

# **UN EJEMPLO DE USO ALTERNATIVO DEL DERECHO: LA PRIMERA SENTENCIA ABSOLUTORIA DE UN INSUMISO EN ESPAÑA**

**(Sentencia 75/92 de 6 de marzo del Juzgado de lo penal  
número 4 de Madrid)**

Juan Antonio Gómez García  
Licenciado en Derecho por la  
Universidad Complutense de Madrid  
Doctorando en Filosofía del  
Derecho por la UNED

## **SUMARIO**

- I. El ambiente en torno a la sentencia.
- II. Las recientes decisiones judiciales. La propia sentencia.
- III. Un análisis de la sentencia.
- IV. La sentencia como uso alternativo del derecho.

## **I. EL AMBIENTE EN TORNO A LA SENTENCIA**

Recientemente hemos asistido a una intensa polémica, suscitada por la sentencia 75/92 de 6 de marzo del Juzgado de lo penal núm. 4 de Madrid, dictada por el juez D. José Luis Calvo Cabello, que absolvía a un insumiso (Iñaki Arredondo García) de un delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria (como se sabe, están obligados a realizarla aquellos varones que han sido declarados objetores de conciencia al servicio militar). En este caso se daba la circunstancia de que era la primera vez que se absolvía a un insumiso desde la promulgación de la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, reguladora

del régimen penal y de recursos en caso de objeción de conciencia al servicio militar.

Esta decisión judicial ha provocado reacciones de tal magnitud y diversidad (1) que aconsejan una exposición siquiera sumaria de las mismas a efectos de mostrar el ambiente en que se ha visto (y se está viendo) envuelta. Según el examen de las reacciones más significativas, se pueden clasificar éstas en dos grandes bloques:

a) El primer bloque estaría formado por aquellas opiniones que se pronuncian sobre el fondo de la sentencia, emitiendo un juicio valorativo sobre la decisión allí manifestada.

Esta valoración se concreta en dos clases de opiniones:

- Opiniones contrarias a la doctrina sentada por la sentencia, y por tanto a la absolución de Iñaki Arredondo.
- Opiniones coincidentes con la del juez Calvo Cabello y en consecuencia con el fallo por él pronunciado.

b) El segundo bloque se constituiría por opiniones meramente *descriptivas* de la decisión, en tanto que no se manifiesta sobre la conveniencia o no de la doctrina y absolución expresada en la sentencia, sino que emiten un juicio externo al contenido de la resolución judicial. Hablan de la sentencia, pero sin entrar en el fondo de ésta.

---

(1) Sin duda, la polémica responde (como señala MANUEL ATIENZA en la página 19 del num. 25 de la revista *Claves de Razón Práctica*, correspondiente al mes de septiembre de 1.992, y dentro de su artículo "Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos") a que "...se trata de una decisión con una enorme trascendencia social (...) y que, al mismo tiempo, parece poner en cuestión determinados valores del Estado de derecho (fundamentalmente, el de la vinculación de los jueces al ordenamiento jurídico). Las opiniones al respecto se han materializado, fundamentalmente, a través de los medios de comunicación. Casi la práctica totalidad de ellos se han hecho eco de las mismas, como se irá indicando a lo largo del presente trabajo. Del mismo modo, se han producido reacciones, no sólo en los ámbitos estrictamente jurídicos, sino también en otros ámbitos, e incluso hasta en la propia calle.

Las opiniones encuadrables en el primer bloque son las más numerosas, y en concreto las que se muestran contrarias al contenido expresado en la sentencia. Entre éstas cabe resaltar como más significativas las del Presidente del Gobierno, quién señaló que "...como cualquier decisión judicial, la acato, pero espero que sea recurrida y cambiada" (2), y la del Ministerio de Defensa que considera a la sentencia como "preocupante" (3); así como la del Ministro de Justicia, quien piensa que esta decisión judicial "...es muy peligrosa para el Estado de derecho y supone un atentado contra la soberanía parlamentaria" (4), según De la Quadra-Salcedo "...el legislador es el que valora las circunstancias especiales, porque es el que hace las leyes. Cualquier otra persona que haga interpretaciones por libre supone que salgamos de un Estado de derecho a un Estado judicial" (5), y añadió que "...ningún juez puede ser insumiso ante la ley" (6). También es destacable la opinión según la cual "...la absolución de un insumiso -y, en mayor medida, la pretensión de fundamentarla en una supuesta primacía de la conciencia individual sobre el ordenamiento jurídico- decretada por un juez (...) es inadmisibles, y el Gobierno tiene no ya el derecho, sino el deber, de impugnarla para evitar la fijación de tan amenazador precedente" (7). En esta línea, hay que poner de relieve las opiniones emitidas por Jiménez Losantos, quien señala que "...desde posiciones liberales o conservadoras, la sentencia es una barbaridad, porque legalmente pone por encima la conciencia individual si se enfrenta al ordenamiento jurídico" (8); y la de la editorial de *Diario 16* de 14 de marzo de 1992, donde se dice que "...no es admisible que se exima la responsabilidad a quienes alegando los dictados de su conciencia moral, se niegan a cumplir las prescripciones de las leyes válidamente promulgadas, conforme a lo que la Constitución democrática tiene ordenado. En todos los ordenamientos del mundo se incluyen normas que desagradan a algunos de sus destinatarios o que, incluso, son rechazadas en virtud de sus convicciones profundas. Sin embargo, gracias a lo que la doctrina denomina 'pacto social', se genera el orden en paz y libertad. Por la virtualidad de tal acuerdo básico se pasa del 'estado de la naturaleza', donde imperan

---

(2) *Diario ABC*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. P. 30.

(3) *Diario El País*. Miércoles, 11 de marzo de 1.992. P. 16.

(4) *Diario 16*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. P.5.

(5) *Diario 16*. Idem.

(6) *Diario 16*. Idem.

(7) *Diario ABC*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. P. 25.

(8) *Diario ABC*. Viernes, 13 de marzo de 1.992. P. 18.

los instintos y los deseos de cada cual, al 'estado de sociedad', que es el reino de la libertad humana". Igualmente, se pronuncia en este sentido José Luis M. Palacín al afirmar que "...la sentencia sienta un principio ideológico en el que se devalúa el concepto de solidaridad (...) precisamente el principio de solidaridad es un perfecto hilo conductor a lo largo de todo el texto de nuestra Carta Magna. Cualquier abandono del mismo, por supuestos personalistas, ayuda a disolver el concepto de igualdad y armonía que lo sustentan" (9). En otro orden de cosas, hay opiniones discordantes que basan su idea en la confusión entre "deberes" y "obligaciones" que impera en la doctrina de la sentencia y que justifica lo erróneo del fallo, ya que según el autor de esta opinión "los 'deberes' pertenecen al mundo de la ética |y| las 'obligaciones' (...) existen en el mundo del derecho" (10); y en la diferencia entre validez y justicia de una norma jurídica (11), y la seguridad jurídica (12) como fundamentos del ordenamiento jurídico no contemplados por la doctrina de la sentencia. Por último, otras opiniones manifiestan la confusión existente en la sentencia "entre objeción de conciencia y desobediencia civil (...) equívoco (...) que hace que el juez tergiversa los términos y el alcance del derecho de objeción en relación con el servicio o prestación social sustitutoria" (13); y la "...confusión, aún más grave, (...) que identifica la existencia de toda posible fundamentación del deber de obediencia a la ley con la existencia de una obligación moral, de conciencia" (14).

---

(9) *Diario 16*. Domingo, 15 de marzo de 1.992. P.6.

*Diario El Mundo*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. P. 6. según Manuel Cobo del Rosal (de acuerdo con la opinión reseñada) en declaraciones realizadas a este diario, "la sentencia carece de todo sentido desde el punto de vista del deber de solidaridad ciudadana que impone la Constitución en aquellos servicios, prestaciones e incluso deudas de tipo económico".

(10) *Diario 16*. Miércoles, 11 de marzo de 1.992. P.2.

(11) *Diario 16*. Sábado, 14 de marzo de 1.992. P. 3.

*Diario El Mundo*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. Según Jiménez de Parga, "...el juez ha confundido la Justicia de la Ley con la validez de la Ley y llega a una conclusión en la sentencia, inadmisibles".

(12) *Diario 16*. Editorial del sábado, 14 de marzo de 1.992. P. 3.

(13) LUCAS, Javier de.- "El castigo de los insumisos. Acerca de la reciente jurisprudencia sobre objeción de conciencia e insumisión", en *Claves de Razón Práctica*. Num. 25. Septiembre de 1.992. P. 31.

(14) LUCAS, Javier de.- Op. cit. P. 33.

Las opiniones que se muestran favorables a la doctrina sentada por la sentencia son menos numerosas que las anteriores. En primer lugar es destacable la opinión manifestada por la Asociación "Jueces para la Democracia", según la cual la decisión del juez es calificada de "correcta, meditada, serena y situada dentro de los márgenes interpretativos que la Constitución y las leyes permiten a los jueces" (15). Abundando en este argumento, Muñoz Conde considera a la sentencia "...técnicamente correcta, ya que (..) en estos conflictos de conciencia, hay que darle preeminencia a la convicción honesta, no cuando se trata de un atentado a la vida (...), pero sí cuando se contrapone a un bien jurídico tan discutible como es el servicio militar" (16). Por otro lado, Fermín Bocos se muestra favorable con la decisión judicial al calificarla como una "sentencia extraordinaria", y declara expresamente que es el juez quien tiene la razón en el presente caso (17); así como Javier Sadaba, quién piensa que "la decisión de aceptar un determinado sistema de normas (...) es siempre individual. Es cada uno de los individuos quien decide entrar a formar parte de una praxis común. Ahora bien, si en esa praxis se detecta algo que pone gravemente en cuestión la autonomía individual uno puede retirar su decisión de participar (...). Si alguien contraargumentara mostrándonos que por este camino abrimos la puerta a cualquier resistencia al derecho, le contestaríamos que cada caso debe estudiarse por sí mismo" (18). Finalmente es destacable la opinión emitida por Manuel Atienza en su artículo "Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos" en el núm. 25 de la revista *Claves de Razón práctica* del mes de septiembre de 1992, donde responde a los cuatro tipos de argumentaciones que (según él) han sido empleados para criticar la sentencia.

Tales argumentos son: a) el de la *universalidad*, argumento que para Atienza carece de fundamento en la medida en que responde a una consideración equivocada de la ratio decidendi de la sentencia (circunstancia en que ha de basarse una posible tesis sustentada sobre el argumento de la universalidad),

---

(15) *Diario 16*. Sábado, 14 de marzo de 1.992. P. 9.

(16) *Diario El País*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. P. 13.

(17) *Diario El Mundo*. Viernes, 13 de marzo de 1.992: "¿Quién tiene razón?. Pues a mi juicio, el juez. (...) No es la sociedad la que está a disposición de la Justicia, es el sábado el que fue hecho para el Hombre. ¿Es concebible una moral privada opuesta a la ética del Estado?. Personalmente me quedo con la respuesta de nuestro inquietante juez insumiso".

