

CAPÍTULO SÉPTIMO

¿UN DERECHO A DESOBEDECER LA LEY POR ANALOGÍA? ENSAYO DE UNA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL A TRAVÉS DEL ARGUMENTO ANALÓGICO

La analogía es un mecanismo —junto a la equidad y la naturaleza de la cosa— a través del cual se puede dar, a nuestro juicio, cobertura jurídica a la desobediencia civil en el ordenamiento jurídico español, más en concreto en la parcela penal, desde la perspectiva de la norma que se viola, que es la que ahora nos ocupa —otras parcelas serían, la de la norma que sustituirá a la violada, y, en tercer lugar, la de la norma en la que se ampara la violación normativa—.

Nos vamos a referir a continuación a cómo la desobediencia civil puede estar justificada jurídicamente, constituyéndose, sin que ello entrañe contradicción, en un derecho del individuo de carácter jurídico, a través de la aplicación analógica del derecho. Para ello será necesario dar un cierto concepto de lo que se entiende por analogía y ver como a través de ella la desobediencia a la ley puede convertirse en obediencia a la misma, si bien no de una manera directa, sí por analogía, justificando jurídicamente su empleo y excluyendo, por tanto, la figura de la parcela penal y de su consideración como un delito más.

El derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico en la que la analogía presenta mayor número de problemas, y donde ha sido más estudiada por la doctrina. Con carácter general la analogía está excluida del derecho penal por exigencias de certeza y de seguridad jurídica. Se exige, cara a la previsibilidad del derecho, que sea posible conocer con seguridad y de antemano a qué hechos va unida la pena. Es el clásico principio de legalidad o tipicidad penal. La analogía, en cuanto razonamiento de probabilidad más que de certeza, iría en contra de dicho principio y debería excluirse de la parcela penal.

A esta argumentación se le han hecho, por la doctrina, varias observaciones críticas que muestran su carácter relativo. En primer lugar se señala

la que las exigencias de certeza y el principio de legalidad no son específicos de las leyes penales, sino del derecho en general. Por otra parte, podría afirmarse que la analogía colabora más que atenta contra la seguridad jurídica, ya que tiende a suplir las imprevisiones del legislador, las cuales sí que serían fuente de arbitrio e incertidumbre. Además se ha venido admitiendo la denominada analogía *in bonam partem*, o analogía beneficiosa para el reo. Un ejemplo de esta analogía favorable o beneficiosa sería la atenuante por analogía, recogida en el artículo 21.6 del nuevo Código Penal español. Por estas y otras muchas razones cabe concluir afirmando que la prohibición de la analogía en el derecho penal tiene carácter, más que absoluto, relativo y, más que universal —para todos los supuestos—, general —para la mayoría de ellos—.

Podemos dar un paso más en nuestra argumentación y, centrándonos ya en el tema que nos ocupa —la desobediencia civil y la analogía—, afirmar que en el derecho penal español la analogía da cabida a la desobediencia civil al menos en un doble sentido: por un lado, como “analogía jurídica” —o analogía en su sentido estricto y usual—, en la determinación de la in/existencia de delito; por otro lado, como “analogía antropológica”, en la aplicación de la pena al delincuente. En el primer supuesto obsérvese que nos centramos en la vertiente objetiva, en el delito; por el contrario, el segundo tipo de analogía, la analogía antropológica, hace hincapié en el aspecto subjetivo, en la figura del delincuente. Pero, en ambos casos, para que pueda admitirse el mecanismo analógico, es preciso que la analogía sea favorable al reo, es decir analogía *in bonam partem* —nunca analogía desventajosa—, o, lo que es lo mismo, que se llegue a la conclusión de que como resultado de la aplicación del argumento analógico se excluye —analogía extintiva, no constitutiva— la existencia de un delito de desobediencia civil —en el supuesto primero, de analogía jurídica— o la aplicación de la pena correspondiente al desobediente civil —en el segundo supuesto, de analogía antropológica—. Tratemos ambas situaciones por separado.

