

**Francesco BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho*,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 274 pp.**

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: civil disobedience, values, constitution, democracy.
Keywords: desobediencia civil, valores, constitución, democracia.

La literatura académica sobre desobediencia civil es sumamente extensa, pero lo que no resulta tan frecuente es encontrar plumas que quieran sumergir este asunto en el terreno de la teoría del Derecho, y esto es lo que intenta Francesco Biondo, o al menos todo lo que se le permite un tema tan resbaladizo para los parámetros de aquella disciplina. Su intento, en todo caso, deja buen sabor de boca y nos anima a profundizar en sus propuestas.

Biondo divide su volumen en varios apartados inmediatamente atractivos: en primer lugar, uno sobre la dialéctica entre el derecho y la moral, un segundo que versa sobre neoconstitucionalismo y crítica interna al Derecho, un tercero acerca de la noción de desobediencia civil y su papel “papel estabilizador” en un ordenamiento constitucional, un cuarto apartado sobre la justificación de las conductas desobedientes, y un último capítulo que aborda su relevancia en la sociedad democrática.

El punto de partida del libro resulta muy claro, pues Biondo arranca en su “Introducción” de una clasificación según la cual las prácticas de desobediencia civil pueden reunir tres rasgos: 1) presentar una interpretación específica de las normas constitucionales, 2) denunciar violaciones de principios o derechos fundamentales por el ejecutivo o el legislativo y 3), demandar el respeto de los tratados internacionales (por ejemplo sobre asilo o intervención en conflictos bélicos, pp. 17 y 18).

Al mismo tiempo, y como pone de manifiesto ya al inicio del primer capítulo de la obra, la desobediencia civil reuniría cinco caracteres principales,

a saber: es pública, busca la modificación del ordenamiento (y no su destrucción), resulta efectuada por alguien que se considera parte de la comunidad política (no necesariamente ciudadano, pues también podría tratarse de un extranjero), no es violenta (al menos frente a las personas) y persigue denunciar la injusticia (e incluso la invalidez material) de ciertas normas jurídicas, pretendiendo por último que otros apoyen la protesta (29).

Biondo continúa después con este primer apartado desgranando las diferentes teorías, tanto del positivismo metodológico como del iusnaturalismo, acerca de la relación entre Derecho y moral, y revisando así revista autores como Scarpelli, Nino, Kelsen, Hart o Radbruch (30-42), en un repaso que no resulta superfluo en absoluto y que sitúa muy bien los antecedentes del el resto del trabajo. El derecho “es principalmente una práctica interpretativa y no un hecho o un objeto” (25).

La primera conclusión de tal premisa es la de que “no podemos sino reconocer como la justificación de una norma depende de un equilibrio entre las exigencias morales que se encuentran en conflicto”, resultando que su ponderación “no parece que consiga la realización de una jerarquía axiológica estable, sino *móvil* y dependiente de valores que se consideran válidos para los casos concretos” (48, el subrayado es propio, como en todos los casos que vengan a continuación). En este sentido, mientras que la obligación de obedecer al Derecho aparecería como “indeterminada” para la ciencia jurídica, ya que ésta sólo podría ocuparse de definir qué es Derecho y cuáles las normas de un ordenamiento, pero no determinar si el juez o ciudadano *han de* obedecerlas (49 y 50), Biondo sin embargo recoge la crítica de tal posición de Scarpelli de nuevo, quien afirma que no es posible atender a tal empresa sin aceptar la obligatoriedad del Derecho, al margen de la valoración moral que se haga de sus normas (56). Los juristas no son estudiosos que se limitan a registrar un fenómeno, sino que participan de él (58) y la “función legitimadora de la ciencia jurídica no concierne sólo a la determinación del derecho sino que se retrotrae a la propia justificación de los métodos” utilizados por aquéllos, en cuanto a que el uso de tales métodos es también fruto de una elección de valor (60).

