

Derecho y violencia (*)

Un trauma alemán

Por JURGEN HABERMAS

Starnberg

Desde la distancia de menos de un mes echo una mirada retrospectiva a la «Semana» organizada por el movimiento pacifista a mediados de octubre (1983). Los sentimientos son discrepantes, distantes entre sí quizá en la misma medida impuesta por la imponente cadena humana, esto es, una generación o más de iniciativas, experiencias y esperanzas de los jóvenes de innumerables grupos. Nunca hasta entonces tantas personas se han lanzado a la calle en la República Federal Alemana por un objetivo político, que muchos de nosotros consideramos acuciante y razonable. Ellas podían hacerlo conscientes de que al mismo tiempo expresaban la voluntad política de una mayoría de votantes, tal como lo atestiguan las encuestas. Pero a esta satisfacción se añade la preocupación por lo que ocurrirá después. Ante todo la preocupación de sí, entre los participantes, los activistas valoran correctamente el alcance de su éxito. Realista sería la expectativa no sólo de impedir la prevista instalación de los misiles, sino de convencer al gobierno conservador de que a Alemania Federal no se le puede imponer un nuevo rearme. Quienes ahora siguen al gobierno, cada vez más imprevisible, de los Estados Unidos, aunque en este caso sea no por razones militares, sino políticas, se ven obligados en cualquier caso a escapar de la lógica fatal de la carrera de armamentos. Sólo una valoración realista de sus posibilidades de éxito en la política interna puede precaver al movimiento pacifista de dos riesgos: la de desintegración o la división. Lo que tendría como consecuencia que la protesta rebasaría las sensibles fronteras de la desobediencia civil.

El movimiento pacifista, no sólo con su enorme movilización de masas, señala un corte en la cultura política de Alemania Federal; un corte significa también la práctica masiva de la desobediencia civil en el Estado de derecho. También aquí sentimientos discre-

(*) Con permiso de sus autores y con alguna modificación por ellos indicada se reproduce este artículo y la contestación dada por Martin Kriele. Uno y otra aparecieron en *Merkur* (enero y octubre de 1984).

pantes. Eppler, Böll, Gollwitzer, practican, con miles de leales ciudadanos, «resistencia no violenta». Mutlangen se ha convertido en un ejemplo, decisivamente establecido, pero también cuidadosamente protegido. Con ello, la opinión pública de nuestro país logra por vez primera la posibilidad de desembarazarse de un trauma paralizador y dirigir así la mirada al límite, hasta ahora tabú, de formación de una voluntad radicalmente democrática. Temo sin embargo que se disipe esa posibilidad, que otros países con más larga tradición democrática han entendido como un reto y la han asimilado productivamente. Constreñidos entre positivismo jurídico y fetichismo del poder, muchos de nuestros juristas están tan absortos por el monopolio estatal de la fuerza, que sitúan en falso lugar el corte conceptual e institucional entre Derecho y fuerza: precisamente aquel lugar por el que se excinde la cultura política de una comunidad democrática desarrollada y se amputan a los órganos de Estado sus raíces político-morales.

Hasta ahora las protestas del movimiento pacifista han expresado, de palabra y con hechos, la convicción de que las acciones demostrativas, aunque incluyan violaciones calculadas de las reglas, han de mantener un carácter simbólico y han de realizarse solamente con el propósito de apelar a la razón y sentido de justicia de una mayoría. La práctica de las últimas semanas y meses ha introducido el concepto de desobediencia civil tomado de modelos americanos, y definida por el filósofo moral John Rawls en su conocida *Teoría de la Justicia* como una acción pública, pacífica, consciente pero ilegal, que normalmente debe conllevar una modificación de las leyes o de la política gubernamental.

Esa especie de puntual rompimiento de la obediencia al derecho con propósito demostrativo sólo puede tener lugar dentro de un Estado de derecho reconocido en su totalidad como legítimo; la desobediencia civil invoca concretamente los principios fundamentales, por los que se legitima la misma Constitución. Por el contrario, entre nosotros, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Gobierno, los líderes políticos y los periodistas tienen otra concepción, que ciertamente es la dominante entre juristas alemanes: que la protesta que quebranta las reglas no sólo es punible, sino moralmente reprobable. Se aferran al concepto jurídico «exención de violencia», que excluye la «coacción» incluso en el sentido de presión psicológica y el menoscabo de la libertad de movimiento de terceros: «La prohibición de violencia se hace inequívoca mediante las leyes que la circunscriben, especialmente las leyes penales y las civiles relativas a ilicitud y derechos reales» (1). Mas cuando la tautología «violencia es violencia, coacción es coacción» es a un tiempo la primera y la última palabra sobre desobediencia civil, sobra plantearse la cuestión de si la instalación de misiles justifica

(1) Josef ISENSEE, *Ein Grundrecht auf Ungehorsam gegen das demokratische Gesetz?*, en: Basilius STREITHOFEN (ed.), *Frieden im Lande*, Bergisch Gladbach, Lübbe, 1983.

aquí y ahora una protesta que viole las reglas. Basta con la definición de violencia hecha por los juristas, basta con la distinción legal y autoritaria entre derecho y fuerza para declarar criminales; no sólo en sentido penal sino también constitucional, a ciudadanos responsables que imaginativamente proceden contra su mediación por obtusos medios de comunicación de masas. Del desprecio de los motivos político-morales que mueven a quien viola las reglas a la delimitación descalificadora de un enemigo dentro del Estado, hay sólo un paso.

