

NORMATIVA SOBRE EL ABORTO PROVOCADO EN ALEMANIA

por

J.M. PRIESTER (*)

I. EL DESARROLLO DE LA REFORMA DE LA LEGISLACION DESPUES DE LA GUERRRA

1. EL ARTICULO 218 StGB ANTES DE LA REFORMA

El artículo 218 StGB (comparable con el art. 411 del Código Penal Español) vigente hasta 1975 desde el año 1871 sin haber sufrido cambios esenciales -salvando la reglamentación con respecto a las sanciones punitivas-sancionaba sin excepción el aborto, así el texto legal. Por lo menos, según una sentencia del "Reichsgericht" (el Tribunal Supremo antes de la guerra) del 11 de Marzo de 1927, se admitía la justificación del aborto en el caso de que estuviera en peligro la vida de la madre, lo cual a partir de esta fecha se venía tipificando en la dogmática como "estado de necesidad suprallegal"⁽¹⁾. Este tipo de justificación fue legalizado a continuación por el art. 14 de la Ley (nacionalsocialista) "para la prevención de progenitura con taras hereditarias".

Después de la guerra esta normativa seguía vigente en la mayor parte de los Estados Federados de Alemania; sólo se abolió esta norma en Baviera y la República Democrática Alemana (RDA), mientras que se declaró inaplicable en el estado de Hesse, donde se recurría directamente al concepto de "estado de necesidad suprallegal"⁽²⁾. La ferviente discusión, por el momento, no tuvo consecuencias:

En los proyectos de ley de 1960 y 1962 a lo sumo se consideraba discutible la indicación criminológica (la inicación por haber sido víctima de una violación), pero finalmente ésta fue desestimada debido a la presunta posibilidad de abuso de derecho⁽³⁾.

(*) Este artículo ha sido publicado por la Revista "Humana Iura" de la Universidad de Navarra y autorizada debidamente su publicación.

(1) RGSt 61, pp. 243 ss.

(2) Véase BGHSt 2, p. 111.

(3) Véase Koch, Hans-Georg, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, en: Eser, Albin y Koch, Hans-Georg, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, tomo I: Europa, Baden-Baden 1988, pp. 17-324 (75).

A pesar de que se atenuaba el margen de punibilidad en la "Primera ley sobre la reforma del derecho penal" del 25 de Junio de 1969, basándose en el proyecto de ley del año 1962, no se había cambiado el tipo legal mismo. No se permitía otra justificación que la de la indicación médica. La ampliamente debatida reforma del derecho penal parecía desembocar en una mera fijación de la legislación vigente. Esta situación en gran parte se consideraba intolerable.

2. LA REFORMA DEL QUINTO StRÄG ("Strafrechtsänderungsgesetz", "quinta ley de reforma del Código Penal Alemán")

En 1970 se formó un grupo integrado por profesores alemanes y suizos de derecho penal⁽⁴⁾ con el fin de elaborar alternativas de legislación. Este grupo presentó dos proyectos de ley como alternativa; el proyecto que consiguió la mayoría de los votos del profesorado propuso una disposición que favorecía *la impunidad del aborto dentro de un período de tres meses con consulta obligatoria, y posteriormente la posibilidad de una "indicación" (médica y eugénica)*. El proyecto de la minoría, en cambio, abogaba por un período restringido de solamente cuatro semanas y preveía un modelo (denominado "Fristenlösung") de indicación de graduación temporal -definiendo diversos estados "cualitativos" durante el embarazo- (la indicación medicinal-somática, la indicación criminológica y eugénica y dos tipos diferentes de indicación social). El proyecto mayoritario fue propuesto por parte de los liberales (el FDP) en el seno del Bundestag (la cámara de diputados) como proyecto legislativo. A la hora de la tercera y última lectura del proyecto de ley, cuatro proyectos concurrían alternativamente. El proyecto de los liberales finalmente consiguió la mayoría de la Cámara el día 18 de Junio de 1974⁽⁵⁾.

Los gobiernos de los Estados Federados de Baden Wurtemberg, Baviera, Renania-Palatino, el Sarre y Slesvig-Holstein, gobernados todos por el partido cristiano-demócrata, presentaron un recurso de anticonstitucionalidad contra esta ley ("Verfassungsbeschwerde"), que se dirigía especialmente contra la disposición que preveía la impunidad dentro del período de los primeros tres meses del estado de embarazo.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN ("BUNDESVERFASSUNGSGERICHT") DEL 25 DE FEBRERO DE 1975

Habiendo ya impedido la entrada en vigor de la Ley del 1/VII/1974 a través de una orden provisional, el Tribunal Constitucional Alemán la anuló el

(4) Entre otros Gunther Arzi, Otto Backes, Jürgen Baumann, Ernst-Joachim Lampe, Arthur Kaufmann, Werner Maihofer, Peter Noll, Klaus Roxin, Stefan Quensel, Hans Schulz, Günther Stratenwerth, Walter Stree.

(5) Bundesgesetzblatt I, p. 1297.

día 25 de Febrero de 1975 por 5 votos contra 3 por razones de anticonstitucionalidad⁽⁶⁾.

La argumentación del Tribunal se basaba en que también la vida fetal (la vida en formación) era protegida por la Constitución, y que el Estado no da intervención a terceros. En caso de que ya no existan medios efectivos para impedir intervenciones semejantes, debería aplicarse el vigor de la ley, es decir del Código Penal. Durante todo el período de embarazo la vida del feto debe gozar de preferencia ante la autodeterminación de la madre, como rezó el dictamen del Tribunal. Sólo en caso de "no exigibilidad" para la madre de llevar a término el embarazo, la interrupción del mismo podría ser admisible.

La argumentación adujo una fórmula que fue alegada por el legislador en el año 1992, cuando preveía una vez más el modelo "Fristenlösung" en una versión modificada: "Realmente la restricción de la penalidad no podría ser rechazada, si se combinara con otras medidas que por lo menos serían capaces de equilibrar en su efecto la abolición de la protección dada por el Código Penal." En este caso -obviamente- la situación era diferente⁽⁷⁾.

En el *voto diferido de dos jueces*⁽⁸⁾ se criticaba que la mayoría no sólo había definido los derechos fundamentales en su función de derechos defensivos contra la intervención del Estado, sino además como base para obligar al Estado a imponer la penalización. Sí, es verdad que el castigo se realiza sólo como <última ratio>, pero la argumentación -según el voto diferido- carece de verificación en lo que se refiere a los criterios de "idoneidad" ("Geeignetheit") e "indispensabilidad" ("Erforderlichkeit") con respecto a la garantía de la protección vital⁽⁹⁾. La Constitución, según el voto diferido, no puede obligar al legislador a imponer una penalización abstracta que -según él mismo- no tenga efecto, o que hasta pueda llegar a ser perjudicial⁽¹⁰⁾.

Entretanto, en la literatura jurídica se subrayaba la contradicción que provocó la sentencia, debido a que por un lado desde un principio elevaba a la misma categoría de vida nonata y la vida nata, pero por otro lado permitía el homicidio en determinados casos de "no exigibilidad" (o mejor dicho, no se hace una diferencia teórica entre "homicidio" y "feticidio").

⁽⁶⁾ BVerfGE 39, 1 ss.

⁽⁷⁾ BVerfGE 39, 65.

⁽⁸⁾ Waltraud Rupp-von Brünneck y Dr. Dieter Simon.

⁽⁹⁾ BVerfGE 39, 77/78.

⁽¹⁰⁾ BVerfGE 39, 95.

