

CAPÍTULO DÉCIMO TIPOLOGÍA DE ACTOS ANTIJURÍDICOS

I. INTRODUCCIÓN

1. *La escala de intensidad de la libertad*

Resulta interesante destacar aquí la descripción de la escala de intensidad de la libertad realizada por el profesor Sánchez de la Torre, en la cual se distinguen varias etapas que, de menor a mayor intensidad, van del siguiente modo: 1) la nostalgia, que es un estar pasivo; 2) el gustar, estado activo; 3) la preferencia, estado de opción u orientación activa por algo; 4) el deseo, como orientación hacia la acción; 5) la deliberación, o resolución hacia una opción para la acción; 6) el querer, en cuanto acto de decisión hacia algo realizado, preexistente; 7) la creación, que a diferencia del momento anterior, es un acto de decisión hacia una realidad creada en el mismo acto de decisión; 8) la rebeldía, como acto de decisión rechazando la realidad preexistente.

Es en este último escalón o momento de la libertad —la rebelión— donde habría que situar, a su vez, otra serie de clasificaciones —bien expuestas por Alessandro Passerin D’Entreves—, que de un modo sumario constituyen el objeto del presente capítulo, y que nosotros englobamos bajo el epígrafe de “tipología de actos antijurídicos”.

2. *La perspectiva estática de estudio —la situación jurídica, la relación jurídica, el negocio jurídico y el contrato— y la perspectiva dinámica —el hecho jurídico y el acto jurídico—*

Para comenzar y dentro de estas primeras pinceladas introductorias, convendría distinguir dos perspectivas que en general y en el fenómeno jurídico en particular, van inseparablemente unidas: la dimensión está-

tica de la realidad y, junto a ella, la vertiente dinámica. Esta bipartición resulta particularmente adecuada ahora al abordar el objeto de este capítulo.

Dentro de la perspectiva estática se encontrarían, de mayor a menor generalidad, los conceptos, por todos conocidos, de relación jurídica, negocio jurídico y contrato.

Dentro de la perspectiva dinámica se situarían, por otro lado, las nociones, también de género a especie, de hecho jurídico y acto jurídico y, a un paso de éste, su contrario y objeto de estas líneas: el acto antijurídico.

No es ahora el momento de detenernos en el estudio pormenorizado de estos conceptos, en su mayor parte patrimonio, aunque no exclusivo, del derecho civil. A continuación nos vamos a limitar a dar unas notas al respecto que nos permitan situar la última de dichas nociones: la de acto antijurídico.

La mayoría de los autores, así Díez-Picazo y Gullón, abundando en el carácter estático de la relación jurídica, mencionan como requisito esencial para que se de la misma su carácter orgánico, organizado o institucionalizado, por un lado, y su función social, por otro. Para ellos, la relación jurídica podría definirse como “una situación jurídica en la que se encuentran dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses vitales y que aparece estable y orgánicamente regulada —institucionalizada— como cauce para la realización de una función social o económica merecedora de tutela jurídica”.

Si glosamos esta definición, vemos, en primer lugar, que la relación jurídica se configura como una “situación jurídica”. La situación jurídica se caracteriza por su carácter estático y se contrapone a los actos jurídicos, que tienen cariz dinámico y que pueden incidir sobre la relación jurídica creándola, modificándola o extinguiéndola. Como situación jurídica, la relación jurídica constituye algo estable y de cierta permanencia, lo que la diferencia del acto jurídico que la origina y que es su causa eficiente —por ejemplo, el matrimonio, el arrendamiento—, de carácter fugaz. La relación jurídica es el resultado, la situación jurídica que continúa después de celebrados éstos.

En este punto, y retomando el hilo de la explicación, cabe distinguir en las relaciones jurídicas aquellas cuyo hecho determinante es natural, por ejemplo, un terremoto o una inundación, que pueden producir efectos

jurídicos. A esto se denomina “hecho jurídico”. Y aquéllas con hecho determinante voluntario. Por contraposición con los anteriores, a éstos se les denomina “actos jurídicos”.

A su vez, dentro de esa segunda categoría de los actos jurídicos, cabe distinguir entre los de carácter ilícito —entre los que destacan el delito y la falta— y los lícitos. Estos, cuando constituyen una declaración de voluntad amparada por el ordenamiento jurídico, son lo que conocemos como “negocios jurídicos”, que admiten a su vez, una variada tipología.²⁴⁴ Un tipo especial, el más importante, de negocio jurídico “inter vivos” lo constituye el contrato.

²⁴⁴ Podemos distinguir dentro de las relaciones jurídicas, y especialmente dentro de los negocios jurídicos, como tipo concreto de las mismas, entre las relaciones “unívocas” y las “multívocas”. Son unívocas aquellas relaciones cuya estructura y efectos están prefijados de antemano por la norma y son inmodificables por las partes. Es el caso, por ejemplo, de la relación jurídica matrimonial. Por el contrario, consideramos multívocas aquellas relaciones a las que las partes dan el contenido que quieren, si bien, eso sí, dentro de los márgenes legales. Sería el supuesto de una donación sujeta a condición.

