

## EL ABORTO Y EL FUTURO CODIGO PENAL \*

### I

Como es sabido, en materia de aborto, la regulación hoy acometida en el Código penal español (arts. 411 y siguientes) procede de la *Ley de protección de la natalidad*, de 24 de enero de 1941, promulgada al servicio de una muy concreta política demográfica de inspiración fascista.

Esquematisando al máximo la tipificación que allí se aborda —plagada de imperfecciones técnicas— hay que concluir afirmando que se considera *criminal* todo aborto voluntariamente producido. En el artículo 414 se atenúa la responsabilidad de la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause «para ocultar su deshonra»; modalidad *honoris causa* que al extenderse a los padres de la embarazada subraya que la honestidad de la mujer no es un problema exclusivamente suyo, sino familiar.

Por el contrario, en los países de nuestro pretendido ámbito cultural se ha ido abriendo camino —a veces con dificultades— un planteamiento político-criminal sustancialmente diverso del español. Las distintas soluciones nacionales giran en torno a dos criterios: el sistema del plazo y el de las indicaciones. El primero de ellos legitima la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas, por regla general; la vía de las indicaciones —a veces conjugada con el sistema anterior— ofrece la siguiente fisonomía:

1) El aborto por indicación *médica* o *terapéutica* consiste en la des-

---

\* Comunicación presentada en las V Jornadas de Profesores de Derecho penal, Segovia, mayo-junio de 1984.



trucción del feto con la específica finalidad de salvar la vida de la madre embarazada o evitar graves riesgos para su salud, física o mental.

2) La indicación *eugénica* se arbitra cuando existen razones que justifican la expectación de un incurable defecto fetal, somático o psíquico, debido a la herencia o a un daño ocasionado durante el embarazo.

3) La indicación *ética*, también denominada *sentimental*, *humanitaria* o *jurídica*, ampara aquellos supuestos en que el embarazo es resultado de un acto sexual delictivo perpetrado contra la mujer.

4) La indicación *económico-social* viene determinada por la precaria situación económica de la mujer, que se ve agravada por la llegada de un hijo no deseado.

Entresacando las notas comunes a las distintas soluciones legislativas extranjeras, cabe destacar que en todas ellas se garantiza que la intervención —gratuita o no— sea realizada en un establecimiento sanitario y con adecuada asistencia médica; se articula, además, un sistema de control sobre las peritaciones, con la finalidad de evitar abusos en la ponderación de cada caso concreto; se reconoce el derecho de la mujer embarazada, si así lo desea, a correr el riesgo de una maternidad peligrosa; se garantiza el respeto a las convicciones personales de los facultativos, a través de la objeción de conciencia; en los supuestos de minoría de edad de la mujer embarazada se prevé la posible intervención de sus padres en la decisión; en ocasiones, las limitaciones vienen determinadas por criterios cronológicos respecto del desarrollo del embarazo o por la exigencia de que se comunique la intervención a las autoridades sanitarias; incluso se arbitran medios para explicar a la mujer los riesgos de la intervención y poner en su conocimiento las ayudas oficiales existentes en cada país para las madres, solteras o no, así como las posibilidades de adopción por terceras personas del niño por nacer. Todo ello enmarcado en sistemas nacionales de difusión de técnicas anticonceptivas y de planificación familiar, tendentes a evitar embarazos no deseados.

## II

La realidad social española, al margen de la ciega represión intentada por el Derecho positivo, pone una vez más de relieve que un legislador inteligente no debe prohibir aquello que no puede controlar; más aún, de la criminalización se siguen, únicamente, consecuencias muy negativas para la colectividad y fundamentalmente para los sectores marginados de la misma.



1) La *cifra negra* con relación al aborto muy posiblemente supere la ofrecida por cualquier otra actividad considerada delictiva. Las cifras manejadas —a veces demagógicamente— al respecto son lo suficientemente expresivas; su reflejo en las estadísticas judiciales, insigificante.

2) El *aborto clandestino* multiplica sus riesgos tan sólo para un sector de la población femenina española: el menos dotado cultural y económicamente; para estas mujeres se multiplica el riesgo en sentido jurídico (posibilidad de efectiva sanción) y físico (interrupción del embarazo en deficientes condiciones sanitarias).

3) El *turismo abortivo* sólo al alcance de las mujeres pertenecientes a determinadas clases sociales— permite a éstas burlar la dureza de la legislación española por medio del desplazamiento a países —casi todos los europeos— con legalidad más permisiva en la materia. Algunos datos facilitados por el Gobierno inglés son muy significativos: en Inglaterra abortaron, en 1972, 730 mujeres de nacionalidad española; más de 10.000 en 1977; más de 16.000 en 1979; más de 18.000 en 1980; casi 19.000 en 1981; más de 22.000 en 1982. A ello hay que añadir los abortos producidos en otros países, cifra posiblemente no desdeñable, sobre todo en los últimos años. Quizá estos datos puedan mover a la reflexión a quienes cuestionan —por elevadas— las cifras que para el aborto clandestino se manejan en ocasiones con relación a la realidad española.

4) A todo ello habría que añadir la *dimensión criminógena* de estas actividades, precisamente por ser forzadas a la clandestinidad, y el *desgaste* sufrido por el Derecho penal, simplemente por intentar mantener una sanción puramente nominal, habida cuenta que —como ya se indicó— prácticamente no se aplica.

Como consecuencia de todo ello, en los últimos tiempos el problema del aborto se ha convertido —como antes en otros países— en uno de los grandes temas nacionales. Todos los radicalismos y visceralidades han hecho presa en el mismo. Han proliferado las manifestaciones, la utilización de relevantes figuras eclesiásticas o médicas, la recogida de firmas en uno u otro sentido, los arriesgados desafíos a la Administración de Justicia, la referencia al tema en prácticamente todos los programas electorales de los diferentes partidos, etc. Los medios de comunicación social se han hecho eco de todo ello.

### III

Con la finalidad de acometer a fondo una revisión del sistema penal



español y adaptarlo a las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho, se nombró por el Ministerio de Justicia en 1978 una ponencia —integrada por Rodríguez Mourullo, Gimbernat Ordeig, Díaz Palos y Conde Pumpido— que redactó un Anteproyecto de Código penal. Anteproyecto que, además, fue discutido también en el seno de la Sección cuarta de la Comisión General de Codificación. Al margen de los avatares sufridos por el texto de referencia, me interesa destacar que —en tema de aborto— supuso un razonable intento de huir de soluciones maximalistas, quizá no aconsejables en aquel momento, y de alcanzar una moderada despenalización.

Efectivamente, en los artículos 158 y siguientes del Anteproyecto se moderaba la punición del aborto, manteniéndose las figuras básicas: el consensual y el no consentido. Entre las modalidades agravadas se contemplaba la violencia, intimidación o engaño para obtener el consentimiento de la mujer, la habitualidad del abortador y la impericia o empleo de medios que pusieren en peligro la vida o la salud de la mujer; previéndose, también, la pena de inhabilitación con efectos especiales para el facultativo que habitualmente practicare la interrupción del embarazo.

Se completaba la propuesta de regulación con la acogida de tres de las indicaciones más ampliamente difundidas en el panorama comparatista: la terapéutica, la ético-jurídica y la eugénica. La primera —se afirma en la Memoria explicativa que acompaña al Anteproyecto— ya se aceptaba en la legalidad anterior a través del estado de necesidad; la segunda se asociaba al delito de violación o a la inseminación artificial no consentida; la tercera se revestía con especiales precauciones respecto a la entidad de las taras previstas en el *nasciturus*, la forma y garantías del pronóstico y el tiempo límite en que el aborto podía ser practicado.

Concretamente, precisaba el artículo 162 del Anteproyecto: «El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.<sup>ª</sup> Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.<sup>ª</sup> Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación de los artículos 196 y 197 o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que dichos delitos hubiesen sido oportunamente denunciados.

3.<sup>ª</sup> Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras



físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y que presten servicio en un centro oficial o de planificación familiar.»

Lo que me interesa subrayar especialmente es que, a través de un voto particular, E. Gimbernat propuso una solución más ambiciosa: la impunidad del aborto producido dentro de los tres primeros meses del embarazo. Criterio del plazo —frente al de las indicaciones— que no es infrecuente en el Derecho comparado y que goza en España de una cada vez más amplia aceptación doctrinal.

La fórmula jurídica ofrecida por Gimbernat estaba concebida en los siguientes términos:

Artículo 162: «Estarán exentos de pena el médico que provocare un aborto durante las doce primeras semanas del embarazo y la mujer que consintiere en la intervención. Tampoco responderá la mujer que dentro de ese plazo se causare a sí misma un aborto.»

Artículo 162 bis: «Transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, quedarán exentos de responsabilidad la mujer que consintiere o se provocare un aborto y el médico que se lo practicare, siempre que ello fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada. La exención de responsabilidad será igualmente aplicable al médico que practicare un aborto y a la mujer que lo consintiere cuando la intervención se llevara a cabo para impedir el nacimiento de un niño con graves taras físicas o psíquicas; en este caso serán requisitos necesarios para eximir de responsabilidad que el aborto se realice en las primeras veintidós semanas a partir de la concepción, y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por un médico distinto del que practica la intervención.»

