

INTRODUCCION

Gregorio Peces-Barba

Universidad Carlos III de Madrid



ESTE libro colectivo es el resultado de un seminario celebrado en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, con los trabajos de investigación del grupo de profesores que aquí se integran, pertenecientes a distintas disciplinas, en un análisis predominantemente filosófico-jurídico, porque ese es el núcleo central de comprensión del problema, pero con otras aportaciones relevantes y significativas, como las del Derecho Eclesiástico o Penal. No es un comentario a una sentencia, lícito y conveniente, sino más que eso, una reflexión sobre problemas éticos, políticos y jurídicos, en torno al Derecho, a sus contenidos de justicia y a su obediencia, aunque el desencadenante haya sido esa sentencia, desde luego no rutinaria y expresión de la preocupación de un juez por resolver un caso difícil con rectitud. Tengo la impresión de que pueden ser unos materiales aportados por el pensamiento

jurídico de unos profesores, de utilidad para los operadores que tienen que aplicar el Derecho.

Es una buena ocasión para reiterar la importancia que tiene la formación de los jueces desde este punto de vista de la filosofía jurídica, de la teoría del Derecho, en general, y como teoría de la interpretación y de la argumentación. Sin duda las Universidades, y desde luego esta joven Universidad, sede de este trabajo, están en situación de colaborar con el Consejo General del Poder Judicial, con el Ministerio de Justicia y con sus órganos de formación, para contribuir con sus enseñanzas de perfeccionamiento y de especialización a esa formación permanente de jueces y magistrados. No se puede olvidar que el Derecho es un arte a dos tiempos y, como decía Jerome Frank, el legislador es como el compositor y el juez es como un intérprete de la obra del compositor. Así, el esfuerzo de formación de los estudios de posgrado en el Derecho deben tener las dos orientaciones. La primera, dirigida a funcionarios del Gobierno y de los gobiernos autonómicos, asesores en la preparación de los proyectos de ley, y de Las Cortes, y de las Asambleas legislativas, en el asesoramiento de la elaboración parlamentaria de las leyes. La teoría de la legislación es quizá la concreción, aunque no la única posibilidad, de esa primera fuente de formación.

La segunda es la orientada, como decíamos, a la formación de quienes tienen que interpretar la partitura del Derecho sin errores y con arte, para resolver lo que es justo en el caso concreto de acuerdo con la ley. El Derecho es un gigantesco edificio, lleno de equilibrios, de poderes, de derechos y de deberes, apoyado en última instancia en la fuerza, pero que sólo se puede mantener en paz con el apoyo y el consenso de jueces, funcionarios y ciudadanos, y si todos hacen un esfuerzo de comprensión y de respeto a las reglas del juego limpio. En muchas ocasiones, cuando se descompensa el equilibrio, el igual trato, o no se encuentra la situación satisfactoria, que no es, naturalmente, sinónimo de aquella que favorece a uno, es más por ignorancia, por falta de comprensión de los mecanismos de funcionamiento que por consciente intención. Y esa situación tiene más trascendencia cuando afecta a operadores jurídicos con responsabilidad para resolver. Por eso es obligación de los poderes públicos atender con todo celo a su formación, y no estoy seguro que ésa sea hoy una de las primeras prioridades del Estado. También es una responsabilidad de los propios funcionarios y jueces, que deben conocer la importancia de su tarea, que no está cumplida con el conocimiento de unos temas de oposiciones, ni siquiera del Ordenamiento positivo. La profundización teórica, el conocimiento de las doctrinas jurídicas, de los clásicos desde Platón y Aristóteles hasta los constructores de la mo-

dernidad, de la literatura y del arte. son enriquecimientos de esa memoria del hombre en la historia que nos viene del silencio de la escritura y de otras formas de expresión. que permite la comprensión de los asuntos humanos. Dworkin habla del juez Hércules como el modelo ideal capaz de encontrar una respuesta correcta¹. No creo mucho en esa posibilidad, pero la tendencia para las respuestas razonables ante las pretensiones que se presenten necesitan juristas cultos.

El tipo de reflexión que esta investigación supone intenta incentivar estas iniciativas y aportar materiales sobre un tema clave para la cultura jurídica y política y particularmente para la de nuestro tiempo.