El escenario neoconservador de la guerra civil

En el círculo de los tratadistas alemanes de Derecho público se escuchan hoy advertencias en una y en otra dirección. *Das Parlament* de 1 de octubre de 1983 incluye en su suplemento tomas de posición de Claus Arndt y Martin Kriele. Arndt recuerda las masivas y durante años prolongadas violaciones de las reglas llevadas a cabo por el movimiento americano de protesta contra la guerra de Vietnam, que han contribuido esencialmente a un cambio de opinión en la población y, por último, a la conclusión de esa intervención contraria al Derecho internacional. Arndt subraya ambos aspectos: mientras que los violadores de reglas reconocían la legalidad democrática de todo su ordenamiento jurídico y asumieron las consecuencias penales de sus actos, el Estado ha testimoniado, una vez concluida la guerra y mediante una generosa amnistía, su respeto a los motivos de la desobediencia. «Sólo la toma en consideración de ambas reacciones, las penas y la amnistía, constituyen toda la verdad y demuestran la capacidad de ese Estado para superar tal crisis individual y social. Sin embargo, nosotros no hemos sabido dar tal paso tras la revuelta estudiantil. ¿Quién se atrevería a excluir que tal omisión ha contribuido en parte nada despreciable a la escalada de terrorismo en la primera mitad de los años setenta?».

Kriele, colega de Arndt, ve el tema de otra forma. Kriele, en su contribución al volumen colectivo *Frieden in Lande*, considera la desobediencia civil no sólo como una acción criminal, sino que configura tal tipo delictivo como hostilidad a la Constitución: toda violación de reglas moralmente fundada y de «carácter coactivo» la cuenta él dentro de la criminalidad «moralmente reprobable». Con ello se sitúa la desobediencia civil en el deseado claroscuro; se convierte en parte integrante del intento subversivo de «ejercer la dictadura mediata a través de una élite». Claramente Kriele quiere proseguir el camino iniciado por los beneficiarios neoconservadores del terrorismo en los años setenta y dejar fuera de la Constitución hoy no a una generación estudiantil, sino un incontable número de ciudadanos jóvenes, demócratas, leales y especialmente comprometidos.

Con gruesos trazos copia Kriele en su artículo en *Parlament* el conocido escenario de guerra civil dentro de la República Federal trazado ya por Schelsky, Lübbe, Rohrmoser y otros. Considera la oposición al rearme como el punto culminante de un decenio de lucha por el poder. El centro de la resistencia lo constituyen periodistas de izquierda, pedagogos, teólogos, escritores, artistas, profesores, estudiantes, etc., que desde los días de la reforma monetaria aprovechan cualquier ocasión para, frente a los representantes, elegidos y nombrados, del Estado, imponer «la pretensión a una privilegiada posición jurídica de esa élite» con todos los medios, principalmente subversivos. Por supuesto, tales pedagogos de la emancipación se preocupan de contar «con un ejército de jóvenes contestatarios que han de asumir los riesgos de sanciones legales en favor de los generales de la resistencia, que se mantienen en la sombra». En esa «contra-élite» coincide el desprecio «del hombre normal, medio, típico», con «el rechazo de la forma democrática de Estado» (2) y con «una cierta comprensión por la pretensión totalitaria de la oligarquía del Partido Comunista». La meta inmediata de esa autodenominada élite es la destrucción de la conciencia jurídica en amplias capas de la población; y pueden esperar el logro de esa meta, «ya que los iniciadores de la contestación disponen de medios poderosos». Las controversias, con aspecto de guerra civil, se concentran en la inversión de la relación entre legítimo poder estatal e ilegítimo contrapoder. En *Frieden im Lande* escribe Kriele: «Para nuestra democracia se convierte en cuestión vital determinar si la última decisión corresponde a los órganos estatales legítimamente democráticos o a las redacciones. De eso se trata cuando la policía y los tribunales aprueban la tolerancia o no tolerancia de la contestación, incluso cuando ésta tiene sólo carácter demostrativo, y no coactivo». Como aclaración añade nuestro autor, que se trata de una lucha por el poder «entre el parlamento y el gobierno, de una parte, y las redacciones, de otra, sobre todo las de semanarios de Hamburgo, o de radio y televisión, que pretenden dictaminar sobre la aceptación de las decisiones de los órganos estatales. Puede muy bien una ley ser discutida y aceptada e incluso declarada constitucional por el Tribunal constitucional. Parece pues exigirse ahora además un dictamen de tales redacciones, para que la ley no sólo sea formalmente válida, sino que también alcance vigencia social». Esa acusación alcanza especial fuerza por el hecho de que los propios descubrimientos de Kriele —y la

