

Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*)

ISABEL ZODER

Universidad de Salamanca

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. ANTECEDENTES.—I.1. La regulación del aborto previa a la reforma de 1974.—I.2. El intento de reforma de 1974.—I.3. La sentencia del BVerfG de 1975.—I.3.a La obligación de protección de la vida del nasciturus.—I.3.b Las medidas de protección.—I.4. La XV Ley de reforma: contenido y juicio crítico.—II. LA REFORMA DE 1992.—II.1. Antecedentes.—II.2. La Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia.—II.3. La decisión de 1993 del BVerfG.—II.3.a Premisas: Fundamento y contenido de la obligación de protección del nasciturus.—II.3.b La inconstitucionalidad del § 218aI.—III. COMENTARIO. Introducción.—III.1. La entidad del bien jurídico.—III.2. La obligación de protección: Introducción.—III.2.I: Fundamento, contenido y límites de la obligación de protección.—III.2.Ia Fundamento.—III.2.I.b Contenido.—III.2.I.c Límites.—III.2.II El delito de aborto y la obligación de protección del nasciturus.—III.3. La prohibición general del aborto en el Derecho penal.—III.3.I. Las excepciones a la prohibición general: los abortos indicados.—III.3.I.a La naturaleza jurídica de las indicaciones.—III.3.I.a.i Las indicaciones como causas de justificación.—III.3.I.a.ii Las indicaciones como causas de exculpación o excusas absolutorias.—III.3.I.a.iii Soluciones intermedias.—III.3.I.a.iv La posición del BVerfG.—III.3.I.b Los abortos asesorados no indicados.—III.3.I.b.i Naturaleza jurídica.—III.3.I.b.ii El tratamiento jurídico de los abortos socialmente indicados.—III.3.I.b.iii El juicio de antijuridicidad y sus consecuencias.—III.3.I.c El efecto represivo y preventivo general de la prohibición del aborto.—IV. ANEXO.

(*) En el presente trabajo se ha prescindido conscientemente de la amplia e importante literatura española sobre la despenalización del aborto para ceñirnos exclusivamente a la literatura alemana dado el enfoque particular que la doctrina alemana presenta.

INTRODUCCIÓN

El 28 de mayo de 1993 el Tribunal Constitucional Alemán se pronunció por segunda vez sobre la constitucionalidad de una solución de plazos en materia de interrupciones de aborto consentido. Si en 1975 había sido rechazada una solución de plazos, en esta ocasión considera que, a excepción de algunas disposiciones concretas, esta solución de plazos inspirada en la idea de protección del *nasciturus* es constitucional.

La discusión sobre la despenalización del aborto en Alemania muestra diferencias fundamentales con la que se ha llevado a cabo en España. Para el Tribunal Constitucional alemán y para la doctrina dominante la vida no nacida tiene el mismo valor que la vida nacida. Este punto de partida condiciona toda la discusión doctrinal de *lege lata* y de *lege ferenda*.

Este dato nos ha llevado a limitar este trabajo al estudio de la doctrina alemana.

El presente trabajo intenta analizar el hilo argumental del Tribunal desde el valor que da a la vida no nacida para llegar a la admisión de una solución de plazos y analizar la viabilidad dogmático-penal de la solución adoptada por éste.

I. ANTECEDENTES

En Alemania el aborto ha sido, desde hace tiempo, un tema discutido en sus diferentes ámbitos (legislativo judicial, sociológico, psicológico...). En el legislativo, nos encontramos con múltiples intentos de reforma, uno de ellos, el más importante, lo constituye la aprobación de la V Ley de reforma del Código penal de 18 de julio de 1974 (1), que dio lugar a un recurso de inconstitucionalidad. Tal Ley fue declarada inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht* (2) (en adelante *BVerfG*) en sentencia de 25 de febrero de 1975 (3). Sin embargo, ya desde principios de este siglo (4) se han sucedido diferentes regulaciones, hasta la promulgación de la XV Ley de reforma del Código penal en 1976 (5).

En 1992 se promulga la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia* (6), que fue recurrida ante el *BVerfG*. Este suspende la entrada en vigor de la Ley de 1992 con sentencia de 4 de agosto de 1992 y decide el recurso de inconstitucionalidad con sentencia de 28 de mayo de 1993.

(1) 5. *StRG* Bundesgesetzblatt (BGBl) I, 1297; vid. Anexo II.

(2) Tribunal Constitucional Alemán.

(3) *BVerfGE* 39, 1.

(4) Aunque hubo algunas reformas éstas se limitaron a endurecer o atenuar las penas. Vid. *BVerfGE* 39, 1, 7 y ss.

(5) Vid. Anexo III.

(6) Ley de 27 de julio de 1992 (*BGBl* I, 1398); vid. Anexo IV.

En tal decisión dictamina la vigencia de la regulación anterior hasta el 15 de junio de 1993. A partir de esta fecha entran en vigor las disposiciones de la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia* que no han sido declaradas inconstitucionales. Los artículos declarados inconstitucionales serán sustituidos por lo previsto en la regulación transitoria que establece el mismo Tribunal en la sentencia. El contenido y la trascendencia de esta segunda sentencia sobre la regulación penal del aborto será el objeto de este trabajo (7).

I.1. La regulación del aborto previa a la reforma de 1974

El Código Penal alemán, desde 1871, castigaba de forma general el aborto (el parágrafo 218 del Código Penal se refería específicamente a «dar muerte al fruto del vientre» (8)). Hasta la sentencia del entonces *Reichsgericht* (equivalente a lo que es hoy en día el Tribunal Supremo alemán (BGH) de 11 de marzo de 1927 (RGSt 61,242 y ss.), no se reconoció de manera específica la exención de responsabilidad penal ante la constatación de un peligro para la vida o la integridad física de la madre, al admitir tal situación como un estado de necesidad justificante *supra-legal*. Para ello se recurrió al principio de ponderación de bienes jurídicos (9). En la determinación del valor de los bienes jurídicos en colisión, el Tribunal Supremo alemán acudió a la menor o mayor penalización que el legislador preveía en el Código penal ante la lesión de los bienes jurídicos en cuestión (10).

I.2. El intento de reforma de 1974

Al reconocimiento del estado de necesidad supralegal en el supuesto de peligro para la vida y la integridad física de la embarazada, le si-

(7) Una visión general de la historia del § 218 en *BVerfGE* 39,1,6-18, traducida al español por MANZANARES SAMANIEGO en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 de marzo de 1983; resumido en BACIGALUPO, *La discusión sobre la legislación del aborto en Alemania*, Justicia Penal y Sociedad, núms. 3-4, 1993, pp. 89 y 90; GANTE, *Der Schutz der ungeborenen Kinder in Deutschland vom Beginn der Neuzeit bis zur Gegenwart*, en REITER/KELLER, *Herausforderung Schwangerschaftsabbruch*, Freiburg am Breisgau 1992, pp. 146 y ss.

(8) Regulación vigente antes del intento de reforma de 1974; vid. Anexo I.

(9) *RGSt* 61,242,254 y ss.

(10) Este procedimiento ha sido ampliamente criticado por la doctrina, ya que la menor pena del delito de aborto frente a la del delito de homicidio o parricidio, no se encuentra necesariamente en el distinto valor del bien jurídico protegido, sino en otras consideraciones del legislador que se refieren al ámbito subjetivo (situación de conflicto de la embarazada o la no visibilidad del objeto de la acción); vid. LENCKNER, «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 1985, p. 269; BELLING, *Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a haltbar?*, Berlin New York 1986, pp. 113 y ss.; KLUTH, *Das Grundrecht auf Leben und die «ratio» des Gesetzgebers*, GA 1988, p. 557.

guen algunos intentos de reforma, hasta que se aprueba en 1974 una Ley de reforma del Código penal que preveía una solución de plazos.

Contenido jurídico penal de la Ley (11):

a. Se declara *no punible* el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada dentro de las primeras doce semanas desde la concepción (sistema de plazos § 218a).

b. En el § 218b se declara *no punible* el aborto realizado concurriendo las circunstancias de la indicación médica (sin plazo alguno) y la eugenésica (con plazo de 22 semanas).

Tanto en el § 218a como en el § 218b el legislador estableció «que *no será punible* por el § 218...», por lo que parece que el legislador quiso equiparar los abortos realizados dentro de un plazo más restringido, sin comprobación de la existencia de una indicación, a los realizados en un plazo más amplio previa constatación de una indicación. Otro indicio de tal equiparación es que el legislador no estableció una indicación ética separadamente, que se tendría que entender contemplada en el sistema de plazos.

El asesoramiento, que se exigía tan sólo para el sistema de plazos (§218c), alcanzó, caso de omisión, a la sola responsabilidad del médico, siendo negada su cualidad de elemento del tipo del §218a. Este no menciona la necesidad de cumplimiento del trámite de asesoramiento para la despenalización del aborto consentido. Tal omisión vino conminada con pena inferior a la que preveía el Código para el aborto y se excluye a la embarazada de su aplicación (12).

