

CAPÍTULO CUARTO

DESOBEDIENCIA PARALEGAL

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 Martín 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 aquélla no a estas formas de infracción del ordenamiento. Sobre la desobediencia civil llevamos trabajando bastante tiempo.¹⁸⁵ Aquí de lo que se trata es de explorar un as-

¹⁸⁵ Este capítulo 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 scholar” en la *Boalt Hall School of Law* de la, en temas de desobediencia civil, tan célebre, Universidad de Berkeley en California en el 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 “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 título *La desobediencia civil* en 2000 en Madrid por la Editorial Marcial Pons, con prólogo de Garrido Falla, Fernando, que ha sido traducido al inglés por el doctor Peter Muckley y publicado en 2004, la primera parte, *Civil Disobedience*, en Boston-Leiden, Martinus Nijhoff, con prólogo de Martti Koskenniemi, y la segunda, *A History of Civil Disobedience*, en Ginebra, Editions Diversités. En dicho trabajo se encuentra una exhaustiva referencia bibliográfica sobre el tema. Por lo que se refiere a nosotros, nos han servido en

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

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 contrario¹⁸⁶ o contemplan ambas posibilidades como desobediencia civil.¹⁸⁷

En cuanto quebrantamiento de normas jurídicas, la desobediencia civil es ilegal.¹⁸⁸ Las acciones legales, aunque se realicen como actos de protes-

su elaboración nuestros trabajos sobre la desobediencia civil y algunos otros relacionados con temas conexos, publicados en revistas españolas y extranjeras. Para mayor detalle véase, entre otros, los siguientes, Falcón, María José, “Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil”, varios autores, *Guerra, moral y derecho*, Madrid, Actas, 1994, pp. 215-257. “Should We Obey the Unjust Law? The Question of Civil Disobedience”, *Indian Socio-Legal Journal*, XXIII, 1997, pp. 11-37. “La désobéissance civile”, *Revue Interdisciplinaire D'Études Juridiques*, 39, 1997, pp. 27-67. “Los precedentes de la desobediencia civil en el mundo griego”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 90, 1998, pp. 67-87. “Principal Realist Theories of Efficacy and Obedience to the Law”, *Indian Socio-Legal Journal*, XXV, 1 y 2, 1999, pp. 21-41. “Legal Validity and Obedience to the Law”, *Indian Socio-Legal Journal*, XXV, 1 y 2, 1999, pp. 89-101. “La desobediencia civil como derecho”, *Cadernos de Direito da UNIGRANRIO* (Universidade do Grande Rio), Brasil, 1999, 1, pp. 15-29.

¹⁸⁶ Campbell, A. H., “La morale della disubbidienza alla legge”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967, pp. 657 y 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 la desobediencia, la oposición ilegal, o la resistencia. Según Campbell la desobediencia civil sería hacer lo que está prohibido.

¹⁸⁷ Bayles, Michael, “The justifiability of civil disobedience”, en *Review of Metaphysics*, septiembre, vol. XXIV, 1 Issue, 93, 1970, pp. 4-11.

¹⁸⁸ Betz, Joseph, “Can Civil Disobedience be Justified?”, *Social Theory and Practice*, I, 2, otoño 1970, pp. 13 y 14. Morris D. Forkosh, “Attacks on the Constitution, Violence and the Necessity for Disobedience”, *Fordham Law Review*, XXXV, 1966-1967, pp. 102-107. McKay, Robert B., “Protest and Dissent, Action and Reaction”, *Utah Law Review*, 10, 1, julio de 1966, p. 25. García Inda, Andrés, “Estado y desobediencia civil (No-

ta, 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 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, al no haber tampoco 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 posteriormente 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”.¹⁸⁹

tas para una aproximación al tema)”, en Macía Manso, Ramón (ed.), *op. cit.*, nota 175, p. 260. Walzer, Michael, *Obligations. Essays on Disobedience, War and Citizenship*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1970, pp. 241-249. Freeman, H. A., “Moral Preemption, Part I, The Case for the Disobedient”, *The Hastings Law Journal*, 17, 1965-1966, pp. 429, 430 y 425. Malem Seña, Jorge Francisco, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, *op. cit.*, nota 177, p. 150.

¹⁸⁹ MacGuigan, M. R., “Democracy and Civil Disobedience”, *Canadian Bar Review*, 49, 1971, pp. 255 y 256. Freeman, Harrop A., “The Right of Protest and Civil Disobedience”, *Indiana Law Journal*, 41, 2, invierno 1966, pp. 235 y 236. Matthew Lippman, *op. cit.*, nota 167, pp. 235 y 236. Force, R., “Civil Disobedience, a Conglomerate Review”, *cit.*, pp. 31-34, considera que la desobediencia civil se encuentra entre el reto a la ley —*civil challenge*— y el ejercicio de un derecho constitucional.