(18) *Diario El Mundo*. Martes, 17 de marzo de 1.992. P.4.

que según el autor no es la idea expresada de que la conciencia prima sobre la ley, sino que quien en la infracción de un "...deber penal que se quiere imponer per se (o sea, sin que la infracción de un deber suponga un ataque a un bien jurídico), lo hace por imperativo de una conciencia auténtica, su conducta es éticamente coherente, supererogativa, no violenta y no cuestiona el ordenamiento jurídico más que en ese punto concreto, y se dan las circunstancias del estado de necesidad, entonces, en tal caso la conciencia prima sobre la ley, en el sentido de que a esa persona no se le debe imponer una sanción penal", en cuyo caso no cabe tal crítica (19); b) el de las *consecuencias* negativas que la sentencia acarrea para el ordenamiento jurídico, y para la institución Ejército, además de suponer la politización de la función judicial. Según Atienza "...parece más bien una exageración sostener que la actitud del juez implica una seria amenaza para el ordenamiento jurídico" (20), además de que no significa cuestionar la institución Ejército, sino un determinado modelo de Ejército, ni llega a ser una muestra de "activismo judicial" (21), aunque no sea tampoco "un ejemplo de aplicación pura y simple del derecho" (22); c) el de la *coherencia*, basado en la incoherencia de la decisión judicial en relación con los principios del ordenamiento jurídico, en concreto con los principios de legalidad y de división de poderes (sin embargo, para Atienza la incoherencia hay que predicarla más bien de la propia norma penal sancionadora que del razonamiento del juez) (23); d) el de la *corrección*, que considera incorrecta la argumentación del juez para basarse en una postura incorrecta (la del insumiso) y por la falta de racionalidad formal de la sentencia. Atienza considera que la decisión no es "incorrecta" en la medida en que se trata de

---

(19) ATIENZA, Manuel.- "Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos", en *Claves de Razón Práctica*. Núm. 25. Septiembre de 1.992. P. 21 y 22.

(20) ATIENZA, Manuel.- Op. cit. P. 24.

(21) ATIENZA.- Op. cit. P. 25.

(22) ATIENZA.- OP. CIT. P. 25.

(23) ATIENZA, Manuel.- Op. cit. P. 26. Según Atienza "...lo que quiso decir el juez no fue exactamente que la conciencia prevalece sobre la ley (es decir, que las razones jurídicas no son en este caso razones últimas y que, por tanto, pueden ser desplazadas por razones de otro tipo), sino que, dadas las circunstancias del caso, existen razones de suficiente peso (razones básicamente constitucionales) para que quien viole una determinada ley por motivos de conciencia sea eximido de responsabilidad penal. Si se acepta esta premisa del razonamiento del juez, entonces su decisión sería coherente, pues la misma no parece entrar en contradicción con los principios de nuestro ordenamiento jurídico".

una decisión "razonable" (24). En consecuencia, de los argumentos anteriores el catedrático de Filosofía del Derecho de Alicante deduce que "...los jueces (...) se enfrentan aquí (...) con un verdadero dilema: o sacrifican el principio de legalidad y de subordinación del poder judicial al legislativo, o sacrifican el principio de libertad de conciencia, de proporcionalidad de las penas, de exclusiva protección penal de los bienes jurídicos, etcétera. Todavía más simple: o hacen justicia, o aplican la ley" (25); en definitiva, aboga por "...modificar una normativa que sitúa a los jueces ante un verdadero dilema moral" (26).

Las opiniones del segundo bloque se caracterizan por su "neutralidad" (27) respecto a la doctrina de la sentencia. Unas opiniones manifiestan el carácter innovatorio de la doctrina jurídica sentada por la decisión judicial (28). Otras, como la emitida por el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, Pascual Sala, creen que la sentencia "es polémica" y es "de gran trascendencia por la doctrina que sienta" (29). Por último, hay que destacar dentro de este bloque, la opinión emitida en la editorial de *El País* de 10 de marzo de 1992, p. 10, donde se dice que "...la resolución judicial consituye un cuestionamiento del marco legal desarrollado en estos años sobre la objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria (...) la sentencia (...) debe contemplarse como una interpretación al actual marco legal del sistema del servicio militar obligatorio. Un sistema

---

(24) ATIENZA, Mauel.- Op. cit. P. 28. La opinión de Atienza es que "...hay ocasiones en que los jueces pueden (y deben) adoptar decisiones que van más allá de los límites fijados en esos requisitos |racionalidad formal| (...). Ahora bien, una decisión que cae fuera de la racionalidad formal no es por ello una decisión arbitraria. Entre la racionalidad formal y la arbitrariedad -la irracionalidad- hay un terreno intermedio que a veces se llama 'razonabilidad', y que propongo definir como sigue: una decisión jurídica es razonable si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso".

(25) ATIENZA, Manuel.- Op. cit. P. 29.

(26) ATIENZA, Manuel.- Op. cit. P. 29

(27) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª ed. Madrid, 1992. Voz NEUTRALIDAD: "Cualidad o actitud de neutral". Voz NEUTRAL: "Que no es ni de uno ni de otro; que, entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas. Dicese de personas y cosas".

(28) *Diario 16*. Jueves, 12 de marzo de 1.992. Editorial. P. 2. "La verdad es que la sentencia es muy polémica, pero la materia que juzga es nueva y, en estos terrenos, toda innovación parece revolucionaria. ¿Estamos ante una doctrina jurídica peligrosa?".

(29) *Diario El País*. Viernes, 13 de marzo de 1.992. P. 16.

que tiene una grave falla en la consideración de la objeción de conciencia como una causa más de exención del servicio militar y no como manifestación del derecho fundamental de libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la Constitución. Precisamente, ha sido esta falla la que ha hecho posible la sentencia absolutoria del juez de Madrid y la que posibilita otras similares en el futuro”.

De todo lo anterior, se infiere sin dificultades que hay opiniones para todos los gustos y del más variado carácter. La diversidad y heterogeneidad de las mismas hacen que resulte útil un recorrido por las recientes decisiones judiciales en casos de insumisión; y un análisis pormenorizado de la propia sentencia.

## **II. LAS RECIENTES DECISIONES JUDICIALES. LA PROPIA SENTENCIA**

Desde la aprobación de la nueva ley del servicio militar en diciembre de 1.990, por la cual se transfería la competencia para juzgar los casos de insumisión desde los tribunales castrenses a los tribunales civiles, las decisiones judiciales han sido en su totalidad, como ya sabemos, condenatorias. Sin embargo, no todas ellas se han limitado a aplicar la ley de forma automática, sino que algunos de estos jueces han introducido elementos en sus resoluciones que evitaban el encarcelamiento de los encausados.

Como primer ejemplo de estas sentencias (30) destacamos la del juez de Béjar, Andrés Palomo, de 6 de marzo de 1.991 al imponer pena de nueve meses de condena al acusado, para evitar así la cárcel. Con posterioridad la Audiencia provincial de Salamanca, en resolución del recurso de apelación, elevó la pena a dos años y cuatro meses. Asimismo, el juez de Burgos Francisco Manuel Marín condenó al insumiso Juan José Cuesta Dueñas a sólo cinco meses argumentando en sentencia de 13 de febrero de 1.992 que la ley de Objeción “ha suscitado una encendida polémica en nuestra sociedad, no sólo a nivel ideológico, sino también a nivel jurídico. Añadió que “está en boca la

---

(30) La información sobre estas decisiones judiciales ha sido extraída del diario *El País*. Martes, 10 de marzo de 1.992. P. 13.

tesis de que con la ley no se está penando una actividad delictiva individual, sino toda una forma de pensar y de vida de un sector de la sociedad". Del mismo modo, el juez de San Sebastián Miguel Angel Filgueira condenó en sentencia de 2 de marzo de 1.992 a los insumisos Manuel Yera y Angel Zapirain a sólo un mes y un día de arresto, al creer que su conducta "en ningún caso puede decirse que de forma importante quebrante el orden social, teniendo en cuenta que son múltiples los objetores que, por cuestiones meramente organizativas, no son llamados a realizar la prestación sustitutoria". Por último, son interesantes las resoluciones de la juez de Toledo Lourdes del Sol, quien tras condenar a dos años y cuatro meses al insumiso Vicente Daniel Azana, solicitó el indulto (no atendido) en favor del encausado; y las del juez Ramón Sáez Valcárcel de Madrid, y José Joaquín Pérez-Beneyto de Barcelona (en diciembre de 1.991 y marzo de 1.992, respectivamente), que archivaban las denuncias dirigidas contra los encausados por estimar que la insumisión no es un delito por no lesionar ningún bien jurídico en el caso del juez de Madrid; y que la lesión del bien jurídico establecido por la ley (defensa nacional según el juez) no se da en caso de no presentación al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, ya que la Constitución no obliga a la realización de ésta, según el juez de Barcelona.

El panorama descrito con anterioridad nos da una idea de la consideración de la conducta de insumisión por parte de los jueces que han tenido que pronunciarse en casos en que ésta se ha presentado. Corresponde ahora examinar con detenimiento la sentencia que aquí nos interesa en cada uno de sus argumentos principales a efectos de conocer y analizar los contenidos que en ella expone el juez Calvo Cabello.

El primer tema que toca la sentencia es el del *bien jurídico protegido* por la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre. En este punto, el juez parte de la existencia en Derecho penal del "principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos", lo cual implica realizar alguna consideración sobre la cuestión del bien jurídico protegido, que para el juez Calvo Cabello "no es de fácil concreción" (31). De este modo, el juez se plantea diversas hipótesis sobre los posibles bienes jurídicos que se protegen por esta ley:

---

(31) FUNDAMENTO PRIMERO de la sentencia 75/92 de 6 de marzo de 1.992 dictada por el juez Calvo Cabello en el Juzgado num. 4 de lo Penal de Madrid.

a) Por un lado, la “defensa nacional en su dimensión civil” (32). Este supuesto es desechado de inmediato por el juez (33).

b) Por otra parte, la “prestación social sustitutoria en sí misma, esto es, considerada como una actividad” (34). Para Calvo Cabello, no cabe tal consideración por la propia naturaleza en sí de la prestación (35).

c) En tercer lugar, según entiende la prestación social sustitutoria el preámbulo de la Ley orgánica 8/84 de 26 de diciembre (36), para Calvo Cabello estaríamos ante “...una norma que configura un delito de los llamados ‘delitos contra un deber’, en los que no es posible ver otra esencia que la infracción de un deber que se quiere imponer per se” (37).

