constitucional del derecho. Lo único que en principio podría parecer garantizado es la prioridad de los derechos frente a las decisiones políticas infraconstitucionales.

La exigencia más importante es que «la infracción no afecte a terceros, que pueden así ver lesionados sus derechos, porque siempre es preciso el respeto de los valores de los terceros, a determinar caso por caso»⁵⁴.

Existiría un principio favorable al incumplimiento de los deberes paternalistas o perfeccionistas, porque son contrarios al principio de autonomía individual.

⁵⁴ SORIANO, R.: *La desobediencia civil*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 179-180.

Para la resolución de esta ponderación judicial puede ser útil plantearse las siguientes cuestiones:

- 1) En primer lugar el juez habrá de valorar la necesidad o importancia de esa medida en orden a la tutela del bien o valor que se quiere proteger. Se trata de evitar la desproporción de dichas medidas. Alexy señala que es necesaria una ponderación entre el principio o principios que exigen la optimización del fin que persiguen los desobedientes y el principio formal que exige la obediencia de las normas dictadas por las autoridades legalmente constituidas.
- 2) Después para Dreier lo que habría que ponderar es el bien que los desobedientes dicen defender y el bien protegido por la norma desobedecida.
- 3) En el caso de que la norma o medida impugnada sea importante o necesaria para proteger un derecho o valor, puede ser útil para la resolución del conflicto tener en cuenta la posibilidad o no de sustitución del desobediente en el cumplimiento del fin perseguido por ella o ver el grado en que su conducta contribuye a obtenerlo.
- 4) Otro elemento importante es el grado de sacrificio que la norma limitadora supone para el derecho fundamental y que en ningún caso podrá afectar a su contenido esencial.
- 5) Habría que considerar como no atendibles aquellas razones que consideran de manera exclusivamente unilateral uno de los polos de alguno de los dos marcos de ponderación. Tampoco resultarían atendibles las razones de la autoridad que adolecieran de este defecto de unilateralización.
- 6) No sólo es necesario tener en cuenta la importancia relativa de los bienes en conflicto, sino también el grado de perjuicio que se les causa. Evitar un perjuicio muy grande a un fin de menor valor puede justificar un leve daño a un bien de valor superior. Será necesario determinar si el daño causado era un medio apto para alcanzar el fin que se perseguía y si

existía o no un procedimiento alternativo menos lesivo. El grado de irreversibilidad y la trascendencia de los efectos es una consideración que hay que tener en cuenta a la hora de calibrar la legitimidad de la ley o decisión y ponderar la justificación de su desobediencia.

- 7) habría que tener en cuenta si existe algún modo de atenuar el daño a las convicciones del sujeto.

Escobar Roca⁵⁵ a la hora de llevar a cabo este examen pone de manifiesto la necesidad de que pueda acudir a algunos principios orientadores como los principios de interpretación restrictivos de los límites a la desobediencia o necesidad de mantener el orden público protegido por la ley, que también puede actuar como un límite a la hora de valorar los bienes en juego.

«Por tanto solo estará justificada la desobediencia cuando el resultado de la ponderación entre el bien jurídico protegido por la norma violada y el derecho fundamental ejercido, dé como resultado una supeditación de aquél a éste en el caso concreto»⁵⁶. El intérprete debe determinar el peso relativo que atribuye a los diferentes principios en función de las circunstancias. La solución del caso concreto es, pues, la decisión que se considere más justa dadas las circunstancias y dadas las exigencias de los diferentes principios concurrentes.

D. *La Desobediencia Civil como garantía de los derechos constitucionales*

Es aceptado por la doctrina que «las libertades no valen en la práctica sino lo que valen sus garantías»⁵⁷.

⁵⁵ ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Cit., p. 223.

⁵⁶ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Cit., p. 39.

⁵⁷ PECES BARBA, G.: «Los derechos fundamentales», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, Madrid, 1982, pp. 167 y ss.

La efectividad de los derechos de los sujetos requiere la instrumentación de un sistema que posibilite su protección, que garantice a cada uno el ejercicio de la prerrogativa que le es propia. Estas garantías pueden darse en el plano interno o también en el plano internacional. En el plano interno existen garantías institucionales cuando la protección es de rango constitucional y no legal, como el amparo, el Habeas Corpus y los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad.