Un viejo tema tan antiguo como la historia, que tiene una de sus primeras expresiones literarias en la *Antígona*, de Sófocles, la desobediencia a las leyes alegando una justicia superior, ha saltado una vez más a la luz, y con gran repercusión en la opinión pública en España, con motivo de una sentencia judicial que ha absuelto a un insumiso que se había negado a cumplir el servicio social, sustitutorio al servicio militar, por razones de conciencia. Si Antígona frente a Creonte alegaba para desobedecer, “las leyes no escritas de los dioses”, las *nomoi agrafoi*, en este caso se alegaban imperativos de conciencia. Es el mismo argumento iusnaturalista expresado por un ideal de justicia objetivo en el primer caso, cuyo autor es Dios, o que aparece en la naturaleza humana, descubrible por la razón, aunque Dios esté en el origen, y subjetivo en el insumiso para quien el ideal de justicia es la expresión de su propia conciencia personal. Los efectos y las consecuencias son los mismos: justificar una desobediencia al Derecho positivo desde instancias que se pretenden superiores, que evolucionan desde el objetivismo más pretencioso hacia el subjetivismo más individual de la apelación a la conciencia. Se han oído muchos comentarios, incluso lecciones desde la Filosofía moral o desde otros púlpitos, y se ha suscitado un lógico interés de los ciudadanos que recomienda contribuir al debate, modestamente, desde la única legitimidad de haber dedicado muchos años a la filosofía jurídica que es la atalaya intelectual más adecuada para comprender estos temas. Sin pretensiones de agotarlos me parecen relevantes estas perspectivas, como contribución introductoria a esta investigación.

1. El problema es un problema moral y un problema jurídico, con contenidos fronterizos y con interrelaciones múltiples. Es un problema moral porque la conciencia sería el máximo referente ético, y es jurídico porque se pretende que esa decisión de conciencia tenga consecuencias en el Derecho, en una situación regulada por la Constitución y la ley. Es verdad que cuando el Derecho entra a valorar la conciencia para rechazarla o apoyarla, el re-

sultado y la decisión ya no están en el mundo de la moralidad, y cuando el juez consolida la actitud del insumiso, está realizando un acto jurídico y no moral.

2. La dimensión moral es decisiva para el Derecho porque es la base de los grandes contenidos materiales que le guían en una determinada dirección, con los valores y los principios que orientan a las restantes normas del ordenamiento, como en España los valores del artículo 1-1 y los derechos fundamentales, aunque esa moralidad legalizada o juridificada no es propiamente moral, sino ya Derecho.

Cuando la moralidad presiona y critica al Derecho positivo, no forma parte del mismo, aunque es un vivero para la legislación y para la acción de los jueces, que enriquecen el Derecho con contenidos morales. Pero este enriquecimiento se produce desde cauces autorizados, por los titulares de la creación jurídica y no cabe, en una situación de normalidad, que desde la moralidad se impongan sus contenidos al Derecho. La moral sólo se juridifica si los operadores jurídicos autorizados la incorporan por la vía de la Constitución, de la Ley o del Derecho judicial.

3. En las sociedades democráticas cuya legitimidad deriva del consenso y del acuerdo, esta preocupación y esta comunicación entre Derecho y moral, entre Ley y conciencia, en la versión más actual de subjetivismo ético, está muy presente, porque su objetivo es hacer posible la libre elección de la moralidad personal para alcanzar la autonomía o la independencia, para escoger las estrategias de la felicidad o los planes de vida de cada uno.

Así desde los orígenes del Estado liberal se han ido dando en el Derecho una serie de pasos para recoger, por un lado dimensiones morales y para integrar las protestas de los críticos al sistema desde razones morales por otro. Desde el primer punto de vista se han fijado contenidos materiales, como los valores, los principios y los derechos, que juridifican ideales morales sobre la base de la idea de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad, de la seguridad y de la solidaridad. Desde el segundo se ha ido institucionalizando la resistencia, integrando la protesta de la conciencia, desde algunos derechos (libertad de expresión o de manifestación), desde acciones procesales como los recursos frente a las decisiones de la Administración y los amparos en protección de los derechos fundamentales. Incluso se ha juridificado la desobediencia en una serie de casos en los cuales se ha dado relevancia a la conciencia, como razón para no cumplir un deber o una obligación derivada de la Ley. En este supuesto, la conciencia es la base, pero lo que autoriza la desobediencia es una norma, con lo cual se ha juridificado no la moral objetiva, sino algunas dimensiones de la conciencia personal. Este

no es ya un problema exclusivamente moral, sino jurídico, porque todo el proceso se ha producido desde la aceptación del sistema, y por medio de los mecanismos jurídicos de producción normativa, aunque naturalmente teniendo en cuenta las presiones sociales, y las concepciones morales más arraigadas, una de las cuales es el valor eminente de la conciencia. En todo caso ese proceso no se ha hecho contra el Derecho, sino desde el Derecho.