(2) En relación con la nota (2) del siguiente artículo de Martin KRIELE: De hecho no se encuentra literalmente la expresión «rechazo de la forma democrática de gobierno» en el artículo de Kriele publicado en el suplemento de *Parlament*; pero allí se dice: la contra-élite «no se identifica tanto con la forma democrática de Estado, como para respetar plenamente la decisión mayoritaria del ciudadano medio»; repetidamente imputa «al intelectual» una «relación ambigua con la democracia»; por último atribuye a la «contra-élite»: «No estar radicalmente en contra de que al ciudadano medio se le sustraigan sus derechos civiles y políticos.

activa labor periodística de quienes piensan como él— normalmente sólo puede aparecer en un órgano tan periférico como el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

Mi confianza en el sentido común es tan firme, que dejo hablar por sí misma a la teoría de la conjura propuesta por el profesor de Derecho público y Teoría general del Estado en Colonia. Añadir una palabra despertaría la falsa impresión de que ese dramón en el que intervienen generales de la contestación y se representa la guerra civil entre élites es algo a tomar en serio. Ese escenario imaginado debe recordarnos que la paz civil en la República Federal está hoy amenazada por dos flancos: no sólo por el instrumentalismo y la repulsa al derecho de quienes puedan tener la intención de rebasar los límites de la desobediencia civil, sino también por el legalismo autoritario de quienes, con el intimidatorio poder definidor del jurista, trazan la frontera entre derecho y violencia de tal suerte que el infractor civil de las reglas no sólo debe ser castigado, sino moralmente descalificado.

Superficiales enseñanzas de la historia

El desenvolvimiento interno de la República Federal sigue hoy bajo el trauma de la transición en forma legal de un Estado democrático a un caudillismo totalitario, a un «orden» que desde el primer día se le reconoció como injusto. Freud llama trauma a una lesión, tan dolorosa, que ha de ser reprimida; el trauma daña el aparato síquico persistentemente; en circunstancias sintomáticas vuelve a desatar sentimientos de repulsión y turba los sentidos. Impulsos electrizantes de ese tipo configuran una red tupida y vibradora en la que se agita desvalida la historia de la República Federal. Estímulos tales como el rearme, la prohibición del Partido Comunista, los primeros procesos de criminales de guerra una vez constituido el actual Estado, las relaciones con países como Israel, Polonia, Unión Soviética, la cuestión de los crímenes de guerra, películas como *Holocausto* o parciales biografías de ministros, jueces, profesores, etc. Así, el clima enrarecido de sospechas recíprocas e imputaciones no ha desaparecido hoy en día. Nadie puede liberarse de ello, ni Geissler, ni Kriele, ni yo mismo.

En ese clima, que no se puede modificar sólo con la intención, ciertos hechos remueven fatalmente el trauma. Hechos como las formas más extremas de protesta al final de los años sesenta y las acciones criminales de los terroristas en los setenta. Tres hilos, sobre todo, se enredan aquí formando un ovillo enmarañado. En primer término salta la confrontación entre oponentes que reclaman, con una conciencia subjetivamente buena y con gran intransigencia, haber sacado de un pasado común la única consecuencia correcta. En segundo término surge el conflicto en las precarias junturas entre derecho y violencia, hurga las zonas sensibles del ordenamiento de un Estado de derecho, que ha sellado institucio-

nalmente la ruptura con el pasado fascista y sirve en el presente de muralla protectora frente a todos los enemigos de la democracia. Por último, las acciones incriminadas cuestionan presuntamente o, como en el caso del terrorismo, efectivamente el monopolio de la fuerza por parte del Estado, y suscitan reacciones radicadas en una tradición de obediencia ciega al Estado anterior al régimen nazi. La ola populista que ha salpicado a la República Federal en otoño de 1977, pudo alimentarse también de esa tradición. Actualmente nuestros amigos neoconservadores actúan a fin de situar en la misma perspectiva la protesta contra el rearme.

Haríamos mejor si desvinculáramos la discusión sobre la desobediencia civil del trauma alemán, para abordarla como en otros países: se trata de la tensión entre la garantía de paz jurídica por un Estado que monopoliza la fuerza y la pretensión de legitimidad del orden jurídico democrático.

