

CAPÍTULO NOVENO

DERECHO PENAL Y DESOBEDIENCIA CIVIL

La doctrina ha elaborado una teoría general del delito que garantiza la seguridad jurídica del ciudadano, al permitirle saber de antemano a qué actos va unida la sanción penal, a fin de abstenerse de la realización de los mismos. Dicha teoría general del delito se puede resumir en los siguientes caracteres básicos de todo delito: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. El delito podría definirse así como la “acción típica, antijurídica, culpable y punible”.

“Acción” es sinónimo de conducta humana; la “antijuridicidad” significa que el acto ha de ser contrario a derecho; “tipicidad” equivale a ajustarse a uno de los tipos contenidos en la ley penal; “culpabilidad” entraña que la acción sea imputable a título de dolo o culpa, siempre que no concurra una causa de no exigibilidad; finalmente, “punibilidad” quiere decir la posibilidad de imponer una sanción penal.

Algunos autores suprimen de la definición de delito el quinto elemento, la punibilidad, por considerarlo tautológico e implícito ya en los cuatro anteriores, ya que en la mayoría de los delitos basta con que la acción sea típica, antijurídica y culpable, para que *ipso facto* sea también punible.

A la inversa, el que la desobediencia civil constituya la causa de la aplicación por el juez de un castigo, de una sanción penal, nos puede llevar, a primera vista, a pensar que hay delito. Si hay sanción penal será porque hay un delito que la motive. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, esto no siempre es así. En la desobediencia civil, todos y cada uno de los requisitos necesarios para la existencia de un delito son susceptibles de ser excluidos a través de una serie de causas y circunstancias que suelen concurrir en el acto de desobediencia. Seguidamente pasamos a detallar esas causas de exclusión y circunstancias modificativas de los distintos elementos del delito, partiendo de la estructura o esquema general básico de éste como “acción típica, antijurídica, culpable y punible”.

La palabra acción, como tantos otros términos jurídicos, es multívoca. En su sentido penal, como acción delictiva, comprende cualquier “comportamiento o conducta humana previsto en la ley”. La acción, así definida, exterioriza la voluntad del hombre, por contraposición a los hechos de la naturaleza. Es la distinción entre “acto” humano, voluntario, y “hecho” natural, el cual obedece a causas naturales, no dependientes de la voluntad humana. Existen diversas teorías de la acción según la conciben como aquella voluntad que produce una modificación del mundo exterior —concepción “causal” de la acción—, como un acontecer final —concepción “finalista” de la acción—, o como una conducta humana socialmente relevante —concepción “social” de la acción—.

En sentido amplio, la acción delictiva puede consistir en un hacer algo —“acción en sentido estricto—; en un no hacer algo —“omisión pura o propia”—; o en una combinación de ambas posibilidades —“comisión por omisión” u “omisión impropia”—. En los delitos de acción en sentido estricto se infringe una “ley prohibitiva”; los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una “ley preceptiva”, que manda hacer algo; los delitos de comisión por omisión tienen una naturaleza intermedia entre los dos anteriores.

El Código Penal español de 1995, sin producir innovación alguna en esto, recoge cualquiera de estas posibilidades como acción —la acción en sentido estricto y la omisión, propia o impropia— cuando en su artículo 10, definiendo los delitos, dice: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

Por su parte, la desobediencia civil constituye un acto de quebrantamiento de una norma jurídica. Dice Bobbio que más que producirse por comisión, tiene carácter omisivo, que consiste en no hacer lo que se ordena más que en hacer lo que está prohibido; aunque otros, como Campbell, piensan lo contrario. Campbell distingue tres posibilidades o supuestos distintos: que la ley prohíba, que la ley ordene y que la ley permita. La inobservancia de cada uno de ellos daría lugar según el autor a desobediencia, resistencia y oposición ilegal. Según Campbell la desobediencia civil sería hacer lo que está prohibido. En esta dirección también se podría hacer la precisión conceptual de que con el nombre “desobediencia” se alude más bien a la comisión, mientras que, por el contrario, la “no obediencia” indica más bien la omisión. Finalmente,

hay quienes, como Bayles, contemplan ambas posibilidades —acción y omisión— como desobediencia civil.²³⁶

En cualquier caso, la cuestión es baladí, pues sea cual sea la opción elegida —acción de quebrantamiento de una norma prohibitiva, omisión del cumplimiento de una norma preceptiva, o ambas cosas—, todas ellas resultarían partes del concepto de acción delictiva previsto en el artículo 10 de nuestro Código Penal. Éste es casi el único requisito del concepto de delito que la desobediencia civil verifica. Algo muy distinto ocurre con los demás presupuestos de dicho concepto: la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Veámos como para constituirse en delito la acción penal debe ser parte de alguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico penal. Es el clásico principio de legalidad penal. La cuestión a responder es, pues, ¿existe un tipo penal calificado como desobediencia civil?, ¿cabe hablar de un delito de desobediencia civil?, la respuesta es negativa.

Pese a ser un quebrantamiento de una norma jurídica y, en cuanto tal, ilegal, no existe un tipo penal específico para la figura constituida por la desobediencia civil. Podemos ir más allá incluso y afirmar que “la ley no contempla expresamente la desobediencia civil, ni positiva, ni negativamente”. Con tal afirmación nos estamos refiriendo a una falta de previsión legal de la desobediencia civil en un doble sentido.

Por un lado, “positivamente”, la desobediencia civil no es legal en el sentido de que no existe un “derecho” legalmente previsto que faculte para desobedecer civilmente. Sólo a través de una serie de vías indirectas es posible hablar de un derecho a la desobediencia civil, por ejemplo amparado en otros derechos, estos sí recogidos por la ley, como el derecho a la libertad ideológica, a la libertad de reunión, a la libertad de expresión, etcétera.

Por otro lado, y en lo que aquí interesa, “negativamente”, la desobediencia civil tampoco es ilegal, en el sentido de la inexistencia de un “delito” legalmente previsto de desobediencia civil. Sólo indirectamente, como “resultado” o “consecuencia” de los actos de desobediencia civil, es posible hablar de una serie de delitos de ella derivados, estos sí tipificados en la ley penal, como por ejemplo, alteraciones del orden público, daños contra las personas o las cosas, perturbación de la propiedad priva-

²³⁶ Campbell, A. H., *op. cit.*, nota 168, pp. 657 y 658. Bayles, Michael, *op. cit.*, nota 187, pp. 4-11.

da de determinados bienes, o en casos extremos, violencia o lesiones contra las personas como consecuencia indirecta, no deseada, de la desobediencia civil. En este sentido se puede afirmar que el delito surge “con motivo de” las acciones de desobediencia civil, pero no que tales acciones “sean” en sí delito. Así, por ejemplo, la objeción fiscal no es lo mismo que el delito fiscal, pero éste puede surgir con ocasión de aquélla.