El Gobierno de UCD no sólo no tuvo en cuenta esta última propuesta, sino que —incluso— en el Proyecto que se envió a las Cámaras legislativas había desaparecido la solución de las indicaciones, en tan mesurados términos acogida en el Anteproyecto.

#### IV

Ya en otro lugar he tenido oportunidad de calificar de regresivo al *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de enero de 1980, del que había des-



aparecido la moderada solución de las indicaciones, en virtud de una decisión gubernamental.

Proyecto que, en la materia, no respondía a los principios político-criminales mencionados en su irreprochable Exposición de motivos; fundamentalmente el de intervención mínima y de rechazo del Derecho penal como instrumento represivo al servicio de determinadas ideas políticas o morales. Paradójicamente —o no— el Proyecto de 1980 suponía el endurecimiento de una normativa procedente de la ley fascista de 24 de enero de 1941. En efecto, al posibilitar la persecución en supuestos de dolo eventual y borrar la modalidad *honoris causa* del artículo 414, que —al margen de otro tipo de valoraciones— permite notables atenuaciones de la pena, trataba de endurecer al respecto la reacción punitiva, de espaldas a las corrientes político-criminales vigentes en nuestro entorno cultural y ampliamente asumidas por la doctrina española.

Además, los artículos 10 y 11 del Proyecto al consagrar una inadmisibles extraterritorialidad de las leyes penales, parecían redactados fundamentalmente para ser aplicados al turismo abortivo; al omitirse en ellos toda referencia a la regla de la «doble incriminación» se posibilitaba la aplicación de la intransigente legalidad nacional a las españolas que viajan a otros países en demanda de soluciones más razonables y más justas para problemas angustiosos e inaplazables.

De cualquier forma, los avatares políticos del país determinaron que el Proyecto de 1980 —al que se habían presentado casi dos mil enmiendas— no llegase a ser discutido en nuestras Cámaras legislativas por celebrarse elecciones anticipadas. La problemática, en suma, permanecía abierta.

## V

Fracasado el intento legislativo de 1980, y ya en 1983, el Gobierno socialista se propuso elaborar a medio plazo un Código penal realmente nuevo —sobre la base del Proyecto de 1980, las enmiendas presentadas al mismo y las diversas aportaciones científicas sobre la reforma penal— y retocar con carácter de urgencia el Código para erradicar del mismo las más sangrantes injusticias.

El primer fruto de tal planteamiento fue la promulgación de la *Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código penal*, de 25 de junio de 1983. Reforma que ha sido acusada desde los sectores sociales más reaccionarios de constituir un indulto encubierto y de haber potenciado



la delincuencia y los niveles de inseguridad ciudadada, precisamente por las excarcelaciones que se derivaron de su entrada en vigor, fundamentalmente con relación a la delincuencia patrimonial y su aplicación retroactiva, por favorable.

A pesar de que en un primer momento se pensó en incluir la reforma en tema de aborto en la ley antes mencionada, se optó por la vía de prescindir del procedimiento de urgencia y en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 23 de marzo de 1983 se publicó el *Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal*. Con ello, se intentaba la introducción en el Texto punitivo de un precepto redactado en los siguientes términos:

Artículo 417 bis: «El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que sea necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.º Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.º Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

Tan moderado repertorio de indicaciones provocó en nuestras Cámaras legislativas reacciones de signo bien distinto. Me referiré a las más significadas, por radicales.

De un lado, el Grupo Parlamentario Popular solicitó la devolución del texto del Proyecto con base —fundamentalmente— en las siguientes afirmaciones: está en pugna con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución; es contrario a nuestra tradición moral y jurídica «y al sentir probado de la mayoría del pueblo español y sus creencias»; porque «está demostrado» que la despenalización del aborto no termina con su clandestinidad; finalmente, atribuye el texto de referencia una extensión inadecuada a los principios de intervención mínima y de no exigibilidad de otra conducta.

Desde otra óptica, la solución del Partido Comunista —integrado en el Grupo Mixto— consistió en formular una enmienda a la totalidad y ofrecer un texto alternativo para el artículo 417 bis. En efecto, se afir-



ma que las opiniones contrarias a la despenalización del aborto se basan en argumentos éticos o religiosos y no estrictamente jurídicos; que a la luz de la Constitución de 1978 y del Derecho Constitucional comparado no existen obstáculos para la despenalización; que el legislador debe resolver el conflicto entre los bienes jurídicos en juego (vida humana en formación y libertad de la mujer) conforme al criterio de la ponderación de intereses; por ello, se rechaza el sistema de las indicaciones y se opta por el de los plazos, habida cuenta que —se afirma— es el que mejor respeta la esfera de responsabilidad de la mujer y evita injerencias en el ámbito de su personalidad; finalmente, se expresa la convicción de que con las indicaciones que tienen cabida en el Proyecto solamente se despenaliza un número ínfimo del total de abortos voluntarios y que la inmensa mayoría de los mismos permanece en la clandestinidad y bajo la amenaza del Código penal. Consecuentemente, se ofrece el siguiente texto alternativo para el artículo 417 bis:

«1. No es punible el aborto practicado por un médico dentro de las doce primeras semanas del embarazo con el consentimiento de la mujer. Tampoco es punible la mujer que dentro del mencionado plazo se produjese a sí misma el aborto.

2. El aborto practicado por un médico con posterioridad a las doce primeras semanas del embarazo y con el consentimiento de la mujer no es punible cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.º) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada y así lo dictamine un médico distinto del que practique la intervención.

2.º) Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas y tal pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.»

## VI

Como es sabido, prosperó en nuestras Cámaras legislativas el Proyecto gubernamental de las tres indicaciones y, consecuentemente, fueron rechazadas todas las enmiendas presentadas al mismo. La derecha —con una táctica que ya se va convirtiendo en habitual ante las votaciones adversas— presentó recurso de inconstitucionalidad.

Ello nos pone en contacto con la problemática —ya suscitada, por





otro lado, en varios países europeos no hace demasiado tiempo— de la despenalización del aborto después de promulgada la Constitución de 1978. Cuestión ésta, de indudable interés, que ha sido abordada por muy cualificados penalistas españoles (Gimbernat, Rodríguez Mourullo, Cerezo Mir, Huerta Tocildo, Arroyo Zapatero y Mir Puig, entre otros).

Muy esquemáticamente, cabe destacar que se han ofrecido las siguientes soluciones al respecto:

1) El artículo 15 de la Constitución, al expresar que «todos tienen derecho a la vida», veda cualquier posibilidad despenalizadora en la materia.

2) Solamente el sistema de las indicaciones resulta constitucional; el de los plazos es incompatible con la Constitución.

3) No existe obstáculo alguno en la Constitución española para abordar la despenalización del aborto, incluso a través del criterio de los plazos.

Ello sentado, muy pocas palabras sobre una cuestión prácticamente inabarcable en todos sus matices. En primer término, lo que sí me parece anticonstitucional es la actual regulación del aborto en los artículos 411 y siguientes del Texto punitivo. En segundo lugar, el que todos (o todas las personas, como se matizaba en el Anteproyecto de Constitución) tengan derecho a la vida no supone la anticonstitucionalidad de la defensa frente al injusto agresor, con resultado de muerte para éste; la Constitución no es el lugar idóneo para regular los requisitos y efectos de la legítima defensa, o del estado de necesidad. Finalmente, no cabe imaginar siquiera que el derecho a la vida no tenga rango constitucional en Suecia, Francia, Italia o la República Federal Alemana; en el ámbito del Derecho Constitucional comparado es posible encontrar precisiones idénticas a las del artículo 15 de la Constitución española, lo que no obsta para que en esos países se haya abordado —a veces en términos de gran amplitud— la despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo.

## VII

Solamente en el complejo contexto apuntado en páginas anteriores puede realizarse una valoración de las previsiones en la materia del presumiblemente futuro Código penal español.

La Comisión nombrada en enero de 1983 por el Ministro de Justicia abordó la redacción de un texto articulado, que ha visto la luz bajo la etiqueta de *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal* y que



se somete al examen de especialistas en la materia con la finalidad de alcanzar en un futuro inmediato la elaboración de un *Anteproyecto*.

La temática examinada encuentra acogida en un Título independiente (Del aborto) en el Libro II, artículos 145 a 148.

Artículo 145: «1. El que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

2. Si se hubiere empleado violencia, intimidación o engaño para provocar el aborto u obtener la anuencia de la mujer, se impondrá la pena de prisión de seis a ocho años.»

Artículo 146: «1. El que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. La mujer que produjese su aborto o consintiere que otra persona se lo cause será castigada con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.»

Artículo 147: «Las penas que corresponden según los artículos anteriores se impondrán al sujeto en su mitad superior:

1.º Cuando se dedicare habitualmente a provocar abortos.

2.º Cuando por los medios utilizados o por la forma imperita de su actuación se hubiere creado un riesgo grave para la vida o salud de la embarazada.»

Los reproducidos artículos 145, 146 y 147, que simplifican notablemente la regulación actual, suponen —en definitiva— una reproducción casi literal de las precisiones del *Proyecto* de 1980. Quizá la novedad más destacable venga determinada por la desaparición del trasnochado tipo *horonis causa*. En cualquier caso, se trata de tipicidades razonablemente construidas que no plantean problemas de cierta entidad y que responden al mantenimiento de las figuras básicas: aborto consentido y no consentido. Entre las modalidades agravadas se alude a la violencia, intimidación o engaño para provocar el aborto u obtener la anuencia de la mujer, la dedicación habitual a las prácticas abortivas y el empleo de medios o forma imperita en la ejecución que determinen un riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada.