Designa aquellos preceptos constitucionales que contienen una institución u organización que elevada a rango constitucional está garantizada de forma máxima. Se pretende proteger la institución no sólo frente al legislador sino también frente al ejecutivo.

Para Maunz-Düring-Herzog una garantía institucional significa: «protección jurídico-constitucional de supuestos de hecho normativos cerrados o complejos normativos determinados, que constituyen un determinado objeto que se garantiza como institución (organización) jurídico-constitucionalmente». Remitiéndose a Schmitt, se puede decir que las garantías institucionales son «organizaciones jurídico-públicas formadas y organizadas y, por ello, delimitables y diferenciables».

Stern señala en este mismo sentido que la garantía institucional existe «cuando las objetivaciones (organizaciones, instituciones, formas de organización y figuras jurídicas fundamentales) se encuentran formadas y delimitadas por complejos normativos y un actuar real y, en el precepto constitucional garantizador, están configuradas de manera que, en virtud de sus raíces históricas y de su propio valor, deben de conservar una especial estabilidad y continuidad para el futuro de la vida social».

Por tanto para hablar de garantía institucional tenemos que estar ante una situación de hecho y normativa, formada, heredada, con raíces históricas y por todo ello «encontrada», como ocurre por ejemplo con la familia y el concepto burgués de propiedad, pero no con la libertad de expresión, de reunión, de asociación; y así este sector des-

cartaría que en estos derechos fundamentales se encuentren garantías institucionales.

Vemos que la desobediencia civil no puede por tanto plantearse como una garantía institucional, porque no cumple con los requisitos señalados, pero debemos tener en cuenta que ésta puede plantearse en términos de un deber irrenunciable de defender unos principios morales y de justicia positivizados bajo el rótulo «derechos fundamentales»⁵⁸.

En virtud de dicho deber no sólo caben y se justifican situaciones de desobediencia sino que éstas resultan incluso exigibles moralmente como forma extraordinaria de protección de los derechos fundamentales que aparecen en algunos casos desprotegidos porque dicha sociedad democrática ha dejado de ser tal en alguna de sus dimensiones.

La desobediencia civil constituye así una garantía jurídica extraordinaria o no institucional, entendiendo por tal aquel tipo de garantía de carácter jurídico que no es actuado a través de los órganos del Estado, sino directamente por los particulares y los grupos sociales, cuando la protección por parte de los órganos del Estado es insuficiente o resulta imposible. Supone una acción de autotutela de los derechos humanos.

La legitimidad constitucional de la desobediencia civil como garantía de los derechos fundamentales no resulta explícita en el sistema jurídico español, pero sí puede considerarse como legítima a partir de la interpretación sistemática, entre otros, del artículo 23 de la CE en relación a los arts. 10.1 y 1.1. Unido a los derechos conexos a la desobediencia civil: el derecho a la libertad de pensamiento, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la libertad religiosa.

Mediante esa desobediencia se trata de ajustar las normas jurídicas y los actos de gobierno a la normatividad

⁵⁸ MARÍN CASTÁN, M^a L. y LIMA TORRADO, J.: «Notas sobre la legitimidad constitucional de la insumisión y sobre la insumisión como acción de garantía de la Constitución», cit., p. 320.

perteneciente al sistema de los derechos humanos. La desobediencia civil es un instrumento legítimo intrasistemático de defensa de los derechos fundamentales, asumible como legítimo en el sistema jurídico español⁵⁹.

Como dice Estévez Araujo⁶⁰: «Sería necesaria una procedimentalización suficiente de la defensa de la CE que significaría el establecimiento de mecanismos y procedimientos de participación de los ciudadanos y grupos de la sociedad civil en esa tarea».

Estos mecanismos podrían consistir en el reconocimiento a los ciudadanos de la posibilidad de cuestionar directamente la constitucionalidad de la ley o permitir una mayor participación de la sociedad por medio de actos de desobediencia civil.

2. *Desobediencia Civil como test de inconstitucionalidad*

En los Estados democráticos la presencia de una Constitución genera la posibilidad de revisar, a través del control judicial de constitucionalidad, la labor del gobierno y del Parlamento. Pero a veces la única manera de lograr un pronunciamiento judicial es desobedeciendo la norma cuya validez es puesta en cuestión. Los actos de desobediencia civil serían un medio idóneo de violar la ley de forma ordenada, pública y no violenta, con el objeto de someterla a su propio control de constitucionalidad. Según este criterio, «todo ciudadano tendría, en una sociedad democrática, el derecho a violar la ley para probar su inconstitucionalidad»⁶¹, siempre que existan razones fundadas para ello. Los actos de desobediencia civil podrán constituir un medio idóneo de violar la ley con objeto de someterla a su propio control de constitucionalidad. Este argumento tiene

⁵⁹ MARÍN CASTÁN, M^a L. y LIMA TORRADO, J.: *Ibidem*, p. 321.