En conclusión, si atendemos a lo que dice expresamente la ley, la desobediencia civil no es ni un derecho ni un delito, pero indirectamente puede ampararse en la ley, y ser, a la vez, castigada por la ley. La solución no es auto-contradictoria. Depende del punto de vista o perspectiva desde la que la contemplemos, la de la norma que se infringe o la de la norma en la que se ampara la violación normativa.

Una acción tipificada por la ley es conforme a derecho cuando concurre una causa de justificación, es decir, cuando se realiza en circunstancias tales que deja de ser una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico. Estas circunstancias se denominan eximentes y se hallan formuladas en el Código Penal español actual en el artículo 20 —“Están exentos de responsabilidad criminal...”—. De ellas, son aplicables a la desobediencia civil con carácter general la del número 5 (estado de necesidad, en su modalidad de “estado de necesidad moral” o, en concurrencia con el número 4 —legítima defensa—, el llamado “estado de necesidad defensivo”) o el “actuar en el ejercicio legítimo de un derecho”, del número 7 del artículo 20.

El estado de necesidad se caracteriza por la existencia de una situación de peligro para bienes jurídicos que, para salvarlos es preciso lesionar otros intereses jurídicamente protegidos. Al igual que en la legítima defensa, se produce un conflicto de intereses jurídicos que entran en colisión. Pero, a diferencia de ella, en el estado de necesidad los intereses que hay que salvar y los que para ello hay que perturbar son en principio igualmente dignos de protección, pues el peligro no proviene de una agresión ilegítima o, en caso de provenir de ella, el conflicto no se resuelve a costa del agresor ilegítimo, sino a costa de bienes o intereses de terceros.²³⁷

El estado de necesidad está contemplado en el Código Penal español de 1995 entre las eximentes, en el artículo 20.5o. A tenor de dicho artículo.

²³⁷ Luzón Peña, D. M., “Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2910.

Están exentos de responsabilidad criminal... 5o. El que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Partiendo de la exégesis de este artículo, a continuación analizaremos tres cuestiones que plantea el estado de necesidad en relación con la desobediencia civil: en primer lugar, la de los requisitos necesarios para que se pueda hablar de la existencia de esta figura y si éstos se verifican en la desobediencia civil; en segundo término, y en relación con la existencia en la colisión de intereses de un valor más que de un bien jurídico, cómo tenemos que hablar de un tipo específico de estado de necesidad en la desobediencia civil, el llamado por la doctrina estado de necesidad moral, de conciencia o supralegal; finalmente, cuál es la ubicación adecuada del estado de necesidad en el que se subsume la desobediencia civil: ¿en sede de antijuridicidad?, ¿en sede de culpabilidad?, ¿en sede de responsabilidad criminal?

El primer problema a resolver es, pues, el de los requisitos —tanto los esenciales como los no esenciales— del estado de necesidad y cómo estos concurren en la desobediencia civil.

Para poder hablar de estado de necesidad es preciso, como se desprende de la propia denominación, que se produzca una “situación de necesidad”, es decir un “peligro” para bienes jurídicos de una persona —física o jurídica— o colectivos, que suponga la amenaza de un “mal”, lo cual cree la “necesidad” de una “actuación salvadora” que suponga sacrificio de otros intereses.

Por “peligro” ha de entenderse la probabilidad, la gran posibilidad de lesionar un bien jurídico o interés que no esté totalmente protegido. Aunque en la desobediencia civil lo lesionado es un valor supralegal —lo que la configura como estado de necesidad moral, sobre el que luego volveremos—, por lo demás, lo que nos interesa destacar ahora es que este requisito es aplicable a los actos de desobediencia civil. En ellos se produce la posibilidad de un peligro, si no puntual e inminente, al menos sí subyacente, a producirse en caso de prolongarse la situación que intenta evitarse. Piénsese en el caso de M. L. King, en Gandhi o en las campañas

de desobediencia civil a favor del desarme. En todos estos supuestos se trata de situaciones en las cuales la desigualdad racial, la falta de independencia política o la carrera de armamentos, como realidades subyacentes, en caso de prolongarse darían lugar a graves injusticias, individuales o colectivas, que podrían minar los cimientos del sistema, o a una guerra nuclear que podría llegar a destruir el planeta. Y es que en el estado de necesidad, al igual que en la desobediencia civil, el mal no necesita ser inminente, sino que basta con un peligro futuro pero que haga precisa ya la intervención. En otros casos de desobediencia civil, como la oposición a la intervención en la Guerra de Vietnam, el peligro, en forma de masacre, era ya una realidad evidente.

También en cuanto al mal que amenaza, en el estado de necesidad no basta con un mal subjetivo, considerado como tal por el sujeto, sino que ha de ser un “mal objetivo”. En todos los ejemplos de desobediencia civil citados puede observarse la concurrencia de este requisito: no se trataba de males percibidos por las mentes visionarias de King, Gandhi o un grupo de pacifistas, sino de hechos reales, de hombres reales, en muchos casos de muertos reales. Una de las características típicas de la desobediencia civil es precisamente la posibilidad de objetivarse de tal manera que llegue a ser reconocida como necesaria por cualquier persona no repleta de prejuicios que se encuentre hipotéticamente en el lugar del desobediente civil, tal vez por nosotros mismos si hubiésemos nacido negros, hindúes o vietnamitas.

Además, en el estado de necesidad el peligro ha de producir una situación de necesidad de salvación o protección, como ocurre en los ejemplos vistos. Se ha de hacer preciso una “acción salvadora”. Respecto a los bienes o intereses jurídicos que se tratan de salvar, pueden ser propios o ajenos, según algunos autores, incluso los de la “comunidad”. Esto es frecuente en la desobediencia civil, en la que se trata de acciones e intereses de un grupo, de un colectivo más o menos grande: los negros, los habitantes de la India, los antimilitaristas o los pacifistas. Este carácter comunitario de los intereses en juego plantea algunos problemas como la existencia o no de una auténtica situación de necesidad. Así, la situación del negro culto o del hindú de la casta dominante no es de tanta necesidad probablemente como la de los estratos más indefensos del espectro social.

Por otro lado, para que haya estado de necesidad es preciso en principio que la conducta salvadora tenga capacidad para resolver los inte-

reses en peligro, que tenga un mínimo de “idoneidad” para ello. Esa es la línea también en la desobediencia civil. En este sentido se manifestaban tanto Gandhi como King cuando sostenían que el único medio de vencer eran los métodos pacíficos. No obstante, no es imprescindible que se logre la salvación, que la desobediencia civil sea victoriosa. Basta con que se intente.