El contexto de esos valores se halla en nuestro caso dentro de una concepción “a la vez estatista y liberal-democrática del derecho con un ordenamiento legicéntrico de fuentes”, una forma particular de derecho que tutela *ciertos valores políticos* que contemplan libertades y voluntad popular. La aceptación de esta organización del poder “no es obligatoria desde el punto

moral para cualquier ordenamiento jurídico, sino sólo para los ordenamientos liberal-democráticos” (ídem). De acuerdo con Carlos S. Nino, de hecho, y a quien Biondo sitúa a continuación de Scarpelli, “es necesario que existan al menos algunos operadores jurídicos que apliquen las normas no por miedo a la sanción sino por razones morales” (63). El Derecho es un caso especial de razonamiento moral, como también señala Alexy (ídem), y “la elección entre una interpretación subjetiva u objetiva es una decisión de valor, de dar mayor peso al contexto de producción o al de aplicación” (64).

Y es que, “aunque Nino no lo dice”, lo que hacen quienes desobedecen civilmente es presentar nuevas interpretaciones de las disposiciones (constitucionales, pero también otras), y a menudo contrarias a lo que los juristas consideran la “mejor doctrina” (69). De esta forma, el desobediente no se limita a considerar la norma violada como injusta en el plano moral, sino que también la considera “inválida materialmente”, o “limitativa de un derecho” merced a una nueva *interpretación* del ordenamiento (70). La obligatoriedad jurídica de las normas depende de su obligatoriedad moral, pero “no hay una guía *determinada*” para situar su correlación (73).

Con esta última aseveración Biondo emprende el comienzo de su segundo capítulo, referido al neoconstitucionalismo como posible perspectiva de crítica moral interna al Derecho. Esta corriente afirmaría que la obediencia no puede reducirse a motivaciones utilitaristas, sino que se corresponde con una función de promoción del bien social, y se basaría en que las argumentaciones no son subjetivas sino el resultado de justificaciones prácticas que pretenden ser universales, aceptables por individuos con diferentes preclusiones valorativas (77). Tras abordar sus características de acuerdo con la descripción de Guastini (79-82), y entender que reúne cuatro funciones a menudo contradictorias (limitación del poder, autorización, legitimación e integración social, siguiendo a Bongiovanni: 83 y 84), Biondo sin embargo valora su incorporación como la de dos tradiciones, la republicana y la liberal (85), que permitirían a su vez la introducción del derecho de resistencia como necesario para defender las instituciones de la comunidad política (85 y 86). Frente a los convencionalistas, “el derecho, más que una congruencia mecánica y no deliberada de preferencia sobre algunos valores y principios, es un acuerdo intersubjetivo sobre una serie de significados indisponibles para los individuos” (95), lo cual implica tener en cuenta también los desacuerdos (96).

Biondo niega además la tesis de Ferrajoli de que la desobediencia civil es un supuesto de crítica moral externa al derecho (106), si bien la inseparabi-

lidad en los casos de indeterminación del derecho, entre discurso descriptivo y prescriptivo “no implica la afirmación de la irrelevancia práctica de un modelo de ciencia jurídica dirigida a distinguir los dos planos del discurso” (107). Pues aunque la actividad del jurista no se corresponde con el modelo del científico que describe un objeto desde el punto de vista externo, por participar en la función de legitimación del derecho a través de su tarea de sistematización (109), debe pese a todo distinguir entre dos planos de la ciencia jurídica, la interpretación de los textos y las propuestas de modificación del ordenamiento. Puede así incluso adoptar un punto de vista interno moderado al aceptar sus valores en la medida en que le permitan conocerlo mejor o evaluar la coherencia de los argumentos presentados por la doctrina o la jurisprudencia, pero esta aproximación formaría parte de su método propio y no implicaría considerar como moralmente vinculantes u obligatorios para su propia conducta los valores del ordenamiento (111). La labor del jurista es la de un *intento de clarificación* tanto teórico como dogmático o valorativo, pero no implica mayores exigencias (112).

Distinto sería el caso del juez. Los tribunales *deben* aplicar el derecho, excepto en caso de regímenes dictatoriales, ya que el magistrado, al tomar el puesto, asume tal obligación jurídica. Esto no obsta, desde luego, añade Biondo, que pueda motivar interpretaciones moralmente orientadas, y más aún en caso de conflictos de interpretación en los cuales pretenda justificar moralmente su postura (112).