4. Contra el Derecho, al margen del sistema, se puede protestar, desobedecer, y si se hace por razones morales, un Derecho democrático tiene que ser comprensivo y no puede tratar igual al delincuente, al hombre malo como decía el juez Holmes, que al desobediente civil, al que actúa por razones de conciencia.

Incluso en algún caso la jurisprudencia (a través de un órgano autorizado que es el Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución) podría integrar una desobediencia civil de ese tipo, equiparándola con la objeción de conciencia. (Piénsese en un médico expedientado y sancionado como funcionario por negarse a practicar un aborto o a intervenir informando en el mismo, antes de que el Tribunal se hubiera pronunciado en el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Partido Popular.) Incluso si la desobediencia es importante, el legislador puede provocar una modificación de la Ley, recogiendo las preocupaciones morales que llevan a la desobediencia. Pero aceptar la desobediencia civil como tal, convalidándola, rompe las reglas del juego del funcionamiento de las relaciones entre Derecho y moral en un sistema jurídico democrático moderno al pretender la imposición de la moral sobre el Derecho, y eso no se puede hacer nunca jurídicamente. Sólo se puede hacer por la fuerza cuando una mayoría rechaza la moralidad reflejada en el Derecho y considera que existen razones que obligan a usar la fuerza para cambiar el Derecho vigente. Pero intentarlo desde una sentencia es una contradicción lógica, es una vía abierta para, con el ejemplo, llevar a otras desobediencias que debiliten la eficacia del Derecho, y sólo desde la eficacia general del Derecho en un sistema democrático, se puede defender la libertad de cada uno. Es buena la tradición de que para ser libres hay que ser siervos de la ley, que incorporó a la cultura, el pensamiento estoico, y que fue la base para que el iusnaturalismo moderno comprendiese en el siglo XVIII que el Derecho sólo es eficaz si es positivo y que los derechos naturales necesitan para ser efectivos el apoyo del Derecho creado por el poder, del Derecho positivo.

Entonces el movimiento razonable y lógico llevó desde los derechos naturales hasta su protección por la ley. La aceptación jurídica de la desobediencia lleva de nuevo desde la ley hasta los derechos naturales. Es desan-

dar el camino. Por eso el problema es eminentemente jurídico, aunque tenga dimensiones morales, y por eso tiene tanta trascendencia. Podría suponer, por otra vía, llegar a las conclusiones del Marx más anarquista de la desaparición del Derecho y del Estado y volvería a tener sentido la pregunta de Lenin ¿libertad, para qué?; porque una insistencia patológica en mi libertad puede llegar a destruir la libertad de los demás si desarmamos al Derecho como instrumento coordinador y organizador.

Estamos probablemente en el núcleo de comprensión del equilibrio que hace viable la existencia de una sociedad democrática y cooperativa, basada en unas reglas de juego que suponen un trato igual para todos. Algunos, como Spinoza, consideran con dureza opiniones sediciosas, en una terminología anticuada, pero con un gran fondo de vigencia, a “aquellas cuya existencia suprime ipso facto el pacto por el que cada uno renunció al derecho a obrar según el propio criterio”². Montesquieu, por su parte, en esa tradición que vincula la libertad a la ley, en el libro XI de la parte primera de *El Espíritu de las Leyes*, dice: “...la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, y si un ciudadano pudiera hacer lo que prohíben, ya no habría libertad, porque los demás tendrían igualmente ese poder...”³.

Aunque, como hemos visto, un proceso de afinamiento y de corrección de los trazos más estrictos de la obediencia al Derecho han permitido juridificar dimensiones de resistencia y abrir cauces para la moralidad crítica, y para una objeción de conciencia relevante para eximir de deberes jurídicos, en la raíz del paradigma político de la modernidad, sigue siendo válida la definición kantiana del Derecho como “conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad...”⁴. Es decir, que precisamente los fundamentos de esta atención a la moralidad, en este caso de la conciencia individual, están en los propios fundamentos de la ética pública de la Democracia, que cuando son afectados o impugnados en su sentido más profundo, por la admisión de las decisiones de una conciencia extrasistema, cuando no antijurídica, contribuyen a privar de razón y de apoyos a esos comportamientos. Es como matar a la gallina de los huevos de oro, cuando uno se desliga del deber de juego limpio, que deriva de la igual consideración que la ley otorga a todos y que “exige incluir en él la obligación que los participantes que a sabiendas han aceptado los beneficios de su práctica común tienen entre sí de actuar de acuerdo con ella cuando les llega la hora de hacerlo pues habitualmente se considera inicuo que uno acepte los beneficios de una práctica pero renuncia a hacer lo que le corresponde para mantenerla”⁵.