La reforma de los §§ 218a y ss. prevista en la Ley de reforma de 1974 del Código penal fue recurrida ante el *BVerfG* por 193 miembros del Bundestag y por los gobiernos de cinco Estados Federados por violación, principalmente, de los arts. 2,II,1 en relación con el art.1,I y también el art.3 y 6I,2 y 4 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LF), a la vez que por infracción del principio de Estado de derecho (13).

Los recurrentes argumentaron, fundamentalmente, con el art. 2II,1 de la LF (14) alegando que la vida no nacida tiene el mismo valor que la vida nacida y que el § 218a establecía la primacía de los derechos de la mujer sobre el derecho a la vida del *nasciturus*. Así, se cuestionaba el cumplimiento, por parte del legislador, de la obligación de protección de la vida no nacida, que es consecuencia del art. 2II,1 LF. Admiten los recurrentes que existen situaciones en las cuales a la embarazada no se le

(11) *Vid.* Anexo II.

(12) Para ESER este punto es la diferencia más fundamental con la Ley de 1992, objeto de la sentencia del *BVerfG* de 1993, ya que en ésta tanto la embarazada como el médico responden por aborto doloso si omiten el asesoramiento. ESER, Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchsstrafrechts auf dem Prüfstand, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1992, p. 2917.

(13) *BVerfGE* 39,1,18.

(14) Art. 2II,1 del la Ley Fundamental: Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física.

puede exigir la continuación del embarazo, pero que en ellas, la impunidad de la conducta de la embarazada no significa que sus derechos primen sobre los del *nasciturus* sino que son consecuencia de la imposibilidad de hacer valer los derechos del *nasciturus*.

Los defensores de la Ley de reforma alegaron que, aunque el Estado está obligado a proteger la vida en formación, esto no significaba que tal protección tuviera que ser obligatoriamente de carácter penal. El legislador, en tanto en cuanto cumpla suficientemente con la protección constitucionalmente exigida, puede configurarla también a través de normas extrapenales. Afirmada tal posibilidad, resaltaron los defensores la ineficacia del derecho penal en esta materia, frente al asesoramiento que, según ellos, prometía una protección más eficaz.

El *BVerfG* decide sobre la constitucionalidad del § 218a en sentencia de 25 de febrero de 1975. Aunque el objeto de estudio del presente trabajo es, en principio, la sentencia de 28 de mayo de 1993, es de suma importancia el conocimiento de la decisión de 1975 sobre la misma materia ya que ambas constituyen una continuidad (15).

I.3. La sentencia del *BVerfG* de 1975

El *BVerfG*, en su resolución de 25 de febrero de 1975, analiza primeramente si la vida del *nasciturus* se encuentra constitucionalmente protegida para verificar la existencia y, en su caso, la amplitud de la obligación de protección del bien jurídico vida no nacida por el Estado. Una vez constatada tal obligación, el *BVerfG* analiza las medidas que el Estado puede o debe tomar para una protección eficaz y suficiente de la vida del *nasciturus*. Por último, a partir de las exigencias establecidas por el mismo *BVerfG*, en la primera parte de la sentencia referente al cumplimiento de la obligación de protección, verifica si el legislador las ha cumplido o no.

Sin ánimo de realizar una exposición detallada de la sentencia de 1975 expondremos los argumentos más importantes que presentan un paralelismo temático con la sentencia de 1993.

I.3.a *La obligación de protección de la vida del nasciturus*

La protección de la vida del *nasciturus* se encuentra según el *BVerfG* en el art. 2II,1 LF. Este art. 2II,1 reconoce a todos el derecho a la vida. El *BVerfG*, en relación con el término vida, establece que vida existe por

(15) Aunque ambas leyes prevén una solución de plazo, la Ley de 1992 proporciona más protección al *nasciturus* y se adhiere más a la regulación prevista en el § 105 del Alternativ Entwurf (BAUMANN et al., *Alternativ Entwurf eines StGB*, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1.º Tomo, Tübingen 1973). Una comparación detallada de ambas leyes en el plano penal en ESER, *Neuregelung, op. cit.*, pp. 2917 y ss.

lo menos desde el momento de la anidación y que no es posible determinar cortes en la evolución de la vida humana que se desarrolla como vida humana y no *hacia* vida humana (16). El reconocimiento de este derecho a la vida a *todos* abarca también a la vida no nacida (17), concluyendo el *BVerfG* que la vida no nacida constituye un bien jurídico independiente protegido por el art. 2II,1 (18). Esta interpretación de este artículo, base de toda la discusión sobre la despenalización del aborto, se acepta hoy en día tanto por los partidarios como por los opositores a una despenalización en esta materia (19).

El *BVerfG* establece una obligación de protección del Estado de la vida del *nasciturus* ya que los derechos fundamentales no se agotan en una obligación del Estado de no afectarlos sino que además tiene que protegerlos y fomentarlos (20). Esta obligación de protección de la vida no nacida se deduce entonces ya del art. 2II,1 LF. El derecho a la vida es la base vital de la dignidad humana (art. 1I,2 de la LF) y presupuesto de todos los demás derechos fundamentales. El *BVerfG* considera que no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de la susceptibilidad del *nasciturus* de ser titular de un bien jurídico ya que las normas de la Ley Fundamental forman también un «ordenamiento objetivo de valores» (21),

(16) Se basa en un certamen, citado en la sentencia, de Hinrichsen (*BVerfGE* 39,1,37).

(17) *BVerfGE* 39,1,37 y ss. El Tribunal justifica su interpretación del término «todos» refiriéndose al proceso constituyente en el Consejo Parlamentario en el cual se debatió sobre la inclusión expresa de la vida en formación en el art. 2II,1, moción presentada por el representante del Partido Alemán (Deutsche Partei), Dr. Seebohm, que no encontró respaldo al sostener la mayoría del constituyente la posición de que el término «todos» se refiere tanto a la vida nacida como no nacida. Quedando así cierta duda sobre la interpretación del término «todos», el Tribunal aplica la teoría establecida por el mismo Tribunal en una sentencia anterior (*BVerfGE* 32,71) según la cual, en casos de duda, habrá que elegir la interpretación que desarrolla con más fuerza la eficacia jurídica de la norma fundamental. Tal fundamentación ha sido considerada insuficiente por algunos autores pero no han puesto en tela de juicio el resultado. Así STÜRNER, *Die Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens und die menschliche Selbstbestimmung*, *Juristenzeitung* (JZ) 1990, pp. 718 y ss.

(18) *BVerfGE* 39,1,36 y ss.

(19) Hay pocas excepciones, *vid.* HOERSTER, *Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?*, *JuS* 1989, pp. 172 y ss.

(20) *BVerfGE* 39,1,42; esta innovación dentro de la dogmática de los derechos fundamentales ha sido estudiada posteriormente sobre todo por ISENSEE en *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V §111; ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York 1983; HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg 1987; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden 1987; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986.

(21) La cautela del Tribunal constitucional en el aspecto de la titularidad de *nasciturus* del derecho fundamental a la vida ha sido criticada por BELLING y KUNIG ya que al interpretar el término «todos» de forma que comprende también a la vida no nacida exige, según estos autores, que se de el paso lógico hacia la afirmación de la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus*. BELLING, *op. cit.*, p. 67; KUNIG en v. Münch/Kunig, *Grundgesetz - Kommentar* Tomo II, München 1992, art. 2 Rdnr.47.

del cual se puede deducir la obligación de protección y, en su caso, su amplitud.

La obligación del Estado a proteger la vida en formación supone también su protección frente a terceros (22). Esta obligación tiene vigencia también frente a la madre, aunque en este supuesto hay que tener en cuenta la estrecha relación que existe entre el *nasciturus* y la madre, una relación de naturaleza *sui generis*. En lo que respecta a la protección del *nasciturus* frente a la madre, el *BVerfG* afirma que el embarazo forma parte de la esfera de intimidad de la embarazada constitucionalmente protegida. Justifica la intervención del Derecho en esta materia porque el *nasciturus* no es simplemente parte de la madre, sino que es un ser humano independiente constitucionalmente protegido, por lo cual la interrupción del embarazo adquiere una dimensión social. Esta dimensión social hace posible y necesaria la regulación de este ámbito por el Estado. Aunque el derecho de la embarazada al libre desarrollo de su personalidad merece reconocimiento, se encuentra limitado por los derechos de los demás, el orden constitucional y el moral. Ponderando los intereses de la embarazada (el libre desarrollo de la personalidad) y los del *nasciturus* (23) (derecho a la vida) y teniendo en cuenta la relación de ambos con el art. 1.1, (dignidad humana), el *BVerfG* considera que tienen preponderancia los intereses del *nasciturus* ya que su bien jurídico se destruiría (24) y los derechos de la embarazada se encontrarían solamente afectados. Esta primacía del derecho a la vida tiene vigencia durante todo el embarazo. De esta ponderación, deduce el *BVerfG* que durante todo el embarazo existe la obligación de continuarlo y que su interrupción se considera injusta (25).

