

José Antonio ESTEVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Editorial Trotta, 1994, 157 páginas.

En las últimas décadas, la filosofía política y jurídica se ha enfrentado, entre otros, a un problema candente: la crisis de legitimación de la democracia representativa y su reiterado cuestionamiento, a menudo por quienes debieran ser decididos valedores suyos. La crisis de legitimación va acompañada de una crisis de obediencia. Las posturas que defienden una obligación de lealtad y obediencia hacia el sistema democrático adoptan actitudes defensivas.

La literatura académica (y no académica) sobre obediencia y desobediencia al Derecho ha experimentado un crecimiento muy notable en los últimos años. Estas reflexiones ponen sobre el tapete los elementos dinámicos, de conflicto, de cambio que caracterizan a las democracias modernas. España no ha sido ajena a esta corriente. Muchos autores han abordado el tema de la desobediencia, y en particular de la desobediencia civil, desde diferentes perspectivas. No es de extrañar que los aspectos de delimitación conceptual y de justificación ocuparan, en un primer momento, un lugar preferente.

En estos días es posible afrontar empresas de mayor calado y complejidad. El debate se centra, actualmente, en el papel que la desobediencia puede jugar, en su caso, dentro de un sistema político democrático, su alcance y sus límites. A este respecto, el presente libro del Profesor Estévez Araujo (que prosigue un itinerario iniciado con la publicación, en 1984, de un importante artículo en *Mientras Tanto*) plantea clara y correctamente los términos esenciales del debate.

En este libro, la desobediencia civil es, en no poca medida, un pretexto para reflexionar sobre el Estado democrático y los derechos fundamentales en la antesala del siglo XXI. Pretexto, sí, pero honesto y riguroso. Honestidad y rigor intelectuales que caracterizan todo el desarrollo del trabajo del profesor Estévez.

El autor confía en que una interpretación de la Constitución como proceso, no reservada a los operadores jurídicos, sino abierta a la opinión pública, tendrá un carácter progresista. Esto es, que siempre será deseable que el Derecho se amolde a las exigencias de la opinión pública. Estévez señala que los elementos autónomos y dinámicos que impulsan la opinión pública, en un sentido participativo, constituyen la «sociedad civil»; y que la sociedad civil se caracteriza, precisamente, por su compromiso con la preservación y la ampliación de las libertades.

Como ha indicado el Prof. Aparicio Pérez, en un comentario a esta obra¹, aquí se apuesta por una concepción de la Constitución como proceso participativo, permanentemente abierto al cambio, flexible y pluralista. La Constitución no es «algo dado», ni se agota en una formulación lingüística definitiva, sino que sus contenidos fluyen y se transforman constantemente, en relación con las estructuras sociales y políticas. Sin embargo, y coincido en ello con el profesor Aparicio, creo que no era necesario recurrir a fuentes como Peter Habermas o John Hart Ely para fundamentar esta idea de la Constitución como proceso (sobre éstas y otras cuestiones escribió, por ejemplo, Manuel Aragón en su «Constitución y Democracia»).

La tesis central de Estévez, desarrollada ampliamente a lo largo del Capítulo 2. del libro, «La Constitución como proceso», es que el texto constitucional no ofrece garantías materiales, de contenido, frente a una hipotética «tiranía de la mayoría», sino una garantía procedimental: la posibilidad de cambio, la participación más amplia posible en el proceso de toma de decisiones, el derecho a la crítica y a la discrepancia, etc. Tomando como referencia la obra de Schmitt, Smend y Kelsen, Estévez concluye que el Tribunal Constitucional, como garante de la Norma Suprema, debe asumir una

1. «Sobre la desobediencia civil y la desobediencia al derecho constitucional», *Jueces para la Democracia* 20, 3/1993, pp. 30-32.

concepción restrictiva de sus funciones, y abstenerse de «gestionar el margen de ambigüedad de las disposiciones constitucionales». Este margen correspondería, por el contrario, al legislador y, en última instancia, a las fuerzas políticas mayoritarias.

Aquí viene a cuento describir la postura de Ely en *Democracy and Distrust*, con su análisis de conceptos como «discriminación» o «prejuicio», y su apuesta por la interpretación de la Constitución como garante de que las minorías aisladas y sin voz sean agentes activos del proceso político. En Haberle, por otro lado, la interpretación constitucional es un proceso en el que participan todos los agentes sociales y, por tanto, en el que juega un papel clave la noción de opinión pública.