4. LA LEY DEL 21 DE JUNIO DE 1976 ("EL CONCEPTO DE INDICACION")

Después de una encendida polémica que se podía registrar en la vida pública, los liberales junto con los socialdemócratas (SPD) presentaron un proyecto de ley en el seno del Bundestag en favor de un "concepto de indicación" (con la indicación médica, eugénica, criminológica y social). Este proyecto fue aprobado el 6 de Mayo de 1976 por una mayoría de 256 votos a favor y 135 en contra en el Bundestag, promulgado como ley el 21 de Junio de 1976⁽¹¹⁾.

El legislador había calificado de impunes los abortos indicados, sin haberse expresado sobre su antijuridicidad, o su legalidad respectivamente. La literatura jurisprudencial⁽¹²⁾ y la jurisdicción⁽¹³⁾ en su mayoría dedujeron del nexo de reglamentación (financiación de abortos indicados por los seguros de enfermedad, exclusión de la legítima defensa en favor del feto, impunidad de la autoría accesoria, vigencia del contrato pactado con el médico practicante), que solamente estaba en juego una exclusión de la culpabilidad, debido a que la no exigibilidad -como argumento del Tribunal con respecto a la impunidad de las indicaciones- no específicamente suele indicar sino una causa de exclusión de culpabilidad.

A parte de lo mencionado, la diatriba continuaba; los representantes de la Iglesia Católica insistían tenazmente en que jamás aceptarían la normativa actual⁽¹⁴⁾. La resistencia contra cualquier modelo de indicación, especialmente contra la indicación por necesidad, se hace eco, tanto ayer como hoy, sobre todo a través de la "Asociación de juristas en pro del derecho a la vida" ("Juristen-Vereinigung Lebensrecht"), encabezada por ciertos juristas de renombre, entre los cuales figuraba hasta el año 1990 también Ernst-W Böckenförde, filósofo del derecho así como juez del Tribunal Constitucional, y miembro de la Sala encargada de sentenciar en la demanda sobre la Ley del

(11) BGBl. 1976 I, p. 1213 ss.

(12) Véase Albin Eser en Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, ed. 25 de 1992, § 218a, Randnummer 5 ss.; Walter Gropp, § 218a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1988, p. 1 ss. La literatura diferida se encuentra por ejemplo en Tröndle en Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, § 218, Randnummer 3; Claus Belling, Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218 StGB halbar? Zur Rechtsnatur der sogenannten indizierten Abtreibung, Berlín/Nueva York 1987, passim.

(13) Sólo el Bayrische Oberste Landesgericht (Tribunal Supremo de Baviera) se ha distanciado de las sentencias de los demás Tribunales Supremos, véase p.ej. BayObLGSt 1990, pp. 44-63.

(14) Véase la declaración del obispado alemán con el título "Dem Leben Dienen" ("Servir a la vida") del 27 de Agosto de 1979, p. 14.

27/VII/1992. El Tribunal Constitucional no admitió, en este determinado caso, el recurso de parcialidad.

5. EL "TRATADO DE UNIFICACION"

Un cambio notable se presentó con la reunificación, dado que en la República Democrática de Alemania (RDA) ya existía un preciso modelo de indicación de graduación temporal. El artículo 153 I StGB-RDA sancionaba el aborto "realizado en contravención de la normativa legal"; esta última se hallaba en la "Ley sobre la interrupción del embarazo" del 9 de Marzo de 1972⁽¹⁵⁾. En su artículo 1, párrafo 1 se concedía a la gestante el derecho de decidir sobre una interrupción del embarazo bajo responsabilidad propia "adicionalmente a los métodos existentes referentes a la anticoncepción". La gestante tenía derecho a realizar el aborto dentro de un período de 12 semanas en un "establecimiento de asistencia al parto y ginecológico". Los demás detalles quedaban fijados en las disposiciones de aplicación relativas a la susodicha normativa⁽¹⁶⁾, que reservaban el derecho al aborto provocado explícitamente a las mujeres ciudadanas de la República Democrática de Alemania (así como a las mujeres apátridas con residencia permanente en la RDA). Las mujeres que no cumplían con estos requisitos sólo podían abortar en caso de una "indicación vital", o sea si la situación suponía un riesgo vital para la gestante.

Durante la negociaciones relativas al Tratado de Unificación del 31 de Agosto de 1990 no se llegó a un acuerdo en materia de unificación de ambas legislaciones penales sobre la alternativa de tomar por base legislativa bien el modelo de graduación temporal, bien el modelo de indicación del Oeste. Por consiguiente, en el art. 31 (4) del Tratado de Unificación se fijó que el legislador de la Alemania Unificada se veía obligado a establecer una normativa hasta el 31 de Diciembre de 1992, "la cual habrá de garantizar, conforme a la Constitución, la protección de la vida prenatal, así como la solución de situaciones conflictivas de mujeres embarazadas, respetando su derecho elemental a asesoramiento y ayuda social, enmendando los códigos actuales de las dos partes de Alemania"⁽¹⁷⁾. El modelo "Fristenlösung", la normativa de la antigua RDA, sigue siendo vigente hasta la promulgación de una nueva ley⁽¹⁸⁾.

(15) Gesetzblatt 1972 I, Nr. 5, p. 89.

(16) Gesetzblatt I, Nr. 12, p. 149.

(17) Bundesgesetzblatt II, 900.

(18) Bundesgesetzblatt 1990 II, 1168 (Tratado de Unificación, p. 468).

6. LOS PROYECTOS DE LEY

El Bundestag, durante los días 25 y 26 de Junio, tenía presente en total siete proyectos de ley, de los cuales fue votado el último con mayoría, el llamado "Proyecto elaborado por grupos diversos" o proyecto transversal ("Gruppenantrag"). Todos los proyectos incluyeron propuestas socio-políticas, en mayor o menor grado. En términos de derecho penal se manifestaron las siguientes variantes:

a) El proyecto del grupo parlamentario "Bündnis 90/Die Grünen" ("Liga 90/Los Verdes") favorecía la legalización fundamental del aborto provocado.

La interrupción en contra de la voluntad de la gestante se veía como una lesión corporal cualificada.

b) El grupo parlamentario PDS/Linke Liste (el partido sucesor del ex-partido estatal SED de la antigua RDA) exigía además la incorporación en la Constitución del derecho de libre decisión de la mujer.

c) Otro grupo de diputados, presidido por el diputado del partido cristiano-demócrata (CDU) Werner, abogaba por una versión restrictiva, concediendo **únicamente la indicación médica**.

d) La mayoría de los diputados pertenecientes al partido del CDU se pronunciaba en favor de un modelo de indicación psico-social, integrando también los casos que hasta entonces marcaban las indicaciones eugenésica y criminológica. Fue descartada una indicación por necesidad. Con esto la mayor parte de los abortos hubieran sido ilegales: en más de un 80% de los abortos declarados la indicación fue por estados de necesidad.

e) El grupo parlamentario del SPD entregó un proyecto que defendía un modelo de indicación de graduación temporal (aborto legal hasta la duodécima semana del embarazo), el cual implicaba una consulta voluntaria.

f) El proyecto de los liberales -del grupo parlamentario del FDP- también se inclinaba al modelo "Fristenlösung", pero además solicitaba el requisito de una consulta obligatoria.

Cuando era de suponer que ninguno de los proyectos mencionados encontraría la mayoría en la Cámara de Diputados, se reunió un grupo de parlamentarios integrado por diputados del FDP, del SPD y CDU para presentar un proyecto transaccional; por el momento se derogó el imperativo colectivo con miras a la votación, y a continuación este "*proyecto transversal*" fue aprobado como ley.