I.3.b *Las medidas de protección*

Establecida la obligación del Estado de proteger al *nasciturus*, el *BVerfG* se ocupa de las medidas que puede o tiene que tomar el legislador, que es quien tiene que determinar las medidas de protección.

Según el *BVerfG* (*BVerfGE* 30,336,350) la protección tiene que ser, preferentemente, preventiva. Por ello, es tarea del legislador fortalecer la disposición de la embarazada a continuar el embarazo a través de medidas sociales. Pero la posible influencia de estas medidas suele ser res-

(22) *BVerfGE* 39,1,42.

(23) Tanto BELLING (*op. cit.*, p. 77) como ISENSEE (Abtreibung als Leistungsbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, *NJW* 1986, p. 1646) afirman que no se trata de una ponderación de los intereses de la embarazada con los intereses del *nasciturus* sino de una interpretación de los límites del derecho al libre desarrollo de la embarazada.

(24) En este contexto alega el art. 19II LF que prescribe el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

(25) *BVerfGE* 39,1,44.

tringida, no inmediata, y solamente posible en relación con una labor educativa. Por ello se ocupa el *BVerfG* de la conveniencia de una regulación penal de la materia del aborto consentido.

La utilización del Derecho penal en esta materia depende según el *BVerfG* de una valoración global que ha de tener en cuenta:

1. el valor del bien jurídico lesionado y el grado de lesividad de la conducta también en relación con otras conductas penadas que social y éticamente se valoran de forma similar,
2. la regulación legal tradicional en esta materia,
3. la función del derecho penal en una sociedad moderna y
4. la eficacia práctica de la amenaza penal y la posibilidad de su sustitución por sanciones legales distintas.

Para el *BVerfG* (26) el legislador no está obligado a tomar las mismas medidas penales de protección que utiliza para la protección de la vida nacida, lo cual se refleja en la regulación penal anterior. Pero ya que se trata aquí de un bien jurídico importantísimo y que la acción de la interrupción del embarazo supone su destrucción, la intervención del derecho penal es legítima. Sin embargo, no se trata de un deber absoluto de penalización de esas conductas, sino que el legislador, solamente, se encuentra obligado a utilizar el derecho penal en el caso de que otras medidas, independientemente de su naturaleza, no proporcionen la protección efectiva que corresponde al bien jurídico (principio de *ultima ratio*). Se trata, entonces, de un deber relativo de utilización de la amenaza penal. Aunque la utilización del derecho penal siempre supone una intervención intensiva en los derechos de los demás, la importancia del bien jurídico en cuestión justifica la posibilidad de su utilización. Por ello, continua el *BVerfG* afirmando que la negación de tal posibilidad limitaría la protección (27).

Si el *BVerfG* se ha referido hasta ahora a la protección de la vida no nacida frente a cualquiera, seguidamente examina la protección frente a la madre. En este ámbito, la utilización del Derecho penal conlleva problemas específicos, ya que por la especial relación del *nasciturus* con la madre pueden surgir situaciones de conflicto que superen de modo evidente «lo normal». Aquí se plantea el problema de si el derecho, en estas situaciones, puede exigirle a la embarazada la continuación del embarazo mediante la amenaza penal.

El *BVerfG* establece que en los casos de la indicación médica, el *legislador no puede exigirle a la embarazada que continúe su embarazo y que se puede dejar impune el aborto también cuando su continuación suponga una carga extraordinaria para la embarazada que, por su gravedad, se asemeje a la indicación médica*. Enumera, en este sentido, las indicaciones ética, eugenésica y social. En este último caso, exige que el

(26) *BVerfGE* 39,1,44 y ss.

(27) *BVerfGE* 39, 1,47.

legislador describa claramente la gravedad de la *situación de necesidad* (Notlage) que pueda dar lugar al reconocimiento de una indicación social. El *BVerfG* prescribe al legislador que, en estos casos, no es suficiente con la constatación de la indicación, sino que se hace necesario un asesoramiento que recuerde a la mujer su deber de continuar el embarazo.

Esta parte de la sentencia fue la que posteriormente provocó más polémica, ya que el *BVerfG* no expuso, de forma totalmente clara, cuáles son los fundamentos de algunas de las indicaciones.

El *BVerfG* habla tanto de la no exigibilidad de continuar el embarazo en relación con la indicación médica (28) como de la imposibilidad de imponer a la embarazada, mediante el Derecho penal, la obligación de continuar el embarazo (29).

Con la primera afirmación, para parte de la doctrina (30) el *BVerfG* parece referirse a una causa de justificación y con la segunda a una causa de exculpación o a una excusa absolutoria, diferenciando la naturaleza jurídica de las distintas indicaciones. Sin embargo, nos confunde la afirmación del *BVerfG* que, para las cuatro indicaciones establece cómo «desde un punto de vista constitucional se hacen valer otros intereses igualmente dignos de protección, de tal forma que el ordenamiento estatal no puede *exigirle* a la embarazada que de preferencia a la vida del *nasciturus*» (31). Hay que hacer referencia en este tema, también, a la exigencia de que, además de la constatación de la indicación, el *BVerfG* imponga al legislador que articule un asesoramiento que recuerde a la embarazada *su deber de continuar el embarazo*: de una parte se le asesora para que no interrumpa, a la par que se reconoce la imposibilidad de exigir la continuación de tal embarazo. Se hace notar cierta confusión en estas afirmaciones (32) que han llevado a una intensa discusión sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones, que expondremos en otro lugar.

Una vez establecidos estos presupuestos, el *BVerfG* estudia si la Ley es o no compatible con la Constitución (33). El *BVerfG* considera que el § 218a (abortos asesorados), al dejar «sin pena» (34), no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del aborto realizado en las primeras 12 semanas al amparo de este párrafo. Sobre todo al destinatario de la norma, esta despenalización le induce claramente a considerar que el

(28) *BVerfGE* 39,1,48.

(29) *BVerfGE* 39,1,50.

(30) CLASSEN, «Abtreibung-Verfassung Deutsche Einheit, Schwierigkeiten bei der Rechtsangleichung», *GA* 1991, pp. 216.

(31) *BVerfGE* 39,1,50.

(32) CLASSEN, *op. cit.*, pp. 216 y ss.

(33) *BVerfGE* 39, 1,50 y ss.

(34) Se puede entender tanto como una limitación del tipo, como una causa de justificación, como una causa de exculpación o como una excusa absolutoria (*BVerfGE* 39,1,53).

aborto se ajusta a Derecho (35). Por eso, el § 218a no cumple con la exigencia de expresar el juicio de desaprobación en el ordenamiento jurídico jerárquicamente inferior a la Constitución, y el Tribunal no considera suficiente la prohibición general comprendida en el § 218, ya que nos encontramos ante una desaprobación general que se vacía de contenido con el concurso de las excepciones que reconoce la norma penal en el § 218a. Un noventa por ciento de los abortos se realizan dentro de las primeras doce semanas (36).

Según el *BVerfG*, el legislador ha creado una laguna de protección con el §218a, que no se cubre suficientemente con el asesoramiento, ya que permite abortar sin causa o causa constitucionalmente reconocida, es decir, en casos en los cuales le es exigible a la embarazada la continuación del embarazo.

Sin embargo, el legislador, en la exposición de motivos, alegaba que la punición del aborto consentido podría anular la eficacia del asesoramiento y que hay que ponderar el número de *nascituri* que puedan ser salvados por una y otra solución (solución de plazos o solución más restringida como la solución de indicaciones). Ninguna de las dos evidencia ser más eficaz, por lo cual el legislador puede elegir una de ellas sin transgredir el marco constitucional. Frente a ello, el *BVerfG* alega que hay que tener en cuenta también la fuerza preventivo general de la norma penal y que una despenalización provocaría una confusión entre los destinatarios de la norma sobre lo justo e injusto. Además rechaza el *BVerfG* la ponderación cuantitativa de bienes jurídicos, sobre todo tratándose de un bien jurídico personalísimo y que la Constitución exige una protección individual de cada vida concreta. El fin del legislador, la reducción del número de abortos, tiene que lograrse a través de pasos justificables ante la Constitución. Además, nos recuerda el *BVerfG* los cálculos hechos sobre el número de abortos previsibles bajo la vigencia de una solución de plazos, que indican más bien un ascenso, por lo menos en una fase inicial, y que de todos modos el alto valor del bien jurídico en juego no permite experimentos.

Referente al asesoramiento, el *BVerfG* considera que, de acuerdo con el contenido establecido por la Ley, tal asesoramiento es insuficiente para la protección del *nasciturus* (37).

En resumen, el *BVerfG* declara que el legislador no cumple con la obligación de protección al dejar sin reprobación legal y penalización los abortos realizados por causas que no se sostienen constitucionalmente (38).