Entre las Disposiciones comunes del Título IV del Libro II se contiene un precepto, el artículo 155, que —en esencia— es reproducción del hoy vigente artículo 412 y que constituye una tipicidad poco afortunada, de naturaleza entre culposa y preterintencional, que —en cualquier caso— nada tiene que ver con la delincuencia abortiva en sentido estricto. Por ello, y al margen de otro tipo de valoraciones, su ubicación



en la Propuesta de Anteproyecto resulta más razonable. El artículo 155 aparece redactado en los siguientes términos: «El que ejerciere violencias sobre mujer encinta a sabiendas de su estado y le ocasionare el aborto sin propósito de causárselo, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años.»

## VIII

Ello sentado con relación a las cuestiones menos conflictivas que ofrece el texto de referencia, y antes de examinar los prudentes términos en que se aborda una parcial despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo, quizá convenga aludir —siquiera esquemáticamente— a un aspecto muy concreto del turismo abortivo y de su persecución por la Justicia española. Para ello, es necesario examinar las previsiones que, con carácter general, se contienen en el Título preliminar de la Propuesta de Anteproyecto, sustancialmente diferentes a las arbitradas por el Proyecto de 1980 en tema de eficacia espacial de las leyes penales españolas.

En efecto, en el Proyecto de 1980 tenía cabida con exagerada amplitud el principio de personalidad en la materia, en detrimento del de territorialidad y, sobre todo, se olvidaba que el principio de personalidad debe jugar un papel simplemente complementario y, en todo caso, sometido a la regla de «la doble incriminación». Ello unido a la regresiva solución que se ofrecía en tema de aborto —ya mencionada— y a la pretensión mantenida desde determinados sectores de aplicar la rígida legalidad nacional a las españolas que viajan a otros países en busca de legislaciones menos intransigentes, conducía a soluciones insostenibles.

Esta línea ciegamente represiva se inició con la respuesta de la Fiscalía General del Estado a la consulta número 5/1978 sobre «Extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia», en la que se pretendía basar en el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la persecución del aborto cometido en el extranjero por un ciudadano español. La *sentencia de 20 de diciembre de 1980*, críticamente examinada por Mir Puig, es otro ejemplo de esta rechazable solución, que se ha reiterado en *sentencia de 15 de octubre de 1983*.

Por ello, y como muy probablemente el turismo abortivo seguirá practicándose en España si no se aborda una despenalización razonable del aborto, cabe destacar que el Título preliminar de la Propuesta



de 1983 (arts. 7 y 8) consagra con carácter general el principio de territorialidad y con carácter excepcional y matizado el de personalidad: «Las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho» y concurririen determinados requisitos, el primero de los cuales es, precisamente, «que el hecho sea punible en el lugar de la ejecución» (art. 8-1.º).

## IX

Especial interés ofrece el artículo 148 de la Propuesta de Anteproyecto, de 1983, en el que se declara que no será punible el aborto si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

«1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, incesto o estupro, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3.ª Que sea probable que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

Se ha optado, en consecuencia, por la solución de las más obvias de las indicaciones. El antecedente inmediato —y lógico desde el punto de vista estrictamente político— es el texto del Proyecto de Ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, de 1983. Al margen de los retoques de estilo, la única sustancial modificación se introduce en sede de indicación jurídica: que el embarazo sea consecuencia de «un hecho constitutivo de delito de violación, incesto o estupro», lo que supone una indudable ampliación respecto del Proyecto de reforma que circunscribía la indicación a los supuestos de violación.

El antecedente remoto del texto de referencia viene determinado por el artículo 162 del Anteproyecto que dio lugar al Proyecto de 1980 (del que, como ya se indicó, desaparecieron las indicaciones); precepto en el que al dibujarse los contornos de la indicación jurídica se aludía al



embarazo consecuencia de un delito de violación «o de una inseminación artificial no consentida».

¿Es suficiente tan cautelosa despenalización en la hora actual? ¿Es la ofrecida una solución calificable de progresista? ¿Existen otras soluciones más acordes con un Estado social y democrático de Derecho?

## X

Quizá pueda extrañar a alguno que sea yo precisamente quien plantee tales interrogantes, habida cuenta que hace ya varios años tuve oportunidad —contra corriente, por aquel entonces— de pronunciarme al respecto, optando por una solución que —en principio— parece encajar exactamente con la formulación ofrecida por el artículo 148 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, antes reproducido. Como vivimos en un país de conversos, quizá deba clarificar mi planteamiento actual con algunas matizaciones.

En mi libro *Política criminal del aborto* (Barcelona, 1976) afirmaba que una política criminal realista en tema de voluntaria interrupción del embarazo debía ofrecer la siguiente fisonomía: «en primer lugar, amplia difusión de técnicas y medios anticonceptivos; en segundo término, recepción de las indicaciones médica, eugénica y sentimental, con las matizaciones y cauces legales que limiten, en lo posible, eventuales abusos; finalmente, arbitrio de medidas preventivas o de auxilio, en su caso, para evitar las situaciones conflictivas que desembocan en el aborto por indicación económico-social» (pág. 143); matizando que en un primer intento liberalizador «quizá fuese prematura» —en aquel momento histórico— la aceptación de la indicación económico-social (pág. 139).

Algunos años más tarde (*Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, Santiago de Compostela, 1980, pág. 315) insistía en que «las situaciones que dan lugar a la indicación económico-social deben ser desterradas por otros medios».

Tales afirmaciones deben ser ubicadas en su exacto contexto:

Mi libro *Política criminal del aborto* fue escrito entre la primavera y el verano de 1975; el prólogo lleva fecha de septiembre de 1975; en consecuencia aún no se había producido —con todo lo que ello significó— el denominado por aquel entonces «hecho sucesorio»; en definitiva, estaban en vigor las Leyes Fundamentales del franquismo e impuesto, a éste y a todos los niveles, un radical confesionalismo del Estado. En este contexto político se optaba por la moderación despenalizadora a



través de las indicaciones más ampliamente difundidas en el Derecho comparado; además, como ya se indicó, la no inclusión de la indicación económico-social se subordinaba a la consecución de un clima político-social que la hiciese innecesaria; es decir, a una justa regulación de los órdenes político, educativo, económico, familiar y sanitario.

Aun reconociendo la existencia en nuestro país de interesadas nostalgias, creo que —afortunadamente— el contexto político-social no es hoy el mismo de 1975. Por ello, quizá puedan intentarse soluciones más ambiciosas, inviables entonces.

Se ha superado la larga noche del fascismo, se ha promulgado la Constitución de 1978 y, además, los penalistas españoles han ido paulatinamente expresando sus simpatías por soluciones que giran —fundamentalmente— en torno a un repertorio de indicaciones más amplio que el antes expresado y el sistema del plazo.

A ello hay que añadir dos realidades que juzgo decisivas al respecto: en primer lugar, que poco —o nada— se ha avanzado en los últimos años en tema de educación sexual, planificación familiar, acceso a métodos anticonceptivos, etc.; en segundo término, que la situación económica —como triste herencia de un egoístamente salvaje capitalismo— ha sumido en la miseria a amplios sectores sociales en España. No se cumplen, pues, las condiciones sociales que en su momento me hacían cuestionar la aceptación de la llamada indicación económico-social.

Por todo ello, quizá lo que en 1975 resultaba profundamente innovador y progresista hoy no lo sea tanto, como ha subrayado un muy cualificado sector de la doctrina penal española, contemplando con suficiencia la solución de las tres indicaciones que paradójicamente —en 1983— ha tenido acceso a la Propuesta de Anteproyecto de un nuevo Código penal español.

## XI

A modo de conclusión y reconocida por la inmensa mayoría de la doctrina penal española la necesidad de abordar la despenalización del aborto, se ofrecen —fundamentalmente— tres posibilidades.

1) La introducción en el Código penal de las tres indicaciones más características, en los términos que ofrece la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Es decir, la misma solución esgrimida por el Anteproyecto elaborado por encargo de UCD y, con anterioridad, por el artículo 2 del Decreto de la Generalitat de Cataluña, de 25 de diciembre de 1936.

2) Quizá en el momento actual pudiera intentarse una ampliación



del repertorio de indicaciones. Incluso con carácter temporal, como se ha hecho en otros países, para dar cabida, bien a la indicación económico-social, bien a una situación genérica de necesidad, en la línea de la *allgemeiner Notlage*. Solución ésta que quizá resulte hoy más realista que la apuntada en el apartado anterior.

3) La última y más drástica solución viene determinada por la adopción del sistema del plazo, en la línea esbozada —como ya se indicó— por el Partido Comunista, el voto particular de Gimbernat al Anteproyecto que dio lugar al Proyecto de Código penal de 1980 y un cada vez más amplio sector de la doctrina penal de nuestro país.

No hace demasiado tiempo se ha afirmado que la adecuada despenalización del aborto solamente se alcanzaría en España cuando la izquierda llegase al poder. Totalmente de acuerdo. Seguiremos esperando. La paciencia de la Historia es infinita.