⁶⁰ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Cit., p. 142.

⁶¹ MALEM SEÑA, J. F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Cit., p. 191.

una limitación porque no es posible recurrir a la desobediencia indirecta para pedir la inconstitucionalidad de la norma.

Algunos autores niegan el carácter de desobediencia civil a las violaciones de las leyes que se realizan con el objeto de lograr la declaración de inconstitucionalidad de las normas que se cuestionan, porque estos actos de desobediencia no seguirían el debido proceso legal, ni respetan el sistema jurídico en su totalidad. Morris I. Liebman⁶² afirmó que «la así llamada prueba de constitucionalidad no es desobediencia civil». Una prueba de constitucionalidad acontece porque un individuo tiene razones para creer que una norma no posee la fuerza de una ley porque es inconstitucional. Es un proceso objetivo que no está fundado sobre la conciencia o las creencias morales.

Malem Seña⁶³ señala que «Las inobservancias legales cometidas con el propósito de instar la declaración de inconstitucionalidad de la ley violada no constituyen, estrictamente hablando, ningún acto de desobediencia civil, ya que si las leyes desobedecidas son inconstitucionales no se habría cometido ningún delito, y por definición, ningún acto de desobediencia civil».

Este conflicto está representado por el pensamiento de April Carter y Ralf Dreier, por una parte, y Stuart Brown y Archibald Cox, por otra. Carter-Dreier⁶⁴ arguyen que la desobediencia civil no sólo constituye una adecuada táctica política, sino que además está permitida por el sistema jurídico en la medida en que efectivamente tal disposición sea declarada inconstitucional. Esta posición sugiere que la ley violada era tan eficaz como válida, al menos hasta el momento de la declaración de su inconstitucionalidad, y por lo tanto, resulta legítimo hablar de desobediencia civil en el momento de la inobservancia legal. Pero esta posibi-

⁶² COFFIN W. y LIEBMAN M.: *Civil Disobedience: Aid or Hindrance to Justice?*, American Enterprise Institute for Public Policy research, Washington, 1972.

⁶³ MALEM SEÑA, J. F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Cit. Capítulo 6.

⁶⁴ MALEM SEÑA, J. F.: *Ibidem*, pp. 206 y ss. En estas páginas recoge la postura de estos autores.

lidad es negada por el dúo Brown-Cox con el argumento de 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.

Por otra parte ambos están de acuerdo en que, si la ley es declarada constitucional después de su violación, se deberá soportar las sanciones correspondientes y el desobediente deberá cumplir con las penas impuestas.

El desacuerdo radica en las diferentes concepciones que se asumen acerca de la validez de las normas jurídicas. Ernesto Garzón Valdés⁶⁵, presenta algunos modelos de validez normativa:

- 1) Modelo Kelseniano. La validez de una norma constituye la forma propia de su existencia. Validez y existencia serán considerados términos paralelos. Pero si una norma existe debe ser obedecida.

Los órganos estatales competentes, en caso de desobediencia, deben aplicar la sanción correspondiente. Kelsen dice «que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma»⁶⁶.

El fundamento de validez de una norma no puede ser empírico (es decir el fundamento de que algo deba ser no puede ser el que sea así efectivamente), no puede derivarse de un hecho, sino que debe descansar necesariamente en otra norma de carácter superior.

En ese sentido, la validez es siempre un concepto relativo. Una norma es válida cuando ha sido dictada por un órgano competente y de acuerdo con el procedimiento establecido a tal fin. Para Kelsen «una norma jurídica no vale por tener un contenido que pue-

⁶⁵ GARZÓN VALDÉS, E.: «Algunos modelos de validez normativa» en *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 373-400.

⁶⁶ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México: Universidad Autónoma de México, 1981, p. 201.

da inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera prevista por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho»⁶⁷.