Tampoco es requisito esencial, aunque en principio sí conveniente, para que se verifique el estado de necesidad la existencia de intención de salvación —*animus salvationis*— o, lo que es lo mismo, que se obre “para” evitar un mal propio o ajeno. Esta intencionalidad subjetiva existe claramente en la desobediencia civil, que tiene precisamente un elemento intencional o finalista de programación y organización de verdaderas campañas de desobediencia, cuyos fines son innovadores respecto de la norma considerada injusta. Piénsese en Gandhi, en King y en sus manifestos para la lucha y en las llamadas “tribunas libres” en el mundo estudiantil, tan relevantes en la situación de protesta contra la Guerra de Vietnam. El resultado de estos movimientos de desobediencia civil no es algo fortuito, sino algo pensado, querido, buscado.

Otro requisito para la existencia de estado de necesidad es la “necesidad del concreto medio salvador elegido”, lo que supone que no quepan otros procedimientos protectores suficientemente seguros, pero menos lesivos y exigibles, es decir, que si es posible se acuda primero a la ayuda estatal, como instancia directamente encargada de la protección de los bienes jurídicos de la colectividad, y se soporte, si es necesario, un cierto sacrificio propio, y sólo cuando estos mecanismos no sean suficientes se recurra a la defensa constituida por el estado de necesidad. Este requisito de la “subsidiariedad” se verifica igualmente en la desobediencia civil, una de cuyas reglas de actuación es precisamente su carácter de último recurso, una vez agotadas todas las posibles vías de solución de carácter democrático. Sólo cuando éstas no funcionen o no basten cabe la desobediencia civil.

Junto a la subsidiariedad, también es requisito —aunque no esencial— del estado de necesidad y de la desobediencia civil, la “proporcionalidad” entre los fines perseguidos y los medios empleados para su consecución: “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”.

El número segundo del artículo 20.5 exige que “la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto”. Esta falta de provocación intencional se presupone, asimismo, aunque nada se diga

expresamente, en la desobediencia civil como implícita en la buena fe y los móviles de conciencia que se presumen en el desobediente: no se trata de un fraude a la ley, sino de una actuación ética y en absoluto buscada o deseada por el desobediente civil o por el que obra en presencia de un estado de necesidad. El sujeto se encuentra muy a su pesar ante ella. Nunca es algo que haya promovido, sino algo no deseado: la discriminación racial, el colonialismo, la guerra, etcétera.

Por último, el requisito tercero del artículo 20.5 exige que “el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”. Se trata del polémico tema de la obediencia debida. Por ejemplo, de aquel funcionario público al que no le es lícito, por el puesto que desempeña, defenderse. De nuevo estamos ante un requisito, la falta de obligación de sacrificio, aplicable a la desobediencia civil, si bien de un modo latente, de puro evidente, obvio.

Vistos ya los requisitos generales del estado de necesidad y cómo los mismos concurren en línea de principio en la desobediencia civil, queremos dejar constancia que en sede de desobediencia civil se produce un tipo particular o *sui generis* de estado de necesidad: el “estado de necesidad moral”.

La figura del estado de necesidad moral ha sido abundantemente estudiada por la doctrina, siendo más extraño su empleo por los tribunales.²³⁸

Para que se admita el estado de necesidad “legal”, o estado de necesidad en sentido propio, debe producirse una colisión entre deberes “jurídicos”, es decir, entre deberes amparados por una norma legal, sobre parámetros generalizables. Pero existen situaciones de necesidad no previstas en la ley, y en consecuencia sólo amparables por causas supralegales, no positivas. Tal sería el caso, por ejemplo, de la colisión entre un deber moral —de actuar conforme a la propia conciencia— y el deber legal —de no infringir la ley—.

Es el supuesto de la sentencia número 491 de 1992, dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid, por la que se absolvió a una persona del delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio. Contra ella se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de apelación, invocando como único motivo de impugnación la indebida aplicación que de la eximente de estado de necesidad se

²³⁸ Cabe destacar el auto del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 1979 y la sentencia del 30 de enero de 1979.

hizo en la misma. La sentencia que se cuestiona eliminó la antijuridicidad y la tipicidad de la conducta objeto de la sentencia con base en la existencia de un estado de necesidad

...que fundamenta en una colisión de bienes entre un imperativo de conciencia acreditado, formado no por conveniencia sino en virtud de sus creencias religiosas y en una constante educación de sus potencias morales, y el obligado cumplimiento de la prestación social sustitutoria, colisión o conflicto de intereses que resuelve en favor de la conciencia individual y salvaguarda de las propias convicciones como valor superior sobre los posibles bienes jurídicos protegidos por la Ley Orgánica 8/1984, del 26 de diciembre —reguladora del régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y del régimen penal—.

En el caso que nos ocupa se plantea el polémico supuesto del estado de necesidad de conciencia o moral.

Lo cierto es que parece una inconsecuencia no reconocer a la libertad de conciencia, recogida como derecho fundamental en los textos constitucionales —Constitución Española de 1978—, y, por tanto, de naturaleza positiva, eficacia directa en el ámbito del derecho penal.

El estado de necesidad moral plantea el tema del papel que juega la libertad de conciencia como valor a proteger *per se*, en conflicto con otra serie de valores amparados por la norma penal. Es precisamente en el Estado social y democrático de derecho donde tiene una mayor relevancia la inclusión del imperativo de conciencia como causa justificativa de la conducta del individuo. La pieza clave de dicha figura —y otras similares derivadas de la actuación en conciencia— es el conflicto de intereses que se provoca. No se trata de un conflicto de bienes jurídicos, sino de los intereses reales que entran en colisión: el amparo de los intereses que pretende el desobediente y la obligación legal que infringe.

El criterio para decidir cómo se ponderan los intereses en juego es problemático. La mayor parte de la doctrina considera que hay que realizar una ponderación global, en la que se tengan en cuenta aspectos jurídicos, constitucionales, sociales, éticos, etcétera, identificando normalmente dos requisitos justificativos de la ausencia de responsabilidad en actuaciones por motivos de conciencia: que el autor no se entrometa en una esfera jurídica ajena apelando a su conciencia —pues la libertad de uno termina allí donde empieza la libertad de los demás—, y que actúe para preservar un bien jurídico penalmente protegido.