De ahí el clamor de Bentham contra “los fanáticos armados de un derecho natural que cada uno entiende a su modo y del cual nada puede ceder ni quitar... En la inmensa variedad de ideas sobre la ley natural y la ley divina, ¿no hallará cada uno alguna razón para resistir a todas las leyes humanas? ¿Hay un sólo Estado que pudiera mantenerse un día, si cada uno se creyera obligado en conciencia a resistir a las leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural y la ley revelada? ¿Qué guerra sangrienta y horrible entre todos los intérpretes del código de la naturaleza y todas las sectas religiosas?”⁶ El pacto lógico que hace posible la vida en común, realizado entre representantes teóricos con un velo de ignorancia sobre la situación real, como en Rawls, e incluso el diálogo y la comunicación intersubjetiva en la línea de Habermas o Apel, son imposibles, si cada uno adopta con carácter general, una postura solipsista y aislacionista que ciega incluso las fuentes que le suministran razones para esa conciencia, y que están precisamente en ese núcleo de consenso que impugna.

A la altura de finales del siglo XX, es necesario entender el progreso que supone sobre el pactismo original, la juridificación de la objeción de conciencia, y también las teorías sobre la desobediencia civil de aquellos que a través de esos comportamientos quieren corregir y criticar las desviaciones del modelo democrático de la modernidad. Pero también es prudente entender los problemas más vivos, distinguiendo varias situaciones que matizan el juicio para concluir esta introducción.

No cabe duda, en primer lugar, que muchas de esas actitudes de desarraigo están motivadas por el descontento y el desánimo que producen comportamientos de los poderes públicos democráticos, en el mundo y en España, poco acordes con este paradigma ético de la modernidad, y si las reglas del juego limpio afectan a los ciudadanos, no se puede ignorar que afectan principalmente a los gobernantes y a los poderes públicos. La razón del consenso es que cumplan con su deber principal de favorecer una libertad igual para todos que permita una elección autónoma e independiente de planes de vida. Esto equivale a decir que el objeto principal del pacto es la eficacia de los derechos naturales que debe ser garantizada por el poder, en la clásica aproximación de Locke⁷, que en ese sentido sigue siendo válida. La corrupción, la invisibilidad del poder, las prácticas inmorales y de fuerza en la política entre los Estados, el sacrificio de los más débiles, la falta de respeto a las reglas de Derecho Internacional, las violaciones de los derechos humanos, no son buenas razones para exigir el respeto al Derecho. Las nuevas versiones del gobernante *legibus solutus* son un criadero de desobedientes y de insumisos.

De todas formas, ese mal no justifica el otro, aunque lo explique y existen fórmulas de corrección interna vinculadas a recursos jurídicos contra decisiones ilegales y leyes inconstitucionales, amparo frente a violaciones de derechos, derecho a protestar, a manifestarse y a criticar, existe la objeción de conciencia y existe la desobediencia como posibilidad de protesta para proteger al sistema y no para destruirla, como ya hemos descrito, al analizar la evolución histórica de los orígenes pactistas del Estado liberal de Derecho.

Por otra parte, en esas manifestaciones de la conciencia frente a la ley se encuentran situaciones muy distintas que deben ser objeto de tratamiento y de enjuiciamiento diferenciado por parte de las leyes y por los operadores jurídicos que las aplican. Una valoración global y unitaria es imposible y conduciría a graves injusticias. El problema será, en la práctica, distinguir, en cada caso, a qué tipo de conciencia se está enfrentando el operador jurídico.

Me parece que se pueden dibujar tres modelos teóricos, que yo denominaría de conciencia crítica integrada, de conciencia crítica aislada y de conciencia egoísta interesada. Se parte del supuesto de que en los tres casos la conciencia actúa al margen del sistema de juridificación de las objeciones de conciencia admitidas en un Ordenamiento, y en esta dialéctica de enfrentamiento entre ley y conciencia.

1. La conciencia crítica integrada es la de aquella persona conforme con los fundamentos de la ética pública de la sociedad democrática, pero crítica y disconforme con líneas de desviación y con patologías, a las que se quiera enfrentar y frente a las que quiere protestar y corregir. En este caso estamos ante un ciudadano de primera fila, al que se debe tener muy en cuenta, si los poderes públicos actúan de buena fe, en sus objetivos últimos. Si la desobediencia que produce no permite una juridificación exculpatoria, la sanción debe valorar esas circunstancias, y también las reclamaciones de fondo que la justifican. Aunque no es objeto ni de este trabajo ni de esta investigación, la sentencia del insumiso que ha sido el punto de partida, en su resultando de hechos probados, parece dibujar un tipo humano situado en este primer modelo, de conciencia crítica integrada, y por consiguiente digno de toda consideración, aunque quizá no comparta la fórmula que el juez ha utilizado para expresarla.