El concepto de «opinión pública» manejado por el Prof. Estévez plantea diversas cuestiones, y no todas de fácil solución. En primer lugar, creo que debe trazarse una distinción entre una opinión pública «general», pasiva e inerte a menudo, y la opinión pública particular de los grupos y movimientos que canalizan una protesta. Aquí la duda principal se centra en medir la representatividad de estos movimientos sociales, y hasta qué punto pueden reflejar una opinión pública ilustrada, crítica y racional, o sólo un fragmento limitado y parcial de ésta.

Otro problema, también relacionado con la medición de la opinión, es la fiabilidad de las encuestas, o de medios alternativos de medida. Estos medios están sometidos a discusión y su rigor científico se ha cuestionado en más de una ocasión. Cuanto más se estandarizan, se ajustan a parámetros estrictamente cuantitativos, menos pueden captar los matices y las perplejidades de la opinión pública. E incluso, cuando se efectúan con el máximo rigor, pueden proyectar actitudes primarias, instintivas o poco razonadas, u opiniones que forman parte de un clima eventual de opinión y pronto pasarán al olvido.

Por último, no debe olvidarse que la opinión pública puede adoptar posiciones más conservadoras o regresivas en determinadas cuestiones. Y ello en relación, incluso, con interpretaciones sesgadas de la Constitución que sepultan sus potencialidades. No es absurdo pensar que la opinión pública evolucione, en el futuro, hacia posturas menos satisfactorias o menos progresistas, a la vista de fenómenos como el control y la monopolización de la información. Se echa de menos una reflexión de José A. Estévez sobre estos temas, de plena actualidad, que podría llevar a plantear la posibilidad de una desobediencia no contra las autoridades políticas, sino contra grupos de presión y contra los «actores usufructuarios de la esfera pública».

En el Capítulo 3, eminentemente descriptivo, el profesor Estévez pretende, según declara, «analizar el modo como una doctrina jurídico-constitucional dilatada en el tiempo —la alemana— interioriza el cambio de estructura en los derechos fundamentales que supone el paso del Estado liberal al Estado social». Para ello comienza con Carl Schmitt, y su *Teoría de la Constitución*, en la que argumenta que sólo los derechos de libertad, propios del Estado burgués de Derecho, pueden ser interpretados como derechos fundamentales que limitan al legislador. Los derechos sociales y las «garantías institucionales» son creaciones de los poderes públicos, por lo que están sometidos a limitaciones.

El segundo autor analizado es Günther Dürig, representante de la corriente iusnaturalista desarrollada en Alemania después de la II Guerra Mundial, con su concepción de los derechos fundamentales como valores. Los valores son eternos, intangibles, y previos a su reconocimiento constitucional. La cúspide del sistema está ocupada por el valor «dignidad humana», que se resuelve en los derechos del hombre.

Después de analizar la postura de Haberle al respecto, y enunciar cómo se ha producido una transformación en la interpretación de los derechos constitucionales, expone la teoría de Alexy: los derechos son principios, su extensión no puede determinarse *a priori*, como tampoco sus límites, sino que deben ser ponderados caso por caso.

Caben, al menos, dos lecturas de la «tesis de los derechos» en sede de desobediencia civil: A.— Existe un derecho a la desobediencia, en ciertas condiciones, en las que aquélla no resultaría ilegal; B.— la desobediencia practicada en defensa de los derechos fundamentales está justificada. Mientras que Ralf Dreier se orienta en la segun-

da dirección, de los trabajos de Ronald Dworkin pueden extraerse argumentos en pro de ambas posturas.

Dreier ha afirmado que, en un Estado democrático de Derecho, «no existe ninguna desobediencia cuya justificación no pueda ser intentada, cosa que, por lo general, sucede invocando el Derecho positivo, especialmente los derechos fundamentales y los principios constitucionales» ².

El Prof. Javier De Lucas opta por aproximar a Dworkin hacia esta segunda lectura: para él, Dworkin no defiende un derecho «fuerte» a la desobediencia civil, en sentido estricto, sino que ésta es, en ciertos supuestos, «algo que no está mal hacer», algo que está justificado ³. Una interpretación similar parece hacer Marina Gascón: «existen unos principios morales, que a la vez pueden ser jurídicos... cuya violación justifica la desobediencia al Derecho» ⁴.

Otros autores observan que a menudo los desobedientes afirman actuar conforme a Derecho, y no infringiendo ninguna norma jurídica válida. No se limitan a invocar derechos morales, sino que ejercitan verdaderos derechos constitucionales y legales. Estos ciudadanos tienen, pues, el derecho de desobedecer una norma *prima facie* jurídica ⁵, y no merecen sanción alguna por ello.