Visto ya el “estado de necesidad moral”, como supuesto de estado de necesidad aplicable en cuestiones de desobediencia civil, falta por analizar donde hay que situar el mismo. Sobre la naturaleza y ubicación sistemática del estado de necesidad, la mayoría de la doctrina sigue la “teoría diferenciadora” o de la diferenciación, a tenor de la cual se distingue entre un estado de necesidad “justificante” y otro simplemente “disculpante o exculpante”. Así, en nuestro país, de forma simplificada se suele producir el primero cuando el conflicto es entre bienes o intereses desiguales, y el segundo cuando se trata de un conflicto entre bienes o intereses iguales. Frente a la teoría descrita, se alza la “teoría unitaria” o de la unidad. Según ella, todo estado de necesidad es justificante. Por último, se encuentran las teorías “intermedias” que consideran el estado de necesidad, más que como auténtica causa de justificación, como causa de exclusión del injusto, con lo cual la conducta no estaría ni permitida ni prohibida, sino que se movería en el plano de lo neutro; o bien como causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

Trasladando estas distintas teorías al tema de la desobediencia civil, podemos encontrar opiniones para todos los gustos: desde quienes consideran que el estado de necesidad en la desobediencia civil se produce en sede de antijuridicidad, pasando por quienes lo sitúan en la culpabilidad, hasta llegar a los que lo incardinan como causa modificativa de la responsabilidad. Veamos con algo más de detenimiento cada una de estas posibles posturas.

Partidario de la primera de estas teorías, que ubicaría el estado de necesidad en la desobediencia civil en la antijuridicidad, es Rafael de Asís Roig cuando afirma que

...no cabe apoyarse en el estado de necesidad como causa de justificación de la desobediencia civil. Si hay estado de necesidad no hay desobediencia civil, ya que falta la antijuridicidad. Es exactamente el mismo razonamiento que puede darse en relación con el homicidio y la legítima defensa. Si concurre ésta, no hay homicidio, o lo que es igual, no cabe caracterizar a una conducta como homicidio, por haberse hecho en legítima defensa.²³⁹

²³⁹ Asís Roig, Rafael de, *op. cit.*, nota 203, p. 27. Al respecto, en una línea similar, el juez del Juzgado de Instrucción 2 de San Sebastián en la resolución de sobreseimiento de diligencias previas 231494, del 20 de diciembre de 1994, decide archivar las alegaciones en el caso en cuestión considerando que las mismas no indican la existencia de un cri-

Defensor de la segunda teoría fue García de Pablos en la sesión de clausura del curso de doctorado “Obediencia al derecho. Desobediencia civil. Objeción de conciencia”, 1992-1993, perteneciente al programa “Derecho y sociedad”, del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, citado por Evangelina de la Fuente Rubio: como indicó García de Pablos,

...la aplicación de la eximente estado de necesidad exige la existencia de situación extrema de conflicto entre bienes jurídicos, y en muchos supuestos, como en la desobediencia civil a la objeción de conciencia —insumisión—, la comparación es imposible porque los bienes jurídicos no son homogéneos. Ello le lleva a optar por la absolución del insumiso en sede culpabilidad y no en sede antijuridicidad (donde se aplican las eximentes y atenuantes). En consecuencia, si bien un insumiso ha cometido un acto típico y antijurídico, no es culpable del mismo, porque no ha sido motivado normalmente por la norma infringida. Para que sea lícito imputar un hecho a su autor, es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la norma. Esa falta de interiorización de la norma por la persona determina que un hecho típico no se halle penado, aunque se considere antijurídico. Un juez podría determinar la ausencia de culpabilidad en un insumiso de cuyas creencias y conducta concreta, perfectamente analizables, se dedujese inequívocamente esa falta de motivación, lo que ocurre, normalmente, en casos de personas de convicciones humanitarias arraigadas, integrantes de grupos activos en pro de la descriminalización del delito de insumisión.²⁴⁰

men, dada la concurrencia de una justificación de estado de necesidad, y considera que: “De acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo penal, no hay diferencia valorativa alguna entre tipo y antijuridicidad. Una conducta no puede por tanto ser típica si no es antijurídica, y un comportamiento determinado no puede estar permitido —y ser por tanto legal— y al mismo tiempo constituir un tipo penal —y por tanto ser prohibido—. Las justificaciones son elementos negativos del tipo penal en presencia de los cuales la conducta se convierte en atípica y por tanto no criminal”.

²⁴⁰ Fuente Rubio, Evangelina de la, “Democracia y desobediencia civil. Objeción de conciencia”, *cit.*, p. 110. En la misma línea, Gómez Benítez, Manuel, “Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia”, *Ley y conciencia...*, *op. cit.*, nota 203, pp. 72 y 73: “Así puede comprenderse la reiteración histórica de la afirmación de que la substanciación de los problemas de culpabilidad en sede de antijuridicidad perjudica esencialmente el propio fundamento del derecho... De ahí que la doctrina y jurisprudencia penales dominantes hayan preferido remitir los motivos de conciencia al terreno conceptual de la culpabilidad...”

Por último, hay quienes, como Roxin, consideran que en los casos de estado de necesidad aplicables a supuestos de insumisión y de desobediencia civil “la impunidad viene apoyada no tanto en la inexistencia de antijuridicidad o culpabilidad, como en la ausencia de ‘responsabilidad’ del autor, es decir, en la ausencia de necesidad de imponer una pena”.²⁴¹ Nosotros consideramos también la viabilidad de esta solución en base al hecho de que a menudo es posible la concurrencia en aquellos supuestos de estado de necesidad en la desobediencia civil de causas modificativas de la responsabilidad criminal, tales como la atenuante del artículo 21.1, es decir por la existencia de una eximente de estado de necesidad incompleta, por faltar algunos de los requisitos no esenciales para que exista estado de necesidad, pero sí para que éste funcione al más alto nivel, como eximente. El estado de necesidad, como eximente incompleta, funciona atenuando la pena, en sede de responsabilidad criminal.

Además del estado de necesidad, de acuerdo con el artículo 20.7 del Código Penal actualmente vigente en España, está exento de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Hay quien ha dicho que esta mención separada de los deberes, los derechos, los oficios y los cargos podría simplificarse en una sola categoría —el ejercicio legítimo del derecho—, en la cual tendrían acogida las otras dos situaciones. Esto es verdad, pero sólo hasta cierto punto.

El “ejercicio legítimo de un derecho” se diferencia del “cumplimiento de un deber”, por el distinto tipo de “objeto” o acción sobre el que recae. A este respecto Quintero Olivares, en la línea de Cobo y Vives, dice que:

El cumplimiento del deber existe con independencia de la voluntad del que actúa, siendo inapropiado hablar de un “derecho a cumplir el deber”, pues lo único que hay es imposibilidad jurídica de dejar de hacerlo. Se trata de una vinculación de conducta que recae sobre una persona por voluntad del derecho, pero no de un “derecho” que personalmente esa persona detente (derecho subjetivo). En cambio, los ejercicios legítimos de dere-

La conclusión es, según esto, obvia; los motivos de conciencia no pueden imponerse sobre el derecho, aunque, si se admite su eficacia en derecho penal, pueden fundamentar, en el mejor de los casos, un supuesto de excepción personal al deber general en el caso concreto, es decir una causa de influencia bien excluyente, bien atenuatoria, sobre la culpabilidad de las personas”.