Tras declarar probado el incumplimiento del deber de realizar la prestación social sustitutoria por parte del encausado, la sentencia toca un segundo tema de gran interés: *si en realidad tal incumplimiento se debió a un imperativo de conciencia* (tal y como argumentó la defensa); *y si concurre, en su caso, alguna causa o causas que justifiquen la supuesta desobediencia civil del acusado*. Con respecto a la primera de las cuestiones, en el fundamento 2º apart. b) se afirma que “...este juzgador estima probado, sin asomo de duda, que Iñaki Arredondo García incumplió el deber de realizar una prestación social sustitutoria por imperativo de su conciencia, de una manera auténtica, adquirida no en virtud de ciertas conveniencias, sino con base en su formación religiosa y en una constante educación de sus potencias morales”; además de

---

(32) FUNDAMENTO PRIMERO. Apart. a) de la citada sentencia. En esta línea, está también el argumento dado en la sentencia 491/92 de 5 de octubre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, y que resolvía el recurso de apelación planteado ulteriormente por el fiscal contra la sentencia que nos ocupa. Se señala por la Audiencia Provincial en el Fundamento primero como bien jurídico protegido el “...deber de servir a la Nación, o más propiamente de colaborar a las necesidades previstas por el Estado, bien a través del servicio militar o servicio social susitutorio en los supuestos de objeción de conciencia”.

(33) “...determinadas actividades asignadas a objetores de conciencia no se corresponden, ni siquiera directamente, con la defensa nacional en su dimensión civil”.

(34) FUNDAMENTO PRIMERO. Apart. b).

(35) “...su carácter obligatorio |de la prestación social sustitutoria| se contradice frontalmente con la solidaridad, esencialmente voluntaria, que la fundamenta”.

(36) “...como mecanismo que canaliza el cumplimiento por el objetor de su deber constitucional hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles”.

(37) FUNDAMENTO PRIMERO. Apart. c).

señalar en el apart. d) que “...este juzgador desecha totalmente la posibilidad de que la comodidad o la desidia hubieren determinado el incumplimiento del deber... ¡ya que!... es más incómodo el sometimiento a juicio y el ingreso en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena de 2 años, 4 meses y 1 día -condena respecto de la que el acusado manifestó su intención de aceptarla sin interponer recurso- que la realización de una concreta actividad social (...). No cabe atribuir desidia a una persona que, como el acusado, muestra su solidaridad mediante la realización constante, voluntaria y gratuita de actividades sociales destinadas a ayudar a los demás”.

Sobre la concurrencia en el presente caso de los factores exigibles que justifiquen la desobediencia civil del acusado, el juez acude a una concepción de la misma que la configura como “actos (...) ilegales, pues violan unas leyes; públicos, ya que tratan de hacerlos llegar al mayor número de personas, voluntarios y determinados por sus convicciones políticas y morales; no violentos, clara e intencionadamente dirigidos a la derogación de una ley, o al cambio de una política gubernamental” (38). “Pese a que la apariencia sea de máxima rebeldía al derecho, lo cierto es que el acusado asume, con la excepción dicha, el ordenamiento jurídico, y no se opone al Estado, pues se somete a la autoridad que lo juzga y a la decisión que se adopte, cualquiera que sea” (39). “La desobediencia civil, así entendida, está justificada moral y políticamente”. “Moralmente, pues no cabe considerar una desobediencia civil que no lo esté, ya que la desobediencia civil invoca valores universalizables”. “Políticamente, por cuanto ni un procedimiento democrático ideal es capaz de garantizar para todos los casos posibles la moralidad de sus resultados” (40).

El tercer tema que toca la sentencia se concreta en el planteamiento de un problema (que será fundamental) por parte del juez: “... *disyuntiva entre ‘conciencia o ley’ (‘individuo o sociedad’, ‘persona o Estado’), a la que debe darse solución jurídica por el conflicto de intereses que supone*” (41). Tal disyuntiva es resuelta por el juez en favor del primero de los términos (la conciencia) empleando para ello los siguientes argumentos:

---

(38) FUNDAMENTO SEGUNDO. Apart. e). Más tarde se comentará esta concepción.

(39) FUNDAMENTO SEGUNDO. Apart. f).

(40) FUNDAMENTO SEGUNDO. Apart. g).

(41) FUNDAMENTO TERCERO.

1) Argumento de carácter ético-ideológico: “la conciencia, fuero íntimo de la persona, no sólo dice lo que está bien o lo que está mal, sino que puede imponer el compromiso de actuar conforme a sí mismo, de desarrollarse de acuerdo con sus convicciones, de ser lo que es” (42).

2) Argumentos de carácter jurídico:

- Basado en la libertad de conciencia derivada del derecho fundamental de libertad ideológica, previsto en el art. 16 de la Constitución; en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto libertad de conciencia reconocida expresamente en cuanto tal por este texto normativo (43).
- Basado en el tratamiento que se da a la persona (44), a la dignidad de la persona (45) y a la propia personalidad individual (46) en la Constitución.

En razón de lo expuesto, en el fundamento 4º de la sentencia se afirma que “...se deduce el *reconocimiento constitucional de la primacía de lo personal sobre lo estatal*”. Este es el argumento básico de la sentencia, que va a determinar, finalmente, el último razonamiento que el juez expresa en la misma: la concurrencia de la circunstancia eximente de la responsabilidad penal del *estado de necesidad* según el art. 8,7º del Código penal, ya que “...cuando el acusado decidió incumplir la prestación social sustitutoria y mientras la incumplió, su propia dignidad se encontraba en la situación de riesgo inminente que representaba la existencia del propio deber de cumplir aquélla” (47); además

---

(42) FUNDAMENTO TERCERO. Apart. a).

(43) FUNDAMENTO TERCERO. Apart. b).

(44) FUNDAMENTO TERCERO. apart. c): “La persona no es en la Constitución un resultado jurídico, sino presupuesto y fundamento del orden político y jurídico; la persona no es con el derecho, sino que éste dota de significación jurídica al ser humano existente”.

(45) FUNDAMENTO TERCERO. Apart. d): “La dignidad de la persona es, por expresa declaración constitucional, fundamento del orden político y la paz social”.

(46) FUNDAMENTO TERCERO. Apart. e): “El libre desarrollo de la personalidad, reconocido también como fundamento del orden político y de la paz social, supone realizarse como persona en ejercicio de la libertad y a tenor de la dignidad; el Derecho, en definitiva, a la individualidad, también protegida a través de los derechos fundamentales de los artículos 16, 19 y 20”.

(47) FUNDAMENTO CUARTO. Apart. a).

de que "ante dicha situación, el incumplimiento del deber aparecía como el único modo de evitar que la dignidad del acusado quedara afectada" (48). Por otro lado, "... la lesión evitada (...) era manifiestamente superior a la causada" (49); y, en fin, "...la situación de conflicto de intereses analizado no es imputable por su propia esencia a la voluntad del acusado, el cual, por otra parte, no tenía obligación de sacrificarse, entendida ésta como el deber jurídico impuesto por algún oficio o cargo" (50).

Por último, en atención a la justificación de la conducta del acusado, el juez CALVO CABELLO acuerda su absolución (51).

### III. UN ANALISIS DE LA SENTENCIA

Como ya sabemos, la cuestión del bien jurídico protegido por la Ley orgánica 8/84 de 26 de diciembre, es tratada en primer lugar por el juez. A este respecto, es conveniente "prima facie" hacer unas breves consideraciones sobre lo que se entiende por "bien jurídico protegido".

En una primera aproximación a este concepto, bien jurídico expresa, según POLAINO NAVARRETE "... el concreto objeto de protección o tutela en el ámbito específico del Ordenamiento jurídico-penal" (52). Esta concepción es meramente descriptiva, y resulta poco ilustrativa de lo que constituye el bien jurídico protegido por una norma jurídica. Por tanto, se impone una profundización en la misma. De este modo, también según POLAINO NAVARRETE, "...por bienes jurídicos pueden entenderse (...) todas las categorías conceptuales

---

(48) FUNDAMENTO CUARTO. Apart. b).

(49) FUNDAMENTO CUARTO. Apart. c): "La lesión evitada, de notable entidad pues la realización de la prestación hubiera supuesto la infidelidad a sus convicciones y, por tanto, al incumplimiento de su compromiso de adoptar una determinada actitud en relación con determinados valores, era manifiestamente superior a la causada. Tanto si centramos ésta en la omisión de la concreta actividad asignada, como si, a través de esta actividad omitida, la referimos a alguno de los posibles bienes jurídicos protegidos por la Ley Orgánica 8/1.984 de 26 de diciembre, siendo una desmesura pensar que la defensa nacional hubiera quedado mínimamente afectada".

(50) FUNDAMENTO CUARTO. Apart. d).

(51) FUNDAMENTO QUINTO y FALLO.

(52) POLAINO NAVARRETE, M.- *El bien jurídico en el Derecho penal*. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1974. P. 31.

que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados, dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el Derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos, mediante descripciones típicas legales de éstos (...). Se alude básicamente, en esencia, a los valores fundamentales de la vida comunitaria, cuya garantía jurídica constituye imprescindible condición del próspero desenvolvimiento de la propia convivencia humana, y en cuyo mantenimiento inalterado e incólume posee el ordenamiento positivo un interés que pretende asegurar con sus normas, frente a indeseadas lesiones o puestas en peligro de los mismos" (53). En conclusión, "... el 'bien jurídico' puede ser definido en forma sintética (...) como el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del Derecho penal" (54).

(53) POLAINO NAVARRETE, M.- Op. cit. P. 266.

(54) POLAINO NAVARRETE, M.- Op. cit. P. 270.