Los diversos razonamientos presentados en favor de un derecho a la desobediencia civil, hasta ahora, pueden ser clasificados en dos grupos. Los primeros argumentos tratarían de definir la desobediencia como una forma o modalidad de ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; los segundos afirmarían el reconocimiento constitucional de un derecho subjetivo a la desobediencia civil, autónomo e independiente de otros derechos.

Sobre la caracterización de la desobediencia civil como acto de ejercicio de derechos fundamentales deben efectuarse algunas precisiones. Primera, que buena parte de los actos que la doctrina engloba bajo este rótulo no pueden calificarse, con rigor, de actos de desobediencia al Derecho. El ejemplo más claro es el de una manifestación arbitrariamente prohibida por las autoridades gubernativas; otro más complejo es el de una sentada pacífica y preavisada ante una dependencia oficial. La historia de la desobediencia civil en los EE.UU. ofrece ejemplos de ambos supuestos:

— en el caso *Williams v. Wallace*, en 1965, el juez Johnson declaró lícita una manifestación que había sido prohibida por las autoridades locales, con base en la siguiente argumentación: el valor del derecho constitucional de libre expresión debe ser contrapesado con los efectos de su ejercicio; cuanto mayor sea el agravio denunciado, más contundencia en la forma del ejercicio del derecho estará justificada; ante la gravedad y amplitud de la discriminación racial, no cabe duda que es legítimo manifestarse por calles y carreteras para dar publicidad a esos agravios; en suma, la extensión del derecho de libre expresión ha de medirse con la intensidad del mal que ocasiona la protesta ⁶.

— en el caso *Brown v. Louisiana*, en 1966, cinco ciudadanos negros fueron procesados por sentarse en el suelo en una biblioteca pública «segregada», y negarse a salir de ella. El Tribunal Supremo les absolvió porque «una protesta pacífica en una

2. DREIER, Ralf: «Derecho y Moral», en GARZÓN VALDÉS, E. (comp.): *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 71-110, aquí p. 74.

3. DE LUCAS, Javier: «Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin», *Doxa* 2 (1985), pp. 197-207, aquí p. 197.

4. GASCÓN, Marina: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, aquí p. 209.

5. Ver PECZENIK, Alexander: «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa* 8 (1990), pp. 89-109.

6. Cfr. HALL, Robert, T.: «Legal Toleration of Civil Disobedience», *Ethics* 81 (1971), pp. 128-42, aquí p. 133.

biblioteca pública está protegida por la Primera Enmienda, si no interfiere con terceros y tiene lugar donde y cuando los desobedientes puedan estar presentes»⁷.

He utilizado dos ejemplos del derecho norteamericano, porque en ese país se ha producido el debate más activo sobre el tratamiento jurídico de la desobediencia civil, generando una amplísima jurisprudencia⁸. Por otro lado, esta jurisprudencia es bien conocida por los autores españoles que han estudiado el tema, y el Prof. Estévez Araújo no es una excepción. Pues bien, uno de los méritos del trabajo de José A. Estévez es que sitúa el análisis jurídico de la desobediencia en el marco de textos constitucionales de nuestro inmediato entorno, extrayendo, por ello, consecuencias directamente aplicables al Derecho español. Por ejemplo, frente al habitual énfasis en la conexión desobediencia civil — libertad de expresión —, típico de los tribunales norteamericanos para posibilitar la aplicación de la Primera Enmienda⁹, Estévez recurre asimismo a los derechos fundamentales de participación y de manifestación como fundamento jurídico de actos de desobediencia.

En esta línea, es preciso traer a colación la importante Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, n.º 59/1990, de 29 de marzo, en Recurso de Amparo 1.639/1987. En ella se declaró lícita y conforme a Derecho una manifestación realizada por unos 160 trabajadores del campo, de la provincia de Huelva, para protestar contra la normativa sobre desempleo y subsidio agrario, ocupando la carretera nacional 431 e impidiendo así la circulación de vehículos en ambos sentidos. Al cabo de un tiempo, requeridos por la Guardia Civil, dejaron expedita la carretera. El Tribunal Supremo dictó condena, por estimar probada la comisión de un delito de desórdenes públicos (art. 246 del Cód. Penal). El T.C., por contra, estimó que los actos enjuiciados constituían un ejercicio del derecho de libre manifestación pública, protegido por el art. 21 de la C.E., que debe prevalecer sobre los bienes jurídicos de «orden», «paz pública» o «libre circulación» que están detrás del art. 246 del C. Penal.

