

CASTIGO Y JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

PUNISHMENT AND JUSTIFICATION OF CIVIL DISOBEDIENCE IN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW

José Mateos Martínez*

Resumen: En este artículo pretendemos reflexionar acerca de la posible justificación de la desobediencia civil en el marco del Derecho positivo propio de un Estado constitucional de Derecho. Partiendo de la positivización de los derechos humanos que debe caracterizar a toda Constitución, y de la prevalencia de la misma sobre las leyes inferiores, entendemos que la desobediencia civil representa, cuando se dan las circunstancias precisas para ello, un ejercicio legítimo de ciertos derechos fundamentales, así como un compromiso con la defensa del Derecho, cuya cúspide se ubica en el texto constitucional. Esta realidad debe tener reflejo en el Derecho Penal de todo Estado, justificando la conducta de quien practica la desobediencia o atenuando su sanción, y entendemos que esta posibilidad existe en el propio Derecho español, tal y como expondremos con base en los razonamientos de autorizada doctrina.

Abstract: In this article we try to think it brings over of the possible justification of the civil disobedience in the frame of the own Statute law of a constitutional State of Law. Departing from the institutionalization of the human rights that it must characterize to any Constitution, and of the prevalence of the same one on the low laws, we understand that the civil disobedience represents, when they give themselves the precise circumstances for it, a legitimate exercise of certain fundamental rights, as well as a commitment with the defense of the Law, which apex is located in the constitutional text. This reality must have reflection in the Criminal law of any State, justifying the conduct of the one who practises the disobedience or attenuating his sanction, and we understand that this possibility exists in the own Spanish Law, as we will exhibit with base in the reasonings of authorized doctrine.

Palabras clave: Desobediencia civil, sanción, justificación, defensa, Constitución.

Key words: Civil disobedience, sanction, justification, defense, Constitution.

Fecha de recepción: 05-01-2012

Fecha de aceptación: 29-2-2012

1. UNA VISIÓN GENERAL DE LA MATERIA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

1.1. Fundamentos de la legitimación de la desobediencia civil en el Estado constitucional de Derecho.

La desobediencia civil es concebida por la generalidad de la doctrina como un “acto público no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno”¹. Es decir, tal conducta implica la violación de una

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Bolonia y becario de investigación del Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional de la Universidad de Murcia.

¹ Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1997, p. 332.

ley (que puede ser la ley que se combate u otra empleada instrumentalmente para combatirla) mediante una acción, generalmente pacífica, destinada a ser contemplada por ciudadanía y clase política, una acción que pretende acabar con una situación injusta fruto de una deficiencia normativa, generando una reflexión colectiva capaz de corregirla. La justificación moral de la desobediencia civil es compartida por un importante sector de la doctrina, pero ¿puede ser también justificada con base en el Derecho positivo?

En las siguientes líneas vamos a ocuparnos de la posible legitimación jurídico-positiva de la desobediencia civil en el marco de un Estado constitucional de Derecho. También analizaremos aquellos supuestos en los que, si bien la desobediencia civil no puede ser plenamente justificada conforme a Derecho, sí que puede servir para atenuar la sanción de quien la practica. Estudiaremos todos estos extremos a la luz de las aportaciones sobre la materia de algunos de los más prestigiosos filósofos del Derecho, exponiéndolas desde una perspectiva crítica.

La justificación de la desobediencia civil tomando como referente el Derecho positivo propio de un Estado constitucional de Derecho, es defendida por la doctrina desde dos posiciones que inevitablemente terminan entrelazándose: la que concibe la desobediencia civil como el ejercicio de un derecho fundamental, y la que la plantea como una forma de defensa ciudadana de las bases del ordenamiento jurídico materializadas en la Constitución, entendiendo que sólo es auténtica Constitución la que institucionaliza un sistema político democrático y asegura la vigencia de los derechos fundamentales, los cuales son plasmación jurídico-positiva en un ordenamiento jurídico concreto de todos los derechos humanos, que abarcan desde las libertades individuales a los derechos sociales, presentes expresa o implícitamente en toda Constitución.

Antes de proseguir nuestra exposición, debemos detenernos, por su carácter polémico y su evidente relación con el objeto de este artículo, en la tesis sobre la indisoluble interrelación entre los conceptos de Constitución, democracia y derechos humanos que hemos planteado. A día de hoy, y en lo relativo a la identificación del concepto de “Constitución”, la doctrina se divide entre los defensores de las tesis formales y de las tesis materiales.

Las tesis formales asumen que la Constitución es la norma básica del Estado y en su rango jerárquico se encuentra su rasgo definitorio, independientemente del contenido axiológico que posea. Por el contrario, las tesis materiales defienden que la Constitución debe poseer un contenido inherente a su naturaleza para ser calificada como tal, contenido que entronca con los derechos humanos y el sistema democrático. Como ejemplo más característico y temprano de las tesis materiales, podemos citar el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, según el cual “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Igualmente,

constitucionalistas de la talla de Augusto Barbera relacionan intrínsecamente el concepto de Constitución y la garantía de los derechos en que se funda la dignidad de la persona².

Desde nuestro punto de vista, es imprescindible que toda Constitución asuma la defensa de un modelo democrático, así como el respeto y promoción de los derechos humanos, para ser calificada como tal. El rasgo identitario de la Constitución como alternativa normativa a las leyes del Antiguo Régimen, no es sino su ruptura con el viejo modelo político de sumisión del pueblo, poder absoluto del gobernante y oscurantismo, planteando como alternativa la consagración del pleno respeto al individuo, dueño de su vida y titular de una soberanía hasta entonces secuestrada por monarcas absolutos.

Este ideal, latente desde un principio en el fenómeno constitucional, experimentó un proceso de desarrollo cuyas piedras del camino fueron, más que limitaciones en la evolución histórica del pensamiento que impidiesen comprender su auténtica dimensión, intereses espurios de las clases dominantes. Pero la obviedad de que la democracia requiere una plena participación política de cada individuo, y la evidencia de que esta participación no es posible sin el acceso a los recursos materiales (como el derecho a la educación) y libertades individuales imprescindibles para asegurarla, llevó, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, a la generalizada positivización de los derechos humanos, en forma de derechos fundamentales, dentro de la parte dogmática de las diversas constituciones que fueron surgiendo, partiéndose de la premisa de que no hay Constitución sin democracia, no hay democracia sin participación de todos los ciudadanos y no hay participación colectiva sin las condiciones materiales que la posibiliten³. Resulta destacable en este sentido que los tribunales constitucionales de países como Alemania han consagrado en su jurisprudencia derechos sociales que no se encontraban expresamente recogidos en la Carta Magna, al entender que se hallaban implícitamente en ella, pues el texto constitucional establecía principios, derechos individuales y valores de los que estos derechos sociales eran consecuencia lógica.

² Barbera, A., "Le basi filosofiche del costituzionalismo", en Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 4 y 5.

³ En tal sentido, afirma Aragón que "sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder", principal rasgo identitario del concepto de Constitución desde sus orígenes. Y como resulta obvio, sólo es Constitución democrática la que respeta los derechos humanos, sin los cuales la participación política libre del ciudadano es imposible (Aragón, M., *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, p. 11).

Es cierto que no todas las constituciones recogen por completo el catálogo de derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero la constitucionalización generalizada de bienes como la dignidad de la persona y de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, conlleva el reconocimiento implícito de todos los derechos necesarios para salvaguardarlos, aunque no se mencionen expresamente, derechos entre los cuales tienen un papel básico la educación, la sanidad, la vivienda...