²⁴¹ Gómez Benitez, J. M., *op. cit.*, nota 240, p. 77.

chos, oficios o cargos, sí se presentan como “facultades” que una persona tiene y que, en último término, podrá ejercitar si así lo desea.²⁴²

Es decir, que el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho difieren por el objeto en un doble aspecto: mientras el primero, el deber jurídico, es de obligado cumplimiento y deriva del Derecho con mayúscula, del derecho objetivo; el segundo, el derecho subjetivo, es por esencia de libre ejercicio, y se refiere al derecho con minúscula o derecho como facultad.

Por otra parte, el “ejercicio legítimo de un derecho” se diferencia del “ejercicio legítimo de un oficio o cargo” en función del distinto “sujeto” cuya acción regula. El primer caso de derechos, tiene como destinatario potencial a la totalidad de las personas —cualquier persona que esté en disposición de ejercitar sus derechos—, mientras que en el segundo supuesto, del oficio o cargo, los destinatarios son sólo los que, como por ejemplo, los funcionarios públicos, hayan adquirido los derechos o facultades como consecuencia de su condición profesional.

A nuestro juicio es, por lo tanto, oportuno distinguir, como hace el artículo 20.7 de nuestro Código Penal, las tres categorías en cuestión: “cumplimiento de deberes, ejercicio legítimo de derechos, oficio o cargo”. De las tres categorías, la desobediencia civil sólo tendría entrada en las eximentes a través de la segunda de ellas: la actuación en el ejercicio legítimo de un derecho.

La tercera situación —“ejercicio de un oficio o cargo”— no es el supuesto típico de la desobediencia civil, que se refiere en principio a cualquier sujeto de la colectividad, y no a un grupo limitado, como los funcionarios públicos. Otra cosa es que luego la desobediencia civil se limite a la situación de un grupo, a menudo de una minoría marginal, pero prima facie es predicable de cualquier ciudadano.

Podría parecer también adecuada a la desobediencia civil la primera vía, de “cumplimiento de deberes”, pero no es así, porque, como señala la doctrina, los deberes a los que se refiere la eximente del artículo 20.7. son sólo los deberes jurídicos, es decir, los de carácter legal o contractual, no los deberes morales, que son los relevantes en materia de desobediencia civil.

²⁴² Quintero Olivares, Gonzalo (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut), *Curso de derecho penal. Parte general (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, pp. 377 y 378.

Centrándonos ya en la vía adecuada para dar entrada a la desobediencia civil en la eximente 7a. del artículo 20 del Código Penal actual —el “obrar en el ejercicio legítimo de un derecho”— queremos hacer unas breves consideraciones al respecto, unas sobre aspectos formales y otras sobre los de fondo.

Por un lado, hay que señalar cuáles son los derechos que en la desobediencia civil se ejercitan. En cuanto al “fondo” esos derechos serían, por ejemplo en el ordenamiento jurídico español, una serie de derechos constitucionales como los llamados “principios rectores de la política social y económica” —del capítulo tercero del título I de la Constitución Española de 1978—, así el derecho a una vivienda digna o a un medio ambiente adecuado. Estos son derechos del ciudadano y como tales ejercitables, llegado el caso, incluso mediante acciones de desobediencia civil.

Pero existen también otros derechos en juego, que derivan de contemplar el fenómeno de la desobediencia civil desde otra perspectiva, la de la “forma”. Se trata de derechos tales como el derecho de reunión, de asociación o la libertad de expresión, como medios, formas o maneras a través de los cuales se ejercitan los derechos de fondo antes mencionados.

Visto ya cuales son los derechos de cuyo ejercicio pueden resultar actos de desobediencia civil, me referiré a la palabra restante del enunciado del artículo 20.7 —ejercicio “legítimo” de derechos—. Aquí de nuevo viene al caso la distinción entre el plano de la forma y el del fondo. En efecto, el enunciado del artículo en cuestión habla de ejercicio “legítimo”, refiriendo el calificativo “legítimo” al sustantivo “ejercicio”, indicando el modo, manera o forma que ha de revestir ese ejercicio para eximir de responsabilidad. En la desobediencia civil se verifica en principio este requisito —el ejercicio del derecho es legítimo—, pues se emplean medios pacíficos, hay proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos, la desobediencia es el último recurso utilizado después de agotados los demás cauces legales, se respeta el marco constitucional y hay una cierta aceptación voluntaria de las sanciones.

El artículo 20.7 no dice ejercicio de un derecho “legítimo”, predicando el adjetivo “legítimo” del sustantivo derecho, con lo cual abandonaríamos los aspectos formales para adentrarnos en consideraciones sobre el fondo: la cuestión versaría entonces no sobre la forma de ejercicio del derecho, sino sobre el fondo del contenido de ese derecho. Aunque si fuese así, también cabría desobediencia civil, pues los derechos que se

ejercitan en ella son también legítimos. Pero, repetimos, no es el caso que se deriva de una interpretación literal del artículo que nos ocupa.

Finalmente y para terminar, se podría hacer una breve precisión terminológica sobre la palabra “legítimo”, empleada en la dicción del artículo 20.7, en el sentido de que quizás fuese más adecuado técnicamente hablar de ejercicio “legal” de un derecho. El derecho en sí puede ser “legítimo” o no, pero el modo de ejercicio lo que sería es más bien “legal”, en el sentido de conforme a derecho, o no. Así como sería una redundancia hablar de “derecho legal”, así parece inadecuado referirse a la legitimidad en la forma de ejercicio. La legalidad es una cuestión predicable de la forma, y la legitimidad del contenido o fondo. Cuando hablamos de legalidad aludimos a la conformidad con los cauces y procedimientos previstos “formalmente” en el ordenamiento jurídico; cuando hablamos de la legitimidad nos referimos a contenidos “materiales”, a la conformidad de éstos con la idea de justicia.

Por lo que respecta a la culpabilidad, está excluida cuando el sujeto no es imputable y también cuando no hay ni dolo ni culpa o concurre una causa de no exigibilidad de otra conducta. Este es el caso de la existencia de error en la apreciación del desobediente de los actos de desobediencia civil. Esta es la única situación que a continuación examinaremos, por estimar que mientras la misma se da con carácter general en los sujetos que incurrir en acciones de desobediencia civil, la apreciación de la concurrencia o no de las otras causas de exclusión de la culpa —como la enajenación mental— deben enjuiciarse no aquí en línea de principio, sino *a posteriori* por el juez, como en cualquier otro supuesto, atendiendo a las específicas circunstancias del caso concreto, tomando en cuenta al desobediente no como género, sino como individuo particular.