(35) CLASSEN advierte aquí una contradicción con la afirmación hecha por la sentencia en la cual el *BVerfG* admite la posibilidad de la retirada del Derecho penal en esta materia bajo determinados presupuestos (*BVerfGE*, 39,1,46); CLASSEN, *op. cit.* GA 1991, p. 220 (n.p.pag. n.º 54).

(36) *BVerfGE* 39,1,53.

(37) *BVerfGE* 39,1,61 y ss.

(38) Aquí el Tribunal se refiere a todos los casos en los cuales el conflicto no reviste la gravedad que se exige para el reconocimiento de una indicación.

La despenalización solo es posible si se compensa por otras medidas y no es el caso de esta reforma.

La ineficacia de la amenaza penal indiferenciada, refiriéndose a la legislación anterior a la reforma, a juicio del Tribunal Constitucional alemán, no le impide al legislador intentar llegar a una protección más eficaz mediante una amenaza diferenciada ya que ésta refuerza el efecto integrador (concientizador) de la norma penal (*rechtsbewußtseinsbildende Kraft*). El legislador no puede transgredir los límites constitucionales por necesidades político-estatales o consideraciones de utilidad. Tampoco un cambio en la *conciencia social* (in der Bevölkerung herrschende Anschauung) alteraría estos principios (39).

No es de extrañar que las consideraciones de la sentencia hayan provocado una discusión jurídico-penal en torno a la despenalización del aborto. La doctrina, tanto penal como constitucional, ha discutido, en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones ya que el *BVerfG* no se pronuncia con claridad. La aludida confusión de la sentencia ha llevado a que tanto defensores como críticos a su calificación de causas de justificación hayan utilizado la sentencia para fundamentar sus posiciones. Nos ocuparemos más adelante de ello al analizar la segunda sentencia, ya que en esta última, el *BVerfG* se ha pronunciado con más claridad. En segundo lugar, la doctrina se ha planteado la posible falta de coherencia entre las premisas de las que partía el *BVerfG* y la regulación del aborto que propone. Este segundo punto está íntimamente relacionado con el primero porque las premisas del *BVerfG* no parecen permitir una despenalización tan amplia del aborto. Ha sido BRUGGER (40) el que ha analizado esta incongruencia de la sentencia. A este punto se hará referencia en el comentario a la sentencia de 1993 ya que se pueden apreciar contradicciones de la misma índole.

I.4. La XV Ley de reforma: contenido y juicio crítico

Tras la sentencia del *BVerfG* de 1975 el legislador promulga una Ley de reforma (41) basada en el sistema de indicaciones. Bajo la rúbrica de «no punibles» reconoce las indicaciones médica, ética, eugenésica y social. Además, reconoce una excusa absolutoria (42) para la embara-

(39) *BVerfGE* 39,1,66.

(40) BRUGGER, Abtreibung- ein Grundrecht oder ein Verbrechen, *NJW* 1986, pp. 896 y ss.

(41) 15. Strafänderungsgesetz de 18.5.1976 que modifica los §§ 218 y ss. del Código penal; vid Anexo III.

(42) LAUFHÜTTE/WILKITZKI, Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, *JZ* 1976, p. 330; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar* 24.ª ed., München 1992, §218 Rdnr. 49.a.; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 41.ª ed., München 1983, §218 Rdnr.8a.

zada si aborta dentro de las primeras 22 semanas después de un asesoramiento aunque no haya indicación ninguna (§ 218II). Igualmente, el Tribunal puede prescindir de pena si la mujer, a la hora de abortar, se encontró en una situación de angustia (§ 218,III).

La Ley fue criticada desde un principio por la imprecisa redacción de la indicación social (que hacía referencia a una *situación de necesidad* de la embarazada) y porque no establecía la naturaleza jurídica de las indicaciones. Los autores, en un principio, confiaban en una interpretación constitucional restrictiva para salvar las deficiencias de la Ley (43). La práctica demostró todo lo contrario:

El 80% de los abortos se realizaba por indicación social y su interpretación se hizo cada vez más amplia (44). Además de la imprecisa redacción, resultante del término *situación de necesidad*, el § 219a establece la responsabilidad del médico solamente cuando éste reconoce una indicación incorrecta a sabiendas.

Respecto a la calificación jurídica de las indicaciones, hay que tener en cuenta que las consecuencias que conlleva una calificación u otra son de gran importancia en la práctica. Su calificación como causa de exculpación o excusa absolutoria lleva en la práctica a la procedencia del auxilio de terceros, la improcedencia de la cobertura por la Seguridad Social de la intervención abortiva y a la invalidez del contrato médico.

Para la vida del feto, es de vital importancia la procedencia del auxilio de terceros porque así un tercero podría evitar un aborto. La indicación social, de la misma manera que las demás indicaciones, fue interpretada en la práctica como una causa de justificación. Esto conllevaba, según la mayoría de los autores, la cobertura por la Seguridad Social, la validez del contrato con el médico (45) y la imposibilidad del auxilio de terceros.

A raíz de la práctica sumamente permisiva (46) (de tal forma que algunos autores la llamaron sistema de plazos (47)), el Gobierno de Baviera tomó la decisión de recurrir la Ley en 1990, recurso que no fue

(43) SCHMITT, Ein Beitrag zur Geschichte der Reform unseres Abtreibungsrechts, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1976, pp. 595 y ss.; BEULKE, Zur Reform des Schwangerschaftsabbruchs durch das 15. Strafrechtsänderungsgesetz, *FamRZ* 1976, p. 603.

(44) STÖRNER, *op. cit.*, p. 711.

(45) La validez del contrato con el médico (§ 134 BGB) ha llevado al reconocimiento de la obligación del pago de la manutención por parte del médico de un niño nacido tras un intento fallido de aborto aunque el BGH afirmó que el niño nacido no puede ser considerado como un daño.

(46) No en todos los «Länder» su aplicación fue tan permisiva lo cual provocó un turismo abortivo dentro del territorio de la RFA, hecho que a la vez supuso una inseguridad jurídica enorme.

(47) Se calificó de *solución de plazos camuflada (verkappte Fistenlösung)* por la existencia de la excusa absolutoria en una primera fase y en una segunda fase por la práctica permisiva, (GROPP, § 218a StGB als Rechtfertigungsgrund, *GA* 1988, p. 30).

resuelto hasta la sentencia de 28 de mayo de 1993, momento en el que a la cuestionada Ley le quedaba menos de un mes de vigencia (48).

II. LA REFORMA DE 1992

I.1. Antecedentes

Tras la unificación de Alemania, nos encontramos con dos regulaciones distintas para cada una de las «dos Alemanias». En la antigua RDA regía un sistema de plazos basado en el derecho a la autodeterminación de la embarazada. El Tratado de Unificación de 31 de agosto de 1990 (49) en su art. 31 IV impone al legislador la obligación de encontrar una regulación unitaria, hasta el 31 de diciembre de 1992, que proteja más eficazmente la vida prenatal que los sistemas ahora existentes de las «dos Alemanias».

Las opciones del legislador eran, fundamentalmente, dos: un sistema de indicaciones más restringido que el existente en la RFA o un sistema de plazos dirigido hacía una protección de la vida en formación. Aunque el *BVerfG* en 1975 había rechazado el sistema de plazos basado en la protección de la vida no nacida, el legislador puede proponer otra regulación que prescindiera fundamentalmente de la amenaza penal, ya que el *BVerfG* no había descartado esta posibilidad. Pero si el legislador quiere promulgar una regulación que se ajuste a las directrices establecidas por el *BVerfG* en 1975, tiene que prever otras medidas que proporcionen una protección suficiente. El sistema de plazos basado en el derecho a la autodeterminación de la embarazada atentaría contra la Constitución (50).

Las propuestas parlamentarias para la nueva regulación de la interrupción del embarazo representan todas las posibles vías de una regulación del aborto. Van desde el extremo de la despenalización absoluta del aborto (Bündniss 90/Die Grünen; PDS/Linke Liste), fundamentado en el derecho a la autodeterminación de la embarazada con la correspondiente reforma de la Constitución, hasta un sistema de indicaciones

(48) El Tribunal afirma que el recurso se ha quedado sin fundamento a la vista de la promulgación de una nueva Ley sobre esta materia (*BVerfGE*, 1993, JZ 1993, p. 42).

(49) *Der Einigungsvertrag*, Bonn 1991, p. 900.

(50) ESER, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 1991, pp. 294 y ss.; ISENSEE, Abtreibung als Leistungstatbestand..., *op.cit.*, p. 1646; BRIEBMANN, Grundlinien einer verfassungskonformen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, *Juristische Rundschau (JR)* 1991, p. 401; SCHÜNEMANN, *Quo vadis* § 218? *ZRP* 1991, p. 383.; TRÖNDLE, Das Menschenbild des Grundgesetzes und die Neuregelung des Abtreibungsrechts im geeinten Deutschland, en: Seebode (Ed.) *Festschrift für Günther Spendel*, Berlin/New York 1992, p. 613.

muy restringido (Grupo Werner) (51). Ninguna de las propuestas pudo conseguir los votos suficientes, por lo cual se creó una Comisión Parlamentaria para la protección de la vida en formación. La propuesta que surgió de esta comisión fue posteriormente aprobada como *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*. Nos vamos a centrar en sus disposiciones penales, aunque consta, en gran parte, de medidas sociales para la embarazada y la familia.