GERARDO LANDROVE DÍAZ







## LA FILOSOFIA ESPAÑOLA DE LOS SIGLOS XVI Y XVII Y EL PROCESO EMANCIPADOR HISPANOAMERICANO: LA FIGURA DE FRANCISCO SUAREZ \*

### INTRODUCCIÓN

El objeto de esta ponencia es ambicioso de por sí, debido a lo que se intenta demostrar, pero hay que tener en cuenta, que en un Congreso Internacional de Filosofía jurídico-política, es necesario realizar una labor de síntesis, un esfuerzo intelectual, para reducir las ideas y el material, por falta de espacio y tiempo.

Nuestra intencionalidad es doble. En primer lugar, exponer la doctrina de la filosofía política tradicional española de los siglos XVI y XVII, pero como el objetivo sería extensísimo, nos contentaremos con resaltar una serie de puntos claves como el origen del poder, la idea del pacto social y el derecho de resistencia, en concreto, en Francisco Suárez, máximo exponente de nuestro pensamiento tradicional de los citados siglos. En segundo lugar, intentar proyectar este pensamiento en el proceso emancipador de la América española; nos contentaríamos con adoptar una serie de datos, que sean lo suficientemente reveladores, para demostrar que la emancipación de Hispanoamérica tiene un sustrato ideológico y filosófico-político, que difiere, en parte, de los hechos revolucionarios que acaecieron en América del Norte y en otros países europeos. Estas afirmaciones no quieren ser de una rotundidad tal, que

---

\* Ponencia presentada al *Simpósio Internacional sobre la liberación de Hispanoamérica*, Westfalia, junio de 1984.



no queremos ver las aportaciones de otras corrientes ideológicas y filosóficas, como la liberal, socioanalista y constitucionalista, que también influyen en el proceso emancipador, pero en un segundo grado.

Para comprender esta tesis es necesario, pues, comenzar con el pensamiento tradicional español del Siglo de Oro, y como los diversos movimientos emancipadores vuelven sus ojos a la madre patria, aunque estuviesen alejándose de ella.

## I

La problemática del origen del poder, la idea del pacto y el derecho de resistencia frente al poder injusto, la desarrolla Francisco Suárez, preferentemente, en sus tratados *De legibus* y *Defensio difei*. Estas ideas tienen sus antecedentes en el pensamiento tomista y son recogidas por la Escolástica española del XVI y XVII.

La doctrina del «cuerpo místico» sirve a nuestros pensadores, entre otros, Vitoria y Suárez, para diferenciar entre «potestas», como poder de una comunidad perfecta que se basta así misma, y el «officium», poder subjetivo del príncipe como cabeza del cuerpo de la comunidad y vértice de una jerarquización de la sociedad; supone la representación del organismo social. Según nuestros pensadores, la «potestas» de la comunidad sólo es actualmente operativa en cuanto se manifiesta por los órganos específicos de la comunidad. El «officium» consiste en la actualización de la facultad anterior, convertido en poder político para ejercer una determinada función pública, que viene predeterminado por la «potestas» de la comunidad.

Vitoria, Suárez y Mariana hablan de «majestad», en determinadas ocasiones, para representar el oficio del príncipe, mientras que el pensamiento europeo califica de «soberanía» este poder o facultad, que no proviene de la comunidad, sino que se encuentra fundamentado en el propio oficio del rey: «solutus a legibus». Estamos apuntando las diferencias entre el pensamiento europeo, en concreto de Maquiavelo y Bodino, con respecto al concepto de «soberanía», que no llegó a calar en nuestros tratadistas, al menos hasta el siglo XVII, y no de una forma clara<sup>1</sup>.

El siglo XVII supone para el pensamiento filosófico-político español una etapa de decaimiento, donde la filosofía se convierte prácticamen-

<sup>1</sup> Para una mayor comprensión del tema existe un tratado de LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959. Ved. pp. 86 y ss.



te, en ética, en guía de conductas para el príncipe, presuponiendo un mayor reforzamiento de su autoridad, lo que llevará a muchos de nuestros escritores, como es el caso de Saavedra Fajardo, a aceptar un determinado proceso de cristinización de la razón de Estado<sup>2</sup>.

Al hacer excesivo hincapié, Francisco Suárez en la idea de la transmisión del poder, al príncipe, se le ha calificado de voluntarista, sin enmarcarlo dentro de la corriente tradicional tomista que supone siempre al querer rectificado a la luz de la razón. Sin embargo, este hacer resaltar el papel de la voluntad da el tono general de su doctrina política a la concepción pacticia del Estado, dentro de la línea específica de un pacto declarativo, no constitutivo, como sería el caso de los contractualistas T. Hobbes y J. J. Rousseau.

F. Suárez afirma que la sociedad civil no se origina del hecho de ser creado el primer hombre, se requiere el acuerdo voluntario de los miembros de la sociedad civil<sup>3</sup>. El mismo define a la comunidad perfecta, para distinguirla de otras agrupaciones como que se constituye mediante la voluntad expresa o tácita de los que se unen por un vínculo social para ayudarse mutuamente a la consecución del Bien Común<sup>4</sup>.

La idea del pacto social es una constante en las obras importantes de Francisco Suárez; de igual modo, en la *Defensio fidei* nos dice acerca de la constitución de la sociedad: «En segundo lugar, esto lo confirma magníficamente el parecer de San Agustín que dice: es pacto general de la sociedad humana obedecer a sus leyes. Por estas palabras da a entender que la autoridad real y la obediencia que se le debe tienen su base en un pacto de la sociedad humana, y que, en consecuencia,

<sup>2</sup> «La escolástica española del XVII comprendía la necesidad del Estado moderno, pero a su vez comprendía la necesidad de su control. Se veía la urgencia de un poder fuerte y absoluto y a su justificación se prestaron las doctrinas europeas de Maquiavelo y Bodino.» JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO: «Antimaquiavelismo y Teoría del Estado en la España moderna», publicado en el volumen *Filosofía y Sociedad e Incomunicación*, homenaje al profesor doctor Antonio García Martínez, Universidad de Murcia, 1983, p. 286.

<sup>3</sup> «La comunidad no empezó por la creación de Adán o por su voluntad. La comunidad se junta por medio del consentimiento y voluntad de los individuos.» FRANCISCO SUÁREZ: *De Legibus*, lib. III, cap. II, 1. La edición empleada es la del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

<sup>4</sup> «De otro modo se ha de considerar la multitud de los hombres en cuanto especial voluntad o común consentimiento se congregan en un cuerpo político por un vínculo de sociedad, para ayudarse mutuamente en orden a un fin político.» *De Legibus*, lib. III, cap. II, 4.

no son de institución inmediata de Dios, pues todo pacto humano se contrae por voluntad humana»<sup>5</sup>.

Una vez constituida la comunidad perfecta en virtud del pacto, al instante emana de ella el poder político como una propiedad natural necesaria para su autoconservación y defensa. Por eso es una comunidad libre que tiene la facultad de gobernarse así misma. Como nos dice José María Rocaful: «Pero a Suárez no le intimidan estos temores que siente Jacobo I; piensa él que el pueblo está tan obligado como el rey por el pacto que con él ha hecho, y no puede recabar para sí la autoridad que ya cedió, mientras el príncipe se atenga en su gobierno a las condiciones del pacto y a las normas de justicia»<sup>6</sup>. El autor de las presentes líneas se refiere a la polémica mantenida por Suárez frente a Jacobo I de Inglaterra acerca del derecho divino de los reyes y a la constitución de la sociedad.

A las ideas anteriores, Francisco Suárez les antepone algo que las diferencia del mero pacto constitutivo rusoniano, que el autor de la naturaleza y el poder es Dios: «Así propuestas y distinguidas las cosas, sin la menor ambigüedad y de una manera evidente puede afirmarse que la autoridad política viene inmediatamente de Dios y que, sin embargo, a los reyes y corporaciones soberanas se la ha entregado inmediatamente no Dios sino los hombres»<sup>7</sup>. No ha de entenderse que el poder político se ha creado, únicamente, por el acuerdo voluntario de los hombres. Por el contrario, aquél procede de Dios como autor de todo lo creado, el cual lo infunde en la comunidad como algo connatural a ella, que brota de su esencia al ser creada la naturaleza. Los hombres sólo disponen la materia constituyendo el cuerpo político que es sujeto del poder.

De lo anterior resulta que por derecho divino y natural el sujeto primario e inmediato del poder político es la comunidad perfecta, y no un individuo o grupo determinado.

Por otra parte, y esto es interesante para el tema que nos ocupa, la comunidad puede retener el poder por sí misma y ejercerlo directamente a una o varias personas según las exigencias de la recta razón y del Bien Común. Ambas cosas son postuladas por el Derecho Natural

<sup>5</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio fidei*, lib. III, cap. II, 11, edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, vol. II.

<sup>6</sup> JOSÉ MARÍA GALLEGO ROCAFULL: *La doctrina política del padre Francisco Suárez*, editorial Jus, Méjico, 1948, p. 77.