Una segunda distinción dentro de las clasificaciones de las relaciones jurídicas, predicable con carácter específico de los negocios jurídicos, es la que diferencia entre las relaciones jurídicas *inter vivos* y las *mortis causa*, según que produzcan efectos durante la vida de quienes las contrajeron —es el caso de los contratos— o a partir de la muerte del emisor de la voluntad —por ejemplo, el testamento—.

Igualmente cabe diferenciar entre las relaciones jurídicas “patrimoniales” y las “no patrimoniales”, según su contenido sea o no evaluable en términos económicos. Las primeras se dan dentro del patrimonio de la persona y los derechos sobre los que recaen pueden ser objeto de prescripción, transmisión y disposición. Las segundas recaen sobre intereses ideales o estados no susceptibles de valoración pecuniaria, por ejemplo los derechos de familia puros o los derechos de la personalidad.

A su vez, las relaciones patrimoniales pueden ser “a título gratuito” o “a título oneroso”. Son a título gratuito aquellas en las que sólo hay una prestación unilateral, por una de las partes, por ejemplo una donación. Por el contrario, son relaciones jurídicas onerosas las que contemplan también una contraprestación de la otra parte, por ejemplo la compraventa —cosa a cambio de precio—, el arrendamiento —bienes o servicios a cambio de renta—, o la permuta —cosa a cambio de cosa—.

Podrían traerse a colación algunas otras clasificaciones de las relaciones jurídicas —típicas y atípicas; solemnes y no solemnes; de disposición y de obligación; principales y accesorias; unilaterales y bilaterales, etcétera—. Aquí nos limitamos a dejar constancia de su existencia, y omitimos su desarrollo y explicación detallada.

II. TIPOLOGÍA DEL ACTO JURÍDICO

1. *Los actos jurídicos lícitos*

A. *La objeción de conciencia*

La objeción de conciencia²⁴⁵ es una acción pública (tratándose de un acto clandestino sería preferible hablar de evasión de conciencia), pacífica, parcial (cuando rechaza también el servicio social sustitutorio se llama insumisión) y pasiva; es individual, no colectiva (dice Rawls que no apela al sentido de justicia de la mayoría). El objetor de conciencia no aspira a modificar la ley en cuestión, sino que se circunscribe a su caso particular. La objeción de conciencia no es ni una táctica ni una estrategia política, sino una actitud personal, pues su significado se agota en su propia exteriorización. Se trata de “una decisión que no transpone los límites del ámbito estrictamente personal y que no pretende más que la paz del individuo con las raíces de su yo”. Otra nota distintiva es que la objeción de conciencia se reconoce por el derecho.²⁴⁶ El objetor de conciencia, aunque manifiesta públicamente su conducta, puede mantener en secreto las razones y moti-

²⁴⁵ Amerigo Cuervo-Arango, Fernando, “La objeción de conciencia al servicio militar, especial referencia al derecho español”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1984-1985, pp. 11-47; Ruiz Miguel, Alfonso, “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1986-1987, pp. 399-421; Suárez Pertierra, Gustavo, “La objeción de conciencia al servicio militar en España”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1990, pp. 251-268; Oliver Araujo, Joan, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, Civitas, 1993. Escobar Roca, Guillermo, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, especialmente pp. 55-63. Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 175, Ruiz Murillo, Mayela, *op. cit.*, nota 206, Prieto Sanchís, Luis, “La objeción de conciencia como forma de obediencia al derecho”, *Sistema*, 59, 1984, pp. 41-62.

²⁴⁶ No obstante, aunque se hable de reconocimiento por el Estado o el ordenamiento jurídico, dicho reconocimiento no se refiere a la objeción en sentido amplio, lo cual supondría renunciar al carácter obligatorio del derecho. Este concepto amplio es válido para todo tipo de objeción de conciencia, ya sea al servicio militar, al pago de impuestos, a las prácticas abortivas, etcétera. Por el contrario, sí se suele reconocer la objeción de conciencia en sentido estricto o técnico, como negativa al servicio militar obligatorio armado o no, en sí o como instrumento conexo con la guerra en general o con una guerra determinada. Amerigo Cuervo-Arango, F., *op. cit.*, nota 245, pp. 12 y 13.

vaciones que le impulsan.²⁴⁷ En la objeción de conciencia las normas que se incumplen se rechazan sólo en cuanto nos afectan personalmente y no porque se quieran suprimir en general. El fin no es tanto modificarlas como no participar de ellas. Se rechaza su cumplimiento porque son injustas más que para que dejen de serlo.

*B. La contestación social. La huelga.
El problema de la huelga ilegal*

Una forma admitida de contestación social en los sistemas democráticos es la huelga. El derecho a la huelga se reconoce expresamente en nuestra carta magna. Pero, ¿es toda huelga constitucional?, ¿qué ocurre, por ejemplo, con la huelga general política? Es este un tema interesante y muy debatido.