Estévez dedica, precisamente, el Capítulo quinto y último de su libro al estudio de «la desobediencia civil como participación en la defensa de la Constitución». En este Capítulo, insinúa que la defensa de los valores y principios constitucionales está insuficientemente procedimentalizada, y que un Tribunal Constitucional, en cuanto órgano jurisdiccional, carece de la legitimidad suficiente para materializar los derechos fundamentales, para asignarles un peso específico, pues ésta es una tarea eminentemente política. Como solución, propugna la apertura del proceso de interpretación constitucional a todos los ciudadanos, a la opinión pública, con lo que el T.C. se limitaría (y no es poco) a garantizar el carácter abierto, pluralista y participativo de estos procesos.

El problema que aquí se plantea, lógicamente, es cómo interpretar en este contexto una resolución del T.C. que no ofrezca a los derechos fundamentales la protección exigida por los desobedientes. O, lo que es similar, una decisión que resuelva el «test de constitucionalidad» en sentido contrario al pretendido, confirmando los argumentos jurídicos de las autoridades y rechazando los de quienes desobedecen. A mi juicio, esta situación (que no es hipotética, sino la más frecuente) demanda ya soluciones estrictamente políticas, y no jurídicas, pues lo que está en juego es un cambio del sistema jurídico, de sus elementos, y no un cambio en su interpretación o aplicación.

En España tenemos un ejemplo elocuente, que es el de la Ley 48/1984, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva, ley que superó con éxito un «test de constitucionalidad» en las Sentencias T.C. 160/87 y 161/87, am-

7. Cfr. MACGUIGAN, Mark R.: «Obligation and Obedience», en PENNOCK, J.R., y CHAPMAN, J.W. (eds.) *NOMOS XII. Political and Legal Obligation*, Atherton Press, N. York, 1970, pp. 46-54, aquí p. 52. Hay en esta sentencia un voto particular del magistrado Hugo Black.

8. Ver, por ejemplo, la amplísima lista de casos recogidos en «Sentencing in Cases of Civil Disobedience», *NOTA de la Columbia Law Review* 68 (1968), pp. 1508-37, y agrupados según un orden sistemático.

9. Vid. al respecto KATZ, Bárbara J.: «Civil Disobedience and the First Amendment», *U.C.L.A. Law Review* 32, 4 (1985), pp. 904-19.

bas de 27 de octubre. Desde ese momento, los órganos de adjudicación, los jueces y tribunales, no pueden desentenderse de esa Ley, y deben aplicarla como norma válida que es. A partir de esta constatación, la conducta de los insumisos y sus actos de desobediencia civil, en cuanto tipo, son *prima facie* antijurídicos. Cabrá realizar una aplicación ponderada, caso por caso, de los bienes en juego, llegando incluso a la absolución del insumiso (como en las Sents. del Juzgado de lo Penal 4, de Madrid, de 3 de febrero de 1992, y del Juzgado de lo Penal 20, de Madrid, de 16 de enero de 1993). Pero nos encontramos, no ante una justificación jurídica de la desobediencia, sino ante excusas jurídicas para la desobediencia, que es algo diferente ¹⁰.

Como ocurre con la conocida tesis de Donald Davidson (aunque los individuos pueden ser localmente irracionales en su conducta, presuponer su racionalidad global como marco de referencia es ineludible si queremos comprender la acción humana), aquí el carácter antijurídico de la desobediencia civil opera como decorado imprescindible para comprender lo que ha significado y significa este tipo de desobediencia al Derecho. Si bien pueden darse casos de desobedientes absueltos, la ilegalidad *prima facie* de sus actos es algo que tienen en común con muchos otros desobedientes condenados. Lo que define a la desobediencia civil es el uso de medios aparentemente ilegales, como regla, para conseguir fines políticos: es el hecho de violar una norma lo que da a esta desobediencia su valor simbólico y su fuerza persuasiva, porque plantea dramáticamente, a la opinión pública, el caso de unos ciudadanos responsables abocados a sufrir penas severas si se guían por sus convicciones.

El Prof. Estévez dedica las últimas páginas del libro a las condiciones que debe reunir una desobediencia civil que aspire a estar jurídicamente justificada. Su carácter público, no violento, su proporcionalidad, son requisitos perfectamente atendibles. Entiendo, asimismo, que Estévez valora como importante el requisito de la inexistencia de «posibilidad de derogación» por otros medios. Lo que ocurre es que la doctrina tradicional venía dándose por satisfecha con la existencia de medios jurídicos («remedios») para modificar o derogar la ley que se rechaza; con lo que en una democracia parlamentaria no había campo, prácticamente, para justificar la desobediencia.