<sup>7</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio fidei*, lib. III, cap. II, 4.



en función de las circunstancias <sup>8</sup>. Este pacto político recibe su validez del Derecho Natural, según la norma «pacta sunt servanda». En él se fundan las diversas formas de gobierno constituidas por decisión popular en el mismo acto de la traslación, por lo que desde ese momento pertenecen ya al Derecho Positivo. Es necesario, pues, la eficaz voluntad del pueblo de transmitir ese poder que originariamente posee, ya que de otro modo no tendría lugar la traslación <sup>9</sup>.

Hay que tener en cuenta que, aun después de haberse celebrado el pacto de traslación del poder, el pueblo conserva siempre el mismo en potencia o habitualmente, pudiendo volver a ejercerlo actualmente en algunos casos por el propio Derecho Positivo, en virtud del pacto, o por Derecho Natural. En este sentido, Francisco Suárez es más radicalmente democrático que otros pensadores como Vitoria o Belarmino, pues, como nos dice José Llinares: «Según el teólogo granadino, la democracia directa tiene un cierto primado de Derecho Natural entre las formas de gobierno, ya que antes de cualquier determinación positiva el poder permanece indiferenciado en todo el cuerpo político» <sup>10</sup>. Es una tesis fundada en principios racionales para aclarar una cuestión netamente jurídica: la titularidad legítima del poder <sup>11</sup>.

La autoafirmación democrática de Francisco Suárez es tan importante, que difiere de pensadores europeos como Rousseau, en el grado de retención de las parcelas de poder que sigue conservando la comunidad: «El pueblo nunca transmite su poder sin retenerlo en hábito, para poder usar de él en ciertos casos, los cuales han de ser determinados según las condiciones del anterior contrato o según las condiciones de la justicia natural, pues los pactos y convenios justos han de ser cumplidos» <sup>12</sup>.

<sup>8</sup> «El poder es dado en conformidad con la naturaleza racional... Pero la razón natural dice que no es necesario, ni conveniente a la naturaleza, mantener ese poder inmutable en toda la comunidad.» FRANCISCO SUÁREZ: *De Legibus*, lib. III, cap. III, 8.

<sup>9</sup> «Y la razón es clara, porque en estos casos y otros semejantes, ni basta la designación de la persona, ni es separable de la donación o contrato o cuasicontrato humano, para que tenga el efecto de conferir el poder.» FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio fidei*, lib. III, cap. II, 17.

<sup>10</sup> JOSÉ A. LLINARES: *Pacto y Estado*. Publicaciones de la Institución Aquinas, Madrid, 1963, p. 148.

<sup>11</sup> «Así pues, la perfecta comunidad política es libre por Derecho Natural y no se somete a ningún hombre fuera de ella, sino que toda ella tiene en sí misma el poder, que si no cambiase sería democrático...» FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio fidei*, lib. III, cap. II, 12.

<sup>12</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio fidei*, lib. III, cap. III, 3.



Las doctrinas anteriores de Francisco Suárez nos permiten adentrarnos en la naturaleza del poder del Estado y sus límites, tema esgrimido a comienzos del XIX, para llevar a cabo el proceso emancipador. Esta fundamentación filosófico-política es la que imprime el carácter hispánico al proceso revolucionario, diferenciándolo de otros posibles basamentos racionalistas y liberales. Por consiguiente, según nuestro autor, el Estado tiene ciertos límites, que son, sobre todo, de índole jurídico-moral, de aquí que surja el problema cuando el poder del Estado traspasa sus límites: ¿quién está moralmente autorizado a levantarse contra él y a recurrir a la fuerza? La cuestión se centra en la idea de traslación del poder del pueblo a los gobernantes cuando éstos se separaban de Bien Común del Estado en su modo de gobernar, el pueblo tenía la obligación moral de resistirse a sus dictados, e incluso derrocarles y matarles; nos estamos refiriendo a la doctrina, netamente hispánica, de los siglos XVI y XVII, acerca del Derecho de resistencia frente al poder injusto. Suárez, como doctrina general, nos dice: «Por tanto, si un rey legítimo gobierna tiránicamente y el reino no tiene ningún otro medio de defensa que expulsar y deponer al rey, el Estado en pleno, con el acuerdo público y común de las ciudades y de los próceres, podrá deponer al rey: Lo primero, en virtud del Derecho Natural, por el cual es lícito rechazar la fuerza con la fuerza; y lo segundo, porque en el primer pacto con que el Estado transfirió su poder al rey, siempre se entiende que quedó exceptuado este caso, necesario para la propia conservación del Estado»<sup>13</sup>. De igual modo, en otro famoso texto de la *Defensio fidei* nos dice: «en cambio, al rey o a cualquier agrupación soberana temporal pudo concederse en un principio un poder mayor o menor, y después, en el correr del tiempo, quien tenga autoridad para ello podrá cambiarlo o limitarlo según convenga para el Bien Común»<sup>14</sup>.

Antes de pasar a la segunda parte de la ponencia, o sea, a la aplicación de la doctrina del Derecho de Resistencia suareciana en Hispanoamérica, especificaremos sucintamente las distintas modalidades del mismo para la filosofía tradicional española y, en consecuencia, para Suárez. En las obras citadas con anterioridad, trata nuestro autor el problema del tirano y sus distintos aspectos. En primer lugar, se centra en la figura del tirano sin título o usurpador, que no es en modo alguno soberano sino enemigo del Estado; en este caso, cada una de las partes del Estado puede oponerle resistencia, e incluso matarle, teniendo en cuenta una serie de condiciones legitimadoras para tal fin.

<sup>13</sup> *Ibid.*, lib. VI, cap. IV, 15.

<sup>14</sup> *Ibid.*, lib. III, cap. III, 13.



Ante esta situación siempre está justificado el Derecho de resistencia activa.

En segundo lugar, la figura del tirano por ejercicio; es el tipo de tirano en el sentido ético, o sea, aquella persona que abusa del poder legítimamente conseguido. Aquí habrá que distinguir y matizar entre dos modalidades de resistencia: la resistencia pasiva y la resistencia activa. Intentaremos destacar algunos de estos supuestos en las distintas etapas del proceso revolucionario hispanoamericano.

## II

La independencia hispanoamericana fue un suceso irreversible que antes o después hubiese acaecido. Sin embargo, circunstancias históricas surgidas en España en 1808, con la invasión napoleónica, más todo el proceso político español que discurre entre 1810 y 1826, aceleraron los acontecimientos.

El Imperio español se edificó durante siglos en base a un sistema construido sobre la idea del consentimiento, teniendo en cuenta la doctrina suareciana acerca del pacto. En términos generales: «no había inclinación en cambiar las cosas, y las ideas de independencia política y de gobierno republicano fueron tomadas en consideración por muy pocos individuos»<sup>15</sup>. Habrían existido numerosas oportunidades para Hispanoamérica de iniciar una revolución si hubiese existido un auténtico deseo a favor de la independencia política, ya que las fuerzas armadas españolas no podían controlar tan extenso territorio. Fueron las reformas borbónicas, sobre todo en la época de Carlos III, las que comenzaron a socavar la unidad con un excesivo centralismo<sup>16</sup>.

El nuevo Estado que se intentó implantar en América, derivado del despotismo ilustrado, chocó con la concepción medieval y escolástica de nuestros territorios, donde se seguía sustentando la lealtad al estado patrimonial. La consecuencia fue la persistencia del citado pensamiento en base a dos ideas esenciales: la obligación del rey de gober-

<sup>15</sup> RICHARD GRAHAM: *La independencia en América Latina*, Ed. Knopf, Nueva York, 1972, pp. 43 y ss.

<sup>16</sup> Como afirma OCTAVIO PAZ: «Las reformas emprendidas por la dinastía borbónica, especialmente Carlos III, mejoraron la economía y lograron una mayor eficiencia y las transacciones comerciales, pero hicieron más patente la centralización de las funciones administrativas y convirtieron la Nueva España en una auténtica colonia, en un territorio sometido a la explotación y vigilado por el centro del poder.» Citado por CARLOS STOEZTER: *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 261.



nar con justicia y de acuerdo al Bien Común, y, en caso de no ser así, podría convertirse en tirano, pudiendo sustituirsele. Además, si el príncipe estuviese ausente, por cualquier motivo, el poder volvería al pueblo, fuente de toda soberanía<sup>17</sup>. Por consiguiente, la revolución hispanoamericana tuvo unos orígenes españoles y escolásticos. Como nos dice Rodríguez Varela, experto constitucionalista hispanoamericano: «en el largo período histórico que precede a la Declaración de Independencia y que se remonta a los comienzos de la magna empresa auspiciada por la Corona de Castilla, varios fueron los aportes doctrinarios que contribuyeron a forjar la idea emancipadora. El primero de ellos tuvo sus más autorizados expositores en los autores neoescolásticos agrupados en la denominada Escuela Española de los siglos xvi y xvii»<sup>18</sup>.

La revolución en la América española no fue resultado del fenómeno económico y social, que ciertos pensadores pueden sustentar, aunque las corrientes del utilitarismo inglés de Bentham no estuviesen totalmente descartadas. Esta es la opinión de Andrés Belaunde al expresar que: «la propaganda para la independencia (libre comercio) que ofrecía los ingleses era un factor mucho menos decisivo que el carácter intrínsecamente hispánico que rehúsa conseguir la libertad por razones materiales»<sup>19</sup>.