La validez de una norma ha de relacionarse con la validez de otra norma superior, y así sucesivamente. Pero como la cadena no puede ser infinita, terminará en una primera Constitución histórica; pero para que sea válida necesita de otra norma que le otorgue validez.

Ésta no podrá pertenecer al sistema normativo positivo, sino que debe ser supuesta, ya que la cadena de validez «tiene que concluir en una norma que suponemos la última, la suprema. No puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*)»⁶⁸. Por tanto, no pueden existir normas inválidas si se cumple el sistema señalado.

- 2) Modelo de Suárez. Acepta que la validez de las normas no puede estar fundada sobre hechos, perteneciendo éstas por consiguiente al mundo del deber ser. Una norma para ser considerada como tal debe ser dictada por la autoridad competente a través del procedimiento adecuado. «Hay que decir, sin embargo, que la ley es un precepto impuesto por quien tiene poder para obligar, y que, por tanto, la ley requie-

⁶⁷ KELSLEN, H.: *Ibidem*, p. 205.

⁶⁸ KELSEN, H.: *Ibidem*, p. 202.

re que la dé quien tiene autoridad pública», «...y es que para dar leyes se necesita poder de jurisdicción y que no basta de suyo el poder nominativo»⁶⁹.

Las normas, para merecer ese calificativo, han de tener un contenido justo, ya que una ley injusta no es verdaderamente una ley, y por lo tanto, no debe ser obedecida.»

Una ley que no tiene justicia u honestidad no es ley, ni obliga, más aún, ni puede observarse. «En efecto, se debe observar la diferencia que existe entre la injusticia por parte de la materia y la injusticia por parte del modo de darse la ley. En la primera, una vez que consta la injusticia, por ninguna razón es lícito obedecer, ni siquiera para evitar cualquier mal o escándalo, porque nunca es lícito obrar el mal con cualquier fin; en cambio en el otro caso, aunque la ley de suyo no obligue, con tal de no cooperar a la injusticia puede el súbdito obedecer, porque puede ceder en su derecho.

Con mucha mayor facilidad podrá estar obligado a obedecer en caso dudoso. Más aún, en el caso de que sea cierta la injusticia, a veces podrá estar obligado a ello para evitar el escándalo, pues éste hay que evitarlo, aun con perjuicio temporal...»⁷⁰. Para Francisco Suárez existe una triple equivalencia entre validez, existencia y deber de obediencia, pero agregando, a diferencia de Kelsen, un contenido de justicia sin el cual la norma no puede ser considerada como tal. Dicho contenido estaría dado por su concordancia con lo expresado por la ley eterna y la ley natural.

3) Modelo de Georg von Wright. Una norma es válida cuando existe una norma de orden superior que au-

⁶⁹ SUÁREZ, F.: *Tratado de las leyes y Dios legislador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967. Las citas del libro 1º, cap. VIII, 2, y del libro 1º, cap. VIII, 6).

⁷⁰ SUÁREZ, F.: *Ibidem*. Libro 3º, cap. XXII, 1; libro 1º, cap. IX, 10 y libro 1º, cap. IX, 18, respectivamente.

toriza su creación. Es una noción relativa, ya que una norma es válida cuando lo es con relación a otra norma que permite su promulgación o su existencia. Es una noción relativa no porque la validez de una norma requiera la validez de otra norma que autoriza su creación, sino porque aquélla depende de la existencia de esta última.

Una norma será inválida cuando el acto de su creación está prohibido por otra norma. «Diremos que una norma es inválida si la promulgación de esa norma le está prohibido a la autoridad que la promulgó en virtud de alguna norma de orden superior.

Si optamos por llamar ilegal al acto de promulgar una norma cuando hay una norma que prohíbe este acto, entonces podemos también decir que la invalidez de una norma significa la ilegalidad del acto de promulgar tal norma. Debería observarse aquí también que el patrón de invalidez de una norma es la existencia y no la validez de otra norma, jerárquicamente relacionada con la primera en una determinada forma»⁷¹. También aquí existen cadenas donde cada eslabón inferior de la cadena deriva su validez inmediatamente del siguiente eslabón superior, remotamente de los superiores y en última instancia del primer eslabón de la cadena.

Pero si una norma no puede retrotraerse a ninguna otra norma no puede, por definición, ser válida; y por esa misma razón, tampoco puede ser inválida. Esa norma no será, pues, ni válida ni inválida, será soberana. Pueden existir normas válidas, normas inválidas, normas válidas e inválidas al mismo tiempo y normas que no son ni válidas ni inválidas. Se rechaza la triple equivalencia entre validez, existencia y deber de obediencia.