Como consecuencia de ello, tanto el juez como como el jurista, y de acuerdo con lo reseñado, tienen un amplio margen para evaluar a los movimientos y personas que inicien la desobediencia civil (*ídem*). El interés que despierten sus prácticas “tiene que ver con la posibilidad de que por parte de tales movimientos de protesta se presenten nuevas interpretaciones de los textos constitucionales” que se impongan por haberse modificado las condiciones sociales y políticas, y merced a su aplicación a casos difíciles. Estos supuestos implicarían conflictos, no tanto entre la moral y el derecho, sino entre “las diversas lecturas moralmente orientadas del material jurídico disponible” (113).

De esta forma, puede atisbarse fácilmente la primera tesis del autor y que surge en el propio título del tercer apartado de su obra; el papel estabilizador de la desobediencia civil en el ordenamiento constitucional. En este capítulo, Biondo defiende que se puede desobedecer “en nombre del Derecho” (116), es decir, por razones jurídicas y no morales ni políticas (aunque las segundas

estén entrelazadas con las primeras a menudo) y pretender centrarse en esta posibilidad, impugnatoria de algún tipo de acto o norma que fuera contra los principios generales del ordenamiento, los derechos fundamentales o incluso normas constitucionales en general (118). Se trataría de pasar a sede judicial la discusión sobre la licitud de aquellos actos o normas mediante una conducta desobediente que fundara una argumentación, abriendo espacios de debate público (119 y 120). Sus antecedentes estarían en la justificación de la resistencia al poder político que sostuvo Norberto Bobbio (121), convirtiéndose en “una praxis coherente con los principios democráticos en los casos en que los canales institucionales permanecen sordos a las peticiones de participación política”. De este modo, “se puede violar una ley para verse reconocido un derecho previsto en la Constitución u obtener una declaración de inconstitucionalidad de una ley” (122).

Siguiendo con estas premisas, la desobediencia civil se distingue de fenómenos como la objeción de conciencia y la que Biondo denomina “obediencia pasiva”, es decir, la que supone el incumplimiento meditado de la norma por razones de principio pero que acepta su correlativa sanción, de los casos de una práctica colectiva, pública y no violenta y que tiene por finalidad modificar el ordenamiento, pero no destruirlo (124 y 125, siguiendo a Passerin D’Entreves). Se hace así “referencia a los principios de justicia compartidos también por parte de los poderes públicos” (131). Para evaluar cuándo nos encontramos ante estas acciones, además, debe considerarse “no sólo el objeto de la conducta ilícita” disidente (ilicitud que lo es solo *prima facie*, 156), sino también la motivación expuesta por los desobedientes y el modo en que reproducen su comportamiento, así como las condiciones políticas y constitucionales en que se desenvuelven tales prácticas (133). Estaríamos ante “una sociedad que tiene una Constitución democrática y liberal, si bien incompleta e insuficiente para tutelar a algunas minorías, y [también] un sentido común de justicia” (134).

Los tres tipos de desobediencia civil ideal, asimismo, serían los de: 1) acción indirecta de desobediencia de la norma jurídica, 2) acción directa de desobediencia, y 3) acción demostrativa a fin de establecer un caso judicial ejemplar (150). La primera se referiría a la violación de normas jurídicas justas (por ejemplo, emprender un corte de carreteras), para denunciar otras consideradas *injustas* moralmente o *inválidas* desde un punto de vista jurídico (*idem*). La segunda no implicaría este tipo de mediación, iría directamente contra la norma considerada como nociva, y la tercera trataría de instar una causa judicial

para eliminarla (151). Los dos primeros tipos de desobediencia irían dirigidos al Estado en su conjunto y el tercero a los tribunales específicamente (153).