La protesta del movimiento pacifista no debe ponerse en relación en ningún caso con los acontecimientos traumáticos de medio siglo. Los portavoces han puesto de manifiesto que ni quieren ni pueden basar su oposición en el derecho de resistencia previsto en el párrafo 4 del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn. Lógicamente también renuncian a las relaciones indirectas con tal normativa. El teólogo moral de Marburgo, Wolfgang Huber, anda descaminado cuando se refiere al deber de la Iglesia militante «a resistir en el tiempo oportuno»: eso sólo da ocasión a maliciosas observaciones (cortadas en este caso por el patrón de Günter Grass) como las de Josef Isensee sobre «el rol configurado por la República Federal de héroes de una resistencia tardía». Me convencen las razones que un conocedor tan excelente de la historia contemporánea como Kral Dietrich Bracher aporta sobre la falsa actualización del problema de la resistencia. Por ello me extraña más la actualización a la que él mismo procede.

En el volumen colectivo *Frieden im Lande*, y bajo el título *La lección de Weimar y la actualidad del problema del derecho de resistencia*, Bracher recorre de nuevo el calvario de la República de Weimar desde los golpes de Estado de 1919 y 1923, hasta las luchas callejeras entre 1930 y 1933. Recuerda de nuevo las ilusiones de los sindicatos, la indecisión de la dirección del Partido Socialdemócrata, la adaptación de los partidos burgueses, el aislamiento autoculpable del Partido Comunista. Menciona también los asesinatos de Rosa Luxemburg y Karl Liebknecht, Walther Rathenau y Matthias Erzberger. Esa recapitulación sirve sólo de rampa de lanzamiento para una conclusión precipitada: lo que entonces ocurrió desde la derecha, ocurre hoy desde la izquierda. La lección que Bracher obtiene de Weimar se resume en que se ha de combatir a tiempo «la ampliación del potencial extremista... hasta convertirse en movimiento». ¿Se está refiriendo Bracher al movimiento pacifista? Quien establece falsos paralelismos con la oposición al régimen nazi, no debería establecerlos entre Bonn y Weimar, y además con una frívola transposición derecha-izquierda, que coloca

sobre el mismo denominador al pacifismo y al fascismo. Bracher aporta una instructiva cita de la fórmula de juramento de aquella Orden germánica de la que procedían los asesinos de Erzberger: «Juro prestar obediencia incondicional al jefe supremo de la organización y a mis superiores... Los traidores serán juzgados por nuestros tribunales». Quizá hay aquí un paralelismo con el medio terrorista de los años setenta. Pero, ¿lo hay también con el medio en que tienen lugar iniciativas ciudadanas, contactos o reuniones de base? Esos son los destinatarios a quienes Bracher en su artículo quisiera dar una lección. No atina con la mentalidad de esos destinatarios.

El hobbesianismo alemán

El problema de la desobediencia civil en el Estado de derecho no se adapta a la óptica de guerra civil. Nadie en los Estados Unidos ha considerado el problema desde esa perspectiva, cuando se puso de actualidad con el movimiento pro derechos humanos y la protesta contra la guerra de Vietnam. Aun cuando nos desembaracemos del trauma alemán, queda aquí aquel peculiar hobbesianismo, que Carl Schmitt representó en la teoría alemana del Derecho público, y que hoy se ha puesto en contacto con conservadores hábitos mentales de otra procedencia. Así por ejemplo, el profesor de Derecho público en Bonn, Isensee considera la desobediencia civil en el Estado de derecho como una perversión del derecho de resistencia, ya que «el monopolio de la fuerza y el aseguramiento de la paz constituyen el fundamento del Estado moderno, el mínimo que debe contener cualquier forma de Estado en la Edad contemporánea». Y añade: «Pero sólo el mínimo. La obediencia a la ley que la democracia constitucional exige de los ciudadanos va más allá». Tras este plus, se esperaría ahora la referencia a los ambiciosos fundamentos de legitimidad del Estado de derecho, algo así como que el moderno Estado constitucional sólo exige obediencia a sus ciudadanos cuando se apoya en principios dignos de reconocimiento, a cuya luz lo que es legal también puede justificarse como legítimo. Pero de eso, ni una palabra. En lugar de ello, prosigue el autor: «La legalidad no se agota en la prohibición de lesiones corporales y daños materiales, de desórdenes públicos y allanamiento de morada y demás manifestaciones de violencia privada», para concluir con otras garantías contra una obediencia «selectiva» al derecho. Todo ello no es falso, pero sí significativamente unilateral: junto a la garantía del orden público no se hace mención alguna a la pretensión de legitimidad en que se apoya el monopolio de la fuerza, si se toma en serio el Estado de derecho.