Respecto a la disputa entre Carter-Dreier y Brown-Cox, cuando estos últimos afirman que una ley inconstitucional—invalidada— no es, ni ha sido nunca, una ley propia-

⁷¹ WRIGHT, GEORG HENRIK VON: *Norm and action (a logical inquiry)*. London, 1963. Norma y acción. Una investigación lógica, trad. Pedro Garacía Ferrero. Madrid: Tecnos, 1979, p. 202.

mente dicha, parecen estar siguiendo el modelo de Suárez —una ley injusta no es nunca una ley—, o el modelo de Kelsen —no existen leyes inválidas—. No podrían fundamentar su posición, por ejemplo, en las tesis mantenidas por Von Wright, puesto que admitir la existencia de normas inválidas implicaría la aceptación no sólo de la posibilidad de una violación de las mismas, sino que precisamente mediante tal procedimiento se podría conseguir su declaración de inconstitucionalidad —invalidez—.

Son cuestiones que tanto Carter como Dreier no dudan en aceptar. Las posiciones mantenidas por Brown-Cox tienen cabida en el esquema kelseniano, para el caso de que la ley violada, mediante su desobediencia, sea declarada de nulidad radical o *ab initio*, que es el grado más elevado de anulabilidad.

Y aún en esos casos, siempre será razonable pensar, en la línea Carter-Dreier, que violar civilmente ese tipo de normas vigentes en un momento determinado es el único medio de solicitar su nulidad radical, y por lo tanto, la desobediencia sería conforme al sistema jurídico.

Por otro lado, la doctrina se ha preguntado si es necesario primero esperar a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad. Parece que sí, porque es un recurso dentro del marco jurídico, pero las veces que es posible su utilización están limitadas por los ordenamientos. Por otra parte siempre existen algunos casos de urgencia extraordinaria, casos en los que una espera excesivamente dilatada podría consumir una injusticia muy gravosa a juicio de los desobedientes⁷².

Estos supuestos son:

- 1) Cuando derechos constitucionalmente reconocidos son violados por el gobierno, denegados a nivel local o no aplicados en un territorio limitado del Estado.

⁷² APRIL CARTER menciona algunos supuestos típicos bajo lo cuales se intentó legitimar actos de desobediencia civil argumentando la inconstitucionalidad de las leyes que se violaban. En MALEM SENA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Cit., pp. 198 y ss.

- 2) Cuando decisiones gubernamentales violan aquellos principios que, según los manifestantes, están contenidos en el espíritu de la Constitución y que de una u otra manera han sido reconocidos por las más altas instancias judiciales. Lo negativo es que las Constituciones tienen un carácter vago y ambiguo y acogen también principios y valores económicos, políticos y éticos sustantivos. El intérprete debe tomar en consideración la totalidad de los preceptos constitucionales, sin distinguir entre los artículos de aplicación directa y los meramente programáticos. Si la Constitución, que debe ser interpretada como un todo, contiene implícitamente principios sustantivos, y si, además, existen leyes que contradicen esos principios, se entenderá que los desobedientes civiles están legitimados para solicitar la inconstitucionalidad de tales leyes.
- 3) Cuando los disidentes protestan contra actitudes y decisiones gubernamentales que, aun cuando no violan ni la letra ni el espíritu de la Constitución, contradicen de manera expresa normas establecidas por organismos internacionales.
- 4) Cuando se invocan disposiciones constitucionales para justificar la desobediencia a la ley o el incumplimiento de programas gubernamentales concretos si han sido dictados, decididos o ejecutados de manera irregular.

La desobediencia civil debe ser entendida como un mecanismo informal e indirecto de participación en un ámbito de toma de decisiones que no cuenta con suficientes canales participativos, aunque en realidad precisaría de ellos para poder presentarse como legítimo. Según Dworkin⁷³ «el hecho de que un grupo de ciudadanos ponga en marcha una campaña de desobediencia civil contra una determinada ley es un factor que por sí mismo pone en

⁷³ DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984, p. 307.

cuestión la constitucionalidad de dicha ley. La desobediencia sería un test de constitucionalidad de las leyes en un doble sentido: por un lado, un expediente para suscitar un control de constitucionalidad y, por otro, un indicio de inconstitucionalidad».