El capítulo IV del libro analiza las concepciones de la desobediencia mantenidas por Henry D. Thoreau, Mahatma Gandhi y John Rawls. A Biondo le parece que el primero, abolicionista convencido, lo que intentaba al negarse a pagar impuestos era ofrecer testimonio de su postura política, al margen de la eficacia y de la repercusión en terceros que tuviera (190-193), que Gandhi no resolvía satisfactoriamente la tensión entre fundamentación religiosa de la no-violencia y obligatoriedad del uso de medios violentos para quien no creyera en esas bases (193-198), y que Rawls mantendría criterios muy exigentes para cualquiera (198-210).

Según Biondo este último autor (en quien más se detiene), vendría a sostener que la desobediencia civil es justificable como actuación dirigida a la fidelidad a normas superiores a aquella norma infringida (198), unos principios de justicia que regularan comunidad política según criterios de equidad (198 y 199). La conducta en cuestión debería ser pública, reconociendo su autoría quien la emprendiera (única forma de ejercer función educativa respecto a terceros), no violenta y con la aceptación voluntaria de sanción (con el fin de demostrar aquella fidelidad al ordenamiento). Y sin que produjera daño a las autoridades o a los ciudadanos que no protestaran, entendiendo por tal la violación la de sus derechos civiles o del respeto a su integridad física. Esa desobediencia estaría justificada, además, siempre que se persiguiera el cumplimiento del primer principio de justicia y del de igualdad de oportunidades, pero no en pos del cumplimiento del principio de diferencia (199). Esto último no podría evaluarse, siempre según Rawls, salvo que las políticas redistributivas marcharan *claramente* dirigidas a atacar o reducir una libertad fundamental igual (200). Todo esto, añadiría el filósofo norteamericano, se produciría en el contexto de una sociedad cuasi-justa, pues no resultaría aplicable a sociedades injustas.

Pero el autor de la *Teoría de la Justicia*, como bien indica Biondo, fue bastante vago en esta noción (200 y 201), a lo que podría añadirse que "Rawls no tiene en cuenta la evidencia de que en las sociedades reales no existe a menudo un sentimiento común de justicia y que los actos de desobediencia sirven más bien para crearlo" (202). Es más, su concepto de violencia es demasiado amplio, pues en muchas manifestaciones de desobediencia es inevitable que permanezcan restringidos los derechos civiles de terceros, como por ejemplo los de circulación o propiedad. Algo nada extraño, además, si

consideramos la desigualdad de partida que quizás tengan que afrontar los disidentes, dado el reparto de recursos previo (203 y 204). Por añadidura, la aceptación de la sanción, requerida por Rawls para justificar la desobediencia a la norma, no parece exigible en muchos supuestos en donde “el deber de someterse a la sanción entra en contradicción con la urgencia de aminorar la eficacia de normas injustas” (207).

El último apartado del libro aborda finalmente el que quizás resulta ser asunto central para la teoría del derecho, el de si hay propiamente un “derecho” a desobedecer o si esto es un sinsentido jurídico. Kant entendía que su introducción era imposible (213), y Raz opina que tampoco puede haber “derecho de resistencia” porque el contenido de un derecho es la pretensión también de comportarse de manera equivocada o de una forma que no se comparte desde el punto de vista moral (214). En los ordenamientos liberales el desobediente debe intentar convencer a los demás de la corrección moral de su conducta, pero no puede exigir ser tolerado por quienes no aprueban su comportamiento (*idem*). Sin embargo, y a criterio de Biondo, Raz no caería en la cuenta de considerar que una posible justificación del derecho a desobedecer sea precisamente con vistas a plantear la cuestión de la legitimidad de la norma.

Dworkin sería otro filósofo, junto con Rawls, que justificaría la desobediencia a la ley en ciertos supuestos, pero en su caso por vía distinta y con una configuración diferente. A su entender el problema no estribaría realmente en la propia desobediencia, sino en la legitimidad de la norma y de su sanción (219), asunto a considerar de manera discrecional por los fiscales y tribunales, en diversas situaciones (238), y en consonancia con “los principios jurídicos generales y los criterios a través de los cuales dirimir las controversias sobre los valores” (223). La desobediencia no sería un problema de orden público, sino un conjunto de actos que pedirían al Estado que realizara los principios políticos y morales en los que se basa, a saber, que cada individuo mantiene una dignidad y derechos que han de ser respetados por la mayoría de los electores y que las minorías desaventajadas deben ser tratadas por las autoridades con idéntica consideración y respeto que los miembros más poderosos de la comunidad (221). Estas son las bases que otorgan legitimidad a cualquier Estado, e insoslayables para Dworkin (222), pero Biondo plantea importantes dudas sobre su perspectiva.