En este punto debemos señalar que la noción de "bien jurídico" no es, en absoluto, pacífica. Se trata de uno de los conceptos más polémicos de toda la ciencia jurídico-penal. Así, se ha considerado al bien jurídico como sinónimo de "interés" (Vid. IHERING, R. von.- *Der Zweck im Recht*. I. Bd., 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkop und Härtel. Leipzig, 1904. P. 345; HERTZ, E.- *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*. I. Bd., Hoffmann und Campe. Hamburg, 1880. Pp. 55 y ss., 9 y 15 y ss.; KESSLET, R.- "Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht? Ein Beitrag zur Lehre von Objecte des Verbrechen", en "*GerS*", Bd. 39 1887. Pp. 94,95, 99, 109 y ss.; MAYER, M.E.- *Rechtsnormen und Kulturnormen. Schletter'sche Buchhandlung*, Breslau, 1903, P. 54 y ss. MERKEL, A.- *Derecho penal*. Trad. cast. de PEDRO DORADO. 2 t. en 1 vol. Madrid. s.f. Tomo I, pp. 205 y ss.; FERNECK, F.A.H. Von- *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*. Bd. I, "Der Begriff der Rechtswidrigkeit". Verlag von Gustav Fischer. Jena, 1903. Pp. 373 y ss., 149.; WOLF, E.- "Die Wertung der Rechtsgüter im Rechtsstrafgesetzbuch und ihre Umwertung durch die Reform", en *Die Justiz*. Bd. III, Heft, 2. Verlagbuchhandlung Walther Rothschild. Berlin, Dezember, 1927. p. 100 y ss.); como sinónimo de "estado o situación" (vid. SCHÜTZE, Th.R.- *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. Zugleich ein Beitrag zur Länterung der gesammten Lehre von der Verbrechermehrheit*. J.M. Gebhardt's Verlag. Leipzig, 1869. Pp. 63 y ss.; OETKER, F.- "Rechtgüterschutz und Strafe", en *Zstw*. Bd. 17, 1897. Pp. 493, 508 y ss.; GERLAND, H.- "Die Geldfälschungsdelicte des deutschen Strafgesetzbuchs" en *GerS*. Bd. 59. 1901. Pp. 98 y ss.; HIRSCHBERG, M.- "Die Schutzobjekte des Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen. Eine Konstruktiv-dogmatische Studie, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform", en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 13. Schletter'sche Buchhandlung. Brelau, 1910. Pp. 47 y ss, 68 y ss.); como sinónimo de "fin de la norma penal" (Vid. HONIG, R.M.- *Die Einwilligung des Verletzten*. Teil I, "Die Geschichte des Einwilligungsprobleme und die Methodenfrage". J. Bensheimer. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1919. P. 93 y ss.; GRÜNHUNT, M.- "Methodische Grundlage

Pues bien, tales formulaciones nos sirven como referencia para situar y entender las reflexiones que sobre el bien jurídico protegido realiza CALVO CABELLO. como se indicó en el punto II de este trabajo, el juez ofrece tres posibles conclusiones, de las cuáles desecha las dos primeras, sobre el bien jurídico protegido por la Ley orgánica 8/84 de 26 de diciembre: la defensa nacional en su dimensión civil, la propia prestación social sustitutoria como actividad en sí misma y, por último, la ausencia de bien jurídico significativo al tratarse de un delito contra un deber que se quiere imponer per se.

A) *La defensa nacional en su dimensión civil.* Si se considera que el bien jurídico protegido es éste, en mi opinión se está tomando como base lo que ROSS denomina “ficciones jurídicas” (55). En efecto, al pensar que el bien jurídico protegido es la defensa nacional en su dimensión civil, se está aplicando al caso de la persona que no se presenta a cumplir la prestación social sustitutoria el mismo régimen jurídico que a la persona que no acude al llamamiento para cumplir el servicio militar. Profundicemos en esto. Según ROSS, ficción jurídica consiste “...en una asunción no cierta (...). Además, la asunción debe ser construida con la plena certeza de su falsedad” (56); y en concreto, lo que él denomina “ficción jurídica creativa” es “una particular técnica para la extensión analógica de las reglas jurídicas (...) ‘Fingir’ que A sea B es sólo un modo particular de expresar la idea de que a los fines del derecho, A debe ser tratado como destinatario de las reglas aplicables a B” (57). Pues bien, existe un bien jurídico protegido indiscutible, que es la defensa nacional; y a la persona que atenta contra él no presentándose a cumplir el servicio

---

der Heutigen Strafrechtswissenschaft”, en *Festgabe für R.V. FRANK*. Bd. I. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1930. P.8,17 y ss.; en general los planteamientos de la ESCUELA DE MARBURG, por ejemplo SCHWINGE, E.- “Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Methodenlehre” en *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*. Ludwig Röhrscheid Verlag. Bonn, 1930. P. 19 y ss.; ó ZIMMERL, L.- *Aufbau des Strafrechtssystems*. Verlag vpm J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1930. P. 34, 41 y ss).

Las formulaciones aportadas por POLAINO NAVARRETE, y de las cuáles me he hecho eco directamente, creo que son las más expresivas y las más funcionales para el tema que nos ocupa.

(55) ROSS, Alf.- “Le finzione giuridiche”, en *Critica del diritto e analisi di linguaggio*. Il mulino. Bologna, 1982. P. 177-194.

(56) ROSS, Alf.- Op. cit. P. 181.  
La traducción es mía.

(57) ROSS, Alf.- Op. cit. P. 182.  
La traducción es mía.

militar, se le sanciona jurídicamente por medio de una norma de Derecho penal (art 127 del Código penal militar). Pero, existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma (entre otras; como la exención por incapacidad física o mental, etc...) que permite no cumplir el servicio militar sin ser sancionado jurídicamente a través de una norma penal: el art. 30, 2º de la Constitución, que prevé la posibilidad de declararse objetor de conciencia con la consiguiente posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria a aquella persona que así haya procedido. Entonces, se plantea la hipótesis de la persona que ha sido declarada como objetor de conciencia, y que no se presenta a cumplir la prestación social sustitutoria. Aquí es donde entra en juego la idea expresada por la ficción jurídica creativa: se considera al objetor de conciencia al servicio militar que no se presenta a cumplir la prestación social sustitutoria *como si* no se presentase a cumplir el servicio militar, de manera que se le aplica el mismo régimen sancionador que a la persona, no declarada objetor de conciencia, y que no se presenta a cumplir el servicio militar. Este régimen es el régimen penal. Como se ve, existe aplicación analógica; si no de la norma jurídica concreta que sanciona a los que no se presentan a cumplir el servicio militar, sí, efectivamente, del régimen jurídico sancionador de tal conducta, de manera que nos encontramos ante un ejemplo de ficción jurídica creativa construida por parte del legislador que diseñó la ley que sanciona a los objetores de conciencia que no se presentan a cumplir la prestación social sustitutoria. En consecuencia, según esto se debe considerar también como bien jurídico protegido por la citada ley, a la defensa nacional.

El razonamiento anterior es propio de una postura de carácter formalista en este punto. El juez, al no considerar que el bien jurídico protegido es la defensa nacional, está atacando una forma de interpretar la ley derivada directamente de las interpretaciones formalistas de las normas jurídicas, basando su ataque en las posturas marxistas, las cuales consideran al formalismo jurídico como "...un producto ideológico de la sociedad burguesa" (58).

---

(58) DIAZ, E.- *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Civitas. Madrid, 1978. P. 194. Cuando E. DIAZ habla de "producto ideológico" está empleando el concepto de ideología en el sentido marxista del término; con "...un sentido esencialmente peyorativo...|como| fenómeno de falsa conciencia"; y no como "...sistema de ideas, concepción del mundo que funcionan como una guía para la acción en el terreno social, político, ético (...) así como la proyección que tales ideas tienen en la conciencia de los individuos" (ATIENZA, M.- Introducción al Derecho. Barcanova. Barcelona, 1985. P. 38).

Así, para E. DIAZ, el componente ideológico principal del formalismo jurídico sería "...su escisión con respecto a la realidad, el riesgo (...) de una excesiva separación de ella, una cierta predisponibilidad al fraccionamiento real-ideal (...) la ruptura lesto es, entre realidad e ideal se manifiesta en la medida precisamente en que el formalismo pretende ocultar sus orígenes reales y sociales, en la medida por lo tanto en que -como el iusnaturalismo, aunque con diferente metodología- practica una excesiva veneración por el 'statu quo', dejando prácticamente intocada la estructura de esa realidad, sin plantearse a fondo y de modo directo o indirecto el problema de su posible transformación. El sistema conceptual formalista (...) corre el riesgo de irse convirtiendo cada vez en un mundo cerrado, hermético, impenetrable para todo planteamiento que quiera ver el problema desde fuera, es decir, desde fuera del propio concepto; es decir, desde la realidad social" (59). Esta crítica al formalismo jurídico viene a identificarlo en última instancia con el poder, con la "interpretación oficial" de la ley que realiza el poder (60). Como se puede observar, tal crítica ostenta de fondo, un componente político muy acentuado; que Calvo asume al desechar como bien jurídico protegido a la "versión oficial" del mismo para este caso. En consecuencia, Calvo está adaptando una determinada postura ideológica en torno a esta ley concreta. Conviene ahora recordar lo que P. BARCELLONA (uno de los más notables teóricos del "uso alternativo del derecho") opina sobre la cuestión: "...no es posible negar la existencia de un 'momento ideológico' en la actitud respecto del Derecho. La opción de bando no puede eliminarse (...) se resuelve en un *acto de voluntad acorde con la propia ideología\**: la ideología del rechazo o la ideología de la obediencia" (61). En efecto, a tenor de las palabras de BARCELLONA, CALVO está poniendo de manifiesto una clara "ideología del rechazo". Esta postura de base lleva al juez a no considerar como bien jurídico protegido a la defensa nacional, y a no asumir el significado de la ficción jurídica

---

(59) DIAZ, E.- Op. cit. P. 194-195.

(60) Así lo han considerado los que han criticado las posturas formalistas ante las normas jurídicas; como por ejemplo, las doctrinas sociologistas sobre el Derecho (vid. EHRlich.- *Soziologie und Jurisprudenz*. Scientia. Aalen, 1987.) y la propia ESCUELA DEL DERECHO LIBRE (vid. KANTOROWICZ.- "La lucha por la ciencia del Derecho", en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ.- *La Ciencia del Derecho*. (Trad. no consta). Losada. Buenos Aires, 1.949).

(61) BARCELLONA, P.- *El Estado y los juristas*. Trad. cast. de J.R. Capella. Fontanella. Barcelona, 1976. P. 108.

\*El subrayado es mio.

creativa que sirve al legislador como técnica mediante la cual se establece un régimen sancionador penal a aquellos objetores de conciencia al servicio militar que no se presentan a cumplir la prestación social sustitutoria; pues de otro modo, comulgar con la interpretación formalista del bien jurídico protegido por la ley (defensa nacional), según el juez, sería una clara manifestación de una postura ideológica de adhesión al poder; de ahí que Calvo no considere a la defensa nacional (que, según CALVO, sí es un bien jurídico de suficiente entidad y, por tanto digno de protección penal) como bien jurídico protegido por esta ley; y no asume, así el significado de la ficción jurídica que la fundamenta.