III. CONCLUSIONES

En un sistema liberal democrático cabe sostener una concepción de los derechos y libertades fundamentales que haga posible la existencia de un derecho general a desobedecer. Así tenemos que existen dos principios en los que fundamentar la desobediencia:

- 1) El art. 16.1 de la CE, que recoge la libertad de conciencia, incluida en la religiosa e ideológica, como sedes materiales de dicha libertad, no reconocida expresamente por la norma suprema⁷⁴.
- 2) El art. 20 de la CE, que recoge la libertad de expresión y manifestación. Nos inclinamos a buscar la justificación más en este sentido (muchos son los autores que opinan así, por ejemplo, Falcón y Tella⁷⁵ o A. Sher⁷⁶, que significativamente relacionan la desobediencia civil antes con la libertad de expresión o reunión que con la libertad religiosa o de conciencia).

A pesar de esto no se debe descartar la primera justificación ya que puede ser complementaria a este criterio. Las sociedades democráticas deben asumir e integrar las formas pacíficas de desobediencia en el marco de sus re-

⁷⁴ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. opinión tomada del prólogo al libro de ESCOBAR ROCA, objeción de conciencia en la constitución española. Cit., p. 31).

⁷⁵ M^º JOSÉ FALCÓN Y TELLA, ideas extraídas del Curso de Doctorado «Validez axiológica y validez fáctica del Derecho», 1997-1998, perteneciente al programa Conceptos jurídicos fundamentales, del Departamento de Filosofía de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid.

⁷⁶ SHER, A.: *Freedom of Protest, Public order and the law*, Basil Blackwell, Nueva York, 1989, pp. 188-204. Citado por González Encinar en el prólogo al libro de Escobar Roca, La objeción de conciencia en la Constitución española p. 59.

glas de juego⁷⁷, aunque no se positivice en un artículo de la CE ya que se ampara en otros derechos fundamentales recogidos en principios de justicia plasmados en la misma.

Pérez Luño⁷⁸ señala que el reconocimiento de algún derecho no recogido expresamente en la Constitución puede hallarse encaminado a colmar las lagunas que se advierten en el sistema de los derechos fundamentales, pero teniendo como guía los principios enunciados en las disposiciones de rango constitucional o legal. Partiendo de los principios recogidos en la Constitución (libertad de expresión o libertad religiosa o ideológica) pueden fundamentarse los actos descritos como desobediencia civil. Cuando el Estado establece positivamente la garantía de la libertad de conciencia, no se plantea si trata de proteger la piedad o el ateísmo o la propia religión. El alcance jurídico de la positivación de tal libertad reside tan sólo en la abstención de determinadas conductas, pero sin que se señale lo que conviene hacer.

Los derechos humanos se entienden como una noción prescriptiva de unos valores de la persona enraizados en una normatividad suprapositiva, pero que deben ser reconocidos, garantizados y regulados en cuanto a su ejercicio por el Derecho positivo. Así la desobediencia civil no está incluida en los derechos fundamentales, pero se puede considerar incluida en este concepto de derechos humanos y, aunque no haya sido plasmado positivamente por el legislador, al defender valores y principios propios de la naturaleza humana, debe permitirse su ejercicio dentro de las condiciones señaladas, y ser objeto su evaluación jurídica de un tratamiento especial.

La desobediencia civil no debería castigarse con un en señamiento especial por sus características. Se debería dar un trato diferente en función de las motivaciones y del hecho de que se constituye hoy en el único medio razona-

⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Cit., p. 47.

⁷⁸ PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cit., p. 108.

ble de cambio de las sociedades, como práctica emergente a cargo de grupos minoritarios de carácter social, económico y político.

De forma que, aunque es claro que la «legalidad» de la desobediencia sería un contrasentido, podemos hablar de un cierto derecho o legalidad de la desobediencia en cuanto que evita la restricción paulatina de las formas de expresión de la voluntad de la mayoría⁷⁹.

Así Trias Sagnier⁸⁰, refiriéndose a la desobediencia civil en un sentido amplio, omnicomprendivo de la objeción de conciencia, hace alusión a las recientes sentencias absolutorias de insumisos y a algunos comentarios a ellas según los cuales «el efecto que se está produciendo con estos pronunciamientos es la legitimación de la desobediencia al Derecho».