II.2. La Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia

Su contenido en materia penal es el siguiente (52):

1. Se mantiene una prohibición general del aborto, con una pena agravada para el caso del aborto no consentido y aborto con riesgo de muerte o de lesiones graves para la embarazada (§ 218 StGB versión nueva [v.n.]).

2. Se declaran *no antijurídicos* los abortos llevados a cabo por un médico a petición de la embarazada tras haber pasado por un asesoramiento al menos tres días antes de la interrupción si desde la concepción no han pasado más de 12 semanas. §218aI StGB (v.n.).

3. Se declaran *no antijurídicos* los abortos llevados a cabo por las indicaciones eugenésica (dentro de las primeras 22 semanas) y médica (sin plazo) §218aII y III StGB (v.n.)

4. Prevé la impunidad de la embarazada si se ha dejado asesorar con anterioridad y si se ha realizado el aborto por un médico dentro de las primeras 22 semanas. Además, el Tribunal puede prescindir de pena si la mujer se encontró en una situación de angustia a la hora de abortar. §218aIV StGB (v.n.).

5. Se regula el contenido del asesoramiento. Este tiene que estar orientado a la protección de la vida en formación y se exige que se lleve a cabo por una institución oficialmente reconocida §219 StGB (v.n.).

6. Además, la Ley prevé la supresión de la obligación de los médicos de notificar todas las interrupciones de embarazo al Centro Estadístico Federal. Art. 4 de la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*.

La Ley se adapta principalmente a la solución que propone ESER para la interrupción del embarazo consentido y que él denomina «*modelo de discurso orientado hacia una situación de necesidad*» (53). Se basa, sobre todo, en razonamientos de efectividad. Constatando que la solución de indicaciones no ha llevado a una disminución del número de

(51) Visión general de las propuestas en BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

(52) *Vid. Anexo IV.*

(53) ESER, Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado, *Actualidad Penal* 1994, 4, pp. 4 y ss. (Traducción al castellano de Isidoro BLANCO).

abortos, el legislador ha buscado una alternativa cuya pieza principal es el asesoramiento. Para que este asesoramiento funcione mejor que hasta ahora, prescinden de la determinación de la indicación social y de la ética para que la mujer acuda con franqueza al asesoramiento. Una vez pasado el asesoramiento, la embarazada decide si quiere o no continuar su embarazo. En todo caso, su actuación siempre va a estar justificada al declararse «no antijurídicas» tales acciones. Es decir, se crea una causa de justificación por razones de utilidad. La creación de esta causa de justificación impide el ejercicio de auxilio de terceros, garantiza al médico una actuación conforme a derecho, declara la validez del contrato médico en el derecho civil y la cobertura por la Seguridad Social.

Las críticas que se han hecho a esta Ley son, en primer lugar, la falta de fundamentación de la naturaleza jurídica justificante de los abortos asesorados (54).

También ha sido alegado que la regulación no cumple con el deber de protección mínima (Untermaßgebot) ya que deja al *nasciturus* a la libre disposición de la embarazada, teniendo ésta el derecho de no aceptar activamente el asesoramiento, es decir, no intervenir en su dinámica propia: diálogo, discusión, revisión de las causas y de la decisión, etc. (55).

Algunos autores consideran que la creación de una causa de justificación implica lo mismo que una intervención directa del Estado sobre la vida del no nacido (56) y que, como toda intervención estatal ha de ajustarse al principio de lesividad mínima (Übermaßverbot) en los derechos del *nasciturus*, tal principio tampoco se respeta en esta solución.

Se critica, igualmente, la argumentación utilitarista, relativa al manejo de las cifras sobre efectividad de la norma respecto de la protección del *nasciturus*, ya que se trata de una argumentación cuantitativa y el *BVerfG* en su sentencia de 1975 declaró que la protección tiene que ser individual, referida a cada *nasciturus* concreto (57).

Esta Ley fue llevada al *BVerfG* en recurso de inconstitucionalidad donde se recurrieron fundamentalmente los §§ 218aI y 219c (contenido del asesoramiento) y el *BVerfG* decidió suspender la entrada en vigor de las disposiciones penales con sentencia de 4 de agosto de 1992.

Nos vamos a centrar, sobre todo, en las cuestiones relacionadas con el examen de la constitucionalidad del § 218aI. Se trata de un párrafo que declara justificadas las interrupciones del embarazo llevadas a cabo tras asesoramiento. Los puntos conflictivos con la Constitución son, principalmente, que no hay un fundamento de esta causa de justifica-

(54) *BVerfGE* 1993 JZ (Sonderheft) 1993, p. 13.

(55) TRÖNDLE, *Votum zugunsten einer verfassungskonformen Regelung*, en: Baumann (ed.) § 218 im vereinigten Deutschland, Tübingen 1992, p. 183.

(56) BELLING, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; KLUTH, *Das Grundrecht auf Leben und die «ratio» des Gesetzgebers*, GA 1988, p. 551; lo contrario CLASSEN, *op. cit.*, p. 214, ya que es la embarazada la que en último término decide.

(57) BRIEßMANN, *op.cit.*, p. 398; *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 13.

ción que pueda ser sometido a un control judicial y que el procedimiento previsto no garantiza, en efecto, que exista una situación que justifique la actuación de la embarazada.

II.3. La decisión de 1993 del BVerfG

II.3.a. Premisas: Fundamento y contenido de la obligación de protección del nasciturus

El *BVerfG* en sus premisas no varía fundamentalmente de la posición adoptada en la sentencia de 1975.

En primer lugar, el *BVerfG* se refiere a la obligación de protección de la vida humana, es decir a su objeto y fundamentación (58). El *BVerfG* entiende por vida humana tanto la nacida como la no nacida, declarando, expresamente, que cuando habla de embarazo se refiere solamente al período de tiempo que va desde la anidación hasta el parto, ya que esta definición a efectos penales no ha sido recurrida (59). Afirma que durante todo el embarazo existe vida de individualidad genética e indivisible, que se desarrolla *como* ser humano y no *hacia* ser humano.

«El Estado está obligado a respetar la vida humana, protegerla y fomentarla». El Tribunal deduce este deber de la obligación de protección de la dignidad humana. El art. 1.I LF establece el deber del Estado de respetar y proteger la dignidad humana. A toda vida humana le corresponde dignidad humana, también a la vida no nacida. Objeto de la dignidad humana es también para el *nasciturus* su existencia en sí misma. Para su respeto y protección es necesario que el Estado le proporcione los presupuestos legales para su desarrollo en el sentido de un derecho autónomo a la vida. El Tribunal resume esta argumentación en la frase: «La razón de la obligación de protección se encuentra en el art. 1.I LF que obliga al Estado a respetar y proteger la dignidad humana; su objeto y —a través de éste— su amplitud se determinan por el art. 2.II LF.» (60).

Este derecho a la vida no depende de la aceptación por parte de la madre sino que le corresponde por su existencia misma y es un derecho básico e irrenunciable que deriva de la dignidad humana.

El *BVerfG* se ocupa seguidamente de esta obligación de protección (61), ya que en el tema de la regulación legal del aborto consentido se trata

(58) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 16.

(59) El TC sí hace la salvedad de que hay datos de la antropología médica que indican que existe vida desde la concepción. *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 16.

(60) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 16.

(61) *BVerfGE* 1993, JZ 93, pp. 16 y ss.

del cumplimiento de la obligación de protección del *nasciturus* por parte del Estado frente a terceros.

Esta obligación de protección se refiere a la vida individual y no a la vida humana en general y su cumplimiento supone una condición fundamental de la convivencia ordenada en un Estado.

Para cumplir con su obligación, el Estado dispone del establecimiento de medidas preventivas (evitar el conflicto subyacente a la voluntad de interrupción del embarazo) y de exigencias de comportamiento.

Referente a las medidas preventivas de carácter social para la protección del *nasciturus* nos vamos a limitar a enumerarlas brevemente. El Estado está obligado, en primer lugar, a impedir que se realicen interrupciones del embarazo por necesidades materiales. En segundo lugar, tiene el Estado la obligación de crear las bases para que la mujer pueda compaginar la actividad familiar con la actividad laboral y, en último lugar, tiene que compensar las desventajas que le resulten en el ámbito del derecho asistencial.

Respecto a la creación de una conciencia en la población para la protección, se refiere el *BVerfG* a la educación y a los medios de comunicación (62).

En relación con las exigencias de comportamiento, sus destinatarios son terceros dentro de los cuales se incluye también la embarazada, a pesar de su peculiar relación con el *nasciturus*. En relación con la madre, se traduce en una prohibición general de interrupción del embarazo y una obligación y un deber jurídico general de continuar el embarazo. Estos mandatos de comportamiento no pueden configurarse como exigencias dirigidas a la voluntad (voluntariedad), sino que tienen que ser configurados como mandatos legales, es decir, tienen que estar provistos de consecuencias jurídicas para el caso de su incumplimiento.

