

ABORTO Y RAZON DE ESTADO

L U I S   A R R O Y O   Z A P A T E R O

## I

## LA IDEA DE RAZON DE ESTADO

En la tradición del pensamiento insnaturalista y en el liberal la idea de razón de Estado aparece en radical contradicción con la idea de Derecho y de Estado de Derecho. La razón de Estado ha quedado ligada incluso en el saber común con el comportamiento maquiavélico, con la violación del Derecho, de los pactos, con las maquinaciones y actos inconfesables por parte de los gobernantes<sup>(1)</sup>. Con la idea de razón de Estado se hace referencia a aquellos supuestos en los que la "necesidad política sitúa a la finalidad del Poder por encima del Derecho y la moral<sup>(2)</sup>", cuando como en expresión de Maquiavelo, el príncipe se ve forzado a obrar contra la libertad, la compasión, la humanidad y la religión<sup>(3)</sup>, en definitiva, razón de Estado como expresión de la idea de que *necitas legem non habet*.

Pero también es cierta una cuestión bien distinta. La idea de la razón de Estado significa históricamente también el descubrimiento de un logos propio de la política y de su configuración por excelencia: el Estado<sup>(4)</sup>. Representa la secularización de la política, la liberación del pensamiento sobre los asuntos del Estado y del Gobierno respecto de la teología, de la moral y del propio Derecho, es decir, la liberación de la razón política de otras razones ajenas a los impulsos de la acción procedentes del Estado, ajenas a la desnuda "necesidad política"<sup>(5)</sup>.

Algunos autores han estimado que razón de Estado no es un concepto universal e intemporal como propusiera Meinecke, sino un concepto histórico concreto, específico de la época de aparición del Estado moderno y de su literatura política<sup>(6)</sup>. No faltan en nuestra época, tras la Segunda Guerra Mundial, tentativas de actualizar el concepto, elaborándolo a la altura de los problemas y necesidades del Estado de este tiempo, y en particular, del Estado de Derecho, del Estado constitucional. De entre ellas destaca la de Carl Joachim Friederich con su "Constitutional Reason of State", en la que se propuso ofrecer una contribución al problema de cómo llevar a cabo la defensa del Estado democrático de Derecho, del "Verfassungsstaat", frente a sus enemigos, sin renunciar en la práctica a sus postulados básicos<sup>(7)</sup>. Se trata, en consecuencia, de recuperar un concepto para transformarlo cualitativamente, de razón de Estado como ratio necessitatis a razón de Estado como Razón del Estado democrático, como ordenación y limitación de los medios a que se puede recurrir en defensa del Estado democrático para no incurrir en su negación, en la tiranía.

Desde este plano se ha llevado a cabo la elaboración y discusión de la regulación jurídica de los estados excepcionales y del llamado Derecho penal político (protección penal de la "seguridad del Estado") y, últimamente, de la legislación antiterrorista.

Como expone García Pelayo, el resultado más importante del encuentro de la razón del Estado con el Derecho público fue el reconocimiento de la "situación excepcional" como algo no ajeno, sino perteneciente a la realidad política y, por consiguiente de la necesidad de ser regulada en la medida de lo posible, por un Derecho no huido frente a la realidad de las cosas, sino capaz de enfrentarse con ella.<sup>8)</sup>

El artículo 55, 1 y 2 de la Constitución española aparece así como expresión máxima de esa doble preocupación por el reconocimiento formal del status necessitatis y por la exigencia existencial para el Estado democrático de someter esa necesidad a detallada regulación y control jurídico. Cosa distinta es que esa concreta regulación, particularmente en el espacio de la "necesidad antiterrorista", se haya plasmado en una normativa conforme con la Razón de Estado democrático<sup>(9)</sup>.

Se me ocurre que ese intento de elaborar una teoría de la razón de Estado específica del Estado democrático de Derecho que se ha plasmado hasta ahora tan sólo en el espacio de la legislación de excepción, podría extenderse a otros espacios de conflicto propios del Estado democrático, p. ej. a los conflictos entre derechos fundamentales.