Tradicionalmente, tanto en el derecho penal como en otras parcelas jurídicas, se hablaba de dos categorías diferentes de error, el “de hecho” y el “de derecho”. La doctrina moderna sustituye esa distinción por la de error “de tipo” y error “de prohibición” respectivamente. El primero consiste en la equivocación o la ignorancia sobre la concurrencia de los elementos fácticos constitutivos del tipo penal. El segundo es una falsa conciencia de la prohibición de la conducta estimada antijurídica. Uno se incardina en el plano del ser, de los hechos; el otro, en el del deber ser, de las normas. Para que haya delito el que actúa típicamente ha de conocer no sólo la situación típica, sino también la tipicidad de la situación.

Hay que conocer el delito, no sólo como hecho, sino también como hecho “antijurídico”.

A su vez, el error de prohibición puede ser “vencible” o “invencible”, según sea o no superable por el “hombre medio ideal”, que haya podido o no ser evitado con mayor cuidado. Como establece el artículo 14 del Código Penal español de 1995, el error invencible determina la impunidad, mientras que el error vencible debe conducir —al menos en principio— a una pena menor.

Trasladando lo dicho al supuesto de la desobediencia civil, podemos llegar a las siguientes conclusiones en la cuestión que nos ocupa:

En primer lugar, que de darse alguno de los dos errores arriba indicados, en la desobediencia civil el que existiría no sería el error de tipo sino el de prohibición. El desobediente civil es consciente de sus actos y de que los mismos violan la ley. El error no es ni siquiera en el dato de que la conducta “esté” prohibida, sino en si “debe” estarlo. La situación no es sencilla. El desobediente civil es consciente de que viola la ley, pero no la ley con mayúsculas, sino una ley en concreto, pero pensando que su acción tiene cobertura legal a través de una segunda ley en la que se ampara la violación. Aquí dejamos sólo apuntado el tema. Baste ahora con tener presente que se da un conflicto de interpretaciones entre los desobedientes, que hablan de sus derechos, y el Estado, que lo hace en nombre del derecho.

En segundo término hay que señalar, respecto al concepto de “hombre medio ideal”, que se trata de una figura que también entra en juego en el concepto de desobediencia civil. En ésta, como en el error, se habla de una situación de injusticia que sería calificable como tal por cualquier persona —siempre, eso sí, que no esté repleta de prejuicios— que se encontrase hipotéticamente en el lugar del que desobedece civilmente. La postura del desobediente civil es objetivada de este modo y se universaliza a cualquier otro sujeto, al hombre medio ideal.

En la desobediencia civil estaríamos, pues, en presencia de la concurrencia de un posible error de prohibición de carácter invencible. La desobediencia no es algo que elijamos al azar, sino sólo después de haber ensayado otros cauces y comprobar que no nos queda otra alternativa y, es más, que no le quedaría tal alternativa a nadie que estuviese en nuestro lugar. Si el desobediente intercambiase su posición con el Estado, a éste no le cabría más remedio que admitir que su actuación estaba justificada y que la norma debía ser desobedecida.

Vistas ya las circunstancias eximentes, es preciso señalar cómo es característico de los códigos penales españoles contemplar en la parte general una serie de “circunstancias agravantes” y “circunstancias atenuantes” que tienen el efecto respectivo de aumentar o disminuir la pena. En el código vigente estas circunstancias están previstas en los artículos 21 —las atenuantes— y 22 —las agravantes—. Se conocen también como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellas no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad. Aunque nosotros sostengamos que no existe un delito de desobediencia civil propiamente dicho, al que aplicar las atenuantes y agravantes, las examinamos para ver cómo, incluso en el supuesto de entender que hay ilícito penal, prevalecería en él la concurrencia de múltiples circunstancias atenuantes, frente a la en principio no concurrencia de circunstancia agravante alguna.

Aunque la existencia o no de circunstancias agravantes debe de observarse en la desobediencia civil, como en cualquier otro supuesto, no con carácter general, sino caso por caso, atendidas las peculiaridades de cada situación concreta, sí cabe afirmar, sin embargo, que en la desobediencia civil, en principio, atendiendo a la definición general de la misma, no concurren tales circunstancias de agravación de la responsabilidad criminal. En efecto, en la desobediencia civil no media precio, recompensa o promesa; no se comete el hecho por motivos racistas o discriminatorios, sino que, por el contrario, muy a menudo lo que se hace es precisamente luchar contra la discriminación que por cuestiones de ideología, religión, etnia, raza, nacionalidad, sexo, enfermedad o minusvalía pudiese padecerse. Piénsese en los casos de Gandhi en favor de la independencia de la India del Imperio británico; King y su cruzada en favor de la igualdad de derechos de la minoría negra; los enfermos de sida, los homosexuales, los gitanos y otras minorías desprotegidas que a menudo lo que hacen con sus acciones de desobediencia civil no es sino protestar contra una situación de hecho claramente atentatoria contra su derecho a la igualdad de oportunidades.

Tampoco concurre en principio alevosía en las acciones de desobediencia civil, pues no sólo no se emplean en su ejecución medios, formas o modos, que tiendan directamente a asegurar la ausencia del riesgo que pudiera proceder de la defensa del ofendido, sino que en ellas se trata de actos realizados abiertamente, sin presentar dobles intenciones o unas tácticas indirectas. No concurren tampoco en la desobediencia civil las

agravantes del abuso de confianza, la prevalencia del carácter público que tenga el culpable o el causar padecimientos innecesarios para la ejecución de las acciones de desobediencia civil, sino que se trata de actos realizados por los simples ciudadanos en su condición de tales y que no suponen intenciones violentas. Sólo quieren que se les escuche, pero todo ello por una vía civil y, valga la redundancia, civilizada. Igualmente queda descartada la circunstancia agravante de ser reincidente, pues, aunque el desobediente civil puede haber participado en numerosas campañas de desobediencia, sin embargo, no es un delincuente común, no existe propiamente un delito de desobediencia civil del que ser reincidente.

En la desobediencia civil no sólo no concurren las causas de agravación de la responsabilidad criminal, sino que confluyen auténticas circunstancias atenuantes. No olvidemos que el acto es pacífico, los móviles altruistas, la conducta éticamente fundada, y los medios empleados proporcionales al fin perseguido.