II. LA LEY DE ASISTENCIA A MUJERES EMBARAZADAS Y A FAMILIAS

Este proyecto contenía -a parte de la reforma de la "Ley sobre la interrupción del embarazo"- todo un paquete de disposiciones social-políticas

denominado "*ley de asistencia a mujeres embarazadas y a familias*": El derecho a la educación sexual y la entrega gratuita de contraceptivos a los asegurados que no habían cumplido los veinte años; un conjunto de medidas auxiliares para la madre y el niño (entre otros el derecho a un lugar en la guardería infantil para cada niño a partir de 1995); el asesoramiento y ayudas prácticas para mujeres con problemas relacionados con el embarazo.

1. LA LEY

El proyecto que finalmente fue aprobado con 357 de 657 votos en total, con 284 en contra y 16 abstenciones, preveía la siguiente versión nueva del artículo 281a StGB:

"(1) El aborto no es antijurídico, siempre que

1. la gestante exija el aborto y haya presentado al médico practicante un certificado en el que conste la realización de la consulta por lo menos tres días antes de la intervención.

2. la intervención se realice por un médico y

3. no hayan pasado más de doce semanas desde la concepción."

El párrafo 2. regía que el aborto no es antijurídico en el caso de que sea necesario para evitar un peligro para la vida de la gestante, o en el caso de que esté en peligro su integridad física, debido a un lesión grave de su salud física o psíquica (y siempre que los requisitos 1 y 2 del párrafo 1. se hayan cumplido).

El párrafo 3., a continuación, reglamentaba la llamada "indicación eugénica", es decir "el caso en que se presume que el feto nacerá con taras físicas irremediables relacionadas con su estructura hereditaria, o con influencias dañinas antes de su nacimiento, que por su gravedad hagan inadmisibles a la gestante la exigencia de continuación en el estado de embarazo." En estos casos el aborto no es antijurídico si la mujer se deja asesorar anteriormente y no han pasado más de 22 semanas -post conceptionem-.

El párrafo 4. sostiene otro privilegio para la gestante: no será punible el aborto, cuando se realice la intervención dentro del margen de 22 semanas y tal intervención fuere acompañada de una consulta médica anterior; en todos los demás casos el Tribunal puede prescindir de una penalización, siempre que la embarazada se haya encontrado en circunstancias de apuro especial.

El artículo 219 en su versión de la Ley de asistencia a mujeres embarazadas y a familias prevé además disposiciones en materia de aplicación del procedimiento de consulta, de la cual el legislador esperaba un éxito

especial: el papel central que desempeña la consulta se puede derivar del significado "*modelo de consulta*" ("*Beratungslösung*").

De este modo se verifica expresamente también el dictamen del legislador, el que declara *no ser antijurídica* tanto la interrupción del embarazo dentro del período de tres meses como la interrupción indicada. Esta reglamentación, que definitivamente era imprescindible debido al "principio de determinación" ("*Bestimmtheitsgrundsatz*"), sólo fue incluida muy al final; la formulación se criticaba árdamente en la vida pública, aunque tal crítica meramente ratificaba la hasta entonces practicada situación jurídica⁽¹⁹⁾.

Los patrocinadores de la nueva legislación, en cambio, recalcaron que la primera sentencia -de (motu proprio)- descartaba la penalización a través del Código Penal insinuando un contexto de medidas sociales igualmente efectivas.

Según la opinión de este grupo, la experiencia de los últimos años había mostrado que la penalización en estos casos ha sido poco apropiada para proteger la vida en gestación, y tampoco ha podido resolver los conflictos derivados de un embarazo de una manera adecuada. En el año 1992 no se registraron más de siete condenas en total, en un ámbito de 200.000 hasta 250.000 abortos provocados anualmente (estimación para la parte occidental de Alemania)⁽²⁰⁾, a tenor del voto afirmativo.

2. RECURSO DE ANTICONSTITUCIONALIDAD Y AUTO PROVISIONAL

En contra de esta normativa un grupo de 249 diputados del partido CDU interpuso un *recurso de anticonstitucionalidad*, a la cual se afilió también el Gobierno Federal de Baviera. Adjunta, éstos presentaron un recurso de *auto provisional* para impedir la entrada en vigor de la Ley del 1/VIII/1992.

A consecuencia de lo cual el Bundesverfassungsgericht dictó un auto provisional del 4/VIII/1992 que rezaba del siguiente modo: Las disposiciones penales con referencia a la Ley de asistencia a mujeres embarazadas y a familias, *por el momento*, no deben entrar en vigor. La única tarea del Tribunal consistía en sopesar, si el perjuicio resultante de una derogación de la ley después de algunos meses de vigencia hubiera sido más grave que el perjuicio

⁽¹⁹⁾ Ernest Brena, el presidente del Bundesverfassungsgericht (El tribunal Constitucional de Alemania) a la fecha de la primera sentencia sobre el modelo "*Fristenlösung*", ya había declarado antes de la aprobación de la nueva normativa la anticonstitucionalidad de ésta, alegando que contradecía los principios fundamentales de la primera sentencia, véase Frankfurter Allegemeine Zeitung, 11/V/1992.

⁽²⁰⁾ De este modo se explicó el diputado cristiano-demócrata Horst Eylmann durante el debate del 25 de Junio de 1992 en el seno de Bundestag.

causado por la entrada en vigor con algunos meses de retraso. El Tribunal se pronunció afirmativamente en este sentido. Partió del argumento que subrayaba la diferencia elemental entre el concepto "Fristenlösung" y el modelo de indicación: Sería un caso de detrimento constitucional, si la nueva normativa que introduce un nuevo concepto de "vida" tuviera que ser derogada después de algunos meses de vigencia para ser reemplazada por otra normativa que incluye un concepto diferente⁽²¹⁾. Los adeptos a la ley, en cambio, habían llamado la atención sobre la casi nula distinción entre los diversos conceptos cara a las consecuencias prácticas⁽²²⁾.

3. EN TELA DE JUICIO

a) Efecto vinculante

Ante todo, se plantea la problemática del "efecto vinculante" ("Bindungswirkung"), o sea la cuestión que pone en duda la libertad del legislador para decidir una vez más sobre el modelo "Fristenlösung", suponiendo que el Tribunal ya había rechazado anteriormente una norma con dicción parecida. Pero la trascendencia del efecto vinculante con respecto a los considerandos (Entscheidungsgründe) de la sentencia queda en entredicho, sobre todo porque estos criterios no se dejan vislumbrar ni siquiera en la primera sentencia⁽²³⁾.

b) Contradicciones

Suponiendo que el feto *no carece de la misma categoría jurídica* (Rechtsqualität) que reviste el ser nato, ¿cómo entonces se podría justificar alguna indicación que no fuera al mismo tiempo válida para el ser nato? Ha sido justamente este dilema entre ambas afirmaciones, lo que provocó el reproche de *contradicción* dentro de la temática, a saber: que el feto revista todos los derechos humanos y que, al mismo tiempo, se verifique el derecho a la intervención en la vida fetal. La única teoría consistente, capaz de poder escapar de este dilema, ofrece la "tesis de acrecencia" ("Zuwachsthese"), la cual sostiene que el feto -al comienzo- adquiere un estado jurídico marcadamente inferior al del ser nato, pero que paulatinamente tal estado se vuelve más substancial, paralelamente al desarrollo del -nasciturus-, hasta revelarse al

(21) Bundesverfassungsgericht, Sala Segunda, Aktenzeichen: 2 BvQ 16/92.