Quizá 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 modo ilegal), tendría derecho a una sentencia más benigna de lo normal (pues su acción es en cierta medida legal).¹⁹⁰

En la desobediencia civil se trataría de perseguir fines morales por medio de acciones ilegales, con lo que la legitimidad/ilegalidad estaría al 50%.¹⁹¹ 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 civilmente.¹⁹² 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 ilegalidad.¹⁹³

¹⁹⁰ MacGuigan, M. R., *op. cit.*, nota 189, pp. 258-260.

¹⁹¹ Cosi, G., *op. cit.*, nota 166, p. 71.

¹⁹² Alton, S. R., “In the Wake of Thoreau. Four Legal Philosophers and the Theory of nonviolent Civil Disobedience”, *Loyola University of Chicago Law Journal*, 24, 1, otoño de 1992, p. 47.

¹⁹³ 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, del 6 al 10 de septiembre de 1966), en Spitz, David (ed.), *Political Theory and Social Change*, Nueva York, Atherton Press, 1967, pp. 163-183, y en Murphy, J. G., *Civil Disobedience and Violence*, Belmont, California, Wadsworth Publishing Company, 1971, p. 78, Lippman, M., *op. cit.*, nota 167, pp. 235 y 236.

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 mismo como tal, no de los desobedientes civiles, que pueden considerar dicho acto como legal. Es más, no sólo 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 tribunales.¹⁹⁴ De hecho lo que se produce en la figura es un conflicto de interpretaciones,¹⁹⁵ 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, está hecho 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. Éste ha de estar en condiciones de ejercerlos y disfrutarlos efectivamente.¹⁹⁶

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 es una 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.

¹⁹⁴ Zashin, Elliot M., *Civil Disobedience and Democracy*, Nueva York, The Free Press, 1972, pp. 110, 111 y 114.

¹⁹⁵ Smart, Brian, “Defining Civil Disobedience”, *Inquiry*, 21, 1978, p. 267: el desobediente lo que hace es “un desafío deliberado a la interpretación oficial de la ley”.

¹⁹⁶ Acinas, Juan Claudio, “Sobre los límites de la desobediencia civil”, *Sistema*, 97, julio de 1990, pp. 105-107.

Por otra parte, hay que distinguir la desobediencia civil, en cuanto 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, Bay¹⁹⁷ considera la norma a desobedecer, aunque 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 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 no aceptación o exclusión del grupo social del que se forma parte, en los usos sociales.

Por otro lado, como observa Malem Seña,¹⁹⁸ puede calificarse de desobediencia civil la trasgresión 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 civil.¹⁹⁹

Más difícil es saber cómo catalogar aquellas situaciones en las que es el Estado mismo el que actúa ilegalmente y quizás también consciente-

¹⁹⁷ Bay, Christian, voz “desobediencia civil”, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, vol. 3, Madrid, Aguilar, 1974, p. 634. Del mismo autor con Walker, Charles, véase *Civil Disobedience. Theory and Practice*, Montreal, Black Rose Books, 1975.

¹⁹⁸ Malem Seña, J. F., *op. cit.*, nota 177, p. 61.

¹⁹⁹ Cohen, Carl, *Civil Disobedience. Conscience, Tactics and the Law*, Nueva York-Londres, Columbia University Press, 1971, pp. 8-10. Hay autores que consideran la desobediencia a normas de una autoridad que no sea el Estado como desobediencia civil. En estos casos se acuña la expresión de desobediencia para-civil. Aquí puede citarse a Walzer, Michael, en “Civil Disobedience and Corporate Authority”, que es el capítulo 2 de su *Obligations, Essays on Disobedience, War and Citizenship*, Simon and Schuster, Nueva York, 1971, pp. 24 y 25.

mente. Coffin y Morris sostienen que el Estado y el gobierno caen en situaciones de desobediencia 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 Nixon.²⁰⁰ A nuestro juicio, en estos supuestos habría que distinguir entre la actuación de dichas personas a título personal y su actuación como 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, esté vinculado 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 posible. 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 ciudadano.²⁰¹

En estos casos quizá 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 infracción 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 sep-

²⁰⁰ Coffin, W. S. y Leibman, M. I., *Civil Disobedience, aid or Hindrance to Justice?*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1972, p. 61. Weber, David R., *Civil Disobedience in America, a Documentary History*, Ithaca-Nueva York, Cornell University Press, 1978, capítulos 43 y 44.