Como argumento en contra de la constitucionalidad de la huelga general política se dice que la misma establece una situación de privilegio en favor de los trabajadores que no tendrían los demás ciudadanos, pues podrían influir en el poder político por dos medios: el derecho de voto y la huelga. Como argumento a favor se dice que la huelga general política, como toda huelga, contribuye a lograr el objetivo de consecución de la igualdad sustancial a que se refiere el artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978. La huelga general política es considerada como ilegal también en el artículo 11 del Real Decreto-ley 17/1977 del 4 de marzo, de relaciones de trabajo. La ilegalidad se refiere especialmente a aquellas huelgas cuyos fines son exclusivamente políticos, es decir, que carecen de causa laboral alguna. Si la huelga es general además de política, falta incluso un requisito de la huelga entendida en su sentido clásico o estricto.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 14-21, señala básicamente tres tipos de motivos: los religiosos, los ético-morales o filosóficos, y los políticos. En la práctica estos motivos se mezclan y confunden dentro de un mismo sujeto. Los motivos religiosos se fundamentan en la espiritualidad y el temor de una sanción ultraterrena y entroncan con el cristianismo, la teoría de la guerra justa y el subjetivismo al juzgar los dogmas, introducido por la reforma protestante de Lutero o Calvino y compartido por movimientos como los cuáqueros o los testigos de Jehová. Los motivos éticos, morales y filosóficos son los de tipo humanitario o pacifista, en conexión con el criterio del bien y del mal, y se extendieron considerablemente con la carrera de armamentos y la posibilidad de una guerra nuclear. En cuanto a los motivos políticos, estos son seguidos por las corrientes anarquistas, neutralistas, internacionalistas y marxistas y son los que ofrecen más problemas a la hora de su admisión legal y doctrinal.

to: los sujetos activos en relación de dependencia a un empresario con el que estar vinculados por relaciones de trabajo.

La licitud o ilicitud de la huelga general política ha sido ampliamente debatida. El Tribunal Constitucional, en sentencia de abril de 1981, ha considerado fuera de la protección legal del artículo 28.2 la huelga “cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la administración pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable...”, es decir, cuando se trata de una huelga política.

2. Los actos jurídicos intermedios

A. La desobediencia civil como desobediencia paralegal

Aunque sin unanimidad absoluta en la doctrina,²⁴⁸ tal como habitualmente es concebida, podemos conceptualizar la desobediencia civil como “el

²⁴⁸ Es clásica, al respecto, la definición de Adam Bedau, Hugo, en su artículo “On Civil Disobedience”, *Journal of Philosophy*, 58, 1961, pp. 653-661, definición que es, a su vez, más estricta que el significado apuntado en el ensayo de Thoreau. Por el contrario definen la desobediencia civil con gran amplitud otros como Zinn, Howard, *Disobedience and Democracy*, Nueva York, Random House, 1968, pp. 119 y ss.: “Violación deliberada y crítica del derecho para un fin social fundamental”. Por su parte, Gene G., James, “The Orthodox Theory of Civil Disobedience”, *Social Theory and Practice*, 2, 1973, p. 475, califica como teoría ortodoxa las definiciones de desobediencia civil que a raíz del Simposio de la *Eastern Division of the American Philosophical Association* de 1961 han propuesto autores como Ch. Bay, W. T. Blackstone, C. Cohen, J. Betz, R. Weingartner, J. Rawls y R. Martin. Sobre el tema también, entre otros, Riehm, John, “Civil Disobedience, a Definition”, *American Criminal Law Quarterly*, III, 1964, pp. 111 y ss. Brown, Stuart, “Civil Disobedience”, *The Journal of Philosophy*, LVIII, 22, 1961, pp. 669-681. Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca de la desobediencia civil”, *Sistema*, 42, 1981. Martin, Rex, “Civil Disobedience”, *Ethics*, 80, 2, 1970, especialmente p. 126. González Vicén, Felipe, “La obediencia al derecho”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398; González Vicén, Felipe, “La obediencia al derecho. Una anticrítica”, *Sistema*, 65, marzo 1985, pp. 101 y 105; González Vicén, Felipe, “Obediencia y desobediencia al derecho. Unas últimas reflexiones”, *Sistema*, 88, enero 1989, pp. 105-109. Wasserstrom, Richard, *Civil Disobedience*, Santa Barbara, Center for the Study of Democratic Institutions, 1966. Cohen, Carl, “Essence and Ethics of Civil Disobedience”, *The Nation*, 198, 16-marzo-1964. Dreier, Ralf, “Widerstand und Ziviler Ungehorsam

acto de quebrantamiento consciente e intencional, público y colectivo, de una norma jurídica, utilizando normalmente medios pacíficos, apelando a principios éticos, con aceptación voluntaria de las sanciones y con fines innovadores”.