(22) Así el diputado Eylmann durante el debate en el Bundestag, 25/VI/1992.

(23) Véase Priester, Jens-Michael, *Rechtstheoretische Überlegungen zur Reform des Abtreibungsrechts*, in: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg 1993, S. 869 - 900.

mismo nivel ético-jurídico que el del ser nato, justo en el mismo momento⁽²⁴⁾ del nacimiento⁽²⁵⁾. Precisamente esta argumentación no repercute en el fallo del Bundesverfassungsgericht.

c) Obligación de sanción

¿La Constitución *obliga* al legislador a penalizar todas las conductas no deseadas, sobre todo las conductas moralmente criticables? ¿Existe esta obligación también en el caso en que el legislador tenga dudas sustanciales en lo que se refiere al efecto regulador de una norma penal sobre el aspecto de la conducta? ¿Y si el legislador parte del aspecto de la eficiencia de una norma de conducta, pero la estima más perniciosa que útil debido a otros efectos definitivamente negativos, que emanan de una penalización? ¿Es un criterio manejable de legitimidad de las normas penales el aspecto preventivo, o sea, la utilidad de una penalización o una sanción, sí o no? El Tribunal Constitucional se percató perfectamente del carácter trascendental de tales cuestiones en materia de derecho penal y desechó por principio un concepto de "cálculo global", es decir, una *ponderación utilitaria entre utilidad y perjuicio de una penalización*⁽²⁶⁾. Los jueces esgrimen el punto de vista "deontológico", se basan sobre el principio Katiano de no descartar por completo el razonamiento utilitarista, mas no le atribuyen una función despenalizadora.

d) Derecho penal como compensación de una política social deficitaria

¿Qué significa la apreciación del derecho penal como <última ratio> en este contexto? ¿La aplicación del derecho penal, sin más verificación de la eficiencia, es legítima, si de hecho existen medios más idóneos como, por ejemplo, un subsidio amplio, el derecho a un lugar en la guardería infantil o una ayuda doméstica, los cuales como argumento, sin embargo, no hallan entrada en el cálculo programático del estado?

En su primera sentencia el Tribunal se explicó de tal manera. Aún otra pregunta adicional: ¿Es anticonstitucional la omisión de prever medidas sociales

⁽²⁴⁾ En el Derecho Civil Alemán el feto consigue capacidad jurídica sino en el instante en que se ha consumado al acto de nacimiento, según el art. 1 BGB, mientras que en el Derecho Penal se supone que el efecto protector, garantizado por los delitos de homicidio, se da en el primer instante de las contracciones prenatales, como se deduce del art. 217 StGB, el cual sanciona el infanticidio durante o directamente después del nacimiento.

⁽²⁵⁾ De tal manera se explicó el ex-Ministro del Interior, el profesor de derecho penal Werner Maihofer, en el seno del Bundestag.

⁽²⁶⁾ BVerfGE 39, 59.

que puedan tener un efecto más grato? Es menester que el legislador reflexione sobre esta pregunta importante considerando, sobre todo, que la situación financiera del presupuesto del Bund (Estado Federal), después de la ejecución de una unificación de las dos partes de Alemania, posiblemente llevará a un recorte de subsidios prescritos por la Ley de ayudas a mujeres embarazadas y a familias.

e) ¿Como hay que clasificar en la dogmática el aborto provocado?

La caracterización del aborto provocado como "no antijurídico" no fue integrada en la ley sino muy al final del procedimiento legislativo. La judicatura en su mayoría⁽²⁷⁾ había interpretado la expresión "queda impune" del antiguo artículo 218 en el sentido de "legal", pero nunca se habían dispersado desde entonces las dudas hacia la juridicidad del aborto.

f) ¿Como se pueden justificar las diversas indicaciones, en particular la indicacion por estado de necesidad?

Las indicaciones que precisan de una justificación son las siguientes: La indicación por necesidad, cuya aplicación fue vituperada especialmente por el Gobierno Federal de Baviera mediante su recurso de anticonstitucionalidad, la indicación embriopática así como la indicación eugénica.

III. LA SENTENCIA DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) DEL 28 DE MAYO DE 1993

Pocas veces como entonces una sentencia del Bundesverfassungsgericht ha sido tan requerida. El Tribunal dictó lo siguiente:

1. Es nulo el art. 218a StGB en su versión del 27/VII/1992, el cual ratificaba *la legalidad del aborto provocado y le atribuía impunidad.*

2. Es nulo también el art. 219 StGB que regulaba las circunstancias de *la consulta.*

3. También se deroga la normativa que abolía la obligación de llevar un *registro de estadística* en materia de abortos provocados, al igual que una normativa que regía la *competencia jurídica.*

A continuación el tribunal decretó una disposición detallada que contiene una reglamentación sofisticada para el procedimiento de la consulta.

⁽²⁷⁾ Sólo discrepó el Bayrische Oberste Landesgericht.

Los contenidos llenan más de 183 páginas, con dos votos diferidos (del juez Böckenförde; del vicepresidente del Tribunal Mahrenholz y del juez Sommer).

Los puntos esenciales de la sentencia tratan, por un lado, sobre el aborto no resultando de un caso de indicación, pero acompañado de una consulta previa(I) y el ámbito de la justificación(II); acto seguido sobre las exigencias para las condiciones de la consulta (III) y finalmente sobre la protección mediante el Código Penal del ser en formación con respecto a agresiones de parte de terceros(IV).

I. LA ADMISION DEL ABORTO PROVOCADO CON CONSULTA PREVIA

A pesar de la resonancia polémica inicial de la sentencia de parte de la opinión pública, el veredicto no se puede decifrar como una mera y rotunda negación del modelo "Fristenlösung". Más bien corroboró las conclusiones siguientes:

a) El legislador está autorizado a garantizar la protección necesaria del ser nonato durante el período inicial del embarazo (es decir en los primeros tres meses del estado de embarazo) a través de un concepto de consulta (Beratungslösung), con lo cual está habilitado para *desistir de una penalización* de cualquier tipo de indicación, para poder convencer a la gestante -mediante una consulta- de llevar a término el embarazo⁽²⁸⁾. Por consiguiente le está permitido al legislador despenalizar el aborto provocado en el período de los primeros tres meses de la gestación, siendo obligatorio que la intervención sea realizada por un médico a solicitud de la mujer y con una profunda consulta previa sin más requisitos al respecto ("*aborto consultado*"/"*beratene Abtreibung*").

b) *El aborto consultado sigue siendo antijurídico.*

c) *No se debe recurrir a prestaciones de los seguros públicos de enfermedad* en consideración de que estos últimos presuponen un aborto legal, no antijurídico. Aquí está el punto capital cara a los elementos jurídico-políticos. Prestaciones de parte de la asistencia social, sin embargo, son admitidos.

d) *El aborto consultado es antijurídico, pero no cumple el propio tipo penal.*

e) *El aborto consultado sigue siendo vedado*, aún cuando no mediante una ley penal. El legislador tiene que pronunciarse en favor de una interdicción en otro lugar del ordenamiento jurídico.

f) *El legislador tiene que asegurar que no será permitida ni la legítima defensa* ni la ayuda de parte de terceros en casos de legítima defensa

⁽²⁸⁾ BVerfG, sentencia del 28/V/1993, Leitsatz 11.

("Nothilfe") en contra del aborto consultado, a pesar del carácter antijurídico de este.

g) El legislador tiene que asegurar que el contrato pactado sobre la realización del aborto consultado *no sea nulo según los artículos 134 y 138 del BGB* (Bürgerliches Gesetzbuch, comparable con el Código Civil Español).