²⁰¹ Zinn, Howard, *Disobedience and Democracy. Nine Fallacies on Law and Order*, Nueva York, Vintage Books, Random House, 1968, pp. 23 y 24.

tiembre de 1973 por obedecer la ley, lo cual supondría la desobediencia al poder, que no acataba esa ley.²⁰²

Para ver quién puede desobedecer la ley hay que analizar 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 primordialmente 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 primordialmente de la ciudadanía, del “cives”, siendo más cuestionable si cabe la desobediencia civil de los jueces y tribunales²⁰³ —no 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 y como normalmente es entendida se limita al primer supuesto.²⁰⁴

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 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.

²⁰² Hace esta distinción entre desobediencia a la ley y desobediencia al poder Álvarez, Norberto, “La ‘desobediencia civil’. Delimitación conceptual”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, p. 527.

²⁰³ Seguimos en el desarrollo de este punto la aportación de Asís Roig, Rafael de, “Las tres conciencias”, en varios autores, *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, especialmente pp. 27-31.

²⁰⁴ N. Álvarez, *op. cit.*, nota 202, pp. 527-528.

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 penal.²⁰⁵ Esto no significa, 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 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”.²⁰⁶ En la misma línea, Acinas habla de violación de ley, disposición gubernamental u orden de la autoridad.²⁰⁷ Sin embargo no existe acuerdo absoluto sobre este

²⁰⁵ Wasserstrom, Richard A., “Disobeying the Law”, *Journal of Philosophy*, LVIII, 21, octubre 1961, pp. 642 y 643.

²⁰⁶ Recogido en Ruiz Murillo, Mayela, “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, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, texto mecanografiado, 1989, p. 154.

²⁰⁷ Acinas, J. C., *op. cit.*, nota 196, p. 100.

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 gubernativa.²⁰⁸

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 determinadas²⁰⁹ y raramente contra la Constitución, a la que suele darse la adhesión.

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 porque 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 juego.²¹⁰ Una socie-

²⁰⁸ Wyzanski, Jr., Charles E., “On civil disobedience and draft resistance”, Bedau, H. A., *Civil Disobedience. Theory and Practice*, op. cit., p. 194. Originalmente en *The Atlantic Monthly*, CCXXI, febrero, 1968, pp. 58-60.

²⁰⁹ Rodríguez Paniagua, José María, “La desobediencia civil”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, 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*, 3a., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1988, y “El deber jurídico y la obligación de obediencia al derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, Madrid, 1969, pp. 67-83. Tb. en Macía Manso, Ramón (ed.), op. cit., nota 175, pp. 443-458.

²¹⁰ 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 Macía Manso, Ramón (ed.), op. cit., nota 175, 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

dad 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 de la mayoría y la no imposición por la fuerza de ninguna doctrina.²¹¹ Y esto lo verifica la desobediencia civil, pues, aunque en el ordenamiento jurídico español no se 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 las 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.²¹²

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 conjunto.²¹³ A esto es a lo que alude Bayles cuando califica la desobe-

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”.

²¹¹ Gascón Abellán, M., *op. cit.*, nota 175, pp. 43-46.

²¹² Pérez Carrillo, A., *Derechos humanos, desobediencia civil y delitos políticos*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991, p. 159.

²¹³ Serra, Teresa, *Il disagio nel diritto. Stato punitivo e disobbedienza civile*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 196 y 201.

diencia civil de “selectiva”²¹⁴ o Acinas cuando la conceptúa de parcial o limitada.²¹⁵

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 existir.²¹⁶

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 pública.²¹⁷ 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 anulabilidad, con efectos sólo *ex nunc*,

²¹⁴ Bayles, M., *op. cit.*, nota 187, p. 4.

²¹⁵ Acinas, J. C., *op. cit.*, nota 196, 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”.

²¹⁶ Bayles, M., *op. cit.*, nota 187, p. 15.

²¹⁷ Rawls, J., “Teoría de la desobediencia civil”, Dworkin, R. M., *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, capítulo V, p. 175. Del mismo autor sobre el tema destacan también, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 3-22. “Justice as Fairness”, *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. 3-18 y 165 y ss., y “The Justification of Civil Disobedience”, *Revolution and the Rule of Law*, New Jersey, ed. por E. Kent y otros, Prentice Hall Inc., Englewood Cliffs, 1971, pp. 30-45; también en Rachels, James, *Moral Problems. A Collection of Philosophical Essays*, Nueva York, Harper and Row, 1971, pp. 125-140; trabajo originalmente presentado a los Meetings de la American Political Science Association en septiembre de 1966. Rawls, J., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986, traducción castellana de M. A. Rodilla, especialmente 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 González Soler, María Dolores, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.