Una vez aclarado lo anterior, centrémonos nuevamente en las razones de justificación de la desobediencia civil, a saber, ejercicio de un derecho fundamental y defensa de la Constitución. Asumiendo el primero de los argumentos, Dworkin admite un derecho “en el sentido fuerte” a desobedecer la ley. “Tiene ese derecho (el ciudadano) toda vez que la ley invade injustamente sus derechos” como individuo⁴.

En coherencia con su pensamiento, Dworkin presenta los derechos fundamentales como conquistas irrenunciables frente a los objetivos políticos del Gobierno, que en ningún caso pueden conculcarlos. De este modo, el ciudadano está legitimado para desobedecer una norma jurídica cuando el contexto en que lo hace pueda convertir tal conducta en el ejercicio de un derecho fundamental, dado que someterse a la ley implicaría una violación del mismo y una renuncia a las facultades que se derivan de su contenido. Pero ¿cuándo puede afirmarse con rigor que esto sucede y qué derechos fundamentales pueden amparar el ejercicio de la desobediencia civil?

Como sabemos, el ciudadano que ejerce la desobediencia civil pretende lograr un cambio legislativo consistente en la abolición de la normativa (o de la falta de normativa) que considera injusta, esto es, que su conciencia no puede aceptar. Para ello, el desobediente civil intenta transmitir a la ciudadanía la existencia de una situación intolerable mediante su conducta reivindicativa, con el fin de que prenda en la colectividad la llama de la indignación y el poder político se vea obligado a rectificar.

Es decir, el ejercicio de la desobediencia civil implica una expresión pública materializada en actos que son contundentes hasta el punto de constituir una vulneración de la ley, debido a que sus protagonistas consideran que no existe una forma menos dura de denuncia susceptible de servir para algo. Como recuerda Estévez, la desobediencia civil es “una estrategia de defensa frente a determinadas leyes o actuaciones estatales en un contexto de grandes desequilibrios de poder social” para “llamar la atención y generar debate en la opinión pública”⁵.

Pues bien, esa expresión pública, esa transmisión de ideas y pensamientos, implica también una participación política desde el momento en el cual se orienta hacia la modificación legislativa. Es decir, la participación política, positivizada como derecho fundamental en la gran mayoría de

⁴ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 286.

Afirma también el autor que los ciudadanos deben obedecer al gobierno “sólo mientras el gobierno reconoce la igual importancia de sus vidas y la responsabilidad personal que tienen sobre sus propias vidas, e intenta gobernarlos con arreglo a una interpretación honesta que el contenido de las exigencias que esas dimensiones de la dignidad imponen. Yo no debo obligación ninguna a una comunidad que me trata como ciudadano de segunda clase” (Dworkin, R., *La democracia posible*, Paidós, 2008, p. 127).

⁵ Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la deliberación civil*, Trotta, Madrid, 1994, p. 127.

constituciones, conlleva el ejercicio por parte del ciudadano de una legítima influencia en el gobierno de su comunidad a través del voto, pero también a través de instrumentos de protesta e incluso desobediencia cuando el sistema político ignore la voluntad popular o atente contra derechos humanos que ningún gobierno, aun electo, puede vulnerar al ser patrimonio irrenunciable de cada uno de sus titulares.

En consecuencia, el derecho de participación política puede ejercerse de muy diversos modos, incluyéndose entre ellos la desobediencia civil, si bien dicha participación no puede implicar, en ningún contexto, la vulneración de los derechos humanos (promoviéndose la instauración de leyes racistas, por ejemplo) y, en el caso de la desobediencia civil, requiere ser ejercida en unas condiciones lo suficientemente serias como para justificarla, ya que conlleva el incumplimiento de una ley vigente.

Sin embargo, estas condiciones de justificación de la desobediencia se dan en nuestro actual sistema político, donde la discriminación de las minorías, unida a la indiferencia del poder político hacia las preferencias de la ciudadanía, genera un evidente déficit de participación política que deteriora la calidad de la democracia⁶. No es admisible que un gobierno tome decisiones cuando la gran mayoría de los ciudadanos las rechazan (véase el referéndum frustrado sobre las reformas económicas de Grecia), ni tampoco que los colectivos de menor capacidad adquisitiva sean condenados a vivir en condiciones radicalmente contrarias a la dignidad humana.

Ante esto, se vuelve imprescindible hacer valer la voluntad real de los ciudadanos frente a la ficción procedimental por la que se afirma que surge (pues afirmar que todo lo salido de un Parlamento cuenta con el apoyo de los ciudadanos es una ficción)⁷ máxime cuando, como sucede en diversas ocasiones, las leyes aprobadas por el poder político, aparte de ser contrarias al sentir de la opinión pública, contradicen la Constitución y los derechos que consagra, situación que podemos constatar, sin ir más lejos, acudiendo a los índices de exclusión social. Ningún gobierno o parlamento puede tomar decisiones que contradigan las preferencias de la ciudadanía, ni dictar normas que violen los derechos patrimonio de cada individuo, y afirmar lo contrario implica volver a las teorías medievalistas según las cuales el pueblo, al dar la soberanía a su rey, pierde el control sobre la misma.

Recapitulando todo lo anterior, podemos afirmar que, en abstracto, la desobediencia civil se ampara en el ejercicio de tres derechos fundamentales: libertad de conciencia, libertad de expresión y participación política. Esto es así porque quien practica la desobediencia civil sigue los dictados más básicos de su conciencia (permanecer impasible ante el Derecho injusto la violaría frontalmente), expresa públicamente su criterio y pretende participar

⁶ Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la deliberación civil*, op. cit., p. 80.

⁷ *Ibíd.*, p. 140.

políticamente buscando una modificación legislativa acorde con los derechos humanos. Por otra parte, si quien practica la desobediencia civil sufre también en su persona las consecuencias de la ley que combate hasta el punto de que ésta viola uno de sus derechos constitucionales (cuando sean distinto de los ya mencionados), su acción también estará justificada por la autotutela del derecho que le esté siendo vulnerado como consecuencia de la normativa inconstitucional (derecho a la educación, a la libertad de asociación...). Como sostiene Marcone, el derecho a tener derechos implica el derecho a desobedecer la ley que los vulnera⁸.

En las líneas precedentes hemos afirmado que la contradicción entre ley y Constitución legitima especialmente el ejercicio de participación política que implica la desobediencia civil, lo cual pone nuestro discurso en relación con su segunda causa de justificación que plantea la doctrina, es decir, con la defensa de la Constitución frente a los ataques que pueda sufrir desde los órganos de un poder político que se niega a escuchar las quejas ciudadanas.

Es perfectamente posible que una ley o una ausencia de regulación violen un derecho fundamental consagrado en el texto constitucional. Ante una situación de esta gravedad, no es suficiente instar al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre ella, sino que la ciudadanía está legitimada para incumplir dicha ley (u otras para protestar contra la misma) partiendo de la premisa de que la dignidad de la persona y los pilares de la democracia tienen un valor suficiente como para no renunciar a ellos durante el amplio plazo que el juez constitucional decida darse para resolver. Como afirma Estévez, hay que abrir la defensa de la Constitución a la opinión pública⁹.

Igualmente, Colombo entiende que el uso de la desobediencia civil no requiere necesariamente agotar “todas” las instancias y mecanismos legales establecidos, incluidos los que conllevan un largo periodo de tiempo, pudiendo ejercitarse mientras se espera una resolución del Tribunal Constitucional con el fin de hacer entrar en razón al poder político¹⁰. Como en su día señaló Thoreau, las medidas previas a la desobediencia civil, si incluimos entre ellas la espera a la última resolución judicial que pueda producirse sobre la materia, “requieren demasiado tiempo y se invertiría toda la vida”¹¹ algo inaceptable cuando se está produciendo una violación grave y constante de un derecho fundamental. Una vez que se ha reclamado mediante la movilización social la derogación de una ley inconstitucional y ésta no se ha producido, la desobediencia civil es un camino legítimo.