2. JUSTIFICACION SOLO EN CASOS DE INDICACION

Principalmente existe la obligación de llevar a término el embarazo.

Aunque la Constitución le garantiza a la mujer el derecho fundamental a la dignidad humana, ésto no le da el derecho -tampoco por un término definido- a decidir libremente y sin aplicación del concepto legal integral sobre la vida del < nasciturus > .

Los derechos fundamentales de la mujer (la dignidad humana y la salud) pueden ser afectados tñ gravemente por los conflictos que conlleva el embarazo, que parece *admisibile, si no indicado*, de abrogar la obligación de llevar a término el embarazo en situaciones excepcionales.

a) Esto *no* se reduce *solamente* al caso de un grave peligro para la vida o la salud física.

b) También se han de reconocer otros casos en que el criterio de la "no exigibilidad" tiene validez: la indicación *criminológica* (indicación donde el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación) y la indicación *embriopática* (indicación "empática"), ésta última sólo en contados casos con circunscripción detallada.

c) Otros *estados de necesidad* sólo gozarán de la protección constitucional como tipos de excepción, cuando el conflicto sea *análogamente grave* a los mencionados casos de indicación⁽²⁹⁾.

d) Con esto le está prohibido al legislador prever una *indicación general por necesidad* (allgemeine Notlagenindikation)⁽³⁰⁾.

Pero también se pueden tener serias objeciones contra una *indicación especial por necesidad* ("spezielle Notlagenindikation") que se reducirá a integrar los casos más graves, porque será *incompatible con el concepto de consulta*: la presión ejercida sobre la gestante para hacer plausible el estado de necesidad frente a terceros frenará la eficacia de la consulta⁽³¹⁾. Las demás indicaciones no comparten las objeciones mencionadas, ya que sus condiciones están perfectamente definidas.

⁽²⁹⁾ BVerfG, Sonderheft Neue Justiz 1993, p. 14.

⁽³⁰⁾ BVerfG, op. cit., p. 17.

⁽³¹⁾ BVerfGm, Neue Justiz 1993, p. 18.

3. LA CONSULTA

El marco que prescribe la consulta tiene que tener tal cariz que pueda ser adecuada para convencer a la gestante de llevar el embarazo a término.

a) El legislador está autorizado a mantener *abierto el resultado* de la consulta, mas al mismo tiempo se le obliga a orientar tal consulta en dirección a la protección de la vida del ser nonato⁽³²⁾.

b) La consulta debe tener un efecto *alentador, no intimidador*; no debe tener por fin la provocación de sentimientos de culpa⁽³³⁾, sino hacer inteligible a la mujer que está actuando antijurídicamente, aun cuando no consuma un tipo penal.

c) La gestante debe conservar su *anonimidad*, pero tiene que *comunicar las razones* del aborto deseado.

d) La gestante *no* debe solicitar el *certificado de consulta* directamente después de la primera conversación en la consulta; sin embargo no se debe retener el dictamen tanto tiempo hasta tal punto que se haga imposible un aborto por haber vencido el plazo indicado⁽³⁴⁾.

4. PUNIBILIDAD DEL MEDICO

Particularmente en el caso del aborto consultado el legislador ha de obligar al médico a abogar en la consulta por la protección de la vida nonata. *Esto tiene como consecuencia el requisito de una segunda consulta*. Se precisan para la misma las regulaciones punitivas siguientes:

a) El médico tendrá que comprobar, antes de su participación en la intervención, si los *requisitos* de un aborto consultado -no cumpliendo el tipo penal- se han cumplido. Tendrá que cerciorarse el médico:

- cuánto tiempo ha pasado desde la concepción,
- si la mujer ha cumplido con el requisito de la consulta,
- si se ha respetado el plazo de deliberación.

b) Acto seguido habrá de *explicarse* de nuevo la *situación conflictiva resultante del embarazo* por parte de la gestante, lo que habrá ya hecho la mujer antes en el centro de consulta. Especialmente deberá figurarse el médico si otras personas han instado a la gestante a realizar el aborto.

⁽³²⁾ BVerfG, Neue Justiz 1993, p. 18.

⁽³³⁾ BVerfG, Neue Justiz 1993, p. 19.

⁽³⁴⁾ BVerfG, po. cit., p. 20.

c) Además el médico tendrá que informar a la mujer de que la intervención *destruirá la vida humana*; pero no deberá suscitar sentimientos de miedo o sufrimiento moral.

d) Bajo pena al médico le es prohibido comunicar a la mujer el *sexo del niño en gestación* antes de que hayan transcurrido tres meses, con el objetivo de impedir el aborto motivado por una preferencia en el sexo del niño.

e) El médico debe juzgar la *situación conflictiva* apoyándose en su experiencia médica, orientada a la protección de la vida humana; tendrá que decidir sobre la realización de la intervención y transmitir a la gestante sus principales puntos de vista.

f) Todo el procedimiento ha de ser documentado por el médico.

g) En el caso de que la mujer siga insistiendo en su intención de dejarse practicar el aborto y que el médico considere tal intervención *irresponsable según criterios médicos*, esta obligado a rechazarla.

h) Si el médico se niega a realizar la intervención, su profesión no deberá sufrir consecuencias negativas de ningún tipo.

i) La intervención se ha de realizar en un establecimiento que posibilite un adecuado tratamiento posterior, o mejor dicho en una *clínica*. Sobre todo no se debe tratar de una *clínica especializada en intervenciones abortivas*.

k) Normalmente los artículos 134 y 138 BGB -que se pronuncian sobre la ineficacia ("Unwirksamkeit") de contratos que violan disposiciones legales o pecan contra las buenas costumbres- impiden que sea válido un contrato en términos de una intervención abortiva. Aquí el legislador ha de elaborar una *norma exceptiva* que garantice la *validez de contratos* semejantes.

l) El mal cumplimiento de un contrato sobre la materia de un aborto puede, ciertamente, implicar una indemnización por daños y perjuicios; pero la *existencia de un niño jamás puede considerarse un caso determinado de daños y perjuicios*⁽³⁵⁾.

5. PUNIBILIDAD DE PERSONAS DEL ENTORNO SOCIAL

El ordenamiento jurídico tiene que penalizar todas las interferencias que puedan tener influencia sobre la gestante en materia de un aborto. Esto atañe primordialmente a los padres, pero también a los padres de la madre así como el patrón o al arrendador. El legislador está obligado a indagar si esto debe tener efecto también con referencia al entorno social indirecto, y eventualmente en qué grado.

⁽³⁵⁾ BVerfG, idem.

IV. PUNTOS SELECTOS

1. PREGUNTAS PUESTAS EN ENTREDICHO

a) La sentencia no se pronuncia sobre el problema del *efecto vinculante*.