En lo que se refiere a estos mandatos de comportamiento, el *BVerfG* afirma que aunque éstos no tienen que estar situados forzosamente en el derecho penal, éste motiva de forma especialmente intensa a los destinatarios de la norma al respeto y cumplimiento de los mandatos legales. Estos mandatos tienen que tener un efecto tanto preventivo como repressivo y a la vez tienen que fortalecer y apoyar la visión sobre lo justo e injusto y crear una conciencia jurídica.

En relación con la protección de la vida no nacida, el *BVerfG* expresa que ésta no es absoluta en todos los sentidos, ya que el art. 2,1,3 LF (63) permite su limitación. Para determinar la amplitud de la obligación de protección hay que tener en cuenta, de un lado, la importancia y la nece-

(62) *BVerfGE* 1993, *JZ* 93, p. 19.

(63) La Constitución permite limitar el derecho a la vida bajo reserva de ley. Por el art. 19 LF el legislador está sujeto siempre al respeto del contenido esencial de este derecho fundamental. Hay que tener en cuenta que no hay unanimidad en la doctrina sobre el contenido, fundamento y alcance de este contenido esencial de los derechos fundamentales (BELLING, *op. cit.*, pp. 84 y ss).

sidad de protección de la vida del *nasciturus* y, de otro lado, los derechos fundamentales de la embarazada con los cuales entra en colisión. Tales derechos de la embarazada son los derivados de su dignidad humana (art. 1 I LF), sobre todo, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 2 II, 1 LF) y también el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 2 I LF).

En este contexto, el *BVerfG* establece que el legislador, aunque tenga libertad en la configuración legal de la protección (la Constitución prescribe el fin que es la protección de la vida del *nasciturus* pero su configuración legal es tarea del legislador), tiene que respetar siempre este *principio de protección mínima (Untermaßgebot)* para la vida del *nasciturus*. El cumplimiento del principio de protección mínima puede ser objeto de control constitucional. Respecto a la protección mínima afirma el *BVerfG* que tiene que ser necesariamente proporcional, a la par que eficaz. La medida de protección constitucionalmente exigida no depende del grado de desarrollo del *nasciturus*. Es decir, también en una primera fase el ordenamiento jurídico tiene que proporcionar al *nasciturus* esta protección mínima.

Para no lesionar el «*Untermaßgebot*», se hace necesaria la prohibición de la interrupción del embarazo para la madre con carácter general durante todo el embarazo, es decir, si el legislador dejase la vida del *nasciturus* a la libre disposición de la madre, aunque fuera solamente durante un determinado período del embarazo, no cumpliría con el mínimo de protección. En relación con la prohibición del aborto con *carácter general*, la embarazada no puede alegar derechos fundamentales de los cuales es titular frente a la obligación general de continuar el embarazo.

Pero hay derechos fundamentales que pueden llevar a que, en *situaciones excepcionales*, sí se permita y, en algunos casos, posiblemente es preciso que no se imponga tal obligación legal. Es tarea del legislador establecer estas situaciones excepcionales. Para no lesionar el «*Untermaßgebot*» el legislador debe tener en cuenta que no es posible una *compensación proporcional en la propia ponderación (verhältnismäßiger Ausgleich)*, ya que no se puede conceder el derecho a la vida y el derecho a la interrupción del embarazo al mismo tiempo por tratarse de derechos excluyentes. Frente a las opiniones de algunos juristas (64), afirma el Tribunal que no nos encontramos ante una compensación si, en una primera fase del embarazo, damos preferencia a los derechos de la embarazada y en una segunda fase le damos preferencia al derecho del feto, ya que la vigencia del derecho a la vida del feto dependería de la aceptación por parte de la madre en la primera fase.

Una vez establecidos los límites que impone el respeto del «*Untermaßgebot*», el *BVerfGE* hace referencia a los supuestos en los cuales el

(64) *BVerfGE* 1993, *JZ* 1993, p. 18.

legislador no puede o no debe imponer la obligación de continuar el embarazo basándose, al igual que en la sentencia de 1975, en el principio de inexigibilidad.

Según el *BVerfG* encontramos situaciones que revisten esta excepcionalidad, no solo en los casos de la indicación médica que permite, de acuerdo con la LF, levantar la obligación de continuar el embarazo. De acuerdo con el principio de inexigibilidad se pueden reconocer más situaciones excepcionales. El *BVerfG* justifica la aplicación del principio de inexigibilidad, ya que la obligación de continuar el embarazo no se agota en el respeto del ámbito jurídico de otro, sino que conlleva el cumplimiento de obligaciones intensivas (parto, educación...) que afectan existencialmente a la embarazada. En relación con estas cargas se pueden crear situaciones de conflicto que hacen valer derechos de la mujer con tal inminencia que el ordenamiento jurídico no puede exigirle a la embarazada que tenga que darle preferencia a la vida del *nasciturus* bajo cualquier circunstancia. En este contexto, el *BVerfG* cita, además de la indicación médica anteriormente mencionada, la indicación ética, la eugenésica (bien delimitada (65)) y la indicación social. Para ésta última indicación, determina el *BVerfG* su viabilidad siempre que en la descripción legal se pueda reconocer la gravedad del conflicto social o psicopersonal, de tal forma que, medida bajo el punto de vista de la inexigibilidad, se conserve la congruencia con las demás indicaciones (66). No obstante, aunque la inexigibilidad limita el deber de la embarazada de continuar el embarazo, esto no significa que el legislador pueda suspender la obligación de protección que el Estado debe a cualquier vida no nacida, ya que la obligación de asesoramiento también se exige en el aborto por indicación eugenésica (§218aIII StGB [v.n.]).

Una vez analizados los casos en los cuales le es inexigible a la embarazada continuar con el embarazo, el *BVerfG* examina si la Constitución permite la retirada del derecho penal en los casos en los cuales sí le es exigible a la embarazada que continúe el embarazo. En este contexto, el *BVerfG* afirma que el legislador, para cumplir con el «Untermaßgebot», no puede prescindir libremente del Derecho penal. Aunque tiene que ser utilizado por el legislador como *ultima ratio* para la protección, la importancia del bien jurídico y la dañosidad de su afección por regla

(65) En los últimos años la amplitud de la indicación eugenésica ha llevado a serias críticas por parte de la doctrina. Vid. PLUISCH hace un intento de delimitación de la indicación eugenésica a los casos realmente graves. PLUISCH, *Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik*, Berlin/Heidelberg/New York 1992.

(66) El TC en esta sentencia, a diferencia de la anterior, se pronuncia con más claridad sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones ya que no mezcla la exigibilidad de la conducta con la exigibilidad de la conducta a través del derecho penal, ya que habla de que el ordenamiento jurídico en su conjunto no puede exigirle a la embarazada que de preferencia en todo momento a la vida del *nasciturus* (*BVerfGE* 1993, JZ, 93, p. 18).

general tiene que ser el Derecho penal el que albergue la prohibición, con carácter general, del aborto. Sin embargo, cuando la obligación de protección se cumple con otro tipo de medidas que no son penales, se puede prescindir de la amenaza penal en un ámbito delimitado (67). En el caso de prescindir del derecho penal en tal ámbito delimitado, será suficiente con que la prohibición se exprese claramente de otra forma en el ordenamiento jurídico jerárquicamente inferior a la Constitución.

II.3.b. *La inconstitucionalidad del § 218aI*

Una vez delimitados los derechos que tiene que proteger el Estado y sus limitaciones, el *BVerfG* analiza la constitucionalidad del § 218aI (párrafo que recoge bajo una solución de plazos tanto la indicaciones ética y social como los supuestos de abortos simplemente asesorados).

El *BVerfG* considera que no es inconstitucional que el legislador, teniendo en cuenta la poca eficacia del Derecho penal en un ámbito tan personal, haya optado por la protección del *nasciturus* a través de un asesoramiento. El Tribunal ha optado por una protección con la embarazada a través del asesoramiento y no *frente* a la embarazada.

Frente al asesoramiento previsto en la regulación anterior el actual sistema de asesoramiento ofrece notables ventajas:

La eficacia del asesoramiento hasta ahora para influir sobre la embarazada se veía dificultada por una amenaza penal en caso de no concurrir una indicación (o no reconocerse una indicación) y un subsiguiente aborto (68). Por eso embarazada acudía muchas veces al asesoramiento no para que le ayudasen a resolver el conflicto sino que acudía para que le reconociesen una indicación. Para ello se centraba más en la indicación que en la resolución del conflicto.

Si ahora la embarazada no tiene que temer una posible penalización el Tribunal espera, de la misma forma que el legislador, que la embarazada acuda con sinceridad para resolver el conflicto existente (69).