De tal forma el topos razón de Estado podría servir a la elaboración de los criterios o razones específi-

cas del Estado democrático para la jerarquización y solución de conflictos entre derechos o intereses fundamentales.

A la vista de lo expuesto pueden distinguirse dos aspectos o dos dinámicas de la razón de Estado. Por una parte una "razón material de Estado", una ratio política necessitatis y, por otra, una razón de Estado específica de aquél que consagra idealmente nuestra Constitución, la razón del Estado social y democrático de Derecho. Desde ambas perspectivas puede abordarse una reflexión sobre el problema del aborto. La primera de carácter histórico y crítico, descubriendo -lo que sin duda no es novedad- cuáles hayan sido las necesidades, las razones que han determinado al Estado a mantener o imponer una política de prohibición, pues es el de la prohibición el problema del que deriva la actual discusión pública.

La segunda, de carácter teórico y constructivo, desde y para dentro del sistema: qué criterios deben imperar en la legislación del Estado democrático a la hora de afrontar el conflicto que el aborto representa.

LAS RAZONES DEL ESTADO EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA  
REGULACIÓN DEL ABORTO

En nuestro mundo cultural pueden distinguirse tres períodos distintos en cuanto a la reacción del Estado frente al aborto.

1. El Primero transcurre entre la Edad Media y la formación del Estado Moderno hasta finales del Antiguo Régimen.

Se trata de un proceso que parte de unas culturas no represoras del aborto ( Roma y <sup>los</sup> Germanos ) en las que, al paso de la formación de los Estados, incide decisivamente la Iglesia Católica <sup>10)</sup> particularmente con su Derecho específico, el Canonico, que inspira en las diferentes legislaciones el siguiente tratamiento del aborto:

El aborto se considera homicidio, pero sólo si se comete sobre un feto "vivo". Por tal se entiende un feto en avanzado estado de gestación, momento que se determinaba más que con la estricta aplicación de los criterios cronológicos de la teoría de la animación, con consideraciones prácticas sobre la formación corporal, los movimientos en el vientre materno, la viabilidad, etc. <sup>11)</sup>

La diferencia de trato era radical, el aborto de feto "vivo" se castigaba como homicidio con la pena de muerte y el aborto del embarazo temprano con el destierro.

La regulación de éste carácter <sup>más general</sup> y tardía dentro del período es la Constitutio Criminalis Carolina de 1532. <sup>12)</sup>

2. El segundo período se inicia con las primeras codificaciones modernas y se extiende hasta el período de entre las dos guerras mundiales.

En los Códigos penales es una constante la prohibición total del aborto, pero como figura delictiva específica, netamente separada del homicidio, en el tipo y en la pena, lo que expresa una valoración diferenciada por parte de los legisladores decimonónicos de la vida en formación y la vida de los nacidos. <sup>13)</sup>

En la fundamentación de la prohibición aparecen dos tipos de razones que podrían denominarse ratio confesionis y ratio natalista o demográfica. Con la ratio confesionis se hace referencia a la argumentación religiosa. Ahora bien, sin perjuicio de conceder a ésta un valor de cultura autónomo, no creo que resultara desarcertado tomar en consideración <sup>el</sup> que la protección de la vida que propone la ratio confesionis se confunde y obscurece en una ratio diferente, ligada a la configuración pecaminosa de la sexualidad, y ambas cosas a la teoría de la familia, destinada, en la práctica, a servir como institución básica de control social y religioso y de reproducción del cuerpo social de los "fieles", y en definitiva, resolviéndose también en interés demográfico.

La función demográfica de la prohibición del aborto es sin duda evidente, sobre todo en su servicio al incremento de la natalidad, aunque también se tiene presente la contención de la mortalidad de la mujer, como consecuencia de las prácticas abortivas con la técnica de la época.