Esta legitimación del ciudadano para actuar sin esperar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie, se deriva de que, como ya indicamos, la

⁸ Marcone, J., “Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas”, en *Andamios*, Volumen 5, número 10, abril, 2009, p. 54.

⁹ Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la deliberación civil*, op. cit., p. 142.

¹⁰ Colombo, A., *Justificación de la desobediencia civil*, en <http://mxtomalacalle.wikispaces.com>

¹¹ Thoreau, H. D., *Desobediencia civil y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 100.

defensa de la Constitución representa una de las manifestaciones más incontestablemente legítimas de participación política y, dada la excepcionalidad de la situación que exige su defensa frente a violaciones concretas, la desobediencia civil supone una medida plenamente proporcionada y adecuada para ello. En tal sentido, Rawls sostiene que “la desobediencia civil (lo mismo que la objeción de conciencia) es uno de los recursos estabilizadores del sistema constitucional, aunque sea por definición, un recurso ilegal (...) ayuda a mantener y reforzar las instituciones justas”¹².

1.2. Requisitos para el encaje práctico de las acciones de desobediencia civil en sus causas de legitimación jurídica.

Hasta ahora hemos expuesto las razones que, en abstracto, amparan la desobediencia civil, pero el encaje de cada acto desobediente en las mismas no será automático, sino que dependerá de las circunstancias en que se ejerza. No todas las expresiones, intentos de influir en el devenir político o cumplimientos de lo dictado por la propia conciencia, pueden incluirse en el contenido de los derechos fundamentales que amparan la desobediencia *prima facie*. Las situaciones concretas en que el desobediente actúe, los fines que persiga y las consecuencias de sus actos, serán vitales para considerar su conducta total, parcial o nulamente amparada por unos derechos fundamentales que no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en sí mismos y en su choque con otros derechos y principios constitucionales.

¹² Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, op. cit., p. 348.

En este sentido, Habermas considera positiva la desobediencia civil, al entenderla como un complemento de la democracia destinado a mantenerla viva. El autor concibe la desobediencia civil como una protesta *pública*, moralmente *fundamentada*, que se propone *violar normas jurídicas concretas*, de manera *simbólica*, esto es *pacíficamente*, *admitiendo las consecuencias* que acarree la violación de la ley (Habermas, J., *Ensayos políticos*. Ediciones Península, Barcelona 2002, p. 79).

Y es que una disidencia pacífica y respetuosa con los principios constitucionales, pero firme en la reivindicación de su máximo cumplimiento, es la mejor garantía de que la ley no se desviará de los objetivos de integración popular y respeto a los derechos de todos que deben caracterizarla. Gracias a ella las “capas periféricas” de la sociedad podrán hacerse oír en un sistema que muchas veces tiende a ignorarlas, y se profundizará en el auténtico sentido de la democracia: un sistema donde todos cuentan, y los derechos de cada ciudadano son límites a la voluntad de la mayoría. La desobediencia “por un lado, constituye un mecanismo de participación mediata, al ser una forma de intervención en el proceso de formación de opinión pública... Por otro lado, es también un mecanismo de participación inmediata. Se trata de una forma de resistencia especialmente apta para evitar que se practique una política de hechos consumados por parte del poder político” (Estévez, J. A., “El sentido de la desobediencia civil”, en *Arbor* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), nov.-dic. 1987, p. 133).

En el mismo sentido, Marcone entiende que la desobediencia civil debe considerarse “un esfuerzo normal por ampliar los derechos y democratizar las instituciones, esto es, por adecuar el dispositivo simbólico a la cambiante realidad social. Históricamente, la desobediencia civil ha constituido un importante motor tanto de la creación y expansión de los derechos, como de la democracia (...) Por una parte, favorece la protección de los derechos individuales (o grupales) frente al gobierno y a la mayoría. Y por la otra, dada la imperfección del principio de representación, contribuye también a ampliar las posibilidades de participación” (Marcone, Julieta, “Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas”, op. cit., pp. 60 y 63).

En este sentido, resulta especialmente interesante la tesis de Cianciardo sobre la posible limitación de los derechos fundamentales, es decir, sobre las circunstancias de su vigencia en el caso concreto. Este autor parte de la base de que “el contenido de las normas iusfundamentales es limitado y regulable (...), los derechos fundamentales son limitados pero ilimitables”¹³. Así Cianciardo entiende que los límites a los derechos fundamentales son 1) “necesarios (...), limitados de la propia naturaleza del derecho de que se trate” 2) “directos (...), se establecen directamente en la Constitución” y 3) “indirectos (...), que se derivan de la necesidad de articular los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos”¹⁴. Es decir, el autor admite la existencia de límites internos (inherentes a la propia esencia del derecho) y externos, ya sean expresamente enunciados en la Constitución o se deriven del análisis comparado del derecho fundamental con otros derechos, bienes y valores constitucionales¹⁵.

Así, considera Cianciardo que, aparte del propio contenido de la norma iusfundamental habrá que estudiar “la finalidad del derecho fundamental involucrado (...), la finalidad de todos los derechos fundamentales, como criterio unificador, y los supuestos de hecho de las restantes normas iusfundamentales, por respeto a los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica” pues “los derechos fundamentales no son limitables: protegen aquello que protegen y nada más (...), no resulta posible un derecho fundamental no relacional”¹⁶. El autor entiende que cada derecho se define por los límites surgidos de su propia naturaleza (así, no puede afirmarse que el derecho a escribir un artículo de opinión es amparado por el derecho de reunión, pues resulta obvio que escapa de su contenido lógico) y por su relación con el resto de valores fundamentales de la Constitución, quedando así justamente delimitadas sus fronteras.

Y para delimitar tales fronteras, será necesario un ejercicio de ponderación, es decir, de estudio de los derechos y principios constitucionales que puedan chocar en el caso concreto, con el fin de determinar la prevalencia de uno sobre los demás, una prevalencia que no será extrapolable a otros supuestos diferentes (pues ello implicaría crear una jerarquía entre preceptos constitucionales que, salvo cuando la norma fundamental lo impone expresamente, no debe existir) sino tan sólo al caso analizado, y que será resultado de las circunstancias específicas del mismo. En consecuencia, y a

¹³ Cianciardo, J., “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, Nº 10, 2001, p. 71.

¹⁴ Cianciardo, J., “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, op. cit., p. 63.

¹⁵ Dworkin comparte esta tesis afirmando que “Cuando colisionan con los del prójimo debo ejercitar mis derechos en una forma que respete tanto los intereses del otro como los propios, no porque siempre deba actuar en esa forma sino porque debo hacerlo cuando nuestros derechos abstractos se enfrenten” (Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 209).

¹⁶ Cianciardo, J., “Los límites de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 72.

modo de ejemplo, la libertad de expresión puede primar sobre el derecho de información en un supuesto concreto y, en otro distinto, suceder lo contrario, pero aunque un derecho se anteponga al otro, el derecho supeditado puede seguir ejerciendo su influencia, pese a no prevalecer, consiguiendo que una sanción por injurias se vea reducida en el ejemplo empleado.

A nuestro entender, esta tesis resulta idónea para expresar la naturaleza y relaciones de los derechos fundamentales, al admitir su naturaleza relacional pero también su identidad propia. Así, las acciones que en abstracto encajarían en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, pero que en un caso concreto vulneran el contenido de otro, requieren ser objeto de ponderación para determinar su justificación. Sin embargo, todo derecho fundamental posee, aparte de sus fronteras naturales antes señaladas, un núcleo esencial resistente frente a toda ponderación, un contenido sin el cual su identidad sería negada y el ámbito de la dignidad humana que protege, ignorado.