A tenor del artículo 21.1 del Código Penal español de 1995, “son circunstancias atenuantes: las causas expresadas en el capítulo anterior —es decir las eximentes—, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

Se trata de lo que se conoce como “eximentes incompletas”, que funcionan como circunstancias atenuantes. Por ser eximentes imperfectas, por la falta de alguno de los requisitos exigibles, no actúan como tales, no eximen de la pena, pero la reducen, la atenúan. Así, aquí podríamos citar la eximente incompleta de estado de necesidad cuando no concurre alguno de los requisitos accidentales o no esenciales, por ejemplo, el *animus salvationis*, es decir, cuando el sujeto no obre “para evitar un mal propio o ajeno”. Dicho requisito debe considerarse como no esencial, por lo que la ausencia de ánimo salvador permite la eximente incompleta. Tampoco es esencial en el estado de necesidad y, en consecuencia, se puede prescindir de él, el requisito de la proporcionalidad.

Junto a las eximentes incompletas existen otras atenuantes ordinarias, unas que disminuyen el grado de imputación personal —por ejemplo, el estado pasional o la minoría de 18 años—, que sólo en contadas situaciones se dan en la desobediencia civil, y otras como circunstancias posteriores al delito, entre ellas la “confesión de la infracción”, sí aplicable en línea de principio a la desobediencia civil.

El artículo 21.4 considera circunstancia atenuante “la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige

contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. En efecto, en la desobediencia civil una de las características distintivas es precisamente que se aceptan voluntariamente las sanciones, en el sentido de que se trata de un acto público, en el que en ningún momento se produce ánimo de ocultación de la infracción; además, en caso de detención, en la línea de Gandhi o King, no se opone resistencia a la autoridad; y, finalmente, el sujeto no niega en ningún momento que haya cometido una infracción, que su acción sea ilegal. No sólo no lo oculta, sino que busca la publicidad del acto, con fines divulgativos y para lograr la mayor audiencia posible. En esto se diferencia la desobediencia civil de los delitos comunes, que persiguen la evasión de la pena. Lo que el desobediente civil discute no es que haya cometido un acto ilícito, sino que ese acto, aún siendo ilegal, sea ilegítimo, contrario a la justicia —en relación con la existencia de un error de prohibición—: se está de acuerdo en los hechos, pero no en la calificación jurídica a atribuir a los mismos.

Para que se produzca la atenuante del artículo 21.4 la declaración tiene que ser veraz. Se discute si es precisa la presentación del sujeto y su puesta a disposición judicial. En principio parece que no, puesto que el tenor literal del artículo habla solamente de “confesión”.

El artículo 21.4 tiene como antecedente el artículo 9.9 del anterior Código Penal, que contenía la llamada “atenuante de arrepentimiento espontáneo”. Pero, a diferencia de la regulación anterior, en la nueva ha dejado de exigirse que la confesión tenga lugar “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”, y es que el desobediente civil, aunque confiese su infracción, no está arrepentido de ella. La volvería a cometer si fuese preciso. Él confiesa la infracción no porque lo sienta, sino porque así da muestras de su buena fe, de que no busca beneficio personal alguno, sino que obra en defensa de una buena causa.

Finalmente, el número 6 del artículo 21 del Código Penal español de 1995 concluye el listado de las atenuantes aludiendo a “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. No estamos, por tanto, ante una enumeración de atenuantes *numerus clausus*, sino ante lo que se conoce como enumeración *numerus apertus*, de carácter meramente *ad exemplum*. La atenuante por analogía no es sino un supuesto de aplicación de la llamada analogía *in bonam partem* o analogía favorable al acusado, como excepción a la prohibición general del empleo de la analogía en el derecho penal, dado el carácter odioso y sancionador de éste. Para que se verifique la atenuante analógica del artículo 21.6, y a te-

nor del enunciado de este precepto, no hace falta el parecido externo de las circunstancias, sino sólo la equivalencia de su “significado” —la *eadem ratio*—. En el derecho español y en materia de desobediencia civil, un ejemplo de este tipo de atenuante sería la atenuante analógica con la legítima defensa, por un lado, y con el estado de necesidad, por otro, que viene a constituir el llamado “estado de necesidad defensivo”.

Una última posibilidad de excluir la sanción en la desobediencia civil, ya en sede de punibilidad, sería la exclusión de la pena a través del indulto. El indulto es una de las causas de extinción de la responsabilidad penal —artículo 130.3 del Código Penal español de 1995—. Es una manifestación del llamado “derecho de gracia”. Mediante el mismo se sostenía la posibilidad de intervención del soberano o, en su caso, del Poder Ejecutivo en el *ius puniendi*, como vestigio de una época anterior en la que la aplicación del derecho penal correspondía al monarca, en pugna con el principio de separación de poderes, que atribuye al Poder Legislativo la facultad de prever penas en las normas penales y al Poder Judicial la aplicación de esas penas.

Pero, incluso en un Estado de derecho, como el existente en España en la actualidad, con su principio de división de poderes, la gracia puede jugar un papel como correctivo de los excesos del Poder Legislativo, al servicio de la equidad y de razones de política criminal. Actualmente, la Constitución Española —artículo 62.i)— establece que “corresponde al rey... ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”. Con anterioridad a la Constitución se concedieron indultos tanto generales como particulares. Los primeros se refieren a todos los sujetos de determinada clase de delitos. Los segundos afectan a personas concretas.²⁴³

Dado que los indultos generales han sido prohibidos por la Constitución, en los casos de desobediencia civil lo que cabrían serían sólo los de tipo particular. No se trataría de indultar con carácter general a todos los posibles autores de actos de desobediencia civil, sino sólo a determinado sujeto que se encuentre enjuiciado y condenado por una acción de desobediencia civil, a solicitud del tribunal sentenciador o, durante la ejecución de la pena —como beneficio penitenciario—, a solicitud del juez de

²⁴³ Estas consideraciones generales sobre el indulto están tomadas de Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed. con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona, PPU, 1996, pp. 770-772.

vigilancia. El indulto extingue la pena de manera total —indulto total— o parcialmente —indulto parcial—, pero no sus efectos. No elimina pues los antecedentes penales. Además, se trata de una solución excepcional que sólo actúa en la última fase del *iter* criminal, en la de imposición de la pena, con lo que constituye una solución escasa y tardía. La solución del problema de la desobediencia civil debería realizarse en una fase anterior, a nivel legislativo o, como poco, en el momento de enjuiciar al desobediente civil, en la aplicación—interpretación de la ley.