En cualquier caso lo que reviste interés es determinar cual es la ratio más fuerte y decisiva en la prohibición del aborto que se lleva a cabo en este periodo. Y en mi opinión, cual sea ésta se revela en los cambios de tratamiento legislativo que se suceden durante el periodo, en las circunstancias históricas, sociales y políticas, en que se producen, en la argumentación expresa de los cambios legislativos y en el contenido de éstos.

Un examen de la evolución comparada de los Códigos penales permite seleccionar los cambios significativos en la regulación de los delitos de aborto, y si por significativos se entiende que los que compartan una variación profunda de las penas, del ámbito y la clase de las conductas que se incriminan, de la ubicación sistemática, puede estimarse que tales cambios son tan poco numerosos como sumamente ilustrativos. Como tales estimo los siguientes:

- La Ley francesa de 1923.
- El Código penal italiano de 1930.
- La Ley alemana de protección de la Raza de 1933 y posteriores disposiciones de 18 de julio de 1935 y de 9 de marzo de 1943.
- La Ley española de protección de la natalidad, de 24 de enero de 1941.

Interés particular merece la Ley francesa, pues aparece

desprovista de las connotaciones políticas de las demás, y pone por ello de relieve que la ratio demográfica no es algo exclusivo de los fascismos.

Francia, tras el periodo de impunidad total de la época revolucionaria entre 1791 y 1810<sup>14)</sup>, contaba desde el Código Napoleónico del año 1810 con una enérgica represión penal del aborto<sup>15)</sup> para el que preveía la pena de reclusión, pena de gravedad sin parangón en el derecho comparado y por su categoría de "crime", su conocimiento estaba sometido a los tribunales de jurado.

Este sistema experimentó un progresivo fracaso, pues al no coherer la valoración legal del aborto con la valoración social, el jurado terminó por mostrarse sistemáticamente una amplia indulgencia, que a su vez indujo a los fiscales a renunciar a instar las persecuciones penales.<sup>16)</sup>

A su vez, Francia era el país europeo que sufría desde el pasado siglo la caída más sensible de la tasa de población, en términos absolutos y relativos, agravada aun más con la Primera Guerra Mundial. Este fenómeno se achacaba ya antes de la guerra esencialmente a la generalización de prácticas anticonceptivas y del aborto.<sup>17)</sup>

Pues bien, la Ley de reforma se propone directamente afrontar el problema demográfico a través de la modificación de las ineficaces previsiones sobre el aborto y sobre el delito

de propaganda y difusión de medios anticonceptivos que había sido creado tres años antes por la ley de 31 de julio de 1920.

La reforma en materia de aborto consistió paradójicamente en reducir la pena prevista. Pero no se trataba de ninguna manifestación de piedad: se producía así la correccionalización de la infracción y en consecuencia se eludía la intervención del jurado, al pasar a la Cour d'Assis.

La ratio demográfica fue la preocupación exclusiva que llevó a esta reforma y así lo reconocen los autores citados en los expresivos titulares de sus obras: "Los delitos contra la natalidad" la de Tallet, y "El aborto criminal y despoblación" la de Raiter, y no me resisto a reproducir los párrafos finales del prólogo y del epílogo, respectivamente de cada una de ellas:

Así Tallet: Si queremos que Francia viva, que su esplendor en el mundo continúe como en el pasado, si no queremos guardar contra las acciones de fuerza y las insolencias de nuestros vecinos es necesario que nos comprometamos en una lucha sin cuartel contra el aborto y la propaganda anticonceptiva, destruidores del número y la fuerza".

Y por su parte RAITER concluye: "El porvenir es de los pueblos fuertes y prolíficos".

La Razon de estado en la regulación del aborto ha sido en

Francia pues, y hasta 1975, la Razón demográfica.

Por lo que respecta a Italia y Alemania los cambios legislativos se fundamentan en igual Razon de Estado., Si bien el interes demográfico se enmarca materialmente y expresamente en un concreto proyecto politico: el del fascismo y el del Nacional-socialismo.