Una es referente a la distinción que el estadounidense hace entre principios y “directrices políticas”, y que supone para él la justificación de un nivel de desobediencia civil mayor respecto a las normas que van contra los prime-

ros que en relación con aquellas que pertrechan las segundas (226). En realidad, su postura sería entonces ideológica, puesto que una tutela de la primacía de los derechos individuales sobre otro tipo de consideraciones, como la utilidad general, no se hallaría suficientemente argumentada como para respaldar aquella distinción, debido al entrelazamiento que a menudo se produce entre aquéllos y el bienestar general, sí apuntaría MacCormick (229 y 230).

Biondo concluye: “una idea de Constitución no sólo como un conjunto de valores y principios morales que influyen en la producción de normas, sino también como una especial estructura del poder en la cual se prevén algunos límites y controles (...) en el ejercicio de la autoridad política” (251), una estructura “que permite modalidades particulares de conflicto social y entre éstas la desobediencia civil *estabilizadora*” (250).

El trabajo de Francesco Biondo goza sin duda de perspectiva muy abierta. Su preocupación mayor es, de hecho, la de ir librándose de diversos corsés, a menudo incluso de insignes autores, con el fin de abrir espacio a nuevas reflexiones sobre la desobediencia civil. Al respecto, y acercándonos al libro según su propio orden narrativo, rechaza la idea de vincular obligación jurídica y moral, pero no acaba de aclarar cuál es y/o debe ser la posición del *ciudadano común* respecto a esa tensión. Biondo examina posibilidades solo dentro de la profesión jurídica y parece que le falta decir algo sobre todos los demás, al menos de forma explícita. Por otra parte, el rasgo de la obligatoriedad, que advierte como consustancial al Derecho, no acaba de emerger como evidentemente separable de la vinculatoriedad moral (ya se trate de una ética prudencial o de otra más cercana al deontologismo). Todo cumplimiento de la norma requiere, o bien de un hábito mecánico, o bien de algún tipo de postura interiorizada, goce de una mayor o de una menor intensidad u obedezca a unos cánones consecuencialistas o no. Ni que decir tiene que el autómatas no se prevé en ningún tipo de ordenamiento humano, así que nos queda siempre para cualquier cuadro normativo la segunda posibilidad y por tanto algún tipo de posición moral, es decir, propia de un agente autónomo y responsable. No creo que Biondo quiera negar este punto, pero zanja los múltiples problemas que supone mediante la afirmación de que no parece posible resolver *siempre* los conflictos entre derecho y moral (73).

Siendo pues las conclusiones del primer capítulo de la obra un tanto insuficientes (y que explicarían asimismo su tratamiento del pensamiento de Thoreu o Gandhi), no ocurre lo mismo con los cuatro apartados que vienen a continuación. La intención que contienen resulta clara: emparentar las diver-

sas corrientes del neoconstitucionalismo con la posibilidad de una apertura del ordenamiento que dé cabida a diversas formas de la desobediencia civil sin violentarlo, y haciendo que las empresas disidentes puedan, incluso, contribuir a remozar normativa caduca o inicua para los derechos de la ciudadanía. Su intento pienso que se enmarca dentro del que ha hecho también entre nosotros, en la literatura mediterránea sobre el asunto, el profesor de Turín Ermanno Vitale con su *Defenderse del poder* (Trotta, 2012). Sin embargo aquí Biondo intenta apartar este último término, el de resistencia, y adoptar el de desobediencia como más conveniente y preciso para los propósitos que ofrece. Al mismo tiempo, y esto no le pasa desapercibido al lector, trata de dotarlo de menores requisitos para su inclusión y reconocimiento pacífico en el marco legal. Así, por ejemplo, el de aceptación de la sanción correspondiente no le convence y también se preocupa de no restar eficacia a la desobediencia por causa de lo que considera extremos reparos rawlsianos.