La analogía jurídica es el supuesto normal de analogía. A ella se refieren y de ella hacen uso los jueces cuando “aplican a un caso que no aparece contemplado de manera directa por ninguna norma jurídica —situación de laguna jurídica— la consecuencia jurídica prevista por una norma jurídica para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso no regulado guarda semejanza, y en la *ratio* o esencia identidad, siempre que el legislador no haya mostrado su voluntad en contra”. De esta

definición se podrían extraer cuatro requisitos imprescindibles para la existencia de la analogía, tres de ellos de carácter positivo y uno cuarto negativo. Son los siguientes:

1. La existencia de una laguna normativa.
2. La existencia de una norma jurídica análoga a extender por analogía.
3. La existencia de semejanza de casos e identidad de razón entre el caso regulado y el no regulado.
4. La inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la analogía.

Estas consideraciones generales acerca del concepto y requisitos de la analogía jurídica son aplicables a los supuestos de desobediencia civil. Para verlo con un ejemplo, nos centraremos en un caso típico y emblemático de desobediencia civil, como fue el movimiento liderado en los Estados Unidos de Norteamérica por Martin Luther King con el fin de lograr la igualdad real de derechos de la minoría negra respecto de la mayoría blanca. Supongamos que una persona de color entra en un restaurante reservado para blancos y pretende tomar en la barra una consumición, cuando la ley prohibía a los negros frecuentar determinados lugares públicos, reservados a la población blanca. Aquí se dan todos los requisitos de la aplicación analógica, antes vistos.

En primer lugar, existe una laguna normativa. ¿Existe realmente? A primera vista podría parecer que no, pues lo que hay no es un vacío normativo, sino una ley que expresamente prohíbe a los negros entrar en un restaurante de blancos. Pero, si profundizamos algo más en el tema llegamos a la conclusión opuesta: sí hay laguna legal, pues en realidad las lagunas de ley se producen no sólo en el caso de ausencia de norma —laguna en sentido propio—, sino también cuando, habiendo norma, ésta adolece de algún defecto que la hace inaplicable para el caso en cuestión. Este defecto puede ser, por ejemplo, que la norma de que se trate sea manifiestamente injusta. Estamos aquí ante lo que se denomina laguna axiológica —valorativa, o *de lege ferenda*, desde lo que sería un derecho mejor—, como un supuesto de laguna impropia o falsa. En el ejemplo que nos traemos entre manos, está claro, al menos desde una mente sin prejuicios racistas, que el color de la piel, al igual que el ser alto o bajo, listo o tonto, no debe servir como criterio para discriminar a nadie. Desde el punto de vista de la justicia todos somos, pese a nuestras diferencias constitutivas, iguales ante la ley y merecemos iguales oportunidades. La ley debe

garantizar una igualdad de oportunidades o igualdad en la línea de salida, aunque luego, en función de nuestra capacidad, esfuerzo, suerte y otra serie de variables, unos lleguen antes a la meta o alcancen cotas mayores de riqueza, bienestar, etcétera. Por tanto, en el caso que nos ocupa —negro que no puede beber con los blancos— estaríamos ante una ley injusta, ante una laguna valorativa.

No queremos dejar este epígrafe sobre la analogía jurídica y la desobediencia civil sin volver un poco más detenidamente sobre este primer aspecto o requisito. ¿Es posible la analogía cuando estamos en presencia de una laguna falsa, como son las lagunas axiológicas, o sólo cabe analogía ante las verdaderas lagunas, en las que se produce realmente una ausencia de norma? De la solución en uno u otro sentido de este interrogante dependerá en gran parte el que podamos aplicar la analogía a los casos de desobediencia civil, en los que el desobediente no es que no encuentre ley aplicable a su situación, sino que viola una ley, si bien, eso sí, porque a su juicio es injusta.

En los casos de laguna impropia —ley injusta—, a la hora de aplicar la analogía habría a nivel jurídico tres entidades: 1) la norma a extender por analogía —la norma que permite a los blancos realizar en cualquier restaurante consumiciones—; 2) la norma injusta a derogar por analogía —la norma que prohíbe a los negros realizar esas mismas consumiciones en determinados restaurantes reservados a blancos—, y 3) la “máxima de decisión” obtenida por analogía —también los negros pueden realizar consumiciones en los restaurantes en los que lo hacen los blancos—. Para que en el caso de lagunas axiológicas, que constituyen a menudo los supuestos de desobediencia civil, sea de aplicación el argumento analógico, es preciso que se lleve a cabo un doble proceso: 1. El creador de una verdadera norma jurídica por la máxima de decisión del juez resultado de la analogía; 2. El derogador por dicha máxima de la norma injusta ya existente.