B) *Inexistencia de bien jurídico protegido: delito contra un deber impuesto per se.* Es esta la conclusión a la que llega finalmente el juez. Antes de nada, conviene realizar, siquiera de forma sumaria, algunas consideraciones sobre la categoría jurídico-penal de los “delitos contra un deber”. Tal construcción hunde sus raíces en el pensamiento jurídico-penal nacional-socialista desarrollado en la Alemania nazi de los años 30, fundamentalmente por la llamada “ESCUELA DE KIEL”; y cuyos autores principales fueron F. SCHAFFSTEIN, G. DAHM y W. GALLAS. En general, siguiendo la exposición de POLAINO NAVARRETE, para esta corriente, a diferencia del sistema científico-penal que construía su dogmática en un Derecho penal de acción “...la trascendencia del comportamiento típico externo queda subordinada a la prevalente relevancia que se confiere al momento anímico de oposición psicológica de la voluntad del autor a un concreto deber jurídico consignado en la descripción típica positiva (...). La esencia del contenido material del injusto en este dilatado sector doctrinal se halla representada, precisamente, por el contraste a una singular obligación jurídica que vincula al sujeto, y no por la incidencia lesiva o peligrosa para un bien estimado digno de tutela penal, en el respectivo marco de conminación de los tipos penal (...). En concreto, por lo que respecta a la antijuridicidad, se restringe el momento sustantivo delimitador de la misma, al cifrarse con pretendido valor genérico la esencia del injusto típico en la infracción del específico deber desviado del aspecto determinativo de conductas de las normas jurídicas (...). Con la defensa del postulado de la lesión de deber como momento materialmente delimitador del concepto de injusto típico, se ha tratado en concreto de rechazar el denominado dogma del bien jurídico” (62). Como se puede deducir de las

---

(62) POLAINO NAVARRETE, M.- *El bien jurídico en el Derecho penal.* Op. cit. P. 164-165, 193.

palabras precedentes, para la doctrina jurídico-penal nacional-socialista los delitos son básicamente infracciones de deberes jurídicos, pasando a un segundo plano el valor o bien jurídico existentes (o inexistentes) tras los mismos. Esta conclusión se desprende de las propias formulaciones de los conceptos de delito para F. SCHAFFSTEIN, quien piensa que el delito es “oposición a deber” (63); y para W. GALLAS que considera fundamental para la construcción de la idea de delito el principio de “lesión de deber” (64).

Desde estas ideas, se entiende sin problemas que Calvo parta en su argumentación del “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” del Derecho penal; justamente desde el principio negado con mayor intensidad por las teorías del delito de carácter nacional-socialista. CALVO toma como punto de partida uno de los principios reivindicados con mayor insistencia por parte de las doctrinas iluministas sobre el delito. Y es por este principio por el cual el juez negará toda legitimidad a lo que él considera una ley carente de bien jurídico protegido, y por tanto sancionadora de lo que él considera un delito contra un deber impuesto “per se”, en última instancia también a la inspiración filosófica-política que de fondo lo inspira doctrinalmente. Es obvio que resulta extremo, en principio, calificar a una norma jurídica de “fascista” en un sistema democrático como el nuestro, pero la consideración de Calvo no deja de denunciar desde su punto de vista, el carácter básicamente autoritario que reviste la propia ley. Esta consideración va a constituir uno de los presupuestos sobre los que el juez fundamentará su polémica decisión final.

El segundo tema que toca la sentencia es la de la posible desobediencia civil a esta ley concreta por parte del acusado. La concepción de desobediencia civil manejada por el juez (véase el punto II de este trabajo) recuerda en gran medida a la ofrecida por J. RAWLS. Según este autor, la desobediencia civil consiste en “...un acto dirigido y justificado por principios políticos, es decir,

---

(63) POLAINO NAVARRETE, M.- Op. cit. P. 170. Vid. también SCHAFFSTEIN, F.- “Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung”, en *Deutsches Strafrecht*, begründet im Jahre 1835 als *Archiv für Strafrecht*, Neue Folge, 2, Band, Heft 1/2. Berlin. Jan./Febr. 1935. P. 105.

(64) POLAINO NAVARRETE, M.- Op. cit. P. 176. Vid. también GALLAS, W.- “Zur Kritik der Lehre von Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, en *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Graf von GLEISPACH*. Verlag Walter de Gruyter und Co. Berlin und Leipzig. 1936. P. 3.

por los principios de justicia que regulan la Constitución y en general las instituciones sociales (...) la concepción de justicia comunmente compartida, que subyace bajo el orden político” (65). Tal acto es, pues, “...público, no violento, consciente y políticamente contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno” (66). Esta reflexión, en el pensamiento de RAWLS, hay que circunscribirla, como señala

---

(65) RAWLS, J.- *Teoría de la Justicia*. Trad. de M.D. GONZALEZ. F.C.E. Madrid, 1979, P. 406.

(66) RAWLS, J.- Op. cit. P. 405.

La cuestión de la desobediencia civil al Derecho ha sido extensamente debatida por los autores. Así, se han dado múltiples concepciones de desobediencia civil, como por ejemplo BEDAU, H.A.- *Civil disobedience. Theory and practice*. Pegasus/Bobbs-Merril. New York, 1965; o la clásica de THOREAU, de carácter marcadamente individualista, expresada a lo largo de su trabajo “Desobediencia civil”, en *Desobediencia civil y otros escritos*. Tecnos. Madrid, 1987; la de J. RAZ.- *La autoridad del Derecho*. Trad. de R. TAMAYO. UNAM. México, 1982. P. 324, más amplia la de RAWLS, al ser “...una violación del Derecho políticamente motivada” sin necesidad de tutelar o apelar a los valores fundamentales de la comunidad política; la expresada por PASSERIN D'ENTREVES.- “Legitimidad y resistencia”, en *Sistema*. Num. 13, abril de 1976 (Trad. cast. de MANUEL ATIENZA). p. 29, al considerarla como una objeción de conciencia de carácter especial a una ley, al contener dos notas diferenciadoras: su ejercicio público y su carácter planificado. Para un examen general, vid. DWORKIN, R.- “Civil disobedience and Nuclear Protest”, en *A Matter of Principle*. Harvard University press. Cambridge, Massachusetts and London, 1985. Pp. 104-116; HABERMAS, J.- “La desobediencia civil”, en *Leviatán*, num. 14. Pp. 99-111; SINGER, P.- *democracia y desobediencia*. Trad. cast. de MARTA I. GUASTAVINO. Ariel. Barcelona, 1985; WALZER, M.- *Obediencia y desobediencia civil en una democracia*. EDISAR/DIMELASA. Buenos Aires, 1977. En nuestra doctrina vid. GASCON ABELLAN, M.- *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990. P. 85, que la considera en sentido estricto como “...una insumisión política al Derecho dirigida a presionar sobre la mayoría a fin de que adopte una cierta decisión legislativa o gubernativa. Por regla general, esa conducta invocará los propios principios de justicia de la comunidad, será pública y colectiva y, con mucha frecuencia, se dirigirá contra normas en sí mismo aceptables”; en parecidos términos PRIETO SANCHIS, L.- “La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho”, en *Sistema*. Num. 59, marzo de 1984. P. 44; vid. también GARCIA COTARELO, R.- *Resistencia y desobediencia civil*. EUDEMA. Madrid, 1987. P. 154, que la define como “...acto de quebrantamiento público de la norma por razones de conciencia y por medios pacíficos, con aceptación voluntaria de las sanciones que dicho quebrantamiento conlleve”; y en general (dentro de la extensa bibliografía existente) MALEM SEÑA., J.F.- *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Ariel. Barcelona, 1988 GARZON VALDES, E.- “Acerca de la desobediencia civil” en *Sistema*. Num. 42, mayo de 1981; RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M.- “La desobediencia civil” en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1986; ALVAREZ GONZALEZ N.- “La desobediencia civil como instrumento de cambio social” en *XII Jornadas de Filosofía jurídica y social: Obligatoriedad y Derecho* (28-30 marzo

M. GASCON ABELLAN "...al disentimiento en el marco de una sociedad democrática o casi justa (...) |y|... exige a los propios desobedientes que compartan los principios de justicia de su comunidad, circunstancialmente vulnerados por la mayoría" (67).

Si se examina, siquiera superficialmente, la concepción expresada por el juez, se observa que es prácticamente igual a la ofrecida por RAWLS. Como se puede apreciar, la consideración del acto por el juez cumple todos los requisitos exigidos por RAWLS para que exista desobediencia civil: contrario a la ley, público, consciente y voluntario, determinado por convicciones políticas, no violento y dirigido a la derogación de una ley o programa de gobierno; además de aceptar el desobediente la totalidad del ordenamiento jurídico (la sociedad casi justa en la que RAWLS encuadra el acto de desobediencia) con la excepción de la ley que desobedece (68), pasando poco después a justificar tal acto de desobediencia tanto moral, utilizando el argumento kantiano del principio ético de universalidad (69), como políticamente sobre una relación entre moralidad y democracia, al no poder ésta satisfacer a aquella ni siquiera en la más ideal de sus formulaciones.

Intimamente ligado al problema anterior, y como corolario del mismo, el juez plantea para este caso concreto (incumplimiento de un deber por motivos de conciencia, como fundamento de la desobediencia civil a la ley anteriormente

---

de 1990). Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991?, P. 97-111; GARCIA INDA, A.- "Estado y desobediencia civil. (Notas para una aproximación al tema)" en *XII Jornadas de Filosofía jurídica y social: Obligatoriedad y Derecho* (28-30 marzo de 1990). Citado, P. 253-269; PARAMO, J.R. DE.- "Obediencia al Derecho" en *Isegoría*. Num. 2, 1990. P. 153-161. ESTEVEZ ARAUJO, J.A.- "El sentido de la desobediencia civil" en *Arbor*. 1987. P. 129-137.

(67) GASCON ABELLAN, M.- *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990. P. 62.

(68) Sin embargo, para J. DE LUCAS, el juez incurre en una "...confusión de raíz entre objeción de conciencia y desobediencia civil" al no tener en cuenta la diferencia fundamental existente entre ambas figuras: la objeción de conciencia es un derecho fundamental, mientras que la desobediencia civil no lo es. (Vid. LUCAS, J. DE.- Op. cit. P. 33).

(69) Vid. sobre esto, CORTINA, A.- "La calidad moral del principio ético de universalización" en *Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica*. Num 77. 1987. P. 111-120; y RODRIGUEZ, R. "El formalismo ético como lógica de la conciencia moral" en *Kant después de kant en el bicentenario de la 'Crítica de la Razón práctica'*. J. MUGUERZA y R. RODRIGUEZ ARAMAYO eds. Tecnos. madrid, 1989. P. 76-86.

expuesto) la disyuntiva entre “conciencia o ley”. En definitiva, trata de dar una justificación jurídica al motivo básico de esa desobediencia civil. Tal justificación la fundamenta, sobre todo, en los arts. 16, 19 y 20 de la Constitución y en un segundo plano en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a través de los derechos fundamentales de libertad ideológica y de conciencia, a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Como se puede apreciar, observando los instrumentos normativos que el juez utiliza, nos encontramos con que Calvo acude a lo que nos tomamos la libertad de denominar “zonas más abiertas” del sistema jurídico, en consonancia con la terminología de P. BARCELLONA, cuando habla del carácter abierto o cerrado del ordenamiento jurídico (70). Efectivamente, la Constitución y el Tratado internacional aludido son normas con un carácter extremadamente genérico, normas que en muchos de los casos (según la terminología de los constitucionalistas) tienen un valor meramente programático, cuya genérica formulación favorece las más diversas interpretaciones. Es en este marco donde puede actuar el juez que, con palabras de P. BARCELLONA, “...crea y busca el derecho” (71), y que considera el ordenamiento jurídico como un “...sistema abierto (...) en el que la mayor parte de las normas se consideran en estado fluido, contienen elementos de apertura en el sentido de que emplean conceptos y fórmulas susceptibles de una progresiva determinación (...). Esto significa que al lado de las fuentes formales hay una práctica creadora, y que también la función del juez se modifica y cambia” (72). Según P. BARCELLONA, tal concepción “...es propia de las corrientes progresistas de la magistratura” (73). Efectivamente, Calvo ha acudido, en su tarea interpretativa, a la zona normativa del ordenamiento jurídico que constituye mayor cantidad de elementos de “apertura” e indeterminación en aras de una progresiva determinación en el sentido en que la hará el juez. Ante la propuesta del ordenamiento jurídico de una zona normativa “menos aperturista”, por llamarlo de alguna manera,

---

(70) BARCELLONA, P., COTTURRI, G.- Op. cit. 105-106.