El Código Italiano de 1930 desplazó el aborto de los delitos contra las personas a un mero Título: "Delitos contra la integridad y sanidad de la estirpe". Su sentido lo expreso el propio Rocco en la exposición de motivos: "El aborto criminal atenta a la maternidad como fuente perenne de la vida y de la especie, constituyendo en realidad una ofensa a la vida misma de la raza, y asi, a la de la nacion y el Estado".<sup>18)</sup> Su contenido inspiró la ley española de 1941, a ella nos referiremos enseguida.

En Alemania la ley de proteccion de la Raza, de 14 de julio de 1933 y la ordenanza de 1935 admitieron la licitud del aborto por razones terapeuticas y eugeneticas. Pero la novedad era solo la última, pues la terapeutica habia sido reconocida por la jurisprudencia desde 1927. Y ha de advertirse que la indicación eugenetica se orientaba directamente a la depuración de la raza, a la evitacion de seres desprovistos de valor vital, y no como ocurre hoy en las previsiones sobre anormalidades fetales que se fundamentan en el interes de la mujer, como un supuesto especial de defensa de su salud psiquica. A ello hay que anadir la introduccion

//

en 1933 en el código penal del delito de difusión de medios anticonceptivos.<sup>19/</sup>

Pero la disposición más representativa de la actitud del Nacional Socialismo sobre el aborto es la Ordenanza de 9 de marzo de 1943 por la que a la vez que establecía la pena capital para el aborto en tanto que "acto que pueda afectar a la fuerza vital del pueblo alemán", llegó a declarar la impunidad del aborto realizado sobre mujeres de raza no aria.

En España los sucesivos Códigos penales desde el de 1822 hasta el de 1932 no experimentan modificaciones relevantes para lo que nos ocupa. Interesa señalar tan sólo una tendencia atenuatoria de la penalidad.<sup>20)</sup> Sin embargo el cambio sí llega, tras la guerra civil, con la ley de protección de la natalidad de 24 de enero de 1941.

La razón demográfica se revela en ella tanto en su denominación oficial y exposición de motivos, como en su contenido. Por lo que a este se refiere exaspera la represión penal del aborto tanto en la intensidad de las penas como en la ampliación de las conductas que se incriminan, cuya expresión máxima es la punición como aborto consumado "las prácticas abortivas realizadas en mujer no embarazada o empleando medios inadecuados para producir el aborto". Pero la ley no se limitaba a la represión del aborto, sino que introducía en el catálogo de delitos uno nuevo en nuestra historia penal: el de divulgación pública, realizada en cualquier forma, de medios o procedimientos para

Para evitar la progreación o cualquier género de propaganda anticonceptivista.<sup>21</sup>

Al estructurarse la represión de la Ley sobre estos dos ejes del aborto y la anticoncepción queda desnaturalizado cualquier tentativa de hacer pasar la política criminal del aborto en la España posterior a la guerra civil como una política criminal de protección de la vida.

El contenido penal de esta Ley pasó al Código en 1944. Y por si fuera poco explícito que se trata de una política criminal de la sexualidad reproductiva, la inspira nuestro sistema penal, todavía en fecha muy posterior, 1963, se introdujo como conducta criminal la esterilización voluntaria, a la que se castigó con la misma pena que el homicidio: reclusión menor.<sup>22)</sup> Monstruosidad jurídica que sólo ha desaparecido con la ley de reforma del Código de junio de 1983.

Si puede formularse una conclusión del examen de los cambios significativos en la regulación penal del aborto en los países europeos creo que no podría ser otra distinta que la razón material de Estado que ha determinado la política criminal del aborto ha sido la razón demográfica o naturalista, y quedando atrás otras razones posibles, como la de la defensa de la vida humana, relegada en la mujer en los casos de una función secundaria.

3. Par describir el tercer y último período de la evolución histórica de la regulación penal del aborto es necesario