En esa línea se encuentran las actuaciones de Mohandas Karamchand Gandhi en la India, de Martin Luther King en Norteamérica o de Thoreau, también en los EEUU. A estos fenómenos se ha venido denominando como casos de desobediencia civil. Dichos supuestos no deben nunca confundirse con otros ejemplos de desobediencia a la ley, de carácter claramente ilegal, al margen de la ley, que luego analizaremos. Resulta evidente que si nos referimos a la desobediencia paralegal estamos aludiendo a aquélla, no a estas formas de infracción del ordenamiento. Sobre la desobediencia civil llevamos trabajando bastante tiempo, llegando a la conclusión que existe un aspecto particular del fenómeno, su carácter paralegal o paracivil: legal en cuanto civil, ilegal en cuanto desobediencia.²⁴⁹

B. *La criminalidad justificada*

Un lugar especial merece un tipo, intermedio entre la actuación legal y la delictiva, entre los actos jurídicos lícitos y los ilícitos. Se trata de la “criminalidad justificada” éticamente. Tal es el caso de situaciones límite como son el falso testimonio cuando está en juego la vida de un inocente, o el robo para el sustento de la familia. A diferencia de los actos lícitos, la criminalidad justificada ha de mantenerse en secreto para alcanzar sus metas y, a diferencia de la actuación criminal, sus autores en conciencia

im Rechtstaat”, en Glotz, P. (comp.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt, 1983, pp. 54 y ss. Véase también el número especial dedicado a la desobediencia civil y al derecho, de la *Rutgers Law Review*, 21, 1966, así como el vol. 18, núm. 4, de la *Georgia Law Review*, 1984, que recoge los trabajos presentados al Simposio sobre “The Duty to Obey the Law”, de Kent Grenawalt, David A. J. Richards, A. John Simmons, Bernard P. Danenhauer, Thomas R. Flynn, William McBride, Philip Soper, Milner S. Ball y Frances Olsen. Adam Bedau, Hugo (ed.), *Civil Disobedience*, Indianápolis-Nueva York, Pegasus-Bobbs Merrill, 1969, con artículos, entre otros, de H. T. Tweed, B. G. Segal, H. L. Packer, “Civil rights and disobedience to law”; Taylor, W. L., “Civil Rights and Disobedience. Observations on the Strategies of Protest”, y Cohen, C., “Law, Speech and Disobedience”. Tenemos como dato también las *Jornadas de Filosofía Jurídica y Social* celebradas en Oviedo (28 al 30 de marzo de 1990).

²⁴⁹ Falcón y Tella, María José, “Desobediencia paralegal”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, 1, 2000.

creen estar actuando bien y es la excepcionalidad de las circunstancias lo que les lleva a incumplir normas que generalmente suelen acatar.

C. *Las causas instrumentales*

Las por Rawls llamadas “causas instrumentales”, que podríamos traducir como pleitos de ensayo, están destinadas a verificar la interpretación de una nueva ley o la legalidad de una actuación pública.²⁵⁰ Se trata del problema de si las inobservancias legales cometidas con el propósito de instar la declaración de inconstitucionalidad de la ley violada constituyen en sentido estricto un acto ilícito o no. A esta cuestión ya nos hemos referido.

3. *Los actos jurídicos ilícitos*

A. *La insumisión*

La insumisión podría calificarse como “la desobediencia indirecta a la ley de objeción de conciencia”. Hablamos de desobediencia “indirecta” en la insumisión porque en ella, a través del incumplimiento de la prestación social sustitutoria, se está protestando en definitiva, indirectamente, contra la obligación misma de realizar el servicio militar. La llamada insumisión es, por tanto, la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria como modo de expresar la protesta contra el servicio militar de la que trae causa. Es difícil tratar de explicar la negativa a los deberes en los que consiste la prestación social sustitutoria, como son el auxilio a toxicómanos o ancianos, y por eso el juez —por ejemplo en la sentencia 75/92 del Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid, del 3 de febrero de 1992— insiste en señalar que

...la insumisión se dirige contra la existencia misma del servicio militar, no contra el deber de prestarlo ni, mucho menos, contra el deber concreto de la prestación social... esto significa que nos hallamos ante una desobediencia indirecta, es decir, una desobediencia en la que se incumple una norma, en principio indiferente desde el punto de vista moral, con el propósi-

²⁵⁰ Rawls, John, “Teoría de la desobediencia civil”, *op. cit.*, nota 217, p. 175.

to de protestar y en definitiva derogar otra norma o política gubernamental que se considera injusta.

B. *La resistencia*

Mención aparte merece la cuestión de la resistencia. Ésta puede adoptar distintas formas, que van desde la resistencia pasiva, pasando por la resistencia activa, hasta llegar al denominado “derecho de resistencia”. De todas estas formas es la última de ellas, el derecho de resistencia, la que más se acerca al acto jurídico lícito, en la medida en que se trata de un “derecho”, como veremos, positivizado. No obstante, en cuanto a los medios, muy a menudo la resistencia para alcanzar sus fines requiere el empleo de estrategias violentas. Por eso su legalidad-ilegalidad está condicionada. Aquí, a continuación, nos referiremos al derecho de resistencia. Valga para él la matización hecha, y lo in/conveniente de su ubicación mejor o no dentro de los actos intermedios.