Cuando es posible, insiste en referirse a la sentencia anterior. En otro sentido, hay que poner énfasis en la insistencia de la sentencia en orientarse a los principios del veredicto precursor; no mencionó de ninguna manera una relación de enlace -obligatoria para el legislador- a los considerandos básicos.

b) La *contradicción* de la sentencia anterior aparece también en la sentencia reciente: Nuevamente se adjudica al feto un derecho a la vida desde un principio (<nasciturus pro iam nato habetur>), otra vez se desestima categóricamente cualquier graduación en materia de protección a lo largo del proceso evolutivo del feto⁽³⁶⁾. Y a pesar de todo se evoca para la fase inicial del embarazo una regulación especial; igualmente se acepta la indicación embriopática, que (¡sic!) solamente es posible hasta la vigésimo-segunda semana. Las partes del fallo que afirman el valor equivalente del feto en comparación con el ser nato, por consiguiente, no son compatibles con el tenor de la sentencia.

c) El fallo dilucida -más claramente que el anterior- que la aplicación del derecho penal sólo reviste legitimidad si es *eficaz*. El legislador hasta se ve obligado a corregir la ley, si ésta resulta no ser eficiente ("*obligación de corrección*")⁽³⁷⁾.

d) El Tribunal Constitucional ha *atenuado* el principio <última ratio> (el derecho penal como el medio más reactivo del Estado sólo se debe involucrar cuando hayan fracasado todos los demás medios) hasta llegar a la conclusión teórica de que una protección eficaz y adecuada debe conjugar elementos de una protección preventiva con una protección represiva⁽³⁸⁾.

2. ELEMENTOS NUEVOS DE LA SENTENCIA

a) Mientras el fallo anterior rezaba que en lo que atañe al conflicto -consecuencia de un embarazo- solamente estaba en juego la libertad de acción de la mujer, ahora también se reconoce la posibilidad de un afeción del derecho fundamental a la *dignidad humana*⁽³⁹⁾. La dignidad humana goza, al

⁽³⁶⁾ BVerfG, sentencia del 28/V/1993, Neue Justiz, Sonderheft, p. 22.

⁽³⁷⁾ BVerfG, Neue Justiz 1993, Sonderheft, Leitsatz 4, Satz 2.

⁽³⁸⁾ BVerfG, op. cit., p. 26.

⁽³⁹⁾ BVerfG, op. cit., Sonderheft S.1, Leitsatz 6, Satz 2.

igual que el derecho a la vida, de la máxima protección a través de la Constitución. Con eso se hace inteligible -aún cuando el Tribunal no se ha pronunciado <expressis verbis> en este sentido- que realmente puedan existir casos en que los intereses de la madre prevalecen sobre la vida del feto.

b) En casos excepcionales, según reza la sentencia, hasta existe una *obligación* de abrogar el deber de llevar a término el embarazo⁽⁴⁰⁾, mientras que la sentencia precursora sólo reflexionaba sobre la mera *posibilidad* de suspensión de esta obligación.

c) El elemento más destacado, sin embargo, en lo que se refiere a la dogmática jurídica, se halla en la construcción de una *acción que no cumple el tipo penal, pero que a pesar de esto es antijurídica*. El Tribunal se empeñaba así en compaginar dos fines casi incompatibles:

- *Por un lado* trató de subrayar que el aborto relacionado con una consulta previa obligatoria no está de acuerdo con el ordenamiento valorativo, en tanto que un contra-derecho no lo libere de su carácter ilegítimo; y ésto sólo se da en el caso de no exigibilidad para la mujer de llevar a término el embarazo debido a razones importantísimas como un peligro para su vida o su salud física, una violación, un defecto gravísimo del niño. En todos los demás casos el aborto provocado entra en la categoría de antijuridicidad. El Tribunal esperaba de esta caracterización -antijuridicidad e ilegalidad- una influencia importante sobre la motivación de las personas afectadas, pero al mismo tiempo quería *excluir la reclamación de prestaciones del seguro de enfermedad*.

- *Por otro lado* el Tribunal no quería cerrar los ojos ante el argumento de que solamente es exitosa una consulta si no se presenta bajo la amenaza de un procedimiento penal. El Tribunal quería dejar muy claro este asunto. No se redujo -lo que era de suponer y que fue reclamado por adversarios del aborto de índole diversa- a decretar una mera exclusión de culpabilidad. Con eso el Tribunal dió la mano a todos los que apoyaron esta legislación, los cuales estiman que la aplicación del derecho penal en ésta área no tiene mucho sentido.

La quinta esencia que se puede derivar de las deliberaciones del Tribunal queda centrada sobre la *exclusión del tipo legal*, es decir: El aborto provocado con consulta previa no cumple con la tipicidad del art. 218 StGB, y por consiguiente *no es antijurídico* en sentido del derecho penal, especialmente porque -según el art. 11 inciso 5 StGB- *sólo en el caso de que una acción cumpla el tipo legal, es antijurídica* (en términos penales). Este aborto condicionado no infringe una interdicción del derecho penal, pero sí otra

⁽⁴⁰⁾ BVerfG, sentencia del 28/V/1993, Leitsatz 5, Satz 2.

interdicción, la cual el legislador debe dictar en un terreno diferente al del ordenamiento jurídico, posiblemente en el campo del derecho social⁽⁴¹⁾.

V. CRITICA

1. CRITICA POR LOS VOTOS DIFERIDOS

a) El voto diferido del vicepresidente Mahrenholz y del juez Sommer pone de relieve que el proceso evolutivo del feto también conlleva un significado jurídico. Con el progreso del desarrollo del feto también están variando las posiciones emanadas de los derechos fundamentales en favor del <nasciturus> (la denominada "*tesis de acrecencia*" / "*Zuwachsthese*")⁽⁴²⁾.

De otro modo hubiera sido ininteligible y no justificable el período límite de 12 semanas, acentuado por el Tribunal.

b) El término "no exigibilidad", realzado por la mayoría como punto esencial de la materia, fue rechazado, por un lado, en el voto diferido aduciéndose "falta de precisión"; por otro lado, el criterio de "no exigibilidad" ya no se corresponde con el ordenamiento jurídico⁽⁴³⁾, puesto que existen casos, además, de "no exigibilidad" en grado extremo que no son subsumidos bajo los casos de aborto indicado; *el criterio "no exigibilidad", por consiguiente, no marca el límite entre legalidad e ilegalidad.*

c) La eficacia del modelo de consulta supone la decisión de la mujer como responsabilidad última del procedimiento. Si esta decisión es desligada del criterio penal, pero reprobada jurídicamente y conectada con desventajas jurídicas, la consulta -así la <dissenting opinion>- está destinada a fracasar.

La orientación de la consulta con la finalidad de convencer a la gestante de llevar a término el embarazo, exigida por el Tribunal, podría fácilmente transformarse:

- 1) en un tipo de consulta "tendenciosa", es decir parcial, o
- 2) en un caso de numerosas sesiones de consulta, contraproductivas ambas variedades, según la opinión de expertos⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ BVerfG, op. cit., Leitsatz 6.

⁽⁴²⁾ Dado que la interdicción no puede derivar del Derecho Civil, sólo entra en consideración una interdicción del Derecho Público. Mas desde Ulpiano ya se ha percatado el jurista de que las regulaciones del Derecho Público sólo apuntan - via definitionis - al Estado y sus órganos; por consiguiente, no puede implicar el Derecho Público una interdicción dirigida a cada particular, a lo sumo en el caso del artículo siguiente: art. 24 b) SGB V: "Antijurídicos en el sentido de esta norma se definirán los abortos, siempre que estos no estén justificados explícitamente por un tipo de indicación".

⁽⁴³⁾ Voto diferido de los jueces Mahrenholz y Sommer, Neue Justiz 1993, Sonderheft, p. 33.