Planteada la cuestión en esos términos, la solución a la misma es diferente en los sistemas de derecho continental, como el español, y en los de derecho anglosajón. En los primeros la respuesta es negativa, es decir, no cabe aplicación analógica en los casos de laguna axiológica, típicos de la desobediencia civil. La razón es que no se produce ninguno de los dos procesos necesarios: ni se crea una auténtica norma legal, sino sólo una máxima de decisión o sentencia del juez. Ni el principio de legalidad per-

mite derogar la norma ya existente —ley o costumbre— por una simple máxima de decisión.

Por el contrario, la respuesta a la cuestión podría ser afirmativa en sistemas de tipo anglosajón, en base a que en ellos las máximas de decisión, el precedente judicial —y basta uno solo— es una auténtica norma jurídica y, por otro lado, la función derogadora de la norma injusta desobedecida civilmente por el precedente, o norma resultante, es posible a través de un conflicto de normas, siempre que se verifiquen dos condiciones: 1. Que el conflicto de normas se de entre precedente y precedente —por tanto siempre que la norma a derogar sea un precedente, no una norma legal o *statute law*—, y 2. Siempre que desde el punto de vista jerárquico el tribunal que dicta el segundo precedente no esté vinculado por el precedente anterior.

Junto al primer requisito de la analogía —existencia de una laguna legal— y como segundo requisito, existiría en el ejemplo de desobediencia civil examinado una norma jurídica, con sus tres elementos —el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y la *ratio* o esencia—, según la cual los blancos pueden frecuentar lugares públicos y restaurantes, y realizar en ellos las consumiciones que estimen convenientes, siempre que lo hagan respetando la ley y el orden público. Dejamos aparte la existencia en la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos de un artículo —en el ordenamiento jurídico español, el artículo 14 de la Constitución Española de 1978— a tenor del cual se establece expresa y genéricamente el principio de igualdad ante la ley, sin que quepa discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, creencias o cualquier otra circunstancia personal o social. Lo dejamos aparte porque, aunque también en él cabe amparar al negro que es injustamente discriminado al intentar frecuentar restaurantes reservados a blancos, primero, ese artículo haría ya de por sí inconstitucional la ley que prohíbe a los negros esa conducta y, segundo, el mecanismo que jugaría aquí no sería la aplicación analógica, sino la mera “subsunción” del acto concreto de desobediencia en un principio general, cuestión distinta, pues no emplea ya la perspectiva de la norma violada, sino la de la norma en la que se ampara la violación normativa.

También se da en el ejemplo que manejamos el tercer requisito de la desobediencia civil: la semejanza entre el caso regulado —situación de los blancos— y el regulado injustamente —situación de los negros— y la identidad en la *ratio* o esencia. En efecto, los blancos y los negros, para quienes estaba en la época histórica y país que examinamos permitida y

prohibida respectivamente una misma conducta, son entre sí semejantes, es decir, con notas comunes —ambos son seres humanos— y notas diferentes —tienen distinto color de piel—. Lo que ocurre es que las notas o características en las que son semejantes son precisamente aquellas esenciales, las que constituyen la *ratio*. ¿Qué importa que los negros sean más oscuros de piel para que puedan beber o no en un restaurante determinado? De hecho los blancos se matan, si bien es verdad que cada vez menos, dados los perjuicios que puede ocasionar y porque cada vez es menos “in”, por venir morenos después de las vacaciones de verano. Lo verdaderamente importante, lo que constituye la esencia, es que ambos, blancos y no blancos, son seres humanos, cuya dignidad es idéntica en principio. Y como a igual razón corresponde igual disposición —*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*—, en virtud de la analogía debería aplicarse al caso injusto la misma consecuencia jurídica de la norma justa, con lo que obtendríamos una sentencia o máxima de decisión del juez, que suprime provisionalmente la laguna existente, la cual quedaría así integrada o colmada para el caso concreto de que se trata.

Por último, en la analogía se exige que no exista una voluntad del legislador contraria a esta figura. Se presume que si el legislador no dice nada, tal voluntad en contra no existe y cabe la aplicación analógica. Sin embargo, existen situaciones, como es el caso del artículo 4.2 del título preliminar del Código Civil español tras la reforma del 31 de mayo de 1974, en las que expresamente se excluye la aplicación analógica de una serie de normas, a saber, las leyes penales, las leyes temporales y las leyes excepcionales. El supuesto que aquí nos interesa es fundamentalmente el primero, el de las leyes penales. Pero, en realidad, ya vimos que incluso en el derecho penal se permite la analogía en ciertos casos, cuando se trata de analogía *in bonam partem*, como en el supuesto que nos ocupa, pues no se trata sino de extinguir una prohibición, extendiendo por analogía una permisión para un caso semejante. Por tanto, la ley penal no es la que se extiende sino la que se restringe. Además, que sepamos, el legislador no se ha manifestado nunca en línea de principio expresamente en contra de la aplicación de la analogía para los casos de desobediencia civil.