En este sentido, Prieto Sanchís define el contenido esencial de los derechos fundamentales como un “límite de los límites”, una “barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o suficientemente justificada. En suma, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho”. Es decir, los derechos poseen un contenido mínimo derivado de su misma naturaleza que no puede ser atacado en ningún contexto, pudiéndose a la vez limitar el contenido del derecho cuando la aplicación de la ponderación así lo justifique siempre que se haga más allá de las fronteras de su contenido esencial¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior ¿qué circunstancias han de valorarse para dilucidar si la desobediencia civil se encuentra amparada total o parcialmente por un derecho fundamental, eximiéndola de toda sanción jurídica? A nuestro juicio, el incumplimiento pacífico y público de una ley porque ésta contradiga la conciencia del ciudadano, no puede ser motivo suficiente para justificar su conducta conforme a Derecho en todo caso (lo contrario derivaría en el caos social), pero sí cuando la ley contra la que el ciudadano lucha, aparte de ser contraria a su conciencia, viola los derechos inherentes a la dignidad de la persona que debe positivizar toda Constitución digna de tal nombre (y, en consecuencia, viola la Constitución). Por otra parte, el cumplimiento de los requisitos definitorios de la desobediencia civil también servirá para atenuar la sanción de su protagonista cuando los valores que le inspiraron sean acordes con los derechos fundamentales, aunque finalmente se declare que la ley

¹⁷ Prieto Sanchís, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 5, nº 8, 2000, p. 439.

combatida no vulneraba la Constitución. Desarrollaremos estas ideas en los siguientes párrafos.

Comencemos analizando el caso más espinoso: el de la justificación plena de la conducta desobediente por la contradicción entre ley contra la que lucha y Constitución. Dworkin entiende que “cuando la ley no es clara”¹⁸, es decir, cuando su constitucionalidad es turbia y discutible y además contradice los valores más íntimos y sagrados de un ciudadano, se da el caso más justificado de desobediencia civil. Todo ciudadano tiene derecho a no sufrir en su conciencia o en cualquier otro de sus derechos básicos los efectos de una ley que, por violar la Constitución, no debe encontrarse en el ordenamiento. La inconstitucionalidad de dicha ley no nace cuando el Tribunal Constitucional la declara, sino que existe desde que fue aprobada, afectando a su validez hasta el punto de que los efectos que haya producido durante su vigencia serán declarados nulos¹⁹. Pese a su inclusión aparente en el Derecho, la ley inconstitucional carece de toda validez *ab initio*, y la ciudadanía está plenamente legitimada para desobedecerla incluso antes de que sea formalmente declarada contraria a la Constitución.

Y es que no puede admitirse la conculcación de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la ley ilícita durante el largo periodo de tiempo que tarde el Tribunal Constitucional en declararla nula. Cuando un órgano legislativo o ejecutivo dicta una norma jurídica que contradice la Constitución, no sufre la más mínima sanción, pese a haber implicado su abuso un grave daño para la dignidad de numerosos ciudadanos. En tal contexto, no puede pedirse a la ciudadanía que se mantenga impasible mientras la norma que atenta contra el valor de los individuos que la integran es aplicada (ni tampoco que acepte ser castigada por combatirla), por lo que, una vez que los ciudadanos hayan expresado mediante la movilización social ajena a la desobediencia (que no tiene por qué prolongarse mucho en el tiempo) su descontento y la ley continúe en vigor, la desobediencia resulta un arma plenamente legítima para exigir al poder político su derogación mientras el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de su validez.

En consecuencia, autores como Rawls entienden que cuando pretenda enjuiciarse a quien haya practicado la desobediencia civil, el tribunal ordinario encargado de ello debería dejar en suspenso el proceso hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de la constitucionalidad de la ley contra la que se lucha²⁰. Y si el Tribunal Constitucional aun no estuviese conociendo acerca de la constitucionalidad de la norma que el desobediente civil denuncia (por ejemplo porque la ciudadanía no puede plantearla al juez constitucional),

¹⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 309.

¹⁹ Y es que la nulidad de la norma derivada de su declaración de inconstitucionalidad, implica que nunca ha existido, por lo que no puede sancionarse por haberla incumplido (Ugartemendía Eceizabarrena, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 383).

²⁰ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 351.

deben articularse vías jurídicas para que el juez ordinario pueda instarle a hacerlo, dependiendo el resultado de su sentencia contra el desobediente de la sentencia del juez constitucional.

Pero, ¿qué sucede si el Tribunal Constitucional declara válida la ley contra la que el desobediente lucha pese a existir fuertes interrogantes acerca de su constitucionalidad derivados de la aplicación de la lógica sobre los débiles argumentos de la sentencia? Autores como Dworkin entienden que, en estos casos, dicha declaración no sería determinante para privar de legitimidad a la desobediencia puesto que “la Corte (Suprema de EEUU) se ha mostrado dispuesta a desestimar sus decisiones pasadas, si éstas han recortado importantes derechos personales o políticos, y son precisamente decisiones así las que quizá quiera cuestionar el objetor (...). Una cosa es decir que en ocasiones un individuo debe someter su conciencia, cuando sabe que la ley le obliga a que lo haga, y otra muy diferente decir que debe someterla incluso cuando cree razonablemente que la ley no se lo exige”²¹.

Efectivamente, puede ser que el Tribunal Constitucional, por su dependencia del poder político o simplemente por error, declare constitucional una ley contraria a la norma fundamental. En esa situación, identificable mediante un estudio objetivo de la disposición en litigio (y ante todo mediante el sentido común) no es admisible que el desobediente sea sancionado. Para evitarlo, autores como Malem Seña²² entienden que el juez penal puede emplear figuras como la del error vencible de prohibición, error que se da cuando el ciudadano cree que no está obligado a cumplir un deber jurídico y, si bien esta creencia es errónea y se basa en un análisis incorrecto del Derecho, justifica una atenuación de la pena debido a que existía una aparente ausencia de deber. En nuestra opinión, también cabría aplicar la figura del error invencible (que eximiría totalmente de pena al imputado) cuando, a los ojos del tribunal que juzga al desobediente civil, la inconstitucionalidad de la norma pareciese tan clara que el ciudadano común pudiese afirmar honestamente que la percibió con total nitidez y no podía haberse percatado de su error de ningún modo.

Es decir, en el caso que tratamos, y dada la declaración del Tribunal Constitucional, no podríamos considerar justificada conforme a Derecho (esto es, plenamente acorde con el ordenamiento) la conducta del desobediente, pero sí aplicarle una causa de exención de responsabilidad penal (lo cual implica admitir que su conducta no está amparada por el Derecho pero a la vez existen circunstancias excepcionales que permiten no aplicar la sanción que se le impondría).

Una vez aclarado lo anterior, centrémonos ahora en un nuevo supuesto de desobediencia ¿qué sucederá si el Tribunal Constitucional dictase una

²¹ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 311 y 314.

²² Malem Seña, Jorge F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 399.

sentencia que clarificase con lógica rigurosa que la ley contra la que se practica la desobediencia civil no viola ningún derecho fundamental? En este caso, entendemos que la conducta del desobediente excede los límites de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, de expresión y de participación política, pues cuando la autoridad política no vulnera ningún derecho fundamental ni el texto constitucional, no resulta admisible emplear técnicas reivindicativas que impliquen la violación de una ley aprobada por órganos democráticamente electos (pese a todas las deficiencias y carencias democráticas de su funcionamiento), violación que también puede conllevar perjuicios para los derechos de otros ciudadanos (por ejemplo, las restricciones a la libertad de circulación que implica el corte a una carretera) así como contribuir a engendrar el caos que supondría la violación generalizada de las leyes, caos que imposibilitaría toda convivencia social justa.