(71) BARCELLONA, P., COTTURRI, G.- Op. cit. P. 106.

(72) BARCELLONA, P., COTTURRI, G.- Op. cit. P. 105-106.

(73) BARCELLONA, P., COTTURRI, G.- O. cit. P. 106.

Sobre los condicionamientos ideológicos en la interpretación de las normas jurídicas; vid. PRIETO SANCHIS, L.- *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos. Madrid, 1987; LARENZ, K.- *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. cast. de M. RODRIGUEZ MOLINERO. Ariel. Barcelona, 1980.

cuál es la Ley orgánica 8/84 de 26 de diciembre, al juez por razones de tipo ideológico, fundamentalmente políticas, hace un uso alternativo del ordenamiento jurídico, acudiendo a la Constitución para justificar una de las premisas que luego van a fundamentar jurídicamente su fallo absolutorio final. Quizás podamos expresarlo con el siguiente esquema: el juez participa de la mencionada "ideología del rechazo"; es decir mantiene una postura ideológica de no obediencia. La ideología del rechazo conlleva un acto de voluntad por parte del juez, lo cual implica la elección por su parte de las zonas "más abiertas" del ordenamiento jurídico como premisa de su fallo absolutorio, que a su vez es manifestación de esa ideología del rechazo de la cual partía inicialmente.

Se nos plantea ahora una cuestión de vital importancia: ¿cómo llega el juez a poder fundamentar jurídicamente la conducta desobediente en este caso concreto, es decir, la de I. ARREDONDO?. Durante todo el razonamiento previo a la sentencia, el juez pone de relieve constantemente en la conducta del encausado, una serie de características de la más variada índole (moral, ideológicas, etc...) que le llevan a un proceso final de *abstracción* de la conducta de ARREDONDO, de forma que acaba trascendiendo al mero *desobediente "concreto"* que sería si no reuniese tales condiciones en su comportamiento; de manera que llega a normativizar su conducta en el sentido de considerarla como *modelo general* de manifestación de varias normas generales abstractas: los arts. 16, 19 y 20 de la Constitución; así como el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, tales normas son nada menos que preceptos de la Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual las consideraciones del juez adquieren, si cabe, mayor relevancia desde el punto de vista jurídico; de ahí que se haga posible, en efecto, una fundamentación jurídica de esta concreta conducta desobediente de una ley (orgánica), que por otra parte, según nuestro sistema de fuentes es de rango normativo inferior a la propia Constitución.

En estos casos (cuando se trata de compatibilizar desobediencia civil con el sistema legal) resulta muy interesante la opinión de H. ARENDT cuando afirma que tal incompatibilidad inicial quedaría resuelta convirtiendo al desobediente en un defensor de la Constitución a pesar de que con ello se consiga un inusual y "...no siempre feliz matrimonio teórico de la moralidad

y de la legalidad, de la conciencia y de la ley" (74). Es éste el problema que va a tratar de resolver el juez, optando finalmente, como es sabido, por la primacía de la conciencia individual sobre la ley (75).

Este dilema, como se ha indicado, es resuelto por CALVO CABELLO acudiendo a la propia Constitución. En nuestro ordeamiento jurídico, la Constitución tiene una aplicabilidad directa incuestionable: es una norma jurídica en el sentido más genuino del término, de ahí que, como tal, sea invocable ante cualquier tribunal y, asimismo, perfectamente aplicable por éstos. En este sentido, se manifiesta un importante sector de la doctrina constitucionalista en nuestro país (76); en concreto, como señala M. GASCON, sus postulados

---

(74) ARENDT, H.- "Desobediencia civil" en *Crisis de la República*. Trad. Cast. de G. SOLANA. Taurus. Madrid, 1973. P. 84.

En este punto sostiene también DREIER que "...en un Estado democrático la resistencia no sólo puede justificarse moralmente, ljustificación que por otra parte, Calvo Cabello también realiza en el argumento de carácter ético-ideológico que ofrece en el apart. a) del Fundamento 3º I, sino también jurídicamente, y ello a través de los *derechos fundamentales*" (El subrayado es mío). Vid. DREIER.- "Derecho y Moral" en E. GARZON VALDES (comp.) *Derecho y Filosofía Alfa*. Barcelona, 1985. P. 74 y 96.

(75) Sobre este tema existen opiniones divergentes. Así, radicalmente para F. GONZALEZ VICEN, no existe fundamento ni obligación moral para obedecer el Derecho, de forma que "...ni por su estructura formal ni por sus contenidos materiales el Derecho puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento" (GONZALEZ VICEN, F.- "La obediencia al Derecho" en *Estudios de Filosofía del Derecho*. Universidad de La Laguna. La Laguna, 1979. P. 387); y menos tajante J. MUGUERZA para quien tiene cabida lo que denomina "imperativo de la disidencia" (obligación moral de disentir) cuando las leyes sean injustas. (Vid. MUGUERZA, J.- "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Num. 4. 1987. P. 342-347. Por el contrario, autores que sostienen la obligación moral de obedecer al Derecho, son E. FERNANDEZ, quién proclama tal obligación siempre que sea justo, es decir cuando es contractualmente creado y reconoce y garantiza los derechos humanos (vid. FERNANDEZ GACIA, E.- *La obediencia al Derecho*. Civitas. Madrid, 1987); y P. SINGER, que sostiene que la sola preferencia que se tenga por una determinada forma de gobierno, supone ya una razón de peso para obedecer sus leyes (vid. SINGER, P.- *Democracia y desobediencia*. Trad. cast. de M.I. GUASTAVINO. Ariel Barcelona, 1985). Para la exposición del presente panorama general sobre la cuestión, me he servido del trabajo de FERNANDEZ SUAREZ, J.A.- "Algunas consideraciones sobre la obligación jurídica en la Constitución" en *XII Jornadas de Filosofía jurídica y social: Obligatoriedad y Derecho*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991? Pp. 193-203.

(76) RUBIO, F.- "La Constitución como fuente del Derecho", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I. I.E.F. Madrid, 1979; ó GARCIA DE ENTERRIA, E.- "La Constitución como norma jurídica", en *La Constitución de 1.978*, A. PREDIERI y E. GARCIA DE ENTERRIA coords. Civitas. Madrid, 1.980.

se pueden resumir en dos puntos: “primero, que la Constitución es en sí misma una fuente de derecho superior a cualquier otra, de aplicación inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo y criterio hermeneútico para todos los sectores del Derecho. Segundo, que esto es particularmente así para los derechos fundamentales, que cristalizan el sistema de valores de la comunidad, ocupan una posición preferente y se imponen con una fuerza especial sobre el resto del ordenamiento” (77). Así, el juez acude a lo que la doctrina denomina “libertad de conciencia”, que aunque nuestra Constitución no la reconozca de forma expresa con esa denominación, sí la contempla en su texto normativo (78). Como expone M. GASCON, tal libertad de conciencia es concebida en nuestra Ley Fundamental como “regla general” y no como excepción, al no contemplar “...ningún fin trascendente más allá de la protección de la dignidad y derechos de la persona” (79); en función, por ejemplo, de los arts. 1,1º ó 10,1º de la Constitución. Ahora bien, la consideración del alcance y extensión de la libertad de conciencia en casos concretos plantea numerosos problemas, en la medida en que “...la delimitación del contenido normativo de los derechos y libertades dista mucho de ser evidente, y porque el enjuiciamiento de una cierta conducta reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la prescripción constitucional” (80); problemas que para el caso de la libertad de conciencia se agudizan especialmente, ya que resulta muy difícil discernir entre qué actividades suponen un mal ejemplo de la libertad de conciencia, y cuáles no, “...y ello fundamentalmente porque las exigencias que derivan de la conciencia son potencialmente ilimitadas (...) La conciencia puede ser fuente de los más heterogéneos imperativos y de ahí que todo deber jurídico pueda ser considerado en hipótesis como un límite a la libertad de conciencia” (81). Tales problemas se resuelven, según M. GASCON (a quién venimos siguiendo a lo largo de toda la exposición del tema) en que “...existe

---

(77) GASCON ABELLAN, M.- “Notas sobre la existencia de un posible derecho general a la desobediencia” en *XII Jornadas de Filosofía jurídica y social: Obligatoriedad y Derecho* (28-30 de marzo de 1.990). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991?. P. 267.

(78) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 282 y PRIETO SANCHIS, J.- “Sobre la libertad de conciencia” en *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*. I.C. IBAN (Coord.). Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1989, P. 207.

(79) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 286.

(80) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 287.

(81) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 288.

*un derecho general -prima facie- a comportarse de acuerdo con los dictados de la propia conciencia*, siempre y cuando no se vulnere ninguna obligación jurídica: si existe dicha obligación el caso habrá de ser considerado como un problema de límites al ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos por el deber jurídico” (82). “Ahora bien, la existencia de un derecho general a la desobediencia no significa que las obligaciones que operan como límites a la libertad de conciencia sean ilegítimas o deban ser eliminadas: tales obligaciones pueden proteger otros derechos ante los cuales la libertad del individuo haya de doblegarse. Porque, ciertamente, lo que significa tal derecho general es que existe una presunción de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia, pero también hay que tener en cuenta que en un sistema liberal no existe ningún derecho ilimitado” (83). Para el caso concreto que nos ocupa (juez que se enfrenta a la alegación por el encausado de motivos de conciencia para justificar el incumplimiento de un deber jurídico), M. GASCON ofrece la siguiente formulación: “...el juez no debe sancionar sin más, sino que viene obligado a examinar si ese deber jurídico, limitador del derecho de libertad de conciencia, está justificado. En otras palabras, *ha de comprobar si la medida incumplida es adecuada para la protección del bien que se quiere tutelar\**, teniendo en cuenta, además, como límite esencial de la conducta desobediente, que no se violen derechos ajenos” (84).