⁽⁴⁴⁾ Voto diferido, op. cit., p. 34.

d) La negación de las prestaciones que ofrecen los seguros públicos de enfermedad como medio de desaprobación por la ley, de todos modos sería inadecuada.

e) La cualificación del aborto consultado de antijurídico, pero no cumpliendo los requisitos del tipo legal, se entendería -según la opinión predominante- antes que nada como abandono del bien jurídico, en vez de una caracterización de una acción -cumpliendo el tipo legal- como no antijurídica; en cualquier caso, la tarea del Tribunal Constitucional no debería consistir en decidir⁽⁴⁵⁾ sobre materias de dogmática jurídica⁽⁴⁶⁾.

f) Entretanto la crítica del juez Böckenförde se centra en el aspecto de la prohibición de prestaciones de los seguros sociales a las mujeres que se dejan practicar abortos consultados, declarándolos fuera de la protección constitucional, aunque (¡sic!) Böckenförde no se pronuncia generalmente en favor de la justificación de estos abortos; pero hace hincapié en que puedan surgir casos que estén justificados por una situación de necesidad ligada a problemas sociales, cumpliendo el criterio de "no exigibilidad", y por consiguiente con los elementos del criterio justificador. El Estado de Derecho se pondría en duda él mismo (se autodefiniría como un ente contradictorio), si interpretara tales casos también como hechos fuera de la ley.

La conciencia jurídica -según el juez Böckenförde- saldría perjudicada si las mujeres se vieran sometidas a una valoración negativa y no revocable, y si fueran excluidas de prestaciones sociales también en casos en que se encontraran en un estado de necesidad muy grave, los cuales normalmente -aplicándose los criterios legales de no exigibilidad- tendrían que estar justificados⁽⁴⁷⁾.

Aparte de este razonamiento, se pueden encontrar muchos otros puntos de crítica, los cuales, por un lado, apuntan a las consecuencias jurídicas, por otro lado a los fundamentos lógicos de la sentencia.

(45) Véase Erhard Krausch, *Soziale Beratung Schwangerer. Ziel und Wege der Beratung nach § 218 b, par. 1 nro. 1 StGB, Berlín 1990 passim* (espec. las pp. 62, 63); idem, *Frankfurter Rundschau* del 18/IX/1991, p. 18 (documentación).

(46) La diferenciación entre antijuridicidad derivada del derecho penal y antijuridicidad en general se encuentra, por ejemplo, en Hans-Ludwig Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Colonia 1983. Discrepando del fallo del Bundesverfassungsgericht, Günther atribuye a las indicaciones del art. 218 un carácter auténtico (sólo válido para el derecho penal) de impunidad, que no cumple los criterios del tipo de lo injusto ("echte Strafunrechtsausschließungsgründe"); mientras que para el Tribunal Constitucional las indicaciones revisten el carácter de razones justificantes generales (siguiendo la terminología de Günther), y solamente el aborto consultado se consideraría siendo un auténtico "Strafunrechtsausschließungsgrund", véase Günther, p. 314 ss.

(47) Voto diferido de los jueces Mahrenholz y Sommer, *Neue Justiz*, 1993, Sonderheft, p. 36.

2. CRITICA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO-POLITICO

La sentencia, sobre todo, tiene consecuencias financieras: especialmente para las mujeres habitantes de los Estados Federados de la antigua RDA, las cuales se ven confrontadas con cargas múltiples, derivadas del derrumbamiento del sistema socialista. Ahora además, deberán pagar por sí mismas la cuenta de los abortos no indicados, si no interfiriese la Ayuda Social. El complicado procedimiento de consulta que, sobre todo, fuerza a las mujeres a explicar (por lo menos dos veces) su situación, así como la avisada oportunidad del centro de consulta que consiste en un consiguiente retraso del otorgamiento del certificado necesario, pueden tener un efecto desalentador.

Además, hay que temer que no se hallen médicos en determinadas regiones de los Estados Federados que aceptarían la intervención abortiva en casos declarados antijurídicos. Cuando la mujer embarazada esté autorizada a dejarse practicar la intervención abortiva, pero no encuentre a un médico dispuesto a realizarla, solamente le quedará la alternativa de un aborto ilegal.

Justamente esta situación conflictiva tendría que evitarse, para hacer efectivo el modelo de consulta. Por consiguiente, tendrían que encontrarse médicos que estén dispuestos a una intervención ilegal (antijurídica), de lo contrario, la mujer no tendría ningún motivo para asistir a una consulta. El Tribunal está especulando con la disposición (y por lo tanto con la inmoralidad de determinados médicos) a practicar la intervención ilegal, para que se haga efectivo el modelo en su conjunto⁽⁴⁸⁾.

Otra consecuencia no expresada verbalmente, pero por cierto no insinuada sin intención, se manifiesta en una especulación más alrededor del discutido medicamento Roussell Uclaf 486: este posibilita un aborto en el período de la gestación muy temprano, mas se espera que por lo pronto no se lance al comercio.

3. CRITICA LOGICO-SISTEMATICA

El Tribunal eleva el ser nonato a la misma categoría que al ser nato. Pero entonces no debería admitir ningún tipo de aborto provocado. Se niega, además, a valorar los diferentes estados del embarazo. Sin embargo, con este comportamiento se hace incompatible la prescripción que permite el aborto consultado dentro del período de los primeros tres meses, atribuyéndole impunidad, mientras que prohíbe el aborto después de este plazo: o sea, se aferra a la tesis que concede al ser nonato todos los derechos, independientemente de una valoración diferenciada de los diversos estados evolutivos

⁽⁴⁸⁾ Voto diferido del juez Böckenförde, op. cit., p. 38.

("Vollrechtsthese") -en contradicción con su propia sentencia y en vez de aceptar la más idónea "tesis de acrecencia" ("Zuwachsthese"), la que hubiera podido evitar esta incoherencia⁽⁴⁹⁾.

Por lo demás, la sentencia se enreda en otras contradicciones, lo que guarda relación con su carácter de compromiso. Por un lado el Tribunal Constitucional obliga al legislador de velar por una situación que pueda permitir la realización de los abortos -lo que supone la vinculación de tales con contratos civiles válidos- a pesar de su carácter antijurídico; por otra parte considera ineficaces los contratos privados concertados con los seguros de enfermedad, los cuales están dirigidos a cubrir casos de aborto⁽⁵⁰⁾.

Considerando sólo el resultado de esta argumentación, la sentencia parece ser plausible, pero no convence el argumento de la "interdicción general del aborto provocado", porque lógicamente tendría que incluir una interdicción de los contratos mencionados.

Otra cosa más: El Tribunal pone de relieve el principio de que un estado de excepción sólo *gozará* del privilegio de justificación, siempre que se hayan verificado sus requisitos bajo responsabilidad estatal, ya que constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho⁽⁵¹⁾.

El objeto de esta argumentación permanece oculto. Podría significar que antes de cada reivindicación de una causa de justificación se precisa de un gremio que constate los requisitos necesarios, lo que obviamente sería absurdo; tampoco es una condición previa de otras causas justificantes (como la legítima defensa) la verificación oficial antes de su ejecución. Por otra parte, la sentencia podría referirse a una verificación <a posteriori> (a la hora del proceso). De todos modos las causas de justificación tienen que ser verificables, y el Tribunal parte del supuesto de que una situación de necesidad no se puede verificar debido a su carácter subjetivo. Es cierto que los momentos psíquicos ajenos, al fin y al cabo son impenetrables para terceros, y sólo se dejan revelar involucrando hechos visibles; más esto no meramente tiene aplicación a situaciones de necesidad de la gestante, sino definitivamente a todos los elementos de índole subjetiva.

⁽⁴⁹⁾ Así Norbert Hoerster, Rechtswidrig und doch erwünscht, en: Frankfurter Zeitung nro. 162, del 16/VII/1993, p. 31.