Isensee invoca aquí un trabajo de Robert Spaemann sobre *Moral y violencia*, que ilustra bien la compleja mentalidad de fondo que da razón del modo selectivo de leer los principios básicos del

Estado de derecho (3). Hobbes opuso al clásico derecho de resistencia el mayor bien que ha de garantizar el Estado, esto es, la paz interna y la seguridad de los ciudadanos: todo ello se pondría en juego si cualquier ciudadano decidiera por sí mismo cuándo se produce una resistencia justificada. En lugar de eso, debe considerarse legítima *toda* forma de poder, suficientemente efectiva como para asegurar aquel bien, es decir, para imponer la paz interna. Según Hobbes, la legalidad de cualquier ordenamiento jurídico se apoya sólo en el monopolio estatal de la fuerza, y no precisa de legitimación alguna en razón del apropiado contenido. El derecho coacciona de la misma forma que la violencia; sólo el monopolio de la fuerza ejercido por el soberano distingue la violencia del Estado de la mera violencia. Kant quedó tan impresionado por esta consideración de Hobbes, que por las mismas razones negó el derecho de resistencia. No obstante, Kant exigió del Estado de derecho leyes justas. Como principio jurídico actúa el conocido principio moral que hace compatible la libertad de cada uno con la de los demás bajo leyes generales. Spaeman sigue esa pista kantiana bajo aquella premisa que es característica de la dirección alemana del pensamiento político hobbesiano: las cuestiones de legitimación deben subordinarse sin reparo alguno al problema de garantizar la legalidad, ya que sólo un Estado monopolizador de la fuerza puede impedir el mayor mal, esto es, la guerra civil. Según Spaemann, pues, se pondría en juego la legalidad del Estado cuando se suprime la libertad de expresión, se prohíbe el traslado de residencia, o deja de haber un procedimiento jurídico para el mantenimiento de una situación jurídica. Conforme a esos pobres criterios habría de considerarse inadmisibles la desobediencia, celebrada como una fiesta nacional, de un Martin Luther King y —desde la perspectiva del Estado que considera amenazado su monopolio de la fuerza— como moralmente reprochable.

Esa grosera fijación de límites entre derecho y fuerza, entre violencia monopolizada por el Estado y simple violencia, permite más y más desvincular a la esfera jurídica de cuestiones de legitimidad. Un pensamiento inspirado en Hobbes debe apartar de sí el ámbito de la cultura política como jurídicamente irrelevante. Donde cesa el orden legal, comienza inmediatamente la rebelión, cuando no la revolución. Cuando los conceptos se han fijado de ese modo, no puede darse un término medio, esto es, la cultura política, en la que, como Hegel hubiera dicho, se desenvuelve la vida moral del pueblo, en la que la fe de los ciudadanos en la legitimidad se regenera a partir de convicciones morales. Ese ámbito vital está normativamente estructurado *más allá* del dintel de las normas jurídicas; como terreno en el que se enraíza moralmente el Estado de derecho, escapa a la visión del hobbesianismo alemán.

(3) Robert SPAEMANN, *Moral und Gewalt*, en *Philosophische Essays*, Stuttgart, Reclam, 1983.

Esa agudeza la ha llevado Carl Schmitt ingeniosamente hasta sus últimas consecuencias. Quien no respeta ese límite, cortante como una navaja, entre derecho y violencia, y al que se vincula el poder estatal para definirse, se comporta subversivamente y pierde la pretensión a ser respetado moralmente, a no ser que fuera lo suficientemente fuerte como para elevarse desde el nivel de la simple revuelta a la de parte beligerante. Para Carl Schmitt se trata de ambas cosas: de la valoración existencial de un tipo ritualizado de beligerancia y perteneciente a un remoto pasado, pero sobre todo se trata de la discriminación sin miramientos de aquel que discute al Estado el poder de definición y quiere hacer valer definiciones concurrentes provenientes de su experiencia político-cultural: hoy, por consiguiente, definiciones de lo que debe considerarse «acción no violenta». Spaemann trae a colación la agudeza de Carl Schmitt al poner de manifiesto qué ocurre con quien se rebela contra la definición de violencia dada por los monopolizadores de la violencia: «La razón para echar mano a la violencia puede ser todo lo justa que se quiera. Allí donde el poder (legalmente definido) se mantiene, esa razón queda relativizada, y hay sólo *una* justicia: el recíproco reconocimiento del enemigo como parte beligerante. La violencia establecida se opondrá con razón a ello y perseguirá la rebelión como un delito».

Se ve a dónde puede conducir la constricción conceptual del hobbesianismo alemán: quien desobedece civilmente se sitúa en línea con aquellos rebeldes que se «aprovechan del doble rol, moralmente reprobable, de ciudadanos y enemigos». Un mundo separa esa tradición de pensamiento de la frase del tratadista de Derecho público Claus Arndt: «Debemos ser ambas cosas a la vez: ciudadano y rebelde». Dentro del Estado de derecho una tal «rebelión» sólo «puede servir para la defensa, conservación o restablecimiento de la vida civil como la de una comunidad de libres e iguales».

¿Obediencia incondicional o cualificada al derecho?

La realidad del hobbesianismo alemán puede explicar por qué tantas intervenciones en el diálogo son lo que la siquiatria llama «tangencial responser»: respuestas a preguntas que no han sido hechas. No se trata hoy de resistencia a un Estado injusto, sino de desobediencia civil en el Estado de derecho.