El juez CALVO, en efecto, lleva a cabo tal actividad ponderativa, optando por primar la libertad de conciencia sobre la ley. ¿Cómo lleva a efecto tal actividad?. ¿Qué criterios sigue al tomar en consideración la colisión entre la libertad de conciencia del encausado y el deber jurídico impuesto por la L.O. 8/84 de 26 de diciembre?. En estos casos, el Tribunal Constitucional en sentencias 104/86 de 17 de julio, fundamento 5; y 159/86 de 12 de diciembre fundamento 6, así como I. DE OTTO y M. GASCON dentro de la doctrina, sostienen como criterio más importante el de ponderar no en función de cual de los dos bienes o derechos tiene una mayor relevancia, sino en función de la justificación, necesidad y relevancia de las normativas que concurren en

---

(82) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 288.

(83) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 289.

(84) GASCON ABELLAN, M.- “Notas...”. Op. cit. P. 292.

\*El subrayado es mío.

el caso concreto, dando prevalencia a la que el intérprete considere que en mayor medida cumple esos requisitos en el caso concreto (85). Sin embargo, como señala M. GASCON, en los casos en que aparece la libertad de conciencia, a la hora de interpretar la normativa aplicable al caso, se presentan "...dificultades jurídicas de interpretación que entrañan también una cierta *argumentación moral\**, si se quiere, de la concepción de la moral acogida por la norma fundamental (...) Con lo cual (...) los operadores jurídicos vienen llamados en estos casos (...) a una ponderación de principios y de intereses, es decir, a una tarea que, lejos de la subsunción logística, implica el desarrollo de un *razonamiento moral\** (86). Efectivamente, esto se comprende mejor si se tiene en cuenta que "...el insumiso no acepta la solución dada por el ordenamiento jurídico al conflicto entre moral y derecho -entre la ley y la conciencia-..." (87). Esa argumentación moral está clara en este caso, cuando el juez afirma que "La conciencia, fuero íntimo de la persona, no sólo dice lo que está bien o lo que está mal, sino que puede imponer el compromiso de actuar conforme a sí mismo, de desarrollarse de acuerdo con sus convicciones de ser lo que es" (88). Así, el juez basándose en esta argumentación moral, y a través de la aplicación directa de la Constitución, construirá la argumentación que le lleva a dar prioridad a la conciencia del insumiso sobre la ley, según el medio a través del cual actúan, en sus argumentaciones, los juristas que, para P. BARCELLONA sostienen la posibilidad de hacer un uso político del Derecho. Según el autor italiano "aceptado un determinado valor como preeminente, 'privilegiado', se realiza la reconstrucción del sistema de tal manera que todas las demás fórmulas o proposiciones normativas, que parezcan indicar el brote de valores diversos o contradictorios, sean considerados jerárquicamente de grado inferior o en relación de regla a excepción (...) se acepta un determinado valor (sostenido por un determinado sector normativo) como privilegiado; sobre la base de este valor, se reconstruye el sistema a fin de 'descubrir' su unidad y coherencia, pues el sistema se representa como algo

---

(85) Vid. OTTO, I. DE., MARTIN-RETORTILLO, L.- *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas. Madrid, 1.988. P. 123.; y GASCON ABELLAN, M.- "Notas...". Op. cit. Pp. 289-290.

(86) GASCON ABELLAN, M.- *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Op. cit. Pp. 24-25.

\*El subrayado es mío.

(87) LANDROVE DIAZ, G.- *Objeción de conciencia, insumisión y derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1.992. P. 27.

(88) Fundamento TERCERO. Apart. a).

dotado de intrínseca unidad y coherencia. Después, se confirma la elección realizada, o sea, la afirmación del carácter preeminente del sector normativo y del criterio de valoración, a través de la remisión a la unidad y coherencia del sistema, el cual ha sido reconstruido precisamente partiendo del punto de vista elegido con anterioridad” (89). Es en esta remisión a la unidad y coherencia del sistema lo que hace que la interpretación no sea arbitraria, y por tanto, sea *alternativa* en función de que el valor aceptado como preeminente no es el proclamado por la “ortodoxia jurídica” (90) para estos casos concretos. Y esto por la existencia en este caso de lo que N. BOBBIO denomina “antinomias de principio” (91), en las cuales se produce una incompatibilidad de normas jurídicas aplicables, no porque las propias normas sean contradictorias entre sí al regular una misma relación jurídica de forma contradictoria, sino porque los principios informadores de las mismas responden a órdenes axiológicos en contraste, al ser manifestación a su vez de diferentes políticas de derecho, con lo que, según P.A. IBAÑEZ, “...subrecticiamente se produce la reintroducción del momento político (...) en la actividad del intérprete” (92).

Por último, el juez procede a absolver al procesado invocando para ello la circunstancia eximente de “estado de necesidad”, prevista en el art. 8,7º del Código penal. En primer lugar, debemos señalar con J.M. RODRIGUEZ DEVESA y A. SERRANO GOMEZ “...la extraordinaria laxitud” (93) que en nuestro ordenamiento jurídico-penal tiene la eximente de estado de necesidad, lo

---

(89) BARCELONA. P.- “La formación del jurista”, en BARCELONA, P.; HART, D.; MÜCKENBERGER, U.- *La formación del jurista (capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*. Trad. Cast. de CARLOS LASARTE. Civitas. Madrid, 1.987. P. 31.

(90) Para E. NOVOA MONREAL, “...la ortodoxia jurídica supone: división de poderes, separación del Estado y sociedad, neutralidad el Estado respecto de la economía, apoliticidad del jurista, objetividad de la interpretación legal, etc (...) ortodoxia jurídica y uso alternativo del derecho son líneas paralelas destinadas a no enlazarse jamás”. (Vid. NOVOA MONREAL, E.- *Elementos para una crítica y desmitificación del Derecho*. EDIAR. Buenos Aires, 1.985. P. 72).

El Diccionario de la R.A.E. en su 26ª ed. de junio de 1.992, nos dice: “ortodoxia”: 2. Por ext. conformidad con la doctrina fundamental de cualquier secta o sistema | 3. Por ext. conformidad con doctrinas o prácticas generalmente admitidas”.

(91) Vid. BOBBIO, N.- *Teoría dell'ordinamento giuridico*. Giappichelli. Torino, 1.960. P. 63.

(92) IBAÑEZ, P.A.- “Uso alternativo del derecho y práctica judicial”, en LOPEZ CALERA, N.M.; SAAVEDRA LOPEZ, M.; IBAÑEZ, P.A.- *Sobre el uso alternativo del Derecho*. Fernando Torres editor. Valencia, 1.978. P. 80.

(93) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.; SERRANO GOMEZ, A.- *Derecho penal español: Parte general*. 13ª ed. Dykinson. Madrid, 1990. P. 569.

que motiva su gran capacidad para albergar multitud de posibilidades de todo tipo. Por otra parte, hay que apuntar que el juez, al examinar la concurrencia de “estado de necesidad” en este caso, ha considerado que se trataba de lo que los autores reseñados con anterioridad denominan “estado de necesidad propio”; y en concreto, que se trata de una “colisión de bienes jurídicos (...) de desigual valor” (94). En estos casos, nos encontraríamos, pues, ante una causa de justificación de la conducta típica, ya que el mal que se causa es menor que el que se trata de evitar (95); de modo que, como señalan ambos autores, “cuando el estado de necesidad constituye una causa de justificación reviste la forma de un *derecho* que la ley concede” (96). Pues bien, tales han sido las consideraciones jurídico-penales en orden a la aplicabilidad a este acto de la circunstancia eximente de responsabilidad criminal que el juez CALVO ha realizado para afirmar la concurrencia de la misma. El razonamiento de CALVO es impecable: existe un reconocimiento constitucional de la prevalencia de lo personal sobre lo estatal y, por tanto, una clara primacía del bien jurídico “dignidad personal” sobre la inexistencia de bien jurídico representada por el delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria (inexistencia que, como creo haber demostrado, es muy cuestionable), que es un “delito contra un deber”. Incluso aceptando que el bien jurídico protegido por la L.O. 8/84 de 26 de diciembre fuese la defensa nacional, la solución sería equivalente, pues lo personal prima. Sobre la base de este razonamiento, no es difícil concluir en que el encausado actuó como lo hizo impulsado por un estado de necesidad; en consecuencia, no existe antijuridicidad en su conducta.

#### IV. LA SENTENCIA COMO USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Como señala E. NOVOA MONREAL, “el uso alternativo del Derecho consiste (...) en una práctica jurídica en contradicción con el designio de desarrollo social de la clase dominante”. “Tal uso alternativo no implica una

---

(94) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.; SERRANO GOMEZ, A.- *Derecho penal español: Parte general*. O.P. cit. P. 573.

(95) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.; SERRANO GOMEZ, A.- *Derecho penal español: Parte general*. Op. cit. P. 579.

(96) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.; SERRANO GOMEZ, A.- *Derecho penal español: Parte general*. Op. cit. P. 579.

cultura jurídica alternativa, carece de la proposición de un sistema jurídico diverso del actual y parte, sin más, de este mismo sistema". "Faltan, en el uso alternativo, la formulación de hipótesis jurídicas o la elaboración de nuevas categorías de esa clase, y están ausentes en él las explicaciones sobre los vínculos genéticos y funcionales que hay entre las instituciones jurídicas y las estructuras sociales. Es una mera práctica jurídica que se incrusta dentro del sistema jurídico vigente y que tiende a obtener que éste sea aplicado en forma en la que, de hecho, favorezca los intereses de un sector diferente de aquél que lo implantó y con diverso significado del que éste le atribuía (...) No hay en el uso alternativo del Derecho una utilización de los medios tradicionales, ni de las antiguas técnicas de argumentación. Su práctica exige superación de los prejuicios tradicionales de la ciencia jurídica. No se trata en él de idear nuevas funciones para instituciones viejas ni de usar las técnicas jurídicas existentes para fundar nuevas pretensiones, sino, (...) de legitimar la realización de hecho de resultados y objetivos emancipadores económicos y sociales" (97). Se trata, en definitiva, como la propia sentencia indica, de hacer un uso alternativo del Derecho, un uso diverso del que tradicionalmente se ha venido realizando; y eso, como apunta E. DIAZ, en dos sentidos: "1) en el de asumir el ordenamiento jurídico en su totalidad, aplicando la legislación ordinaria en modo que permita extraer de ella todas las posibilidades progresivas que deriven, por ejemplo, de su interpretación desde la legislación constitucional (...); 2) en el de desenmarcar el carácter supuestamente apolítico y neutralista del Derecho, desentrañando, por tanto, todas sus potencialidades como instrumento realmente democratizador, que realice una justicia no partidista sino entendida como creadora de libertad real e igual para todos" (98). De este modo, tal y como dice M. SAAVEDRA LOPEZ, se trataría "...sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico *-especialmente en el plano judicial\** unos determinados intereses o una determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos 'sujetos jurídicos' que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación" (99); y todo ello, en una clara tendencia

---

(97) NOVOA MONREAL, E.- *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*. Op. cit. Pp. 65 y 66.

(98) DIAZ, E.- *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Op. cit. P. 54.