Creo que Estévez va más allá y que éste es otro de los aciertos de su trabajo. No basta con que las normas prevean mecanismos de cambio legislativo, o la alternancia de partidos políticos. Es preciso que esos mecanismos estén abiertos a todos los grupos sociales por igual, y que la opinión pública pueda utilizarlos libremente para apoyar sus iniciativas. Cuando el proceso de formación de la opinión pública está fuertemente oligopolizado, en manos de un reducido número de grupos empresariales, cuando los medios de comunicación están fuertemente concentrados (España es un buen ejemplo, sin olvidar el de Italia, con sus consecuencias), los cauces estrictamente institucionales son insuficientes.

Parece claro que en el fondo de todas las campanas de desobediencia civil existe un elemento «comunicativo» al lado de otro «participativo», y que ambos están estrechamente imbricados. Los ciudadanos se ven obligados a manifestarse, a salir a la calle, incluso a desobedecer públicamente alguna norma legal, para conseguir audiencia por parte de los medios de comunicación. Sólo recurriendo a alguna forma de desobediencia civil, fuertemente simbólica, estos ciudadanos consiguen que sus demandas sean recogidas, difundidas, y generen respuestas por parte de los poderes públicos. La desobediencia es un medio para provocar en las autoridades una argumentación, un discurso de respuesta, una justificación de sus políticas y de sus proyectos legislativos.

10. En relación con la primera de estas Sentencias, dictada por el magistrado José Luis Calvo Cabello, han surgido gran cantidad de materiales. Algunos de ellos pueden examinarse en *Ley y Conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, edic. a cargo de Gregorio PECES BARBA, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III / B.O.E., Madrid, 1993. También son de gran interés los artículos que al respecto ha publicado Manuel Atienza.

El Prof. Estévez propone reemplazar la clásica distinción entre desobediencia civil directa y desobediencia indirecta por la distinción entre «desobediencia como test de constitucionalidad» y «desobediencia como ejercicio de un derecho». La primera se utilizaría en el curso de campañas de protesta contra leyes determinadas, cuya validez jurídica está sometida a cuestión: los reparos morales y políticos contra la ley pueden operar como reparos jurídicos. La segunda surge como respuesta a decisiones restrictivas de derechos adoptadas por las autoridades en el curso de protestas en origen perfectamente legales. La primera forma de desobediencia tiene por destinatario al Legislador, y la segunda al Ejecutivo.

Retomando la distinción que antes esboqué, puede entenderse que en el primer caso estamos ante una desobediencia civil justificada, en cuanto que probar la validez de una norma de constitucionalidad discutida, mediante su incumplimiento, es un acto que puede quedar cubierto por una causa jurídica de justificación (como ocurre con diferentes sentencias en casos de insumisión). En el segundo, estamos ante una desobediencia civil como forma o modalidad de ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Un aspecto que no me gustaría pasar por alto, y en el que me parece que Estévez no se detiene especialmente, es el análisis de los diferentes papeles que los operadores jurídicos juegan en la desobediencia civil. En el libro se plantea, como es lógico, el papel de las autoridades políticas, Parlamento y Administración, pero queda un poco en el aire la función a asumir por los jueces. No olvidemos que, en muchos casos, los jueces pueden realizar una interpretación alternativa del Derecho, en la línea propuesta por Estévez, y dejar sin sanción actos concretos de desobediencia. En el límite, la desobediencia podría configurarse como actividad conforme a Derecho en cuanto fuera, sistemáticamente, aceptada como tal por los Tribunales. Sin embargo, y me refiero en particular a la desobediencia como test de constitucionalidad, el propósito de los desobedientes no es ese (su absolución reiterada) sino la derogación de la ley rechazada. Y nos encontramos ante la paradoja de que una de las armas políticas más sólidas para promover esa derogación es, precisamente, la constatación de que muchos desobedientes, ciudadanos perfectamente responsables y leales a la Constitución, están sometidos a penas y castigos legales por sus convicciones. Como ocurre en otras cuestiones, el sentido en que debe orientarse la función jurisdiccional es un problema complejo y controvertido: la resolución, aparentemente óptima, de casos particulares no ofrece respuesta al problema político de fondo que se había planteado. Este es un tema que, a buen seguro, será tratado con interés en los próximos años.

Rafael HERRANZ CASTILLO