El “derecho de resistencia” —*Widerstandrecht, ius resistendi* o *diritto di resistenza*— es la forma históricamente más importante de resistencia.²⁵¹ En cuanto a su plasmación histórica, la teoría de la resistencia tiene sus antecedentes durante el Medioevo y el Renacimiento, en la Escolástica, como *ius resistendi*, con connotaciones teológicas, paralelamente al nacimiento en la obra de Guillermo de Ockham de la noción de derecho subjetivo, al parecer inexistente en la Antigüedad griega y romana, en la que lo único que se daba era la *libertas*, como condición opuesta a la “servidumbre” o esclavitud, pero no como un derecho subjetivo del que se desprendiese facultad alguna de resistencia frente al poder.

En la Escolástica el *ius resistendi* es un derecho de protección contra el poder —un *ius contra potestatem* en el lenguaje escolástico— ejercitable cuando éste se aparta de la ley divina y de la ley natural —de la *ratio vel voluntas Dei*—, bien porque existe ilegitimidad en el origen del poder

²⁵¹ García Cotarelo, Ramón, *Resistencia y desobediencia civil*, Madrid, Eudema, 1987; Pérez, José Antonio, *Manual práctico para la desobediencia civil*, Pamplona, Pamiela, 1994, pp. 56-59. Barbero, Domenico, “Negazione della legge iniusta come valore giuridico e resistenza”, *Diritto naturale vigente*, pp. 109-120; Passerin D’Entrèves, Alessandro, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milán, Edizione di Comunità, 1970, especialmente el capítulo 12; Sánchez Cámara, Ignacio, “Obediencia al derecho, derecho de resistencia y desobediencia civil”, *ABC Literario*, 17 de octubre de 1987.

—*ilegitimitas ab origine*—, porque éste se adquiriera sin justos títulos, bien porque hay ilegitimidad de ejercicio —*ilegitimitas in exercitio*—, porque el poder se ejercite de un modo arbitrario.

Una segunda etapa en la formación del derecho de resistencia está representada, entrados ya en la modernidad, en el siglo XVIII, en la filosofía liberal, donde el derecho de resistencia aparece consagrado frente al absolutismo monárquico, cuestionando la noción de soberanía del monarca, entendida como supremacía, cara al interior, e independencia, cara al exterior. La resistencia se manifiesta entonces ya no como una doctrina, sino como un derecho natural, positivizado en la Declaración de Independencia del Buen Pueblo de Virginia de 1776²⁵² y en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.²⁵³ Ya

²⁵² Según este texto: “Cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, que persiguen invariablemente el mismo fin, demuestra la voluntad de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su obligación, derrocar tal gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad”. Este gobierno era el de Jorge III de Inglaterra. En su artículo I dice: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”. Y en el artículo III: “...que cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público”. Más precisa aún acerca del derecho de resistencia es la Declaración de Maryland de 1776, cuando manifiesta en su artículo IV: “La doctrina de la no-resistencia al poder arbitrario y a la opresión es absurda, es propia de esclavos y destructiva para el bien común y la felicidad del género humano”. En la misma línea se encuentra la Declaración de Independencia de los trece Estados Unidos de Norteamérica, redactada por Jefferson, cuando afirma: “...que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios...”.

²⁵³ En cuyo artículo 1o. se dice que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”, y en el artículo 2o. que “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Cuatro años después de esta declaración se redactó una nueva declaración, aprobada el 24 de junio de 1973, aunque nunca llegó a estar en vigor, en la que se decía, artículo 33: “La resistencia a la opresión es consecuencia de los demás derechos del hombre”; artículo 34: “Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social está oprimido”, y artículo 35: “Cuando el Gobierno viola los de-

en el siglo XX el derecho de resistencia se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos dada en 1948 en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas.²⁵⁴

La tercera etapa en la evolución del derecho de resistencia se puede cifrar en la doctrina constitucionalista occidental de nuestra época. Después de la Segunda Guerra Mundial, a causa del rechazo del nazismo, se produjo una resurrección del viejo derecho de resistencia. Así, en la Constitución del Land de Hessen de 1946 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949;²⁵⁵ en ésta en unos términos muy amplios, que en principio podrían llevarnos a pensar que se trata de un derecho de “todos contra todos”, si bien en su contexto hay que entenderlo limitado a las acciones contra el Estado y no contra los individuos y los grupos sociales. El derecho de resistencia también está presente en el preámbulo de la Constitución francesa de 1958. Algunos estudiosos del tema consideran el derecho de resistencia asimismo, aunque no de forma expresa, sí implícitamente en otras constituciones contemporáneas —así, por ejemplo, en la vigente Constitución italiana—. El derecho de resistencia también influyó en la independencia de las colonias españolas y en el movimiento de acción de los grupos obreros y anarquistas.

rechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada sector del pueblo el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”.

²⁵⁴ Su preámbulo dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...”; y su artículo 1o.: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²⁵⁵ El artículo 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 al referirse a la condición del país como Estado federal, democrático y social establecía que “contra cualquiera que intente derribar ese orden todos los alemanes (obsérvese la gran amplitud de los términos) tienen derecho a la resistencia cuando no fuere posible otro recurso”. Ruiz Murillo, Mayela, *op. cit.*, nota 206, p. 230, nota 58: “Sólo se puede entender la referencia que el artículo 20 de la Constitución de la República Federal alemana hace al derecho a la resistencia como una consecuencia del rebrote iusnaturalista por el impacto de la dictadura nazi, que lleva a una formulación poco meditada... La resistencia es un hecho, una prueba de fuerza frente al poder, pero no un derecho, si acotamos los términos en sentido propio y no dejamos que el lenguaje jurídico sea utilizado en sentido impropio”.