Por otra parte, y aunque lo que se entiende usualmente entre los juristas por analogía corresponda a lo que aquí hemos denominado analogía jurídica, paulatinamente se va produciendo una evolución en la configuración de la analogía en el derecho penal, pasándose de dar prioridad a la

analogía en sentido jurídico, la hasta aquí descrita, a destacar la llamada “analogía antropológica”, a la que nos referíamos también al principio de este capítulo. Para entender en qué consiste este último tipo de analogía hay que traer a colación la distinción existente entre los dos principales tipos de sanciones penales: las penas y las medidas de seguridad. La pena mira al pasado, es retributiva, mira a la expiación talionar del daño —“ojo por ojo, diente por diente”—. Por el contrario, la medida de seguridad es preventiva, mira al futuro, a la reeducación y reinserción social. La analogía antropológica se ubica en las medidas de seguridad. En ellas, a través de los conceptos de “peligrosidad”, “defensa social” y “oportunidad”, el juez puede penar por analogía un hecho no previsto como delito en la ley en base a la peligrosidad del sujeto que lo ha cometido —función constitutiva de la analogía— u omitir de penar por un hecho previsto como delito si falta dicha peligrosidad —función extintiva de la analogía—.

Es esta segunda vertiente o función extintiva de la analogía la relevante en materia de desobediencia civil: ya que el sujeto que desobedece civilmente no es un criminal, ni un revolucionario, ni un anarquista, ni un terrorista, sino generalmente un buen ciudadano que, tras haber ensayado los cauces previstos con carácter ordinario por el sistema democrático, de una manera cívica, con aceptación en principio de las sanciones y con finalidad reformadora y no destructiva del conjunto del ordenamiento jurídico y muy en concreto de la Constitución, pretende la mejora de una ley o política legislativa injusta. No existe la peligrosidad que aconseja la aplicación de la pena que correspondería al acto de desobediencia de tratarse de un delincuente común. La defensa social aconseja, si bien no omitir completamente el castigo, al menos sí atenuarlo adecuándolo a las circunstancias del desobediente civil, el cual a menudo —piénsese en los casos típicos de Gandhi o M. L. King— es más un mártir que se mueve por fines altruistas que un inadaptado, cuya conducta sea claramente asocial.

Se puede observar así como en materia de analogía en el derecho penal se ha pasado de primar lo objetivo —el delito— a dar prioridad a lo subjetivo —el delincuente—. Se ha pasado de la pena, como un mecanismo sancionador ciego que conmina sanciones iguales para delitos iguales, prescindiendo del hecho de que se trata siempre de individuos necesariamente distintos, a una rigurosa individualización del tratamiento penal, a través de las medidas de seguridad. No se trataría de ver qué infracción penal ha cometido el desobediente civil y asignarle la pena co-

rrespondiente de manera automática, sino de valorar analógicamente, con base en criterios de peligrosidad social, al desobediente civil, a fin de imponerle una medida de seguridad. La analogía no se da entre factores objetivos —delitos—, sino entre elementos subjetivos —personalidad del desobediente civil por contraposición a la del delincuente común—. El análisis debe de ser garantizado, no por mecanismos jurídicos —*eadem ratio*—, sino por procedimientos médicos —“igual personalidad criminal”, “idénticos factores de peligrosidad”—. Ésta es la denominada “analogía antropológica”, como contrapuesta a la “analogía jurídica” o analogía a secas. La analogía antropológica resulta especialmente necesaria respecto de aquellos delincuentes que, a diferencia de los ciudadanos obedientes, son capaces, pese a sentir la coacción psicológica derivada de la pena, de inmolarsé por una patria mejor. Pensemos en Sócrates. A estos sujetos no debería en principio tratárseles como a delincuentes comunes, y no por nada, sino simplemente porque no lo son. En cualquier caso se debe evitar el arbitrio en las decisiones y criterios médicos seguidos por el antropólogo al servicio de la ulterior decisión del juez.