Se entiende tal tipo de desobediencia sólo cuando, de modo diverso a Hobbes, se parte de que, para el Estado democrático de derecho, normativamente considerado, dos ideas son *igualmente* constitutivas: tanto la garantía estatal de paz interna y de seguridad jurídica para todos los ciudadanos, como también la pretensión de que el orden estatal sea reconocido por los ciudadanos como elementos libres, esto es, inteligentemente. Partiendo sólo de una idea, la única tenida en cuenta por Hobbes, se sigue la exi-

gencia de una *incondicional* obediencia; partiendo de la otra, la de una *cualificada*. De una parte, el Estado apoyado en su monopolio de la fuerza ha de garantizar el respeto de las leyes, si se quiere que todas las personas con capacidad jurídica se muevan libre e independientemente dentro de su ámbito. De otra parte, la pretensión de legitimidad del Estado democrático de derecho no queda satisfecha porque leyes, sentencias y medidas se tramiten, dicten o acuerden conforme a los procedimientos prescritos. En cuestiones fundamentales no basta la legitimidad procedimental: el mismo procedimiento y el ordenamiento jurídico han de justificarse en razón de unos principios. Esos principios constitucionales legitimadores deben encontrar reconocimiento, independientemente de si el derecho positivo se conforma a ellos o no. Si hay un divorcio entre ambos, no se puede en modo alguno exigir obediencia a las leyes.

Esa cualificación de la obediencia al derecho es necesaria, porque no es de excluir que dentro de un ordenamiento jurídico legítimo en su totalidad, persista en casos particulares una injusticia legal, sin que sea rectificada. Ciertamente que normalmente las decisiones de los órganos estatales, formalmente correctas, pueden revisarse en los plazos oportunos: en el Estado de derecho quedan institucionalizadas las posibilidades de revisión. Pero la experiencia histórica enseña que esa moderación legal de la falible razón humana y de la corrompible naturaleza humana no funciona muchas veces sino en determinadas situaciones jurídicas, mientras que se obtiene otra imagen si se aborda este tema desde la perspectiva de la historia jurídica.

Nuestro ordenamiento jurídico se asienta en principios de contenido universal, y la realización de esos principios debe entenderse en el sentido de apurar ese contenido. Normas como los derechos fundamentales, la garantía de la vía jurídica, el principio de la soberanía popular, la separación de poderes, el principio del Estado social, etc., están todos inevitablemente formulados con un alto grado de abstracción. Deben tener validez general, esto es, en todo tiempo y del mismo modo para todos y para todo, incluso para otras normas, que hemos de juzgar según esos criterios. Los principios permanecen idénticos, mientras que cambian las circunstancias históricas y los complejos de intereses, a los que aquéllos se aplican. Además de la moralidad de las normas fundamentales entra en juego, como la denominó Hegel, la eticidad de las relaciones vitales, dentro de la que se realizan necesariamente las normas fundamentales. En esa dimensión de la realización histórica del Estado de derecho reposan los aprendizajes y experiencias, que a mí me interesan.

Volviendo la vista atrás se descubren las cegueras y las lecturas cargadas de prejuicios con las que estuvieron festoneados los derroteros nacionales por lo que se impuso, por ejemplo, la libertad de opinión, el sufragio universal, el derecho de asociación, etc., incluso en viejas democracias como Inglaterra o América. Si Kant

quería ver excluidos del derecho de voto no sólo mujeres y jornaleros, sino todos los trabajadores dependientes, eso no era un simple error. Sólo se percata uno del unilateral, selectivo aprovechamiento del contenido universal de normas generales a la luz de la variación de intereses y de las circunstancias históricas. Se precisó de duras luchas políticas y de movimientos sociales a largo plazo para que pudiera hacerse patente a la conciencia general la injusticia de una realización selectiva del derecho. Ese proceso de aprendizaje, interrumpido una y otra vez por reveses, no está hoy ni mucho menos concluido. Así lo pone de manifiesto una mirada rápida a aquellas leyes reformistas de la coalición liberal-socialista que, bajo la protección del señor Zimmermann, corren hoy peligro de revocación. Si pues las generaciones pasadas se han equivocado una y otra vez, nadie puede estar seguro, en el horizonte de su presente, de que el proyecto del Estado de derecho haya alcanzado su objetivo, y que el patrimonio adquirido por la conciencia de herederos felices requiere seguir siendo bien administrado. La experiencia histórica habla en favor de la sistemática parcialidad no sólo, pero también de las capas establecidas, de los representantes del Estado y —sabe Dios— de la ciencia jurídica. Una y otra vez cedemos ante tales retos históricos, a los que hay que responder con rectificaciones e innovaciones creadoras de derecho, si no se quiere que se desmorone la legitimidad del ordenamiento jurídico, confrontada con sus propios principios.