(99) SAAVEDRA LOPEZ, M.- "Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho" en LOPEZ CALERA, N.M.; SAAVEDRA LOPEZ, M.; IBÁÑEZ, P.A.- *Sobre el uso alternativo del derecho*. Op. cit. P. 40.

\*El subrayado es mío.

a cambiar "...la orientación básica de la regulación jurídica\*" (100). Son expresivas las palabras de P. BARCELLONA cuando dice que "...toda argumentación jurídica implica una línea política determinada" (101), y a través de un uso alternativo del Derecho y los instrumentos jurídicos, lograr objetivos políticos diversos, siempre en dirección a la emancipación de las clases oprimidas (102). Tal idea tiene su explicación en que los teóricos del uso alternativo del Derecho (de acuerdo con el sustrato ideológico marxista que los sustenta) consideran que la realización de la Justicia se consigue a través de la Política, siendo el Derecho un mero instrumento de ésta para concretar su actuación. Así, critican la aseveración formalista de que el jurista debe ocuparse de las normas, diciendo irónicamente que el jurista se ocupa de las normas, pero no de la Justicia, y esto por la distinción entre juicio de legalidad y juicio de la justicia en aras de una supuesta imparcialidad del intérprete (103). Dirá P. BARCELLONA "...el jurista científico debe ocuparse únicamente de las normas que se han de aplicar y no de la 'justicia' de una solución jurídica determinada (...) Así pues, las posibilidades de opción se concretan en un dilema absolutamente falso, ya que

---

(100) SAAVEDRA LOPEZ, M.- "Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho" en LOPEZ CALERA, N.M.; SAAVEDRA LOPEZ, M.; IBÁÑEZ, P.A.- *Sobre el uso alternativo del derecho*. Op. cit. P. 53.

\*El subrayado es mío.

Para una visión del concepto y caracteres del uso alternativo del Derecho, vid. LASO PRIETO, J.M.- "Fundamento constitucional del uso alternativo del Derecho" en *Boletín informativo del Departamento de Derecho Público*. UNED. Num. 1. Otoño de 1978. Pp. 114 y 120; del mismo autor: "Función del Derecho en el cambio social" en *Argumentos*. Num. 7. Diciembre de 1977. Pp. 15 a 17; y en general "Sobre el uso alternativo del Derecho" en *El basilisco*. Num. 2. Mayo-Junio de 1978.; SAAVEDRA LOPEZ, M.- "Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad" en *Anuario de Derecho público y estudios políticos. Monográfico: El poder judicial*. Num. 1. Granada, 1988. P. 50, 59 y 60; IBÁÑEZ, P.A.- "Para una práctica judicial alternativa" en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*. Universidad de Granada. Num 16. 1976. Pp. 155, 159 y 172; y en general BARCELLONA, P.; COTTURRI, G.- *El Estado y los juristas*. Op. cit. P. 254 a 269, y VV.AA.- *L'uso alternativo del diritto*, P. BARCELLONA (ed) 2 vols. I: *Scienza giuridica e analisi marxista*, II: *Ortodossia giuridica e pratica politica*. Laterza. roma-Bari, 1973.

(101) BARCELLONA, P.- "La formación del jurista", en BARCELLONA, P.; HART, D.; MÜCKENBERGER, U.- *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*. Op. cit. P. 29.

(102) Vid. BARCELLONA, P.- "Introduzione" a *L'uso alternativo del diritto*. Op. cit. Vol. I. P. VI. Vid. en este punto FERNANDEZ VIAGAS, J.P.- "Uso alternativo del derecho y control democrático de la justicia", en *Revista de Derecho público*. vols. III y IV. Nums. 68 y 69. Pp. 627 a 629.

(103) BARCELLONA, P.; COTORRI, G.- *El Estado y los juristas*. Op. cit. Pp. 76 y 77.

uno de los términos de la alternativa se funda en una ficción y depende de una aporía. En otras palabras, tiene naturaleza y sustancia ideológicas” (104).

Centrándonos en la consideración que del papel del juez y de la actividad judicial tienen las alternativas, hemos de indicar que éstos llevan a cabo una crítica implacable de la idea de independencia, imparcialidad y apoliticidad del juez y de su actividad interpretativa y aplicadora de las normas jurídicas, acuñada por la llamada “ortodoxia jurídica”. En este punto, L. FERRAJOLI afirma que el hecho de que el juez se incardine en el área de poder (poder judicial), con lo que ello conlleva de condicionamientos ideológicos y culturales, hace pensar que su apoliticidad no sea tal, en la medida en que ésta es un mero postulado ideológico tras el que subyace una determinada política de justicia favorecedora de las clases dominantes. Así pues, siguiendo a M. SAAVEDRA, “las doctrinas del uso alternativo del Derecho afirman el carácter político de la actividad judicial, en cuanto que el juez, en definitiva, hace opciones de clase y ni el juez ni el Estado son entidades ‘super partes’ (...). En definitiva, el uso alternativo del Derecho (...) va contra el mito iluminista del juez como ‘bouche de la loi’ y de la judicatura como ‘técnica de fiel aplicación de la ley’” (105). A esto, se añade la idea apuntada por los alternativistas de que los jueces constituyen un cuerpo aparte, separado de la sociedad, de manera que prácticamente forma una élite; lo que hace que se aisle de ella en la medida en que pretenden a toda costa el mantenimiento del ‘statu quo’, y por tanto de los intereses de las clases dominantes (106). En conclusión, “partiendo, pues, del reconocimiento de la insuprimible dimensión política del Derecho y de la clara no univocidad de las instancias axiológicas que en él se expresan, estos juristas tratan de promover una práctica que, sin perjuicio

(104) BARCELONA, P.- “La formación del jurista”, en BARCELONA, P.; HART, D.; MÜCKENBERGER, U.- *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*. Op. cit. P. 42.

(105) Vid. FERRAJOLI, L. “Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria”, en *L’uso alternativo del diritto*. vol. I. Laterza. Roma-Bari, 1973, Pp. 106 a 109.

Una crítica semejante a ésta (aunque desde una perspectiva científica y metodológica distinta) es la que realiza KANTOROWICZ, y en general todo el movimiento del Derecho libre. (Vid. KANTOROWICZ.- “La lucha por la Ciencia del derecho”, en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ.- *La ciencia del Derecho*. (Trad. no consta). Losada. Buenos Aires, 1949. Pp. 356 a 369.

(106) Vid. IBAÑEZ, P.A.- “Para una práctica judicial alternativa”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*. Op. cit. P. 171.

del rigor técnico, haga suyos -consciente de la propia necesaria politicidad- los valores más progresivos de entre los que informan el ordenamiento. Y no pretenden con ello la 'expropiación' de la función del legislador por el juez, ni reclaman para éste un arbitrio sin fronteras. Más bien tratan de evitar que pueda seguir viéndose la 'voluntad de la ley' en lo que con frecuencia es sólo una opción y no puramente jurídica del intérprete" (107).

Esta sucinta exposición de lo que, en líneas generales, es el uso alternativo del Derecho nos sirve para situar, finalmente, una serie de conclusiones sobre (y aparte de) todo lo que he venido apuntando a lo largo del trabajo. Pienso que nos encontramos ante un claro ejemplo de uso alternativo del Derecho: las argumentaciones que el juez da en la sentencia así lo demuestran.

En primer lugar, por el ataque frontal que a la concepción formalista del Derecho se ofrece en Fundamento Primero cuando se habla del bien jurídico protegido por la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, y que lleva la cuestión a planteamientos de *política criminal*, en lugar de plantear si el supuesto de hecho se subsume en la norma jurídica, sin realizar ninguna consideración más. Tal actitud responde a una posición ideológica previa del juez en un sentido transformador de una norma jurídica que él piensa que es injusta, según una consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto, e incluso desde el propio sentir social en torno a la propia ley. En última instancia, el juez trata de plantear el tema de la limitación de la tarea represiva del Estado, al entender (desde su punto de vista) el bien jurídico como configuración de relaciones sociales concretas e históricas que requieren una constante revisión (108). Además, señalar que lo que hace en definitiva la sentencia es invocar el principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que al comenzar el razonamiento partiendo de consideraciones de política criminal, el juez se está preguntando implícitamente si el Derecho penal es el instrumento adecuado para regular, en su caso, este tipo de conductas; y tal principio de intervención mínima no deja de tener un carácter marcadamente ideológico, al tratarse, como señala G. LANDROVE DIAZ, de una "exigencia ética" (109).

---

(107) IBAÑEZ, P.A.- "Para una práctica judicial alternativa", en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*. Op. cit. P. 173.

(108) BERGALLI, R.- "El control penal en el marco de la sociología jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*. Num. 5. Madrid, 1988. Pp. 109-124.

(109) LANDROVE DIAZ, G.- *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*. Op. cit. P. 118.

En segundo lugar, plantea el tema de la justificación jurídica de la desobediencia civil. Tal justificación la instrumenta el juez a través de un uso alternativo de la Constitución, al afirmar que lo personal está por encima de lo estatal en nuestra Norma Fundamental, basándose en los arts. 16, 19 y 20. Íntimamente ligado a esta cuestión se encuentra el tema “conciencia o ley”, que el juez resuelve en favor de la conciencia para después utilizar como instrumento jurídico que le permitirá absolver al encausado haciendo un uso alternativo del art. 8,7º del Código penal, en la medida en que nunca se ha empleado en la jurisprudencia con el carácter con que la utiliza el juez.

En definitiva, tanto lo que el encausado (a través de la desobediencia civil a la Ley orgánica 8/84 de 26 de diciembre) como el juez (a través de un uso alternativo del Derecho) se proponen, es dinamitar una parte del ordenamiento jurídico, sin negar el valor de la totalidad del mismo. Todo ello propiciado por una especie de “pacto” tácito de carácter ético-político que, de fondo, motiva ambos comportamientos. Se puede estar de acuerdo o no con tales actitudes, pero lo que es innegable es la valentía y originalidad de una sentencia polémica como pocas lo han sido últimamente en este país, y que, en último término, nos va a permitir reproducir aquí unas palabras de R. DWORKIN, que el propio autor afirma como conclusión para los casos de desobediencia civil a las “leyes de reclutamiento”, y que considero son la clave para entender todo el revuelo ocasionado por la sentencia: “Algunos juristas se escandalizarán de mi conclusión general de que tengamos una responsabilidad hacia quienes desobedecen por motivos de conciencia las leyes de reclutamiento, y que pueda exigírsenos que no los enjuiciemos, sino más bien que cambien nuestras leyes y adaptemos nuestros procedimientos judiciales para darles cabida. Las proposiciones simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quien entiende mal la ley debe atenerse a las consecuencias, tienen extraordinario arraigo en la imaginación, tanto profesional como popular. Pero la norma de Derecho es más compleja y más inteligente, y es importante que sobreviva” (110).

---

(110) DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Trad. cast. de MARTA GUASTAVINO. Ariel. Barcelona, 1984. Pp. 325 y 326.