No obstante, el incumplimiento de la ley en el marco de la desobediencia civil no puede ser ignorado a efectos de condena ni siquiera en este caso. Nunca puede ser equiparada la conducta de quien públicamente y buscando una sociedad mejor incumple una norma, con la de quien lo hace con el único fin de dañar y beneficiarse del daño causado. Si bien la conducta del desobediente excede en este caso los límites de los derechos fundamentales que amparan la desobediencia civil, el halo de influencia de estos derechos permanece presente, y debe servir para atenuar su sanción.

En tal sentido, resulta especialmente interesante la conocida *tesis del efecto desaliento*. Como sabemos, los derechos fundamentales son una realidad que no sólo se debe proteger, sino también promover. Y para lograr esta promoción resulta imprescindible que el Estado invite a la ciudadanía a su ejercicio, informándole de sus derechos pero también evitando en todo lo posible que el miedo a sufrir un severo castigo por una posible extralimitación al ejercer un derecho fundamental le lleve a desistir de aprovecharlo hasta sus últimos límites²³. La tesis del efecto desaliento, recogida en la jurisprudencia de diversas naciones, incluida la española, pretende suavizar las condenas por extralimitación en el disfrute de un derecho fundamental con el fin de que el miedo no aparte a la persona de las máximas cotas de libertad justificadas. Esta tesis resulta perfectamente aplicable a la desobediencia civil.

²³ “Por una parte, está el efecto directo que se persigue con la medida punitiva, que lógicamente consiste en desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable, como es la colaboración con banda armada. Pero (...) junto a los efectos directamente buscados por la norma, una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que técnicamente cabría calificar de concomitantes o colaterales, consistentes en desalentar el ejercicio legítimo de los derechos”. (De Domingo Pérez, T., “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’”, en *Revista de estudios políticos*, N° 122, 2003, p. 153).

Y es que quien ejerce la desobediencia civil confiando en sus derechos fundamentales y, obrando de buena fe, se adentra en ámbitos que superan su protección, merece una sanción reducida debido a su rectas intenciones, pero también al objetivo básico de que la ciudadanía no llegue a temer ejercer sus derechos porque de ello puedan derivarse graves castigos para ella. Si la postura del desobediente sigue pareciendo razonable, es decir, acorde con una interpretación asumible (aunque finalmente desautorizada) de los derechos fundamentales, su condena debe ser minorada²⁴ con el fin de hacerle justicia y evitar una institucionalización del miedo²⁵.

Una vez aclarado lo anterior, nos queda por tratar el caso de quien desobedece una ley para atentar contra los derechos fundamentales. Hablamos, por ejemplo, de quien se niega a pagar impuestos destinados a satisfacer servicios sociales porque su mentalidad le lleva a rechazar su existencia, o quien se encadena a la puerta de un colegio para protestar porque las niñas puedan estudiar en él. En tales casos, consideramos que no puede existir ningún amparo para su conducta, pues, aparte de atentar contra los pilares de la convivencia política buscando demolerlos, lo hace sin que ningún derecho fundamental le ampare.

Y es que, por ejemplo, la frase cimentada en el insulto desnudo sin más fin que el de humillar no puede considerarse fruto de la libertad de expresión, ni la creación de una organización terrorista puede imbricarse en la libertad de asociación. Los derechos fundamentales protegen ámbitos de libertad destinados a salvaguardar la dignidad de la persona, asegurar su libre desarrollo como individuo y permitir al ciudadano que participe de forma efectiva en la vida política y social, todo ello en el marco de un respeto colectivo. Por ello, cuando una acción va destinada a sojuzgar, denigrar o discriminar, no puede considerarse como parte del ejercicio de un derecho fundamental, pues resulta totalmente contraria al sistema en que se imbrica ese derecho (sistema cuyo espíritu es la esencia de cualquier derecho fundamental, que forma parte de un todo coherente) hasta el punto de querer destruirlo. No puede existir un derecho a hablar para conseguir que el resto deje de hacerlo, ni a asociarse para perseguir que los demás ciudadanos no puedan constituir asociaciones libremente, ni a participar políticamente para destruir las condiciones que garantizan la libre participación política de todos.

Por ello, las violaciones de la ley (aunque fueran pacíficas) de quienes pretenden negar los derechos de la persona, no son subsumibles en la desobediencia civil ni en los derechos fundamentales que la sustentan, pues, a diferencia de los que practican la desobediencia civil, no buscan el pleno cumplimiento de la Constitución mediante la lucha contra las leyes que contradicen su núcleo más respetable y universal, sino la modificación de la

²⁴ Niño de Villeros, V, "Una defensa de la desobediencia civil en el Estado democrático constitucional", en <http://www.curn.edu.co/revistas/ergaomnes/vol2009/4.pdf> p. 7.

²⁵ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 325.

norma fundamental para privarla de los pilares que la vuelven democrática y aceptable para los ciudadanos. Como dice Rawls mediante la desobediencia civil “invocamos la concepción de la justicia comúnmente compartida, que subyace al orden político”, no pudiendo abarcar en su contenido los ataques contra dicha concepción de la justicia²⁶. Igualmente, Malem Seña entiende que la desobediencia civil no puede ser usada como excusa para desobedecer leyes justas²⁷.

Concluyendo este epígrafe, debemos realizar una penúltima reflexión. Hemos analizado la desobediencia civil y su justificación total o parcial, partiendo de la premisa de su naturaleza pacífica, pero ¿qué sucedería si se tornase violenta? Autores como Rawls llegan a entender que, si las demandas populares legítimas externalizadas mediante la desobediencia no se satisfacen y la situación de injusticia generada se vuelve insoportable, dicha desobediencia puede tornarse violenta, y en ese caso los responsables de los disturbios no serán los ciudadanos denigrados por su gobierno, sino el gobierno que se niega a reconocer sus derechos más elementales²⁸. Es decir, Rawls admite el concepto de desobediencia civil violenta en supuestos excepcionales.

Desde nuestra perspectiva, esta desobediencia civil violenta sólo puede considerarse justificada conforme a Derecho si la violencia de sus protagonistas se limita a la legítima defensa, es decir, a la resistencia frente a las fuerzas policiales que pretenden forzarles a cesar en sus acciones reivindicativas usando la violencia, y posteriormente la ley contra la que protestan es declarada inconstitucional. Si no fuese declarada inconstitucional pero se diesen las dudas razonables sobre el rigor de la sentencia del Tribunal Constitucional que señalamos anteriormente, podría eximirse de responsabilidad penal con base en el error invencible, entendiéndose que el ciudadano se resistió violentamente contra la policía al estar legítimamente convencido de que las fuerzas de seguridad estaban violando un derecho fundamental que le pertenecía mediante el uso de la violencia. Si finalmente la ley fuese declarada constitucional con una sentencia rigurosa, deberían sufrir la condena derivada de su conducta, si bien atenuada.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista no podría justificarse en ningún caso una desobediencia civil violenta que atentase contra los bienes y derechos básicos de otros ciudadanos, pues el valor de los derechos esenciales de los inocentes (como la integridad física) debe anteponerse en todo caso a cualquier objetivo que pudiese menoscabarlo. El ejercicio de un derecho como es la desobediencia civil nunca puede superar el límite de los derechos de los demás ciudadanos que no tienen responsabilidad en la injusticia que se combate, y que, si bien pueden verse obligados a aceptar la molestia del corte

²⁶ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 333.

²⁷ Malem Seña, J.F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, op.cit., p. 229.