Puesto que hoy ocurre otro tanto, ha de reconocerse la desobediencia civil como parte constitutiva de la cultura política de una comunidad democrática desarrollada. Cuando la constitución representativa fracasa ante retos como el de la carrera de armamentos que escapa a todo control, los ciudadanos, que no disponen de privilegiadas oportunidades de influjo, han de incorporar el papel de soberano y declarar la desobediencia civil con la intención de incitar a rectificaciones pendientes o a innovaciones. La falibilidad manifestada en el proceso histórico de la realización de los universales principios constitucionales, y de la que no están exentos los representantes, elegidos y nombrados, del Estado, encuentra su contrapeso sólo en la desconfianza no institucionalizada de ciudadanos de una madura cultura política. Dentro de ella han debido adquirir, más allá de la conciencia jurídica hobbesiana, la sensibilidad, la dosis de buen sentido y disposición de riesgo necesarias para reconocer permanentes violaciones legales de la legitimidad y para enfrentarse a ellas, cuando ningún otro medio es posible, con la puntual declaración como *última ratio* de la desobediencia civil.

Eso no significa una patente de corso para una desobediencia al derecho políticamente motivada. A la desobediencia civil afectan las cautelas que se imponen en razón de la garantía de seguridad, propia del Estado de derecho; pues el monopolio de la fuerza es para el Estado de derecho tan constitutivo como la pretensión de una legitimidad racional. Existencia y sentido del orden jurídico,

entendido como un todo, deben permanecer intactos. De donde se deriva que la desobediencia civil no debe ser legalizada en cuanto tal. Ciertamente, muchos de los principios legitimadores de la Constitución, y que hoy podemos invocar, forman ya parte de la misma Constitución; pero en cuanto derecho positivo son vigentes ya que su contenido universal se apura a través de la legislación. Discutible es, empero, el grado en que se procede a apurar tal contenido. El que esa discusión surja constantemente se explica por la validez suprapositiva de normas que no pueden ser sometidas a votación, y a las cuales *remite* la misma Constitución a través de la *invocación* a valores superiores en el artículo 1, párrafo 2, y a través de la distinción entre ley y *derecho* en el artículo 20, párrafo 3. Pero el orden legal no puede positivizar plenamente los contenidos discutidos, todavía no identificados, a los que remiten las normas fundamentales más allá del conjunto de las leyes vigentes. A causa de esa diferencia, queda en vilo entre legalidad y legitimidad el supuesto de la desobediencia civil. Se justifica a la luz de una idea de Estado de derecho, destinado a hacerse pleno, pero no conforme al criterio del derecho positivo.

Por eso, la justicia penal ha de registrar y, en su caso, perseguir ese tipo de desobediencia como ilegal; pero no la debe valorar como un delito más. El Estado democrático de derecho perdería su coherencia si no reconociera que en el transgresor de una regla respeta a un potencial defensor de su legitimidad, aun cuando el tribunal de la historia pueda constatar que quien hoy actúa ilegalmente, mañana lo sigue haciendo injustamente.

Ese respeto sólo se le puede exigir al poder estatal cuando la desobediencia civil —además de su carácter estrictamente simbólico, esto es, pacífico, así como de su intención de apelar a la mayoría —cumple tres condiciones. El orden jurídico en su totalidad debe permanecer intacto; lo que John Galtung en la revista *Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden* (Cuaderno 1, 1983) denomina resistencia «funcional», no se justifica, por tanto. Además, el transgresor de las reglas debe asumir las consecuencias de su acción. Y, por último, se espera que ese transgresor, sean cuales quiera sus convicciones subjetivas, puede fundamentar su desobediencia en principios reconocidos y legitimadores de la Constitución.

Abolición del estado de naturaleza entre Estados

Con esas reflexiones de fondo, por supuesto que aún no hemos llegado a responder a la pregunta concreta de si la violación de reglas que hoy se da en Alemania puede legitimarse como desobediencia civil. Esa discusión apenas ha empezado. Me siento en el papel de un simpatizante, inclinado a una respuesta afirmativa. Eso no debe confundirse con una llamada a la desobediencia civil.

De antemano se pone el reparo de que «otros medios no son imposibles». ¿Medios, podría contestarse, que pasan por un parlamento que sólo a través de la «presión de la calle» condujo un debate de al menos dos días en cuestión tan vital? Que yo sepa, tampoco el partido CDU/CSU liberó de la disciplina a los miembros del grupo parlamentario en la decisiva votación del 22 de noviembre. Y por lo que hace a los tribunales, ¿podría seriamente seguirse el ejemplo de las británicas contrarias a las armas atómicas o introducir una querrela en el tribunal federal de Nueva York contra el presidente Reagan y el gobierno americano?

Más seria es la cuestión de las normas contravenidas por la prevista instalación de misiles. Débil candidato es el derecho a la vida y a la integridad física garantizado por el párrafo 2 del artículo 2 de la Constitución. También podía ser invocado, por igual razón, por quienes los colocan; y en una democracia hay también situaciones en las que ambas partes pueden aportar buenos argumentos a favor y en contra. Un candidato todavía más débil es el anclaje constitucional en el deber de mantener la paz. No se puede suponer al gobierno alemán la mala voluntad de incumplirlo.