De igual modo, la influencia de la Ilustración en la independencia americana ha sido exagerada todavía más que las tesis anteriores. La Ilustración atentó contra la concepción patrimonial del Estado que seguía en vigor; además, que tuvo una menor importancia que en la propia península, sus raíces no eran tan profundas como para llevar a cabo semejante acontecimiento<sup>20</sup>.

Teniendo en cuenta las ideas aportadas, debemos afirmar que una de las causas principales del proceso emancipador fue la filosofía política española, en concreto, la de Francisco Suárez. A mitad del siglo xviii, el pensamiento suareciano resurge con todo su vigor en la América española, hasta tal punto, que la Universidad de Córdoba, en

<sup>17</sup> RICHARD KOMETZKE: *La condición legal de los criollos y las causas de la independencia*, Sevilla, 1950, pp. 29 y 30.

<sup>18</sup> ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA: *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, pp. 103 y 104.

<sup>19</sup> ANDRÉS BELAUNDE: «Discurso» pronunciado en el Primer Congreso Hispanoamericano de Historia, *Causas y caracteres de la independencia hispanoamericana*, Madrid, 1953, pp. 35-37.

<sup>20</sup> CARLOS STOEZTER: *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, vol. I, pp. 89 y 90.





1730, decidió que las doctrinas de Suárez fueran enseñadas con exclusión de cualquier otra<sup>21</sup>. El influjo de las teorías de Suárez se refleja especialmente cuando se enfocan teorías políticas sobre el origen del poder civil, como lo prueban documentos de la época. El sacerdote José Francisco Echenique, a fines del XVIII, escandalizó al gobernador de Río de la Plata, cuando afirmó en un sermón que el poder de los reyes estaba subordinado al de los pueblos<sup>22</sup>. Estas doctrinas, en vísperas de la Independencia hispanoamericana, fueron una de las causas decisivas para la expulsión de los jesuitas en 1767, por considerarlas «subversivas». Esto nos lleva a la convicción de una afinidad ideológica existente entre los partidarios de la independencia y el pensamiento de los jesuitas expulsados.

La misma idea es compartida por el profesor de Teoría del Estado Manuel Fraga, el cual desarrolla posiciones similares, al diferenciar distintos procesos revolucionarios: «esto explica la diferencia del proceso constitucional en Hispanoamérica y en Norteamérica que siempre ha preocupado a los historiadores. La verdad es que tanto la Historia como la Sociología deben darnos una respuesta»<sup>23</sup>. Teniendo en cuenta la tesis que estamos manteniendo, fueron los acontecimientos políticos de la península los que condujeron implícita o explícitamente a la aplicación de las teorías contractualistas suarecianas, de acuerdo con el carácter individualista e idealista hispánico. Dos fueron los sucesos históricos en donde la aplicación de las doctrinas sobre el poder político y la idea del pacto en Suárez se manifiesta de una manera más evidente:

En primer lugar: Napoleón obligó a los dos reyes españoles a abdicar y puso a su hermano José en el trono. El pueblo español no queriendo traicionar a los legítimos reyes y admitir a un soberano extranjero, sin ser consultado, se negó a reconocer los acuerdos de Bayona. La resistencia recibió el apoyo de los cabildos, que eran el instrumento de libertad en Hispanoamérica. Con la abdicación del rey legítimo se aplicó el «pactum translationis», la autoridad civil volvió inmediatamente al pueblo que había designado a su soberano. Desde este momento no existía una monarquía legítima, hasta tanto no volviese el rey. Esta fue la proclamación de las Juntas que se establecieron tanto en España como en Hispanoamérica. La Suprema Junta Central y la

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>23</sup> MANUEL FRAGA IRIBARNE: *Sociedad política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 5.



posterior Regencia, exigieron la lealtad y obediencia de las diferentes partes del Imperio español, dentro de un espíritu y tradición liberal.

Tanto los españoles peninsulares como americanos comenzaron a aplicar las doctrinas de Suárez acerca del tirano en la posesión del título, o también llamado tirano usurpador, poniendo en práctica el derecho de resistencia frente al poder injusto, ante una situación de vacío de poder. Suárez nos dice en la *Defensio fidei*: «comúnmente se hace diferencia entre estas dos clases de tiranos, y se afirma que al que es tirano en la posesión del título, puede darle muerte cualquier persona particular legitimada que sea miembro del estado que sufre la tiranía, si no tiene otro medio de librar al Estado de esa tiranía»<sup>24</sup>. De igual modo, en el *De legibus* emplea la doctrina de la guerra como medio de defensa frente al tirano usurpador: «puede cualquier ciudadano liberarse así mismo y liberar al Estado del yugo del tirano. Y la razón es que el tirano es un agresor y hace una guerra injusta contra el Estado y contra los individuos que lo componen. Y así, todos tienen derecho a defenderse»<sup>25</sup>. Los españoles de ambos hemisferios estaban de acuerdo que el régimen de José Bonaparte no representaba al gobierno legítimo y que, por consiguiente, era un usurpador del poder político. Las consecuencias del pacto de traslación y del Derecho de resistencia significaron el inicio de la revolución en la América española, con la división posterior entre realistas y partidarios de la independencia.

Esta opinión se encuentra avalada por teóricos argentinos, como Ambrosio Romero Carranza, el cual, analizando el proceso de independencia de su país, nos dice: «No hubo en ese día una insurrección de puro carácter nacionalista, como lo afirman unos; ni un simple cambio de gobernantes sin intención de romper con la madre patria, como lo sostienen otros. Ni tampoco tuvo el movimiento de mayo un carácter de revolución social. La clave de cuanto sucedió ese día se encuentra, en gran parte, en el "ius resistendi" que todo criollo conocía. No se quiso caer bajo la opresión del emperador francés, ni de un gobierno español al que consideraba opresivo»<sup>26</sup>.

Las Juntas que surgieron del seno de los cabildos, depositarios del poder político estando el trono vacante en el año 1808, a favor de una autonomía o independencia de facto, llevaron gradual y lógicamente a la constitución de repúblicas independientes, radicando su centro polí-

<sup>24</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio fidei*, lib. IV, cap. IV, 7.

<sup>25</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *De Legibus*, lib. III, cap. X, 7.

<sup>26</sup> AMBROSIO ROMERO CARRANZA: *El Derecho de resistencia a la opresión*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 76.



tico en las capitales de provincia. Si la península hubiese sido más perspicaz y comprensiva, el Imperio español habría podido mantenerse intacto durante muchos años.

El segundo de los acontecimientos que aceleró el proceso separatista de las provincias americanas fue la reacción absolutista (1814-1820) de Fernando VII, aboliendo la Constitución liberal de 1812, prometiendo, sin embargo, que convocaría un nuevo proceso constituyente<sup>27</sup>. La reacción absolutista no pudo ser bien asumida por amplios círculos de jóvenes hispanoamericanos, que aun manteniendo posiciones cercanas a la filosofía escolástica suponían una versión liberal de la misma (la suareciana), con bastantes influencias del liberalismo europeo. La propia Constitución de Cádiz de 1812 se encontraba impregnada de esta doble composición ideológica que acabamos de resaltar: la filosofía tradicional proporcionaba un realismo moderado, asumido en Inglaterra por Locke, a través de Hooker, mientras que el liberalismo rusioniano proporcionaba las dosis de optimismo y exaltación de los derechos individuales absolutos.

A estas premisas filosófico-políticas debemos añadir un dato histórico significativo: las Cortes españolas se reúnen en Sevilla el 25 de marzo de 1810 proclamando, entre otras cuestiones, el Decreto de igualdad entre los españoles de ambos hemisferios, y, sin embargo, nuestros liberales se olvidaban de la existencia de un Imperio unido por lealtad a la Corona, aplicando constantemente las medidas centralizadoras provenientes de los Borbones, menoscabando esa igualdad proclamada, tanto por el Decreto como por la Constitución de 1812<sup>28</sup>. Desde el punto de vista histórico, sociológico y filosófico-político, el proceso revolu-

---

<sup>27</sup> «El rey, al abolir por el Decreto de 4 de mayo de 1814 la Constitución y toda la obra legislativa de las Cortes de Cádiz, prometiendo, en cambio, reunir otras Cortes a las que habrían de concurrir con los diputados de la Península los de los territorios ultramarinos, pareció abrir una última solución de concordia al grave problema separatista, pero olvidada en breve la regia promesa y reestableciendo el gobierno absoluto con todos los abusos y demasías, no era de esperar que el cuadro que en breve presentó España convidase a volver a ponerse bajo su dominación a las provincias de ultramar ya sublevadas, ni que cautivase el afecto y veneración de los que aún se conservaban fieles; y para que nada faltase, en la injusta persecución que se culminó contra los Diputados a Cortes, se comprendió a algunos venidos de las provincias de ultramar.» CIRIACO PÉREZ BUSTAMANTE: «Martínez de la Rosa y la Independencia de la América Española», en *Estudios sobre la emancipación de Hispanoamérica*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963, pp. 21 y 22.

<sup>28</sup> Ved. JAIME DELGADO: *La independencia hispanoamericana*, colección Nuevo Mundo, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, pp. 55 y ss.



cionario, que en un principio fue de facto, se convirtió en un hecho latente e irreversible.