²⁸ Mejía Quintana, O., “La tensión republicana en la teoría de John Rawls”, en Grueso, D. I., (comp.) *John Rawls, legado de un pensamiento*, Universidad del Valle, Cali, Colombia, 2005, p. 144.

de una calle por una sentada debido al objetivo capital que persigue, nunca deberán sufrir un ataque contra su dignidad de la magnitud de una acción violenta.

Para finalizar este apartado, debemos centrarnos en una de las críticas que con más certeza se realizará a la tesis defendida ¿Cómo puede determinarse la efectiva violación de la Constitución con la fiabilidad suficiente como para justificar una vulneración de la ley? La ductilidad de los principios constitucionales ¿permite afirmar con rigor que la Constitución se ha incumplido? Como respuesta a ello debemos decir que negar tal posibilidad implica rechazar la existencia de los tribunales constitucionales (cuya misión es precisamente ésta), y a nuestro juicio es un error.

Un análisis lógico y axiológico de los valores y principios incluidos en el texto constitucional, nos permite sin lugar a dudas determinar su contenido en un gran número de casos, sobre todo cuando éste es vulnerado de una forma más clara. Es lógicamente imposible afirmar que el derecho a la vivienda se garantiza mientras un buen número de ciudadanos no tienen casa, o que la dignidad humana es plenamente respetada mientras el 25% de la población se encuentra en el umbral de la pobreza, a la vez que pocos hombres acaparan cantidades ingentes de riqueza.

De otra parte, una característica generalmente inherente a la desobediencia civil, es que suele ejercerse precisamente contra esas violaciones especialmente flagrantes del texto constitucional, por lo que, en la mayoría de los casos, su justificación de acuerdo con la Constitución resulta manifiesta. Y para los que no encajen en tal categoría, está el juicio del Tribunal Constitucional, determinante para el castigo de la conducta desobediente, un juicio que se fundamenta en el modelo de “constitucionalismo discursivo” defendido por autores como Alexy, un modelo que se construye sobre los conceptos de derechos fundamentales, ponderación, discurso, control de constitucionalidad y representación²⁹, y que desarrollaremos a continuación brevemente con el fin de clarificar nuestra postura.

La clave de este modelo se encuentra en el protagonismo del juez (ante todo del juez constitucional) como intérprete de un Derecho cuya cúspide se encuentra en la Constitución y los derechos fundamentales. Hablamos de un modelo jurídico basado en la convicción de que las premisas normativas pueden y deben justificarse racionalmente en la aplicación judicial, algo imprescindible para lograr un Derecho justo y eficaz en la práctica³⁰.

En el modelo defendido por Alexy (y hoy imperante de forma generalizada en los Estados), el Tribunal Constitucional está legitimado para ser

²⁹ Alexy, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Alexy R., y Andrés Ibáñez, P., *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México DF, 2006, p. 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 9.

supremo intérprete del ordenamiento, pues “la representación del pueblo en el Tribunal Constitucional es argumentativa”, según un modelo de democracia deliberativa. Es decir, el pueblo elige al Tribunal a través de la Constitución que lo consagra, con el fin de que establezca las líneas interpretativas del ordenamiento, ya que confía en su capacidad discursiva y asume los razonamientos que provienen del mismo.

El Tribunal Constitucional expresa argumentos aceptados por el pueblo y esta es la fuente de su legitimidad. Por tanto, es imprescindible para la supervivencia de la jurisdicción constitucional que ésta se conciba, primero, como una instancia de reflexión del proceso político, y segundo, que sea, de hecho, aceptada como tal gracias al rigor racional de las decisiones del Tribunal³¹, decisiones que, no obstante, pueden ser discutibles en algunos casos, lo cual, sin privarlas de su validez, habilita al juez penal para graduar la sanción del desobediente con base en la responsabilidad que podía exigírsele en relación con la claridad de la constitucionalidad de la norma que combatió.

Concluyendo esta exposición con un apunte histórico, debemos señalar que la caída de la dictadura nazi tras la Segunda Guerra Mundial evidenció la necesidad de establecer un límite al poder político que evitase la degeneración de los gobiernos a través de la malversación de la democracia, malversación que se da cuando se emplea un mandato popular para privar al pueblo de su soberanía destruyendo sus pilares. Ese límite no es sino la Constitución material que consagre las bases de la democracia y la dignidad humana como elementos inatacables por cualquier autoridad, y para su defensa es imprescindible establecer un órgano con la capacidad e independencia precisas para salvaguardarla: el Tribunal Constitucional, competente para proteger cualquier manifestación de los derechos fundamentales, incluida la desobediencia civil.

³¹ Alexy, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, op. cit., pp. 14 y 16. Considera el autor que “un Tribunal Constitucional que con argumentos de derechos humanos y iusfundamentales se pronuncie contra un resultado del proceso político, se concibe como instancia de reflexión del proceso político, siempre y cuando no sólo reclame *negativamente* que dicho resultado no se aviene con los parámetros de derechos humanos y derechos fundamentales, sino que además *exija positivamente*, que los ciudadanos aprobarían los argumentos del Tribunal, si formaran parte de un discurso racional jurídico-constitucional. Un Tribunal Constitucional es aceptado como instancia de reflexión del proceso político, cuando los argumentos del Tribunal encuentran un eco en la opinión pública y en las instituciones políticas, lo que conduce a reflexiones y discusiones, las cuales resultan en convicciones examinadas. Cuando este proceso de reflexión entre la opinión pública, el legislador y el Tribunal Constitucional se estabiliza en forma permanente, puede hablarse de una exitosa institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”. (Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, trad. J. A. Seoane, Comares, Granada, 2010, pp. 40-41).

2. CASTIGO Y POSIBLES EXENCIONES DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Una vez estudiadas las consecuencias legales que, desde la visión abstracta de la teoría jurídica, debiera tener la desobediencia civil en sus distintas manifestaciones, vamos a examinar este mismo problema centrándolo en el Derecho español. En primer lugar, señala Falcón y Tella que en España no existe un delito específico de desobediencia civil, sino que el acto de desobediencia se castiga cuando infringe leyes concretas, como puede suceder si se obstruye la libertad de circulación cortando una carretera o se rechaza desconvocar una manifestación si la delegación del gobierno la ha prohibido arbitrariamente³².

Por otra parte, el Derecho español no reconoce la desobediencia civil como causa justificante de una acción en principio delictiva, pero sí la justificación, exculpación y atenuación de conductas ilícitas *prima facie* por una razón jurídica, razón en la que puede encajar la desobediencia civil³³. De otro lado, entendemos que nuestro Derecho admite tanto la desobediencia civil directa (violación de la ley que atenta contra los derechos fundamentales) como la desobediencia civil indirecta (que implica la violación de leyes que no se consideran injustas de por sí pero son vulneradas de forma instrumental en el marco de la protesta), pues quien se encuentra en una situación límite puede vulnerar leyes que como tales no le perjudican con el fin de garantizar su derecho y, como veremos, tal conducta es justificada en nuestro ordenamiento³⁴.

A continuación estudiaremos en qué supuestos la desobediencia civil puede justificarse conforme a Derecho o simplemente atenuar la sanción de quien la protagoniza, centrándonos en el Código Penal. Antes de hacerlo, hemos de indicar que la catalogación o no como derecho fundamental (o simplemente constitucional) de aquel que se esgrime como pilar del acto concreto de desobediencia, resulta un elemento de juicio básico a la hora de establecer la justificación o mitigación de la responsabilidad por cada acción de desobediencia civil.