Se acerca más al tema el artículo 25 de la Constitución que declara vinculantes las normas del derecho internacional. Que los medios de aniquilación masiva son contrarios al derecho internacional, nadie lo duda. Sólo ya porque la utilización de esas armas, que han dejado de serlo, no permite ya mantener la distinción entre población civil y otros participantes ocasionalmente uniformados. ¿Se puede amenazar con esas armas? Por supuesto que el político realista remitirá a la problemática situación del derecho internacional y replicará que sólo tratados internacionales de cumplimiento controlado pueden hacer realidad tales principios jurídicos: y de eso se trata precisamente en Ginebra. Otrora, la anexión de California, contraria al derecho internacional, dio ocasión a Thoreau a declarar un boicot a los impuestos, y retrospectivamente todos encuentran bien festejar a tales precursores de la desobediencia civil. Hoy, la lógica de la carrera de armamentos ha creado tan absurdas relaciones y riesgos que la prohibición de medios de aniquilación masiva, como primer paso hacia la abolición de escándalos del estado de naturaleza entre Estados, es también una meta legítima, si bien haya de ser alcanzada primeramente con pasos unilaterales. Ciertamente el mismo derecho internacional, en la medida en que todavía está prisionero del horizonte del sistema europeo de Estados entre 1648 y 1914, está necesitado de impulsos innovadores. El ejemplo de la cambiante historia de la implantación de importantes derechos fundamentales insinúa una prolongada perspectiva histórica en la que ha de verse el desarrollo y la paulatina implantación de los principios de derecho internacional. Frente a la fantasía adolescente, que ritualiza las relaciones extrajurídicas amigo-enemigo, es puro realismo el intento enérgico de un primer paso hacia la efectiva juridización del estado de naturaleza entre Estados. ¿Qué otra cosa, si no?

No obstante, me parece por el momento tener más porvenir, proseguir, como hacen el magistrado del Tribunal Constitucional Simon (4) y muchos otros, tras la cuestión de si, en decisiones fundamentales y de eminente peso relativas a la seguridad, basta con la leve capa de legitimidad de simples mayorías parlamentarias. En este punto deben tenerse a la vista las condiciones de funcionamiento y validez de la regla de las mayorías, que Claus Offe ha investigado minuciosamente. Esa regla es el camino real para la formación democrática de una voluntad, y debe seguir siéndolo. Sin embargo, su eficacia legitimadora se ha de mantener cuando se aplica en condiciones en las cuales es permitido suponer que regula los procesos de formación de una voluntad de tal modo, que también pueden darse decisiones razonables con apremio de tiempo e informaciones incompletas. Irracionales son, por ejemplo, decisiones mayoritarias irreversibles: *podrían* ciertamente ser falsas. Sin duda, los misiles pueden ser montados y más tarde retirados, aunque sea esto más bien inverosímil, si nos atenemos a las actuales experiencias. Pero, ¿no vale esa reversibilidad para la doctrina militar que subyace en la «doble decisión» de la OTAN? Los contrarios afirman que los Estados Unidos han pasado de una estrategia de prevención de la guerra a una de conducción de la misma: no sólo para emprender guerras atómicas, sino para amenazar con ganarlas. Si esa nueva estrategia sigue en vigor por tanto tiempo como la anterior, ha de mediatizar las previsiones durante un espacio de tiempo, en el cual conforme al criterio humano pueden ocurrir catástrofes, sólo considerando accidentes y fallos humanos. Ciertamente, el gobierno discute esa interpretación de la doctrina militar de la OTAN: pero en este caso, la simetría de los argumentos no puede justificar que se tenga en cuenta la posibilidad no excluyente de contravenir las condiciones de validez de la regla de la mayoría.

La desestabilización producida por la introducción de armas atómicas en el tráfico entre las superpotencias y sus aliados (alemanes), así como también las derivadas hoy de la difusión de armas nucleares en potencias medias y en incalculables pequeños Estados, no dejan alternativa que permita zafarse de la lógica de la actual política de seguridad. El derecho internacional ha de adaptarse a esta nueva situación. El Estado monopolizador de la fuerza en la Edad moderna europea ha de posibilitar la paz interna con medios jurídicos; es necesario un impulso evolutivo sin precedentes, para aproximarse a aquella paz internacional por medios jurídicos, que movía a Kant. Si esa utopía necesaria para sobrevivir no debe sublimarse en la pesadilla de un Estado mundial, tampoco ha de constreñirse a la imagen de un Estado monopolizador de la fuerza. (Traducción por Juan José Gil Cremades)

(4) Helmut SIMON, *Fragen der Verfassungspolitik*, en Peter GLOTZ (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983. Cfr. también las contribuciones de Ralf DREIER, Jürgen HABERMAS, Horst SCHÜLER-SPRINGORUM.