El pensamiento de Francisco Suárez también fue utilizado en este segundo momento, veámoslo: la figura utilizada fue la del gobernante legítimo que, abusando del poder concedido por el pueblo, se convierte en tirano. En la *Defensio fidei* nos dice: «por la misma razón, si el rey su legítimo poder lo convirtiera en tiranía abusando de él en manifiesta ruina del estado, el pueblo podría hacer uso de su poder natural de propia defensa, pues de éste nunca se privó»<sup>29</sup>. De igual modo, Suárez ante la perversidad del rey incumpliendo los pactos aconseja la resistencia frente a él: «y la perversidad del rey contra el Bien Común del Estado o contra el pacto y convenio con el reino puede ser tan grande, que todo el reino, de común acuerdo, puede rescindir lo pactado y deponer al rey»<sup>30</sup>. Los hispanoamericanos vieron, con la reintroducción del absolutismo, cómo la soberanía popular representada por la Constitución de Cádiz de 1812 era quebrantada sistemáticamente, ante lo cual el pacto del pueblo con el rey quedaba roto de forma definitiva<sup>31</sup>.

De nuevo, el testimo de Romero Carranza nos servirá como apoyatura de nuestras posiciones, al insistir en la importancia del pensamiento de Francisco Suárez en el proceso revolucionario hispanoamericano: «Juan Bautista Alberdi escribía en el año 1865: Nuestra revolución ha sido política: ha cambiado el gobierno, no la sociedad, que nada tenía que cambiar para ser lo mismo que hoy es. La prueba es que conservamos los mismos códigos civiles y coloniales... no olvidemos que muchos argentinos bien conocían los fundamentos de este derecho (Derecho de resistencia): los habían estudiado en la Universidad de Córdoba cuando aprendieron las enseñanzas neoescolásticas de Francisco Suárez: Suárez fue el filósofo de la emancipación hispanoamericana, quien dio a los hombres que la planearon y ejecutaron la fórmula filosófico-jurídica con la que habían de abrir, y en efecto abrieron, fácil brecha en el vestusto torreón de la dominación hispánica»<sup>32</sup>.

Podríamos aportar más datos, al respecto, para confirmar la posición que hemos sustentado, pero tenemos fijado unos límites de espacio que debemos cumplir y respetar.

<sup>29</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *Defensio Fidei*, lib. III, cap. III, 3.

<sup>30</sup> *Ibid.*, lib. VI, cap. VI, 11.

<sup>31</sup> Se puede ver la influencia de las ideas de SUÁREZ en esta fase de la independencia hispanoamericana, consultando el texto citado de CARLOS STOEZTER: *Las raíces escolásticas...*, pp. 415 y ss.

<sup>32</sup> AMBROSIO ROMERO CARRANZA: *El Derecho de resistencia...*, op. cit., cit., p. 81.

Como conclusión, quisiera resaltar que, debido a mi tarea como profesor universitario, cuya labor docente se prolongó hasta junio, tengo que agradecer la especial ayuda que para el desarrollo del trabajo he tenido en Fernando Navarro, que ha hecho posible, en gran medida, el que pudiese llevar a feliz término la tarea emprendida.

JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO





## MILITARIZACION DE TRABAJADORES EN HUELGA O SUSTITUCION POR EFECTIVOS MILITARES

### I. EFECTOS DE LA MILITARIZACIÓN

La militarización de trabajadores está prevista, y regulados sus efectos, en la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional (en lo sucesivo LBMN). Su propósito, aun cuando la Exposición de Motivos cargue el acento sobre «los problemas de la defensa nacional», «la evolución de la logística», etc., extiende sus previsiones a «cuando situaciones excepcionales» exijan la movilización de recursos nacionales (art. 1), recursos que comprenden tanto a las personas físicas y jurídicas como a los bienes (art. 2). En relación con éstos, que la Ley concreta en «empresas y establecimientos industriales o de servicios» (art. 13), su *militarización* no impide —a diferencia del caso de empresas *movilizadas*— la conservación de dirección y administración propias, pero su personal mayor de dieciocho años, y sin distinción de sexo, queda igualmente *militarizado* (art. 13.c). Por supuesto que los servicios de carácter público pueden ser igualmente movilizados o militarizados, repercutiendo en el personal las consecuencias de la calificación. La militarización de trabajadores les impide «causar baja en sus centros de trabajo o actividad a voluntad propia» (art. 11), siendo equiparados durante el período de militarización «a las categorías militares que corresponda» (art. 9). Debe reseñarse que el personal militarizado quedará sujeto del Código de Justicia Militar (art. 18); añadamos que en la modificación que del citado Código contiene la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, la Justicia castrense extiende su



competencia para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones, a «los paisanos que por disposición del Gobierno sean movilizados o militarizados (...) mientras se encuentren en tal situación perciban o no sus haberes o devengos con cargo al Ministerio de Defensa (art. 13).

La importancia de la LBMN en cuanto al tema que aquí se analizará, es decisiva; baste recordar que las militarizaciones, entre otras, del Servicio de Correos y de RENFE, en 1976, fueron acordadas en base a esta Ley (Decretos 29/1976, de 6 de enero, y 47/1976, de la misma fecha).

## II. MEDIDAS GUBERNATIVAS DE INTERVENCIÓN

El recurso a la militarización de trabajadores, partiendo de la previsión normativa que contiene la LBMN, engarza con la contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en lo sucesivo DLRT), art. 10, párrafo segundo, cuyos supuestos están referidos, respectivamente, a la incidencia de la huelga en dos áreas de actividad laboral, y a dos instrumentos para aminorar o, pura y simplemente, excepcionar el ejercicio del derecho de huelga reconocido por la Constitución, art. 28.2.

La concurrencia de «circunstancias de especial gravedad» contemplada por el DLRT en el precepto que se citó, una vez declarada la huelga, puede manifestarse en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos, o en aquéllas que sin tener tal carácter, realicen actividades de reconocida e inaplazable necesidad, alternativa que en cierto modo tiene su correspondencia en las previsiones de la LBMN ya mencionadas, pues si de la generalización referida a los servicios públicos en ambas normas no hay duda, la ambigüedad que la LBMN ofrece al mencionar empresas productoras de bienes «de cualquier clase que se consideren útiles para las situaciones previstas en esta Ley» (art. 13.c) se corresponde con la segunda de las alternativas contempladas por el DLRT.

Dada la incidencia de la huelga en cualquiera de los dos supuestos mencionados, el ordenamiento reacciona y pone a disposición de la Autoridad gubernativa, a su vez, dos instrumentos, sin duda implícita y razonablemente sometidos a prelación; la adopción de medidas que aseguren el funcionamiento de los servicios, y las que el DLRT identifica como de *intervención*, en el precepto que se viene citando, medidas unas y otras calificadas por el Tribunal Constitucional como acordes a





la Constitución, al precisar el fallo de la sentencia de 8 de abril de 1981 «que no es anticonstitucional el párrafo 2.º del artículo 10».

De la norma que se acaba de mencionar se deduce que: 1.º, supuesta la incidencia de la huelga *declarada* en las actividades allí previstas y concurriendo las circunstancias igualmente contempladas, la efectividad del paro no admite reproche legal, si bien el Gobierno exigirá la garantía de mantenimiento de los servicios mínimos esenciales, mediante la fijación «con carácter restrictivo del personal estrictamente necesario». (Fórmula habitualmente utilizada al respecto; la transcrita corresponde al Real Decreto 552/1984, de 26 de marzo —huelga de CAMPSA—, artículo 2.º; en el mismo RD se establece (art. 4.º) que «los artículos anteriores no supondrán limitación alguna de los derechos que la normativa reguladora de la huelga reconozca al personal en dicha situación, ni tampoco respecto de la tramitación y efecto de las peticiones que la motiven»). Y 2.º, si la imposición de servicios mínimos no es observada; o dicho con mayor precisión, si no se materializa el funcionamiento de los servicios, entra en juego la potestad conferida al Gobierno para adoptar las adecuadas medidas de *intervención*; pese a la vaguedad de la fórmula, es indudable que está remitiendo a las Leyes de Orden Público y LBMN (en este sentido, M. ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 8.º ed., pág. 583) lo que, por lo que atañe a la segunda de las leyes citadas, lleva consigo la suspensión del ejercicio del derecho de huelga —según se analizará más adelante— y que ha de ponerse en conexión con las disposiciones de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOA), en concreto con las que afectan al primero de los enumerados.

### III. SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS

Es de mencionar, ahora, un supuesto de *intervención* atípica, cual es el del empleo de efectivos militares o Fuerzas de Orden Público sustituyendo a trabajadores en huelga. En este punto ha de recordarse que la fórmula es admitida por la OIT en el seno de su Comité de Libertad Sindical: «La utilización de fuerzas armadas (...) para desempeñar funciones que han quedado abandonadas con motivo de un conflicto laboral, sólo podrá justificarse, si la huelga es además legal, por la necesidad de asegurar el funcionamiento de servicios o de industrias cuya paralización creare una situación de crisis aguda» (CLS; 67 informe, caso 299; 71 informe, caso 273).