Con este tipo de asesoramiento sin amenaza penal se evita también el problema de desconocimiento del Estado sobre la existencia del *nasciturus*.

Si ahora el legislador quiere proteger al *nasciturus* en una primera fase con la embarazada y no *frente* a ella a través del asesoramiento ello

(67) Con «ámbito delimitado» el Tribunal se refiere a los abortos asesorados.

(68) El Tribunal se refiere al miedo de la embarazada a que el caso de no concurrir una indicación sea más peligroso abortar ilegalmente. La misma argumentación había sido alegada por el legislador en 1974.

(69) Argumento poco convincente porque en la regulación anterior a la reforma existía una excusa absolutoria para la embarazada en el caso de haberse dejado asesorar antes de la intervención abortiva.

constituye, a juicio del Tribunal, una medida constitucionalmente aceptable.

El *BVerfG* hace también referencia a que la situación psíquica en la que se encuentra la embarazada en las primeras semanas del embarazo no deseado confirma la incapacidad de motivación de la embarazada por el Derecho penal.

Todo ello posibilita una retirada del Derecho penal (70) en esta fase (12 primeras semanas) y alega el *BVerfG* que es acorde con el respeto a la madre, no solo si se sustituye la amenaza penal por un asesoramiento individual (que supone una apelación a la responsabilidad de la mujer frente a la vida no nacida), sino también cuando además se incentiva a la embarazada con medidas económicas y sociales a que continúe el embarazo.

Pero todo esto no puede significar una preponderancia de los derechos de la madre.

Referente a la supresión de la necesidad de la existencia de una indicación afirma el Tribunal que, aunque no cree que solamente abortarán las mujeres a las cuales les es inexigible continuar el embarazo, confiar en que, al darles la responsabilidad última para decidir sobre el futuro del embarazo, aceptarán el asesoramiento y se sincerarán sobre el conflicto existente. La existencia de un procedimiento para la constatación de una indicación dificulta el sinceramiento de la embarazada. Además el enjuiciamiento de una situación sumamente personal y compleja por un tercero no es beneficioso para el asesoramiento

Estas dificultades solamente existen en los supuestos de la indicación social porque en las demás indicaciones el conflicto es verificable por un tercero con mucha mayor facilidad (71).

La argumentación del *BVerfG*, de la misma forma que la del legislador, se basa en la eficacia de esta regulación. Como la eficacia no se puede predecir con seguridad, el legislador está obligado a vigilar su funcionamiento y, en su caso, a rectificar la regulación (72).

Admitida la posibilidad de sustituir la amenaza penal por un asesoramiento, el *BVerfG* analiza la naturaleza jurídica que hay que darles a tales supuestos de interrupciones asesoradas del embarazo. La Ley los declara «no antijurídicos», es decir, justificados. El *BVerfG* rechaza esta calificación, porque el legislador no puede declarar justificadas acciones en las cuales no hay razones verificables (no cabe la posibilidad de presumir su existencia) que sean de tal envergadura que, de acuerdo con

(70) Hay que tener en cuenta que el asesoramiento es obligatorio y que su incumplimiento convierte el aborto libre de pena en un aborto punible. (§218 StGB [v.n.]).

(71) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 22.

(72) Esta afirmación supone que no será constitucional la supresión de la obligación de notificar las interrupciones del embarazo realizadas al Centro Federal de Estadística. Obligación que existía antes pero cuyo resultado es de dudosa fiabilidad ya que refleja unas 80 000 interrupciones al año frente a unos cálculos que van de 200.000 hasta 300.000 interrupciones realizadas.

la Constitución, puedan considerar justificadas estas conductas. La constatación de excepciones con efecto justificante la tiene que llevar a cabo el Estado o un tercero habilitado por el Estado. En ningún momento puede ser la embarazada la que determina si su situación da o no lugar a una justificación. Si la mujer decidiera sobre justo o injusto de su conducta la protección mínima no estaría asegurada. Aunque puede ser difícil que un tercero enjuicie la situación de conflicto de la embarazada esto no es imposible. Es decir, no justifica una solución como la propuesta por el legislador (...no será antijurídico...). Tampoco es posible que esta justificación se deduzca de indicios, es decir, que se presuma que la embarazada solamente aborta si verdaderamente se da una situación que justifica su conducta.

La calificación jurídica de estos abortos tiene importancia a la hora del asesoramiento. Si la conducta es antijurídica el asesor puede insistir en la obligación de la embarazada a continuar el embarazo. Si la conducta siempre estuviese justificada se disminuiría la eficacia del asesoramiento y la legislación no cumpliría con la exigencia de protección mínima.

Según el *BVerfG*, la «autoindicación» tampoco asegura que las mujeres solamente aborten ante situaciones que se consideran justificantes. El legislador no cumpliría con el principio de protección mínima ya que no expresaría de forma clara la desaprobación de estas interrupciones del embarazo. Además, ello provocaría, entre los destinatarios de la norma, la impresión de que se trataría de una conducta aprobada por el legislador. El ordenamiento tiene que dejar constancia de la prohibición del aborto, ya que ésta tiene un efecto preventivo general positivo.

Al no aceptar la justificación de tales conductas, el *BVerfG* tiene que pronunciarse sobre el tratamiento de los abortos realizados por concurrir los requisitos de una indicación social o una indicación ética. Referente a la indicación ética, el *BVerfG* en la regulación transitoria crea el supuesto justificante de la indicación ética. La indicación social la considera forzosamente comprendida dentro de los abortos asesorados argumentando de la siguiente forma:

Para la eficacia del asesoramiento, según el *BVerfG*, sería contraproducente que el legislador estableciera, paralelamente al asesoramiento, un posible reconocimiento de la indicación social como causa de justificación (73), ya que en este caso la embarazada se limitaría a conseguir que le reconocieran una indicación social, y la pretendida franqueza no se daría. Esta postura la fundamenta el *BVerfG* afirmando

(73) Esta calificación como justificada no ha sido unánime en la doctrina y en el año 1990 el *Bayrisches Oberlandesgericht* (Tribunal Supremo del Estado Federado de Baviera) en sentencia de 26.4.1990 (NJW 1990, pp. 2328 y ss.) decidió que en un caso de una indicación social se trataba de un *Schuldausschliessungsgrund* (causa de inimputabilidad). Calificación criticada por ESER ya que se tendría que referir en su caso a una causa de exculpación (ESER, Zur Rechtsnatur der «Allgemeinen Notlagenindikation», en: *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung*, Baden-Baden 1992, pp. 54 y ss.).

que las posiciones de derechos fundamentales de la embarazada no exigen, por parte del legislador, la creación de una causa de justificación en casos de situación de necesidad.

Una vez rechazada la justificación de tales conductas, el *BVerfG* propone la utilización de una exclusión de la conducta del tipo del § 218. Excluye la aplicación del tipo, manteniendo así la antijuridicidad de la conducta en el resto del ordenamiento jurídico (74). El *BVerfG* propone esta técnica para que quede constancia del juicio de desaprobación de tales conductas.

El tratamiento de estas conductas en otras ramas del derecho queda abierto, ya que, según el *BVerfG*, el legislador no tiene que proyectar el juicio de antijuridicidad en todas las ramas del derecho. El legislador puede eliminar las consecuencias del juicio de injusto, en la medida en que sea necesario para la efectividad del asesoramiento. Es decir, para que la mujer no se niegue a acudir al asesoramiento se excluye la posibilidad del auxilio de terceros, se garantiza la validez del contrato médico y que la embarazada perciba su salario durante la baja como si se tratara de una enfermedad no provocada (75). Lo que no admite el legislador es la cobertura por la Seguridad Social, salvo casos de extrema necesidad, ni tampoco que sea una prestación que pueda ser incluida en las pólizas de seguros privados porque la pretendida cobertura por la Seguridad Social significaría que el Estado colaboraría en la realización de abortos antijurídicos. Tampoco considera el *BVerfG* que se pueda justificar la necesidad de cobertura por razones de mayor eficacia del asesoramiento.

En resumen, el *BVerfG* declara inconstitucional el § 218aI por el juicio de juridicidad de las conductas y crea una regulación transitoria (76). La *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia* entra en vigor con algunas modificaciones impuestas por el *BVerfG*. La modificación que nos ocupa se refiere a la naturaleza jurídica de los abortos realizados tras asesoramiento. El *BVerfG* sustituye el término «no será antijurídico» por el de «no será de aplicación el § 218» y crea una indicación ética paralela a este sistema de plazos. Esta regulación estará en vigor hasta que el legislador promulgue una regulación conforme con la Constitución.

III. COMENTARIO

Introducción

El comentario a esta sentencia del *BVerfG* quiere analizar el hilo argumentativo seguido por el Tribunal. Para ello nos ocuparemos, en un

(74) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 23.

(75) Así no tiene que comentar la realización del aborto al patrón.

(76) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 4.

primer momento, de la interpretación del art.2II,1 de la Ley Fundamental por el *BVerfG*, es decir, qué valor le da a la vida del *nasciturus*.