El acto de desobediencia puede ampararse total o parcialmente en el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia (concreción del derecho a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, de acuerdo con la STC 15/1982), la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) y la participación política (ejercida por el ciudadano “directamente o por medio de sus representantes”, según el art. 23.1 CE), y también en la autotutela de un derecho constitucionalmente reconocido distinto de los anteriores y violado por la ley

³² Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 210.

³³ Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, op. cit., p. 282.

³⁴ *Ibid.*, p. 345.

que se combate. En todos los casos, el elemento clave para legitimar tales argumentaciones no es sino la contradicción entre tal ley y la Constitución, contradicción que, de existir, justificará plenamente la desobediencia civil.

Efectivamente, sólo una vulneración de la norma fundamental tiene la entidad suficiente como para justificar que un ciudadano pueda violar las leyes amparándose en el grave daño que para su conciencia implica tal situación, en su derecho a alzar la voz para extender la indignación colectiva y en su legítima potestad para forzar la modificación legislativa que corrija la violación de la Constitución, una vulneración que puede afectar a cualquier derecho consagrado en ella, incluidos los ubicados entre los “principios rectores de la política social y económica”, tales como los derechos a la vivienda (art. 47 CE) o a la sanidad (art. 43 CE)³⁵.

A la hora de dilucidar si tal violación se ha producido (a la vez que se evita una condena injusta contra quien practica la desobediencia), nuestro Derecho otorga al juez una herramienta idónea: la cuestión de constitucionalidad. El art. 35 LOTC dispone que “Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

Como es obvio, la constitucionalidad de la ley contra la que lucha el desobediente resulta vital para determinar su sanción, por lo que la cuestión de constitucionalidad es plenamente procedente y su planteamiento conllevará la suspensión inmediata del proceso hasta que el juez conozca el parecer del Tribunal Constitucional y pueda tomarlo como referente para dictar sentencia. Y si la constitucionalidad de la ley ya estuviese siendo examinada por el juez constitucional, entendemos que el juez ordinario está legitimado para detener el proceso hasta que tal extremo sea aclarado, dado que se produce la misma situación que justifica el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad.

Una vez aclarado lo anterior, comencemos a analizar las causas de justificación de la desobediencia civil que pueden desprenderse del Código Penal. Estas causas privan de antijuridicidad a la conducta juzgada, de modo que no existe responsabilidad penal, pero tampoco civil o administrativa.

Pues bien, en primer lugar, el art. 20.5 CP establece el estado de necesidad como causa de justificación, amparando a quien “para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

³⁵ Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, op. cit., p. 223.

Desde nuestro punto de vista, la desobediencia civil encaja perfectamente en esta causa siempre que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma contra la que se ejerce. El terrible perjuicio que implica para el ciudadano verse sometido a una ley que vulnera sus derechos constitucionales, siempre supondrá un mal mayor que los inconvenientes que pudiese causar un incumplimiento pacífico de la ley, y obviamente la situación de necesidad en la que se ve inmerso no ha sido provocada por él (ni tiene una especial obligación o deber de soportar la situación), con lo que en este caso se dan los requisitos propios del estado de necesidad.

Dentro del estado de necesidad (que abarca las situaciones causadas por cualquier vulneración de un derecho constitucional, desde la libertad de expresión al derecho a la vivienda) Falcón y Tella destaca la situación de estado de necesidad moral³⁶, es decir, de ataque frontal contra la conciencia que supone la existencia de una ley vulneradora de la dignidad de la persona, y que lleva al ciudadano a oponerse a ella en ejercicio legítimo de su derecho fundamental a la libertad de conciencia, conciencia que se ve atacada por la situación hasta el punto de provocar una necesidad imperiosa de combatirla.

Una vez estudiado el estado de necesidad, pasemos a la segunda causa de justificación que instituye el Código Penal. El art. 20.7 CP priva de antijuridicidad la conducta de quien cometa un acto que resulte ilícito en abstracto “en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, lo cual justifica los actos de desobediencia civil contra una ley que contradiga los derechos reconocidos en la Constitución. Entendemos que, si el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la ley contra la que se protesta, la desobediencia civil quedará amparada por la autotutela de los derechos que dicha ley pudiese violar (derecho a un salario digno, a la educación...) así como por el contenido de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, de expresión y de participación política, ya que, como argumentamos con anterioridad, la defensa de la Constitución es una modalidad inmejorablemente justificada de su ejercicio³⁷. Es decir, los ciudadanos estarían ejerciendo legítimamente sus derechos.

Finalmente, el art. 20.1 CP consagra la legítima defensa como causa de justificación de la comisión de una conducta tipificada como delito o falta, siempre que, entre otros requisitos, responda a una agresión contra los bienes de la persona que pueda considerarse delito o falta. Esta exigencia nos lleva a considerar que, a diferencia de lo sucedido en los anteriores casos, la legítima defensa no podría representar una causa de justificación de la desobediencia civil, desde el momento en el cual la aprobación y aplicación de una ley inconstitucional no encaja (salvo algún caso excepcionalmente grave) en ningún tipo delictivo.

³⁶ Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, op. cit., p.211.

³⁷ Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, op. cit., p. 277.

En cuanto a las eximentes que podrían amparar la desobediencia civil (y que privarían de responsabilidad penal al desobediente, pero no de responsabilidad civil o administrativa al no anular su antijuridicidad sino tan sólo su ilicitud penal), Falcón y Tella plantea el error de prohibición vencible e invencible como causa de atenuación y exención respectivamente de la responsabilidad penal³⁸. El art. 14.3 CP dispone que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

El error invencible sobre la ilicitud de la conducta es aquel que no podría ser apreciado en ningún caso por el ciudadano medio, es decir, se da cuando ninguna persona poseedora del nivel intelectual y cultural propio del ciudadano común, pudiese darse cuenta de que la conducta que realizaba era ilícita. En cambio, el error vencible sucede cuando, si bien el ciudadano medio podría percibir la ilegalidad de la conducta realizada, esto le resulta especialmente dificultoso y dicha dificultad ha de tenerse en cuenta a la hora de sancionarle.

En nuestra opinión, ambos tipos de error pueden darse perfectamente en la desobediencia civil, entendiendo que la infracción de una ley para defender la Constitución nunca será ilícita, y que la apreciación de dicha inconstitucionalidad por el ciudadano debe ser el referente a la hora de determinar, cuando el Tribunal Constitucional acabe declarando que la ley era constitucional, la sanción de su conducta. Así, consideramos que cuando la apariencia de inconstitucionalidad de la norma infringida fuese manifiesta, de modo que resultase obvia a los ojos de una persona racional y mínimamente conocedora de la norma fundamental, se dan las condiciones del error invencible. Cuando dicha apariencia no fuese tan clara pero un determinado sector social la percibiese y su postura pudiese considerarse seria y fundamentada, aunque finalmente errónea, se daría el supuesto del error vencible. Deberá ser el juez ordinario quien determine en qué casos se da cada clase de error.

Centrémonos ahora en las circunstancias atenuantes de la desobediencia civil. Ante todo, debe considerarse como su atenuante más característico la confesión recogida en el art. 21.4 CP, desde el momento en el cual la desobediencia es un acto público que se realiza a cara descubierta, y nunca con el deseo de ocultación que caracteriza a la generalidad de los delitos³⁹. Es decir, la desobediencia civil se practica, con carácter general, mostrando a la sociedad lo que se reivindica, pero también el rostro de quien lo reivindica, lo cual equivale a una confesión del ilícito desde el momento en el cual permite la más sencilla identificación.

³⁸ Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, op. cit., pp. 224 y ss.

³⁹ Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, op. cit., pp. 227.