C. *El delito*

Cabe también diferenciar la desobediencia legalmente aceptada como acto lícito, de la desobediencia criminal, del delito, como acto ilícito típico.²⁵⁶ Aunque en ambas se infringe un precepto, la desobediencia criminal está tipificada penalmente y la desobediencia legal no. Además, el delito no se realiza pública y abiertamente, como la desobediencia legal, sino clandestinamente; no supone la aceptación de las sanciones de los tribunales, y, por último, a diferencia de la desobediencia legal, suele ir acompañado de algún tipo de violencia. La delincuencia común es el resultado inevitable de la erosión de la eficiencia, más que de la ley, de la acción de la policía. Además, el delincuente común, aunque pertenezca a una organización criminal, actúa en beneficio propio más que en el del grupo.

La desobediencia legal puede no causar mal a nadie y, por otra parte, el desobediente legal, por ejemplo un desobediente civil, no sólo no es un violador de la ley, sino que, al mismo tiempo, es víctima de dicha ley, característica esta en ningún modo extensible a la desobediencia criminal, en la que no se puede hacer víctima al delincuente, sino sólo a la sociedad que padece sus acciones. Mientras que el desobediente civil actúa en aras del interés general, el delincuente común realiza sus acciones en interés propio. Desprecia el derecho y lo usa en su exclusivo beneficio, a diferencia del desobediente legal, que respeta y acepta el derecho, aunque incumpla algunas de sus normas por una razón superior de justicia, por motivos éticos, nunca egoístas.

Mientras en la desobediencia legal la norma objeto de la infracción suele estar perfectamente seleccionada e identificada, la infracción común no elige o selecciona ninguna norma contra la cual se dirija, sino que simplemente la vulnera en atención a que es contraria a los objetivos que se quieren conseguir. El delincuente común persigue un objetivo específico que resulta ser contrario al ordenamiento; no “busca”, pues, como el desobediente legal, la infracción, sino que “se encuentra” con ella.

Se dice que la desobediencia es criminal, pues el sujeto activo del delito es arrestado y juzgado bajo la ley penal, que el delito infringe. Cuando usamos la palabra desobediencia “criminal” como opuesta a la deso-

²⁵⁶ Sobre el tema, aunque de pasada, véase Dworkin, Ronald, “Civil Disobedience and Nuclear Protest”, Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge (Massachusetts) Londres, Harvard University Press, 1985, p. 105.

bediencia legal estamos incidiendo más que sobre el objeto de la infracción, que puede coincidir, sobre el dato de que existe en el sujeto activo de ese crimen, en el delincuente, el “ánimo” o la “culpabilidad”, que están ausentes en la desobediencia legal, en cuanto en ella se actúa por móviles de conciencia. El desobediente legal es, en cierto modo, inocente, mientras que el criminal común es, si no concurren circunstancias específicas —atenuantes o eximentes— en otro sentido, culpable.

Mención aparte merece el llamado “delito político”. El mismo es una creación doctrinal del Iluminismo y de la teoría del derecho penal decimonónica, dirigida a humanizar el rigor de las penas tradicionalmente previstas para los delitos que atentan contra el orden estatal, especialmente los delitos de lesa majestad. Desde Montesquieu hasta Beccaria, pasando por Filangieri o Bentham, la cultura jurídica moderna sostuvo la tesis de que la inmoralidad de los crímenes políticos no era ni tan clara ni tan matemática como la de los delitos privados. Así, la noción de delito político iba acompañada históricamente de una connotación emotiva favorable y una tendencia a su castigo atenuado, cuando no a la eliminación total del mismo. Esta tendencia a la atenuación de la pena prevista para los delitos políticos se reflejó, más que en el plano interno, en el orden internacional en lo relativo al derecho de asilo y a la práctica de la extradición. En cualquier caso, la tendencia benevolente hacia los delitos políticos ha entrado desde hace ya bastantes años en un claro retroceso, de tal manera que el término delito político no conlleva hoy necesariamente una carga emotiva ni trato favorables.

D. *La revolución*

La revolución se presenta, siguiendo una terminología hartiana, como un intento de alteración de las normas secundarias de cambio. La revolución es una fórmula de cambio del orden jurídico a través del uso de la fuerza, dentro de la dialéctica que se produce constantemente en la historia entre el derecho y el poder. Pretende subvertir “no sólo la dimensión jurídico-política de la sociedad, sino también y primordialmente su dimensión económica, cultural e incluso cotidiana”.²⁵⁷

²⁵⁷ Marcuse, Herbert, *Ética de la revolución*, Madrid, Taurus, 1970, p. 142, trad. cast. de A. Álvarez. C. Frazier, “Between Obedience and Revolution”, *Philosophy & Public Affairs*, 1, 3, 1972.