Una duda que surge al respecto es si cuando se refiere a la posibilidad de que los disidentes exijan la modificación del ordenamiento y se tratara de una de carácter total (187), tal premisa no sería equivalente a una *revolución*, y por tanto más cercana a la resistencia que intenta eludir Biondo que a la desobediencia propiamente dicha. Surge, de hecho, el famoso problema que preocupa también a los constitucionalista al diferenciar una reforma de las Cartas total o parcial. Y nos introduce, asimismo, en la famosa discusión sobre el poder constituyente. ¿Hasta qué punto la desobediencia civil no sería un intento? Con “la tutela del dictado constitucional se ejercita directamente por los ciudadanos, por lo menos por una parte de éstos, que solicitan la intervención de los órganos del Estado para la tutela de un derecho que otros órganos violan” (253). Pero, ¿en qué grado piden esa protección? ¿No puede ser en algunos casos tan intensa que de por sí resulte imposible para las instituciones, bien por causa de una incapacidad técnica irremediable, bien por su *corrupción* intrínseca?

Biondo es claro que confía en la flexibilidad de políticos e instituciones para aceptar cambios, incluidos jueces o tribunales, así como en su competencia y virtud, o por lo menos en suficientes dosis como para evitar males mayores. En consideración de este extremo, sin embargo, debe dejar lo más apartado posible el terreno de la voluntad desnuda, es decir, el de la política. Pues si el acto de desobediencia es “político” también (136), queda claro que corre el riesgo de no permanecer administrado en la esfera jurídica, de no ser domesticable. Quien destape esa caja va a encontrarse con un amplio área en donde la coacción estará presta a desenvolverse, porque ese el terreno

por excelencia de la política. El encomiable intento que realiza el autor de *Desobediencia civil y teoría del derecho*, en este aspecto, intenta aminorar los riesgos de tal eventualidad mediante la instilación de un conjunto de ideas que permitan a los operadores jurídicos desalojar conflictos del sistema.

¿Pero que ocurriría si los agentes políticos (por cierto, que Biondo no distingue norma y acto impugnados, lo cual podría ser importante para algunas conclusiones) rechazaran la solución de los jueces o tribunales? Siempre podrían volver a imponer las medidas correspondientes, amparándose en su apoyo por parte de la “mayoría”. El asunto es que este concepto a veces es casi tan volátil como el de soberanía o poder constituyente: las mayorías son modificables (puede que incluso por la ejemplaridad de la protesta), se solapan, o incluso puede que ataquen principios del sistema democrático. Y por eso Biondo quiere que admitamos algún papel en la democracia de grupos, mayoritarios o no, que de manera colectiva y organizada deseen que nuestros gobernantes se “replanteen” sus medidas y normas. La duda es de si esto va a defenderse de forma genuina, porque los disidentes son fieles al sistema, o sólo por razones prudenciales, es decir, de si el grupo (mayoritario o no) es un *continuum* o no, o si incluso no puede que varíe en su conjunción de posturas dependiendo de la reacción que suscite en el poder.

Pero eso es ya un tema de táctica y estrategia, de política, en suma, y recordemos, la intención del trabajo es la de seguir operando en los márgenes *jurídicos*, incluyendo aquí sus principios (neoconstitucionales), del sistema estatal “liberal-democrático”. La postura de Biondo añade maleabilidad al modelo del que admite partir, porque, como todos sabemos, la lista de países que dicen acogerse al mismo resulta tan amplia que es imposible no encontrar en ella algunas o muchas vulneraciones frecuentes de los fundamentos de la democracia. La apuesta del autor es una suerte de evolucionismo político-jurídico que permita cribar gobiernos con legitimidad escasa. Esa legitimidad que, como ya sabemos, es uno de los ingredientes del poder político, junto con la coacción que hasta ahora no hemos podido suprimir pesar de nuestras ambiciones (muy) morales, aquellas que inspiraron a Thoreau y Gandhi.

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid
e-mail: ricardo.cueva@uam.es