para el futuro. No constituyen un acto de desobediencia civil para quienes 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 habérseles dado la razón, permaneciendo la ley contra la que se dirigen intacta, siguen todavía desobedeciéndola, entonces están desobedeciendo civilmente.²¹⁸

La cuestión más dudosa, sin embargo, sería el caso en 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 cuestión de si la nulidad de la ley tiene efectos retroactivos, hacia el pasado, o sólo efectos cara al futuro. En el primer supuesto 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 invalidase, 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

²¹⁸ Rex Martin, “Civil Disobedience”, *Ethics*, 80, 2, enero 1970, p. 126; “Socrates on Disobedience to Law”, *The Review of Metaphysics*, XXIV, 1, septiembre 1970, pp. 21-38; “Conscientious Actions and the Concept of Civil Disobedience”, en French, Peter A. (ed.), *Conscientious Actions. The Revelation of the Pentagon Papers*, Massachusetts, Schenkman Publishing Company, 1974, pp. 36-52; “Two ways of Justifying Civil Disobedience”, en Caws, Peter (ed.), *Two Centuries of Philosophy in America*, Rowman and Littlefield, Totowa, N. J., 1980, pp. 291-297; “Allegiance and the Place of Civil Disobedience”, Rex Martin, *A System of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 185-217.

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 nulo.²¹⁹

Sobre este tema ya hemos hablado al referirnos a la “ilegalidad” como uno de los requisitos de la desobediencia civil, y al mismo 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 dé de la concepción de la validez que se defienda. 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 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, es decir, 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 español.²²⁰ 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”.

²¹⁹ Cohen, C., “Civil Disobedience and the Law”, *Rutgers Law Review*, 21, 1, otoño de 1966, pp. 7-9; “Essence and Ethics of Civil Disobedience”, *The Nation*, 198, 16 de marzo de 1964, pp. 257-562; “Law, Speech and Disobedience”, *The Nation*, 28 de marzo de 1966, pp. 357-362. “Defending civil disobedience”, *The Monist*, 54, 4, octubre de 1970, pp. 469-487. *Civil Disobedience. Conscience, Tactics and the Law*, Columbia, Cambridge University Press, Nueva York-Londres, 1971. “Militant morality, civil disobedience and bioethics”, *Hastings Center Report*, 19, noviembre-diciembre de 1989, pp. 23-25. Sobre el tema también Freeman, Harrop A., “Civil Disobedience and the Law”, *Rutgers Law Review*, 21, 1, 1966, p. 18. Archibald Cox, “Direct Action, Civil Disobedience and the Constitution”, Archibald Cox *et al.*, *Civil rights, the Constitution and the Courts*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1967, pp. 8-11.

²²⁰ En el sistema de los EEUU de Norteamérica destacan, entre otros, los casos jurisprudenciales “Keegan v. United States”(1945) y “Okamoto vs. United States” (1945). Para un estudio de los mismos, C. P. Colby, “Civil Disobedience. A Case for Separate Treatment”, *Wayne Law Review*, 14, 4, 1968, p. 1177.

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. Él quiere realizar cambios en el proceso político, mientras que uno que eleva una causa instrumental lo que pretende es que el sistema legal actúe.²²¹ 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 personas.²²² En tercer lugar, como destaca Kent Greenawalt, la gente que pone en funcionamiento causas instrumentales tiene una motivación radicalmente diferente de la de aquellos que se comprometen en causas de desobediencia civil.²²³

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 pro-

²²¹ Rosenberg, B. E., *The Morality of Civil Disobedience in a Democratic State*, Thesis, Harvard University, 1981, inédita, p. 3.

²²² Coffin, W. S. y Leibman, M. I., *op. cit.*, nota 200, p. 49.

²²³ Greenawalt, Kent, “Justifying non Violent Disobedience”, en Bedau, H. A. (ed.), *Civil Disobedience in Focus*, Routledge, Londres-Nueva York, 1991, p. 171, nota 2. Sobre el tema, también Storing, Herbert J., “The Case Against Civil Disobedience”, Bedau, H. A. (ed.), *Civil Disobedience in Focus*, *op. cit.*, en esta nota, p. 87. Held, Virginia, “Civil Disobedience and Public Policy”, en Kent, Edward (ed.), *Revolution and the Rule of Law*, Nueva York, Englewood Cliffs, 1971, pp. 94 y 95.

piamente 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 se vincularía 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 teoría 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 *contradictio in terminis* hablar de una ley válida e inconstitucional, al menos hasta que sea derogada. Lo más que podría haber sería normas anulables, teniendo la anulación efectos sólo *ex nunc*, para el futuro.²²⁴

²²⁴ Malem Seña, J. F., *op. cit.*, nota 177, pp. 206-212.