La razón de esta posible legitimación está asimismo en que en ocasiones la desobediencia al Derecho adopta formas diferentes que no suponen una vulneración de las reglas fundamentales de la democracia. Se trata de conductas que, desde luego, utilizan cauces diferentes a los propios del régimen representativo, pero que parten del respeto a la libertad ajena y que pretenden hacer prevalecer sus puntos de vista mediante la adhesión de la mayoría⁸¹.

Además la desobediencia civil actúa muchas veces como corrector de las consecuencias generadas por el funcionamiento normal y/o anormal del sistema democrático y es, a la vez, compatible con las instituciones. Así entendida es, sin lugar a dudas, un elemento estabilizador del orden constitucional⁸².

⁷⁹ GACÍA INDA, A.: «Estado y desobediencia civil» en *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1990, p. 260.

⁸⁰ TRIAS SAGNIER, J.: «Desobediencia civil», en *ABC*, martes 23-II-1993, p. 89.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, L.: «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho». Cit., p. 41.

⁸² DE LA FUENTE RUBIO, E.: «Democracia y desobediencia civil». Cit., p. 111.

Para mí lo que podría significar la existencia de este derecho general (si se quiere llamar de esta forma) es que cuando alguien incumpla una obligación jurídica alegando para ello motivos de conciencia no se le tiene que imponer un castigo automáticamente sino que el juez debería realizar la labor de ponderación antes explicada, para despejar la duda sobre si ese deber jurídico, limitador del derecho de libertad de conciencia o del derecho de libertad de expresión, está realmente justificado.

Pero esto plantea el problema de cómo evitar la discrecionalidad judicial en este examen ponderativo y además de la discrecionalidad, Araujo, pone de manifiesto que la ponderación puede dar lugar a una nueva desobediencia, como protesta a dicha ponderación. Lo que el desobediente pondría de manifiesto es que determinados intereses, valores, puntos de vista o circunstancias no han sido tenidos en cuenta o no se les ha dado la importancia relativa que merecían y ciertamente eran relevantes en la ponderación de que se tratase. Estaríamos ante un círculo vicioso.

Gallego Anabitarte⁸³ critica además el que la ponderación no se efectúa de forma abstracta, entre bienes jurídicos abstractos, sino que se trata de una ponderación concreta que no tiene en cuenta comportamientos de diferentes personas, sino que, en verdad, es una ponderación de intereses.

García de Pablos⁸⁴ tampoco admite este juicio ponderativo, ya que con esta posibilidad se desvirtúa el papel del juez, que debe aplicar las normas como son, sin que sus valoraciones personales acerca de las mismas puedan determinar una absolucón o una condena. Pese a esto creo que nadie puede negar la importante labor del juez que actúa no solo aplicando las normas sino interpretándolas.

⁸³ GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*. Madrid: Civitas, 1994.

⁸⁴ DE LA FUENTE RUBIO, E.: «Democracia y desobediencia civil». Cit., p. 110.

Así la desobediencia civil aparece como un procedimiento extraordinario, un recurso no contemplado por legislación procesal alguna, y una protesta que excede los márgenes otorgados por la ley positiva. No queda claro cuál es su verdadera naturaleza: si la de un derecho «*sui generis*» que nunca podrá ser recogido en un texto legal como tal, la de una válvula de escape por la que los ciudadanos pueden ejercer su derecho a ser oídos y expresar sus opiniones, cuando ven lesionados sus derechos física o moralmente o la de servir de garantía al respeto de derechos reconocidos constitucionalmente (explícita o implícitamente) y que no han podido ser defendidos por ningún otro medio legal (bien porque una minoría no puede acceder a ellos o porque dicha minoría no ha obtenido un resultado positivo a su demanda, cuando ha hecho uso de estos instrumentos).

Cualquiera que sea la posición que se adopte, teniendo en cuenta que no tienen porque ser obligatoriamente excluyentes, nunca supondría que pudiera tolerarse la violación de cualquier deber jurídico, sino sólo sostener una justificación «*prima facie*», de que los que actúan cumpliendo los requisitos de la desobediencia civil tienen un derecho sujeto a los mismos límites que se establecen para el resto de los derechos y libertades protegidos por el ordenamiento.