Finalmente, cabe referirse al peculiar papel jugado en la desobediencia civil por la presunción de inocencia, tan importante en el derecho penal. Una diferencia entre la desobediencia civil y la desobediencia criminal es, precisamente, que la carga de la prueba en la primera corresponde al desobediente civil, asimilándose en principio su acción a la desobediencia criminal o común, mientras que en la desobediencia criminal en principio se presume que el sujeto es inocente hasta que quien alegue su culpabilidad la demuestre.

Esto es claramente un contrasentido. Si existe como fundamento del derecho en general, y muy especialmente del derecho penal, la presunción de inocencia, si una de las garantías del Estado de derecho es precisamente que “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”, si la carga de la prueba en materia de culpabilidad corresponde al que alega esa culpabilidad, es claramente incongruente lo que ocurre con la desobediencia civil.

Nadie puede negar que la desobediencia civil sea éticamente mejor que la desobediencia criminal. Una de las notas distintivas entre ambas es precisamente la motivación altruista de aquélla frente a los fines egoístas de la segunda. Por otro lado, los medios empleados por la desobediencia criminal —violencia, clandestinidad... — añaden también a ésta una nota de inmoralidad, frente a la moralidad de la desobediencia civil. El desobediente civil no sólo no causa daño —salvo alguna perturbación incidental del orden público— a nadie, sino que es él mismo la víctima de la ley injusta. Por el contrario, el desobediente criminal despreziona el derecho, usándolo en su exclusivo beneficio. La desobediencia civil es sólo un medio, el menos dañino, para alcanzar un fin justo; la desobediencia criminal es un fin, y de lo más dañino, en sí misma.

Si esto es así, nadie podrá negar la categoría moral mayor de los actos de desobediencia civil respecto de los delitos comunes. Por ello surge la paradoja de cómo, siendo éticamente más justificable, la desobediencia

civil no goza de la presunción de inocencia atribuible a la desobediencia criminal. Que quede claro que lo que pretendemos aquí no es sino una aplicación del principio de igualdad de trato, que exige no sólo tratar igual a los iguales, sino también desigualmente a los desiguales en proporción precisamente a su desigualdad. A tenor de ello, si la desobediencia civil es moralmente mejor que la desobediencia criminal, ¿cómo es que recibe un tratamiento *a priori* peor? Fijémonos en que no sólo no se trata mejor la desobediencia civil que la desobediencia criminal, como correspondería, sino que ni siquiera se la trata igual, sino peor.

Obsérvese que empleamos el término *a priori*, en principio, porque la presunción de inocencia es eso, una “presunción” que juega en un primer momento. Otra cosa será, y ni siquiera ello ocurre siempre en la práctica, que luego, *a posteriori*, si se demuestra que en la desobediencia civil concurren, como hemos visto, una serie de atenuantes, ninguna agravante, e incluso alguna eximente, el hecho reciba menor pena que la desobediencia común.

Pero, repetimos, *a priori* supone un trato de lo más desfavorable, el que el desobediente civil, siendo mejor que el desobediente criminal, se asimile a él para todo lo malo y no en el aspecto positivo de la presunción de inocencia. Es claramente injusto que la carga de la prueba en la desobediencia civil corresponda al desobediente, que es el que debe demostrar que su acción no es criminal, mientras en los delitos comunes, corresponda al demandante, nunca al acusado, que en principio es inocente. Es como si el acto de desobediencia civil, en cuanto supone una infracción de la ley, no sólo se asimilase a la violación criminal de la ley, sino que *a priori* correspondiese al desobediente la carga de demostrar que su acción no es criminal.

Por ello habría que revisar el papel de la presunción de inocencia en la desobediencia civil. Entramos aquí en el tema de la finalidad exculpatoria —retributiva— de la desobediencia civil, que junto con los fines preventivos constituyen el fundamento en general de la imposición de las sanciones penales.

Hemos visto ya, pues, que el desobediente civil es un sujeto altamente motivado por la observancia en general de la ley, sin tendencias criminales aparentes, y que en el acto de desobediencia civil no concurren los requisitos necesarios para considerarlo un delito, así, por ejemplo, y en lo que ahora nos interesa, no concurre la culpabilidad, fundamento de la imputación moral de una sanción al sujeto según el fundamento retributi-

vo de la pena —se castiga para expiar la acción—, sino que a menudo el Estado impone sanciones severas al desobediente civil sólo para asegurarse de que no cundirá el mal ejemplo y de que la acción no será repetida por el propio desobediente o por otros que le imiten, siendo importantes en el acto de imponer la sanción consideraciones de intimidación cara a acciones futuras.

Estamos ante los dos móviles que pueden en teoría llevar al juez a imponer una pena: la retribución y la prevención, en su doble manifestación, como prevención general y como prevención especial.

Según el argumento retributivo, habría que imponer al desobediente una pena como expiación de la conducta que viola la ley. No obstante, en la desobediencia civil el mal causado sería de poca importancia, porque en última instancia, aunque se viole la ley, no se deja por ello de observar la justicia. El desobediente civil se mueve por fines éticos. Hay mal que compensar en cuanto hay violación de la ley, pero no en cuanto la misma sea violación de la justicia. El mal mayor, en realidad el único mal que puede producir la desobediencia civil, es un cierto desorden, en cuanto atentado contra la seguridad jurídica. En este sentido el castigo tendría que ser mínimo.

La prevención no mira, como la retribución, al pasado, a que se ha delinquido, sino al futuro, a que no se vuelva a delinquir. La prevención puede dirigirse al sujeto que realizó el acto de desobediencia civil o bien a la colectividad en su conjunto. El primer supuesto sería el de la prevención individual, y con él se intentaría reeducar al hipotético “delincuente”, resocializarle. Resulta evidente que en la desobediencia civil esto no es preciso, puesto que se trata de personas con un grado de socialización normal o, incluso, superior al normal, no de sujetos marginados.

Por su parte, la prevención general lo que persigue es intimidar a la colectividad en su conjunto, evitando que los demás imiten las acciones del desobediente civil y que se produzcan acciones similares. La mejor manera de disuadir al ciudadano medio es imponiendo severas penas al desobediente civil. No obstante, la sanción en la desobediencia civil es cuestionable que intimide a la colectividad, pues una de las notas características del desobediente civil es precisamente que no se arredra ante el temor al castigo. Además ¿para qué intimidar a los futuros desobedientes civiles, si su labor es más constructiva que destructiva, si, mediante sus fines educadores, simbólicos y reformadores, sirven más que perjudican

al derecho y a la sociedad en su conjunto? En este sentido, muchas de las conquistas sociales son fruto de un proceso previo de desobediencia civil. Pensemos en Gandhi o en Luther King.

Por todas estas razones, a nuestro juicio, los jueces de cualquier época y lugar que se encuentren frente a un caso de desobediencia civil deberían penarlo con una sanción meramente simbólica.