2. La conciencia crítica aislada, que prescinde del modelo para sus motivaciones y que las construye de manera solipsista, sin usar las razones generales de la ética racional de la modernidad, aunque en muchas ocasiones no renuncia a los beneficios de ese razonamiento incorporado al poder político y a su Derecho. Por un lado, es difícil que pueda elevar a ley general, e incluso ni siquiera lo pretende, sus planes de vida, y si aprovecha además

las ventajas de la colaboración, es difícil de justificarla como conciencia recta, y que no se puede considerar inicua su actitud. Sólo si se sacrifica, como un ser desplazado y marginado para defender esa moralidad, se le puede valorar positivamente en su desobediencia. Por otra parte, ésta suele ser, en ese caso, más pacífica y privada, al no pretender efectos secundarios generales. Esta ética posmoderna será así, como dice Rubio Carracedo, la de un “sujeto débil y asténico, aferrado a su autismo escéptico o irónico, frecuentemente insolidario”⁸. Si en algún supuesto esas desobediencias son relevantes para el funcionamiento general del sistema, es evidente que éste debe reaccionar con una fuerza proporcional al alcance de su postura.

3. La conciencia egoísta interesada es la más negativa de todas, y que no puede ser valorada en ningún caso como descargo total o parcial para la desobediencia. Es la de aquel que sólo defiende sus propios intereses, que carece de cualquier altruismo, por muy limitado que sea, y que consigue que aquello que presenta como su moralidad, incluso con la retórica de la defensa de su conciencia, suela ser inseparable de esos intereses. En realidad estamos ante una simulación moralmente no relevante, porque, como dice Rawls muy agudamente, “de un hombre cuyos juicios morales siempre coincidieran con sus intereses, podrá sospecharse que carece en absoluto de moralidad”⁹.

De paso diremos que este último modelo de conciencia no errónea, sino falsa, rompe el tabú, aunque ése es un tema conexo que no podemos tratar aquí, de que el Derecho no puede entrar a valorar las manifestaciones de la conciencia. Aunque sigue siendo centralmente correcto, parece que sería aceptar tratos desiguales e infracciones a las reglas del juego limpio, si se evitase entrar en supuestos de simulaciones notorias, conocibles por signos externos, y se diese un trato normal a las reclamaciones derivadas de ellas.

⁸ Vid. *Los Derechos en serio*, traducción de María Guastavino, con estudio introductorio de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984.

⁹ *Tratado Teológico-Político*, traducción, introducción, notas e índices de Atilano Domínguez, Alianza, Madrid, 1986, vid. capítulo XX.

³ *L'Esprit des Lois*, parte primera, libro XI-3, *Ouvres Completes*. Du Seuil, París, 1964, p. 586 (traducción del autor).

⁴ *La Metafísica de las costumbres*, primera parte, “Principios metafísicos de la doctrina del Derecho”: “Introducción a la Doctrina del Derecho”, B: “¿Qué es el Derecho?”, en la excelente edición de Adela Cortina, Tecnos, Madrid, 1989, p. 39. No serían, sin embargo, tan actuales las observaciones de Kant sobre la obediencia estricta ni sobre el soberano por encima de la ley, ni sobre los que tienen derecho a la participación política, ni sobre la pena de muerte, ni sobre el infanticidio. Vid. segunda parte de “La doctrina del Derecho”: “El Derecho Público” (en la edición citada en pp. 139 y ss).

⁵ Vid. John RAWLS, *Justicia como equidad*, en la edición de Miguel Angel Rodilla. Tecnos, Madrid, 1986, p. 30.

■ LEY Y CONCIENCIA

* *Tratados de Legislación Civil y Penal*, edición de Magdalena Rodríguez Gil, sobre la de Ramón Salas, de 1821; Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 94.

⁷ Vid. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, capítulos VII: “De la sociedad política o civil”; VIII: “Del comienzo de las sociedades políticas”; IX: “De las finalidades de la sociedad política y del gobierno”; XVIII: “De la tiranía”, y XIX: “De la disolución del gobierno”.

* Vid. *Ética constructiva y autonomía personal*, Tecnos, Universidad de Málaga, Madrid, 1992, p. 54.

* *Justicia como equidad*, en edición citada, p. 24.