No debemos olvidar que el Derecho no debería obligar a nadie a actuar en contra de su propia conciencia, más aún en aquellos casos en que la forma de actuar que dicta la conciencia es más justa y más equitativa de acuerdo con la idea de justicia que la que señala la norma o política contravenida.

Otro aspecto distinto es que tenemos que considerar que esta justificación es posible en un Estado democrático porque la desobediencia civil no aparece tipificada como delito en ninguna norma. Es decir, es verdad que no se recoge expresamente, pero tampoco se prohíbe expresamente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACINAS: «Sobre los límites de la desobediencia civil». Sistema, nº 97, Madrid, 1990.
- ACTON, H. B.: «Political Justification» (1956), en Bedau, H. A.: *Civil Disobedience...*, pp. 220-239.
- ÁLVAREZ, N.: «La obediencia al Derecho como deber ético (conclusiones de una polémica)», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, nº 78, 1990-1991. P 41-51 (procesal)
- ÁLVAREZ, N.: «Desobediencia civil y cambio social» en *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 97-111.
- ARENDT, H.: «Desobediencia civil» en Id., *Crisis de la República*. Madrid: Taurus, 1973. Trad. G. Solana, pp. 59-108.
- DE LA FUENTE RUBIO, E.: «Democracia y desobediencia civil. Objeción de conciencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, núm. 83, Madrid, 1995, pp. 97-116.
- DE LUCAS, J.: *¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?, Ética y política en las sociedades democráticas*, Madrid: Espasa- Calpe, 1981.
- DÍAZ, E.: *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984, pp. 75-145.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*. Madrid: Civitas: 1985.
- DREVET, C.: *Gandhi, su pensamiento y su acción*, trad. cast. De R. Y A. Bages, Fontanella, Barcelona, 1962.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.
- FALCÓN Y TELLA, M^a J.: «Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil», en *Guerra, Moral y Derecho*, Madrid: Actas, 1994, pp. 213-257.
- FROMM, E.: «La desobediencia como problema psicológico y moral», en *On Disobedience and other essays*; trad. E. Prieto, Sobre la desobediencia y otros ensayos. Barcelona: Paidós, 1984, pp. 9-18.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1994.
- GARCÍA COTARELO, R.: *Resistencia y desobediencia civil*. Madrid: Eudema, 1987.
- GARCÍA INDA, A.: «Estado y desobediencia civil» en *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 253-269.

- GARCÍA SAN MIGUEL, L.: «Consideraciones morales sobre la obediencia al derecho» en *Obligatoriedad y Derecho, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1990.
- GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca de la desobediencia civil», *Sistema*, nº 42, Madrid, 1981, pp. 72-92.
- GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- GASCÓN ABELLÁN, N.: «Notas sobre la existencia de un posible Derecho general a la desobediencia» en *Obligatoriedad y Derecho, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 281-292.
- HABERMAS, J.: «La desobediencia civil piedra de toque del Estado de Derecho», *Ensayos políticos*. Península, 1988.
- HOERSTER, N.: «Obligación moral y obediencia jurídica», en *Dianoia. Anuario de Filosofía*, 1976, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México. Trad. Ernesto Garzón Valdés.
- LARAÑA RODRÍGUEZ-CABELLO, E.: «Un derecho no reconocido en la Constitución: el Derecho a la resistencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, 2, 1979, pp. 183-203.
- MALEM SEÑA, J. F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.
- PECES BARBA, G.: «Desobediencia civil y objeción de conciencia». *Anuario de Derechos Humanos* (Universidad Complutense. Facultad de derecho. Instituto de Derechos Humanos), nº 5, 1988-1989, p. 159-176.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L.: «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema*, núm. 59, Madrid, 1984, pp. 41-62.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: «La desobediencia civil» en *Revista española de Derecho constitucional*, año 2, nº 5, mayo-agosto 1982, p. 95-114.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: «El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho» en *Obligatoriedad y Derecho XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 443-459.
- SINGER, P.: *Democracy and disobedience*, trad. Marta Guastavino, Democracia y Desobediencia. Barcelona: Ariel, 1985.
- SORIANO, R.: *La desobediencia civil*, Barcelona: PPU, 1991.
- THOREAU, H.: *Desobediencia civil y otros escritos*. Madrid: Tecnos, 1987.
- WELLMAN, C.: *Morales y éticas*. Versión castellana de Jesús Rodríguez Marín, Madrid: Tecnos, 1975.