⁽⁵⁰⁾ Según la "Vollrechtsthese", el feto goza desde el primer momento del mismo estado moral que el ser nato, mientras que la "Zuwachsthese" opina que el feto, paralelamente a su evolución en el cuerpo de la madre, concretiza cada vez más sus derechos fundamentales hasta englobar todos los derechos del ser nato, a más tardar en el mismo acto del nacimiento.

⁽⁵¹⁾ Sentencia del 28/V/1993, Neue Justiz 1993, Sonderheft, pp. 19 y 27.

Las incoherencias de la sentencia estriban en que el Tribunal, por un lado, exige la protección efectiva del ser nonato, la cual se espera, al igual que el legislador, de un modelo de consulta que renuncia a la penalización bajo condiciones determinadas; por otra parte, no sólo aspira a que este efecto protector sea garantizado por la consulta previa, sino que también se promete una influencia sobre la motivación de la gestante, marcando el aspecto antijurídico del aborto. Finalmente el Tribunal no quiere desistir de la premisa normativa de una equivalencia principal entre el ser nato y el ser nonato. Pero todo esto no posee demasiada lógica.

Übersetzt durch:

DOLMETSCHER INSTITUT MÜNSTER
CHRISTIAN MEISE

Anexo

Directrices del Tribunal contenidas en la Sentencia Comentada

1. La Ley Fundamental obliga al Estado a proteger la vida humana también la del no nacido. Este deber de protección se fundamenta en el Art. I, título. I de la Ley Fundamental (GG); su objeto y -desde él- su extensión, son establecidos más pormenorizadamente en el Art. 2. tit. 2 de la GG. La dignidad humana compete por derecho ya a la vida del no nacido. El ordenamiento jurídico debe garantizar los requisitos legales del desarrollo de aquella en el sentido de un derecho del no nacido a la propia vida. Este derecho a la vida no se funda sólo en su aceptación por parte de la madre.

2. El deber de proteger la vida del no nacido se aplica a la vida individual, no sólo a la vida humana en general.

3. El no nacido merece protección legal también frente a su madre. Una protección tan sólo es posible si el legislador prohíbe a aquella por principio la interrupción del embarazo y le impone, con ello, el deber jurídico de la gestación del niño. La prohibición fundamental de la interrupción del embarazo y el deber fundamental de gestar al hijo son dos elementos inseparablemente unidos de la protección ofrecida constitucional y legalmente.

4. La interrupción del embarazo durante la duración completa del embarazo tiene que ser considerada por principio como una injusticia y, conforme a ello, tiene que estar legalmente prohibida (Sanción del BVerfGE. I (44) = EuGRZ 1975, 126 (140). El derecho a la vida del no nacido no puede quedar, ni siquiera por un tiempo limitado, a merced de la decisión libre y sin vínculo legal de un tercero, aunque éste tercero sea la propia madre.

5. El alcance del deber de protección para la vida humana del no nacido, ha de ser determinado teniendo en cuenta, por una parte, el significado y la necesidad de protección del bien jurídico a salvaguardar y, por otra, los bienes jurídicos que entran en colisión con aquél. Aquí entran en consideración, como bienes jurídicos afectados por el derecho a la vida del no nacido -partiendo del derecho de la mujer embarazada a la protección y al respeto de su dignidad humana (Art. 1. tit. 1 GG)- sobre todo su derecho a la vida y a la integridad física (Art. 2. tit.

2GG), así como el derecho a la protección de su personalidad (Art. 2. tit. 1 GG). Frente a ello, la mujer no puede pretender, para la muerte del no nacido que acompaña a la interrupción del embarazo, una posición legal de derecho fundamental amparada en el Art. 4. tit. 1 GG.

6. El Estado, para el cumplimiento de su deber de protección, tiene que tomar medidas de carácter normativo y efectivo suficientes, que conduzcan a que se alcance -atendiendo a los bienes jurídicos enfrentados- una protección adecuada y, como tal, eficaz (prohibición de norma subordinada). Para ello requiere una forma de protección que reúna tanto los elementos de una protección preventiva como los de la represiva.

7. Los derechos fundamentales de la mujer no tienen tanto alcance como para que el deber jurídico de gestar al niño -ni siquiera sólo en un tiempo definido- sea abolido con carácter general. Sin embargo, el estado de los derechos fundamentales de la mujer llevan a que, en situaciones de excepción, esté permitido, y en algunos de esos casos esté si es posible "indicado", que tal deber jurídico no le sea impuesto. Corresponde al legislador determinar en cada caso tales circunstancias de excepción según el criterio de la no imputabilidad. Para esto tienen que existir unas cargas que exijan tal grado de sacrificio de los valores vitales propios que no pueda esperarse de la mujer (Sanción del BVerfGE 39, 1 /48 y ss./ = EuGRZ 1975, 126/142 s./).

8. La prohibición de norma subordinada tampoco permite renunciar a la aplicación del derecho penal y del efecto protector que para la vida humana deriva de él.

9. El deber estatal de protección comprende también la salvaguarda de los peligros para la vida del no nacido procedentes del entorno familiar o del más amplio entorno social de la embarazada, o de los que surgen de las condiciones de vida reales, actuales o previsibles, de la mujer y de la familia, y que contrarían la disponibilidad de gestar al niño.

10. El mandato de protección obliga además al Estado a mantener y estimular en la conciencia general el legítimo derecho de protección de la vida del no nacido.

11. El derecho constitucional no impide en principio al legislador a que avance hacia un concepto de salvaguarda de la vida del no nacido que en la fase precoz del embarazo, en caso de embarazo con conflictos, sitúe como punto esencial la orientación de la mujer embarazada, a fin de persuadirla para la gestación, renunciando por ello a una amenaza penal en determinado supuesto y a la verificación de los casos de "indicación" por un tercero.

12. Una forma de orientación como ésta, exige condiciones generales que creen presupuestos positivos para una actuación de la mujer a favor de la vida del no nacido. El Estado es plenamente responsable de la realización del procedimiento de la consulta orientativa.

13. El deber de protección estatal exige que la participación del médico, necesaria en interés de la mujer, se efectúe simultáneamente a favor de la protección de la vida del no nacido.

14. No cabe considerar, en virtud de la Constitución (Art. 1, tit. 1 GG), que sea conforme a derecho una cualificación de la existencia de un niño como una fuente de perjuicios. Por eso, se prohíbe entender el deber de manutención de un niño como un perjuicio.

15. Las interrupciones del embarazo que se lleven a cabo sin verificar que se trata de un caso de indicación conforme a la reglamentación de la orientación, no pueden declararse justificadas (no ilegales). Responde a irrenunciables principios del Estado de derecho el que una situación de excepción sólo pueda recibir un efecto exculpatorio si la concurrencia de sus requisitos tiene que ser comprobada bajo responsabilidad del Estado.

16. La Ley Fundamental no permite que, para llevar a cabo una interrupción del embarazo cuya legalidad no puede ser comprobada, se acceda al recurso de las prestaciones de los seguros de enfermedad fijados por la ley. Frente a ello, la concesión de asistencia social para

las interrupciones del embarazo que no estén sujetas a pena según la reglamentación de la consulta -en casos de indigencia económica- es tan poco objetable desde el punto de vista constitucional como el abono de los salarios.

17. El principio del poder de organización de los estados federados rige sin restricciones cuando una reglamentación legal federal prevé exclusivamente una tarea estatal que debe ser cumplida por los estados federados, pero no alcanza a las reglamentaciones particulares que pudieran ser ejecutadas por la autoridad administrativa".