Se pueden distinguir varias acepciones de la palabra revolución. Una primera, a partir de Copérnico, vinculada a la idea de regularidad y seguridad: revoluciones eran las trayectorias de los cuerpos celestes alrededor de su centro. Una segunda, procedente de la Revolución Francesa de 1789, como fenómeno de destrucción y violencia, si bien para sus partidarios la revolución era la restauración de una situación de cosas alterada que se hacía preciso restablecer. Igual valoración tenía la revolución para el Romanticismo. No hay que olvidar tampoco su valor instrumental según la teoría marxista.

En cuanto a la “realidad”, las principales revoluciones europeas fueron: la de 1848, de tipo nacionalista; la de 1871, de carácter obrero; y la de 1917 a 1923, del mismo signo, pero, a diferencia de la anterior, triunfante. Desde mediados de los años cincuenta, con el aumento del sector terciario y la instauración del Estado de bienestar social, la revolución se hace menos viable. No obstante, en mayo de 1968 tiene lugar un movimiento revolucionario en Europa a partir del impulso de intelectuales y políticos, de la llamada “nueva izquierda”. Actualmente, en las sociedades democráticas avanzadas la revolución de clases parece poco viable. Las reivindicaciones revolucionarias se limitan más bien a los pocos países del tercer mundo, la llamada franja periférica, y con carácter nacionalista o descolonizador.

En cuanto a la “teoría” de la revolución, destacan la concepción marxista, que la considera como una revolución mundial y centralizada por el Komintern, que llevaría a la sociedad comunista, o la teoría anarquista de Bakunin. El fenómeno revolucionario ha sido muy estudiado por Chateaubriand, Jean Bachier o Hannah Arendt.

La revolución constituye una etapa en el proceso de cambio socio-político. Este proceso se podría sintetizar aludiendo a la existencia de una “tesis”, que vendría encarnada en unas determinadas relaciones de poder. A esta tesis se opone una “antítesis”, que se expresa en el caso más extremo en la fórmula histórica de la “revolución”, cuando surge a modo de propuesta alternativa un grupo contrario al poder. Finalmente se llega a la síntesis, cuando la revolución triunfante sustituye el régimen caduco por otro que satisface los anhelos de justicia de las fuerzas renovadoras.²⁵⁸

²⁵⁸ García Máynez, Eduardo, “Validità formale e validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologico”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964, p. 620.

La revolución se considera victoriosa sólo si el nuevo ordenamiento jurídico llega a ser efectivo. Frente a esta opinión, que es, por otra parte, la concepción generalizada, se encuentra una doctrina opuesta. Nos referimos a la teoría de la “revolución-ordenamiento” de Santi Romano,²⁵⁹ en virtud de la cual la revolución por sí misma es un ordenamiento. Así, Santi Romano afirma que

...una revolución que sea verdaderamente tal, y no un simple desorden, una revuelta o sedición ocasional, es siempre un movimiento organizado. En general, puede decirse que se trata de una organización, la cual, tendiendo a sustituir aquélla del Estado, consta de autoridad, de poderes, de funciones más o menos correlativas y análogas a las de este último: es una organización estatal en embrión... por tanto se traduce en un verdadero y propio ordenamiento, aunque sea imperfecto, fluctuante y provisional... mientras vive y opera es un ordenamiento que no puede no tenerse por tal... La revolución es un hecho antijurídico respecto al derecho positivo del Estado contra el que se dirige, pero esto no impide que, desde un punto de vista bien diverso desde el cual se califica en sí, es un movimiento ordenado y regulado por su propio derecho... es un ordenamiento que debe clasificarse en la categoría de los ordenamientos jurídicos originarios... En este sentido, y limitadamente a la esfera a la que se refiere, se puede hablar de un derecho de la revolución.

Como de estas palabras se desprende, para Santi Romano, ya antes de su consolidación efectiva en un nuevo sistema jurídico, la revolución puede calificarse como poseedora de un ordenamiento jurídico. Nótese las expresiones usadas. No se habla de normas o preceptos organizados en general, sino de *ordinamento*, de *diritto*. El autor no se limita a reconocer la existencia de un “derecho a la revolución”, como derecho subjetivo, con minúsculas, sino que habla textualmente de un “Derecho de la revolución”, entendido en su sentido objetivo, como conjunto de normas, como Derecho con mayúsculas. No se trata de una mera *facultas agendi*, sino de una auténtica *norma agendi*.²⁶⁰

²⁵⁹ Santi Romano, “Rivoluzione e diritto”, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, p. 224.