En nuestro ordenamiento, la sustitución mencionada no se contem-



pla expresamente, aun cuando sí es admitida por sectores de doctrina (frustradas las medidas del artículo 10 DLRT, cabe «la sustitución de los huelguistas por fuerzas de la policía nacional o del ejército, con vistas a mantener el funcionamiento del servicio mínimo indispensable», L. E. DE LA VILLA, G. GARCÍA BECEDAS, I. GARCÍA-PERROTE: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1983, pág. 302).

Por no afectar al contenido esencial del derecho de huelga, la sustitución es una medida de intervención admisible, pues: 1.º, permite asegurar el mantenimiento de los servicios en el marco de una huelga inicialmente legal pero en la que no se realiza la cobertura de los mínimos exigidos; 2.º, salva la continuidad de los servicios en supuesto de huelgas manifiestamente ilegales; y 3.º, elude el recurso a la militarización que, como se ha de ver, queda en nuestro derecho condicionada por severos trámites formales y por la constatación de circunstancias objetivas extremas. No es de olvidar, ciertamente, que el fin compulsivo y presionador de la huelga queda devaluado por el mantenimiento de la actividad; ahora bien, la sustitución opera reequilibrando intereses mediante la garantía efectiva de los servicios esenciales, ponderados éstos con las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional: «lo esencial es el libre ejercicio de los derechos fundamentales y el libre disfrute de los bienes constitucionalmente protegidos» (sentencia de 17 de julio de 1981); lo que constituye un deber del Estado respecto de la sociedad, pues «el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito» (sentencia de 8 de abril de 1891).

#### IV. LAS MEDIDAS GUBERNATIVAS Y EL DERECHO DE HUELGA

Procede enlazar ahora la doctrina extraída de las sentencias recién citadas con las previsiones de la Constitución, aun cuando antes sea de recordar que los «servicios de reconocida e inaplazable necesidad», genéricamente mencionados por el DLRT, han sido reconducidos por el Tribunal Constitucional, a los que la Constitución, en sus artículos 28.2 y 37.2, denomina «servicios esenciales de la comunidad» (sentencias citadas).

Ya se dijo (*supra*, II) que por previsión del DLRT el mantenimiento de los indicados servicios puede quedar articulado mediante la activi-



dad *ordinaria* del Gobierno, limitada a señalarlos, correspondiendo a los huelguistas su efectividad, o la *extraordinaria* o de la intervención, materializada en el empleo de efectivos militares, o por militarización de los trabajadores afectados. Estas opciones han de ser examinadas a partir de un planteamiento básico: su confrontación con la garantía de ejercicio del derecho de huelga que el artículo 28.2 de la Constitución ofrece.

En lo concerniente a la sustitución de huelguistas por efectivos militares, es obvio que la medida ni interfiere ni, menos aún, coarta el derecho al paro; que en el orden formal no existe norma que vede emplear tal recurso a fin del mantenimiento de los servicios; y que, desde el plano de la Constitución, tampoco se revela contrario a sus previsiones. En cualquier caso, el uso, adecuado o no, de la fórmula, por implícito en las facultades ofrecidas por el artículo 10 del DLRT, «está sometido a la jurisdicción de los Tribunales de justicia y al recurso de amparo» (Tribunal Constitucional, sentencia de 8 de abril de 1981).

No conduce, sin embargo, a conclusión análoga la potestad gubernativa de militarizar a los trabajadores sin que, previamente, hayan quedado delimitadas las posibilidades constitucionales respecto a la adopción de tan extrema medida. En cualquier caso hay que partir de que la militarización, tal y como está prevista en su planteamiento y efectos por el ordenamiento vigente (*supra*, I), conlleva, para los trabajadores afectados, con la equiparación «a las categorías militares que corresponda» (LBMN, art. 9), la imposición forzosa de la prestación de trabajo de la que necesariamente se infiere la exclusión del ejercicio del derecho de huelga; en suma, la suspensión temporal del ejercicio de un derecho fundamental constitucionalizado, suspensión que si expresamente prevista por el artículo 55.1 de la Constitución queda, por este precepto, conectada a «la declaración del estado de excepción o de sitio».

## V. MILITARIZACIÓN Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

La que se ha denominado protección extraordinaria del Estado, encuentra su expresión más enérgica en el artículo 116 de la Constitución, cuyo punto 1, tras mencionar los estados de alarma, de excepción y de sitio, remite la regulación de los mismos a ley orgánica, sin que, por otra parte, el precepto esboce la noción ni, menos aún, el contenido delimitador de las tres situaciones que previene, a todas luces tenidas constitucionalmente por anómalas. Mas la especificación, causas deter-



minantes y efectos subsiguientes, constituyen el contenido de la regulación que anunciada por el artículo 116 positiva la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio (LOA en lo sucesivo). Descartando, por lo que aquí interesa, la referencia a los estados de excepción y sitio, ha de repararse sin embargo en la disposición del artículo 1.º.1 por cuya dicción la declaración de cualquiera de las situaciones excepcionales previstas, procederá cuando «circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes». Por lo que concierne, en concreto, al estado de *alarma*, podrá ser declarado por el Gobierno de concurrir cualquiera de las «alteraciones graves de la normalidad» que el artículo 4.º reseña; de entre ellas la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y las situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

La primera de las mencionadas alteraciones —contraída a los servicios públicos con exclusión por «olvido», sin duda, de aquellos que sin esta expresa cualificación contempla el DLRT (*supra*, II)— provoca la declaración del estado de alarma «cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo» (artículo 4.º.c). Obsérvese que es tan explícita como concluyente la remisión al caso de inobservancia por los huelguistas de las garantías que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales exigidas por el artículo 28.2 de la Constitución (y a los empresarios, caso de cierre, pues no cabe entender la referencia al artículo 37.2 en otro sentido).

En cuanto a las situaciones de desabastecimiento también contempladas por el artículo 4.º de la referida LOA, aun cuando no quepa predicarlas con exclusividad de las huelgas, es indudable que comprenden aquellos paros que provoquen la alteración grave de la normalidad, que es el supuesto tan genérico como básico que abre las previsiones del precepto.

Repárese ahora que en la regulación que del estado de alarma contiene la LOA, aparece una muy operativa disposición, inserta en el artículo 12.2 que a continuación se transcribe literalmente (con oportunos subrayados, por nuestra parte):

«En los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo 4.º, el Gobierno podrá acordar la *intervención* de empresas y servicios, así como la *movilización* de su personal, con el fin de *asegurar* su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo



caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.»

No sin llamar la atención sobre la equivocidad a que las referencias a «movilización» y «movilizados» inducen refiriéndolas a su correspondencia con las previsiones de la LBMN —por cierto, mucho más rigurosas que las reservadas a la «militarización»: baste para ello la compulsión con los artículos 9 (el «movilizado» es personal «encuadrado en las Fuerzas Armadas») y 11 (las «movilizadas son empresas cuya dirección y administración pasa al ejército)—, lo concluyente es que la *movilización/militarización* prevista acarrea como indiscutible consecuencia la forzosa, aun declarada la huelga, de las prestaciones laborales, según quedó anteriormente advertido (*supra*, I) y en lo que ahora se insiste, dada su trascendencia (recuérdese el contenido de los artículos 9, 13.c) y 18 LBMN, así como la conexión de este último con el artículo 13 del Código de Justicia Militar, según la modificación introducida por la LO 9/1981, de 6 de noviembre).

Si proyectamos sobre los presupuestos normativos que anteceden y su forzosa consecuencia —la militarización impide la huelga— el artículo 55.1 de la Constitución, se advertirá de inmediato que la suspensión del derecho fundamental de huelga allí prevista sólo cabe cuando *se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio*, quedando excluida, por omisión y de consiguiente, la situación de estado de alarma sobre el que, según es visto, giran las previsiones que para el evento provocante de la militarización de los trabajadores contempla la LOA, militarización que materialmente impide el ejercicio del derecho constitucionalizado, so pena de provocar la intervención de la jurisdicción castrense. Tal desenlace, visiblemente anticonstitucional, ni lo evita, ni siquiera lo cuestiona, el inciso último del artículo 12.2 LOA, al conferir carácter supletorio a la LBMN, supletoriedad que, a nuestro juicio, es de entender reparando en el alcance meramente permisivo que a las medidas analizadas confiere el precepto dentro del que se insertan: «El Gobierno *podrá* acordar la intervención de empresas y servicios, así como la movilización...», etc.

Cuanto hasta aquí se ha venido discurriendo, ofrece el siguiente desenlace:

- La militarización de los trabajadores en huelga tiene su cauce normativo, como medida extraordinaria, por lo que se refiere al estado de alarma, en la LOA, básicamente en los artículos 4.º y 12.2. La aplicación de sus previsiones impide a los trabajadores militarizados el ejercicio del derecho de huelga. Pero como quie-



ra que la suspensión de este derecho sólo es constitucionalmente posible en los supuestos de estados de excepción o de sitio según previene el artículo 55.1 de la Constitución, la militarización en el marco del estado de alarma es anticonstitucional.

- El empleo de efectivos militares para sustituir a los huelguistas es una posibilidad atípica, que ni incide en, ni obstaculiza el ejercicio del derecho de huelga, por lo que en este sentido no provoca recelo de inconstitucionalidad, quedando técnicamente enmarcada la medida en el artículo 10, párrafo segundo, del DLRT.

JUAN GARCÍA ABELLÁN



RESEÑA  
BIBLIOGRAFICA