De otra parte, el art. 21.1 CP establece que las causas de justificación señaladas anteriormente, son atenuantes cuando no se den plenamente los requisitos que las caracterizan. Por ejemplo, el estado de necesidad moral que expusimos en anteriores párrafos puede desvirtuarse como causa de justificación porque finalmente la ley contra la que se combatía fuese declarada constitucional, pero esto no impide que se mantenga como atenuante si el ciudadano obró defendiendo un valor constitucional, dado que su imperativo moral era sumamente poderoso (lo cual mantiene parcialmente el estado de necesidad) y sería una aberración condenar del mismo modo que al delincuente habitual a alguien que obra movido por una conciencia justa⁴⁰.

Por otro lado, y a la hora de atenuar la sanción de quien practica la desobediencia civil amparándose en el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de conciencia o de expresión, debe tenerse en cuenta la tesis del efecto desaliento, ya expuesta anteriormente, que ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal y como veremos a continuación.

La primera sentencia donde el Tribunal Constitucional español plantea abiertamente esta tesis es la STC 136/1999 relativa al recurso de amparo presentado por los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna (y admitido por el tribunal) que fueron condenados por colaboración con banda armada después de que prestasen a la organización terrorista ETA su espacio de campaña electoral en la televisión pública vasca con el fin de que ésta publicitase su oferta de paz al gobierno mediante un vídeo donde sus militantes aparecían armados, lo cual agravó la condena al reflejar el afán intimidatorio del video. En el fundamento jurídico 20º de la sentencia citada, el TC admite que la conducta enjuiciada era delictiva al exceder el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión pero señala que se encontraba notoriamente cerca del mismo, lo cual supondría que, de imponerse una condena de gran dureza, el efecto disuasorio entre la ciudadanía a la hora de expresarse libremente sería considerable y evidentemente negativo para los fines constitucionales⁴¹.

Esta doctrina ha continuado en la STC 110/2000⁴², y en la STC 174/2006 el TC ampara a unos padres que criticaron a la profesora de sus hijos y fueron

⁴⁰ Carabante Muntada, J.M.M "Una revisión crítica de la desobediencia civil en la obra de Jürgen Habermas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 2005, <http://www.uv.es/CEFD/11/carabante.pdf> p. 10.

⁴¹ Tal sentencia dice en su fundamento jurídico 5.º, que "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir "por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada".

⁴² Dice el TC en la citada sentencia que "el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la

condenados penalmente. Dice en esta última sentencia el TC que la condena penal, aun por una falta, es “una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de dicha libertad y de los otros derechos con ella conectados”.

Finalmente, y en relación con la posibilidad de justificar en el marco de la desobediencia civil las acciones ilegales destinadas a promover fines contrarios a los derechos fundamentales y los principios democráticos, entendemos que el ordenamiento español nunca podría amparar dicha conducta pues, como ya señalamos en el punto anterior, no puede considerarse ejercicio de un derecho fundamental y tampoco acto en defensa de la Constitución⁴³.

Es posible que el análisis legal sobre la justificación de la desobediencia civil en el Derecho español que hemos realizado, resulte extraño a quienes hayan observado el escaso amparo que los tribunales de nuestro país han dado a este fenómeno. Pero la falta de reconocimiento judicial de un derecho latente en el ordenamiento jurídico, no implica su inexistencia, sino la necesidad de profundizar en su reclamación ante los tribunales, con argumentos cada vez más rigurosos e incontestables unidos a la movilización social en su defensa.

Por este camino se ha logrado que constituciones de considerable antigüedad reconociesen en momentos bastante recientes derechos que siempre se habían encontrado en su interior, pero que no habían gozado del reconocimiento legal merecido. En España, aparte de los derechos que sustentan la desobediencia civil y cuyo pleno reconocimiento implica la no persecución de ésta en los casos ya estudiados, existen numerosos derechos constitucionales recogidos en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución (derechos a la vivienda, a la sanidad...), cuya ausencia de cumplimiento es hoy evidente, pero que no por ello dejan de encontrarse en la cúspide del ordenamiento, invitando a la ciudadanía a luchar para conseguir su plena vigencia.

3. CONCLUSIONES

La justificación de la desobediencia civil se ha circunscrito durante las últimas décadas a un debate teórico sin repercusión en el Derecho positivo. La desobediencia civil sigue hoy proscrita en las leyes, mientras la objeción de conciencia ha gozado de un reconocimiento cada vez más amplio en numerosos ordenamientos, dado que su ejercicio se circunscribe a conductas orientadas no

protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”.

⁴³ Falcón y Tella, MJ, *La desobediencia civil*, op. cit., p. 176.

hacia la reivindicación, sino hacia la observancia individual de prácticas morales o religiosas que no buscan la protesta sino la exención de obligaciones que son contrarias a las mismas.

A nuestro juicio, ésta es la principal razón del distinto tratamiento dado a objeción de conciencia y desobediencia civil: la desobediencia civil tiene el potencial de unir y despertar las fuerzas reivindicativas de la ciudadanía, representando un serio problema para aquellas leyes (y estados de cosas sostenidos por éstas) que contradicen derechos de la persona y son la antítesis de la voluntad popular. Por eso, la desobediencia civil es negada sistemáticamente en los ordenamientos, pese a que, como hemos visto, encuentra una plena justificación (cuando su objetivo es acorde con la Constitución) en el ejercicio de derechos fundamentales generalmente positivizados, y además contamos con herramientas jurídicas idóneas para identificar estos supuestos, castigando al desobediente si los supera e incumple la ley en casos no justificados.

No tiene sentido afirmar que el reconocimiento de la desobediencia civil da vía libre para incumplir la ley sin consecuencias y es el prelude de la anarquía, pues en el modelo que nosotros proponemos, todo ciudadano que la ejerza lo hace bajo una evidente amenaza: si la norma que combate es declarada constitucional por el Tribunal competente para ello, será sancionado por su conducta.

De otra parte, conviene resaltar que, cuando un parlamento aprueba una ley inconstitucional o un gobierno dicta un decreto contrario a la Carta Magna, sus miembros no sufren ningún tipo de sanción pese al grave perjuicio que han causado a la ciudadanía durante el tiempo de vigencia de la norma. En este contexto, resulta inconcebible pretender que, quien se haya opuesto a la misma mediante la desobediencia civil empleando la más obvia legítima defensa, sea sancionado por ello, mientras el autor de la ley inconstitucional queda impune.

En el fondo, la defensa de la desobediencia civil no es sino un paso más en el reconocimiento de los legítimos límites a la discrecionalidad del poder político que se inició, a través del neoconstitucionalismo, tras la caída del nazismo, y se manifestó en una generación de nuevas constituciones inspiradas en la evidente idea de que ningún gobernante, disfrute del apoyo popular del que disfrute, tiene derecho a vulnerar los derechos fundamentales de sus ciudadanos ni a subvertir la democracia. Y no está legitimado para hacerlo ni durante una legislatura, ni durante un año, ni durante un mes, existiendo un derecho ciudadano a enfrentarse contra su arbitrariedad desde el mismo momento en que esta surge, como manifestación de la dignidad de los pueblos y garantía de que la prepotencia y ambiciones de sus gobiernos no terminen privándoles de su libertad y su futuro.

Entendemos, por consiguiente, que nuestro Estado constitucional es idóneo para albergar una positivización de la desobediencia civil como derecho

ciudadano, plasmándose así en las constituciones y la legislación infraconstitucional, empezando por los códigos penales, para que ninguna persona pueda ser castigada por defender la Constitución, y para que las sanciones de aquellos que infringen la ley en un contexto de duda sobre la constitucionalidad de la misma, y obrando de buena fe, no sean castigados con la misma dureza que el delincuente que tan sólo persigue beneficiarse mediante el daño injusto a sus semejantes.