²⁶⁰ En este sentido se manifiesta Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del diritto*, 2a. ed., Roma, 1946, pp. 94 y 96; y en “Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, parte 1a., p. 118, en las cuales habla de la revolución como “institución” del derecho, como “medio de transformación del ordenamiento”

Reduciendo el fenómeno revolucionario a sus justos límites, la mayoría de la doctrina habla de la revolución como de un “hecho”, es decir, la sitúa en el plano fáctico en vez de en el normativo. Además, se trata de un hecho que tiene una particularidad, precisamente la de ser un hecho jurídicamente incalificable,²⁶¹ en contra de las teorías que tratan de presentar el hecho revolucionario, al modo de la desobediencia civil, como fuente de derecho.²⁶² A diferencia de Romano, la que podríamos llamar teoría de la naturaleza de hecho de la revolución, no sólo no concibe ésta como derecho “en sí”, sino que tampoco admite que sea “creadora” del mismo. Es más bien el nuevo derecho el que la “ennoblece retroactivamente”. Pero, en definitiva, aunque formulado a la inversa, es innegable que el derecho no se inventa *ex nihilo*, de la nada, sino que está ligado a la realidad de los hechos y, aunque dominándolos, depende de ellos. Puede dar prioridad a unos sobre otros, olvidar algunos y reforzar otros, y de hecho en el paso de la revolución como hecho a su institucionalización en el Estado sólo se consolidan definitivamente los hechos que han prevalecido, al modo darwiniano de “supervivencia de los más fuertes”.

E. *El terrorismo*

Otra forma extrema de oposición a la ley es el “terrorismo”. Éste se viene produciendo desde comienzos de los años setenta del pasado siglo dentro de los sistemas democráticos por grupos minoritarios que, precisamente por serlo, no conseguirían nunca imponer pacíficamente sus criterios en democracia. Resultó el caso, por citar algunos ejemplos, de ETA y el GRAPO en España, Acción Directa en Francia, Las Brigadas Rojas en Italia, el IRA en Irlanda del Norte, Fracción del Ejército Rojo en Alemania, Células Comunistas Combatientes en Bélgica, el movimiento independentista kurdo o diversas organizaciones árabes.

Estos movimientos, de signo a menudo nacionalista o religioso, a diferencia del terrorismo anarquista del último tercio del siglo XIX, se caracterizan

o como “concepto exquisitamente jurídico”, pero sin olvidar nunca la exigencia de la convalidación.

²⁶¹ Piovani, Pietro, *Il significato del principio di effettività*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 132.

²⁶² Levi, Alessandro, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 412, en este sentido afirma que el “fatto” es “revolucionario” cuando no es considerado en su particularidad, sino que, una vez creado el sistema jurídico, es visto como “un conjunto de hechos jurídicos institucionalizados por excelencia”.

por que los terroristas tienden cada vez más a buscar objetivos indiferenciados. Así, por ejemplo, en los secuestros o asesinatos se ha pasado de la retención o muerte de una persona determinada con una cierta conexión con el acto objeto de protesta a la de un colectivo totalmente inocente. Es lo mismo que ocurre con la guerra que, con intención de desmoralizar al enemigo, no distingue entre combatientes y no combatientes, bombardeando objetivos civiles, ciudades y hospitales. Ello atenta contra la justificación ética de estas actuaciones.

F. *El tiranicidio*

La teoría del tiranicidio, de gran raigambre histórica en épocas pasadas, considera que el hombre tiene no sólo el derecho, sino incluso el deber, de deponer al monarca tirano. En este sentido John Austin,²⁶³ dentro del utilitarismo inglés, consideraba esta posibilidad cuando el coste individual de la sumisión al soberano fuese mayor que la utilidad global por él proporcionada. Con las luchas religiosas y la reforma protestante, la ortodoxia católica pasó a considerar a cualquier monarca protestante como tirano.

Los clásicos, así Cicerón, distinguían entre el tirano por el título (*absque titulo*) y el tirano por el modo de ejercicio (*absque exercitio*). El primero era tirano por usurpación, el que había adquirido de forma ilegítima el cargo. El segundo era el gobernante legítimo en su origen, pero que en el desempeño de su función violaba la ley. Sin embargo, ni en Grecia ni en Roma hay un derecho o elaboración teórica de la resistencia al tirano. Ya decía Ulpiano que *quod principi placuit legis habet vigorem*.

G. *La rebelión, la sedición y la guerrilla*

La rebelión y la sedición coinciden como términos que hacen referencia a un levantamiento público. Pero difieren en las causas que los provocan, así como en sus objetos. Normalmente la rebelión es engendrada por motivos políticos, mientras que la sedición puede originarse por cosas de poca importancia y trascendencia, por meros intereses particulares. Frente a la

²⁶³ Meneghelli, Ruggero, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, Cedam, 1975, pp. 47-65.

extensión generalizada que puede alcanzar la rebelión, como alzamiento casi revolucionario contra un modelo de Estado, la sedición tiene un alcance más localizado y a menudo particular. Por otra parte, la rebelión tiene un mayor grado de organización que la sedición. En este sentido la sedición a veces surge como un acto promovido intencionalmente para conseguir, entre otras cosas, incitar a la rebelión. La rebelión aparecería así como una de las consecuencias queridas por la sedición.

La guerrilla por excelencia fue la española, especialmente importante en la Guerra de la Independencia contra los franceses y copiada después en todo el planeta, así en los países del tercer mundo e Hispanoamérica. La guerrilla tiene entre sus teóricos a Mao Tse-Tung y, posteriormente, al Che Guevara. Lo que caracteriza a la guerrilla es el apoyo popular que recibe, pudiendo definirse como la unión del pueblo con las tácticas militares como tales.