Seguidamente, nos ocuparemos de la obligación de protección que deduce el *BVerfG* de los derechos fundamentales para establecer su contenido, alcance y límites.

Finalmente, se trata de verificar si la regulación propuesta por el Tribunal se ajusta o no a las exigencias de protección mínima, que es el límite más importante de la obligación de protección. Para ello, analizaremos la prohibición del aborto, tanto en su vertiente represiva como preventiva.

III.1. La entidad del bien jurídico: dignidad humana y valor absoluto de la vida dependiente frente a la valoración social

El *BVerfG* niega que puedan existir fisuras en lo que se refiere al valor de la vida desde que existe (por lo menos desde la anidación) (77). De esta afirmación, hay que deducir que la vida nacida tiene el mismo valor que la vida no nacida (78). La legitimidad de esta interpretación del *BVerfG* no ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina en relación con la sentencia de 1975 salvo contadas excepciones (79). Sobre todo BELLING (80), ha puesto de manifiesto, en un exhaustivo análisis constitucional de la despenalización del aborto, la legitimidad de la interpretación llevada a cabo por el *BVerfG* en 1975 (81). Otra cuestión muy distinta es si esta interpretación se corresponde con los valores que sostiene la sociedad en su conjunto. Así muchos autores han llamado la atención sobre la falta de conciencia en la población en relación con el valor vida del *nasciturus* (82).

(77) *BVerfGE* 1993, JZ 93, pp. 16 y ss.

(78) Interpretación unánimemente de la doctrina frente a la sentencia de 1975 *BVerfGE* 39,1,59).

(79) Así entre otros HOERSTER, FORUM: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, *JuS* 1989, pp. 172 y ss.; SINGER, *Praktische Ethik*, 1984, pp. 146 y ss.

(80) BELLING, *op. cit.*, pp. 60 y ss. El autor hace una interpretación del artículo de acuerdo con los métodos de interpretación tradicionales y afirma la protección del *nasciturus* ex art. 2II.1 LF, lo cual no permite hacer censuras cualitativas en la protección en su opinión.

(81) SCHÜNEMANN afirma en su análisis la validez de las afirmaciones del TC de 1975 en la actualidad. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, pp. 384 y ss.

(82) Entre ellos: BELLING, *op. cit.*, pp. 119; Schönemann, Quo vadis § 218a?, *ZRP* 1991, pp. 387 y ss. (propone la protección del *nasciturus* a través de un asesoramiento muy completo que llama *Krisenmanagement*); STÜRNER, Die Unverfügbarkeit ungeborenen Lebens und die menschliche Selbstbestimmung, *JZ*, 1990, p. 717 (habla de comportamiento de consumo que subyace según el autor a un gran número de abortos); TRÖNDLE, «Soziale Indikation - Rechtfertigungsgrund?, *Juristische Ausbildung (Jura)*, 1987, p. 67 (propone medidas de información para recuperar la conciencia perdida ya que él cree que esta pérdida se debe fundamentalmente a una falta de información), *BVerfGE* 39,1,66.

Esta falta de conciencia sobre el valor de la vida no nacida se refleja tanto en los acontecimientos del *Memminger Prozess* (83), como en la falta de persecución de tales delitos en relación con el número de abortos realizados (84) y en que tampoco se pone en tela de juicio, en la práctica, que las interrupciones de embarazo llevados a cabo por una indicación social que difícilmente se puede interpretar como una causa de justificación (85), sean cubiertas por la Seguridad Social (86). Se hicieron, también, estudios empíricos sobre la actitud de la población frente al aborto (87) y en la evaluación de estos estudios, afirma LIEBLE, se demuestra que la población considera que, durante los primeros meses del embarazo, prevalece el derecho de la embarazada a la autodeterminación frente a la obligación de continuar el embarazo. Una vez pasados los primeros tres meses la situación se invierte (88).

Todo ello nos indica que el *BVerfG* parte de una interpretación legítima de la Constitución pero que difícilmente se corresponde con la realidad social (89). Incidiremos más en esta cuestión una vez vistas las indicaciones.

(83) A raíz de una inspección de hacienda se descubre la realización de un gran número de abortos ilegales (en parte sin reconocimiento de indicación y en los demás casos con reconocimiento falso (a sabiendas) de una indicación). La condena al médico fue mínima y la prensa acusó a los jueces por su actuación condenatoria. Vid. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 379; KLÜGLER, *Memmingen: Abtreibung vor Gericht*, Pro Familia (Ed.) 1989, pp. 217 y ss.

(84) STÜRNER, *op. cit.* p. 711, cita unas evaluaciones que van de 140.000-350.000 al año frente a 640.000 nacimientos y se decanta por una cifra de 210.000-300.000 aplicando la relación entre las cifras de nacimiento y abortos de otros países con regulación parecida al número de nacimientos en Alemania. LIEBLE cita unas denuncias que van de 50 a varios cientos por años. LIEBLE, *Strafverfolgungs- und Sanktionspraxis beim Schwangerschaftsabbruch*, en BAUMANN (ed.) § 218 *StGB im vereinigten Deutschland*, Tübingen 1992, p. 136.

(85) El simple hecho de que en la práctica todas las indicaciones se interpretan como causas de justificación indica que el valor de la vida no nacida no tiene el mismo valor que la vida nacida sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de la indicación social. Además de la amplitud de la indicación social hay que tener en cuenta que la interpretación de tal indicación forzosamente (por la imprecisión de la redacción) tiene que ser muy discrecional. Así el derecho penal pierde seguridad jurídica y la embarazada se dedica a buscar a un médico que le reconozca la indicación.

(86) En una sentencia del VG Freiburg del 24 de marzo de 1983 (*Medizinrecht (MedR)* 1983, p. 159 y s.) el Tribunal afirma que una norma de un Estado federado que no reconoce la cobertura por la Seguridad Social de un aborto por indicación social no viola el principio de igualdad. Se trata de una excepción ya que, como prueba STÜRNER, en casi todos los casos basta con la falta formal de la antijuridicidad (STÜRNER, *op. cit.*, p. 710).

(87) BORA/LIEBLE, *Einstellung zum Schwangerschaftsabbruch*, Pfaffenweiler 1986; LIEBLE, *Soziologie des Schwangerschaftsabbruchs*, Frankfurt 1993.

(88) LIEBLE, *Strafverfolgungs- op. cit.*, p. 147.

(89) El argumento de los abortos provocados por la necesidad económica de la embarazada apenas tienen fundamento en la R.F.A. donde el sistema social es bastante completo. Las razones de las interrupciones por indicación social suelen ser problemas con la pareja, mal momento del embarazo desde un punto de vista profesional o rechazo a la maternidad.

Relacionado con el valor vida en la Constitución hay que hacer también referencia a que en relación a la fundamentación y la medida de protección de la vida no nacida, la sentencia de 1993 del *BVerfG* no difiere sustancialmente de las afirmaciones establecidas en 1975, lo que resalta citándola en varias ocasiones (90). En la sentencia, afirma que la obligación de protección se basa en la dignidad humana y que el derecho a la vida es consecuencia de la dignidad humana. Pero la fundamentación de la obligación de protección se centró en 1975 más en el contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental a la vida (orden objetivo de valores), argumento que el Tribunal no utiliza en 1993. Este cambio en la argumentación hace sospechar que el *BVerfG* quiere excluir la posibilidad de una reforma de la Constitución (91), en el sentido de privar al *nasciturus* del derecho a la vida. Ello se debe a que la inviolabilidad de la dignidad humana garantizada en el art. II de la LF no puede ser objeto de reforma mientras que el derecho a la vida (art.2II,1 LF) sí puede ser abordado por una reforma de la Constitución. Esta iniciativa no parece deseable a juicio del *BVerfG*. Sin embargo HERMES y WALTHER advierten tal posibilidad de reforma, porque afirman que el *BVerfG* solamente establece que el fundamento, o la razón de protección de la vida, se encuentra en el art. II de la Ley Fundamental referido a la protección de la dignidad humana, pero que su objeto está en el art. 2II,1 LF, artículo, que a diferencia del precedente art. II del la LF sí puede ser objeto de reforma constitucional. Es decir, el bien jurídico a proteger es la vida y por ello puede ser afectado por una reforma constitucional (92).

III.2. La obligación de protección: Introducción

De la misma forma que en la sentencia de 1975, el *BVerfG* hace referencia a la obligación del Estado a proteger y promover la vida no nacida. Aunque en sentencias anteriores el *BVerfG* menciona la existencia de una obligación de protección (93), fue entonces, en 1975 cuando el *BVerfG* por primera vez estableció de forma detallada una obligación de este tipo derivada de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales se habían entendido, con anterioridad, como *derechos de defensa* (Abwehrrechte) frente a la posible intervención del Estado. Como apun-

(90) En la sentencia de 1975 el Tribunal afirma que el derecho a la vida es la base vital de la dignidad humana y presupuesto de los demás derechos fundamentales (*BVerfGE* 39,1,42) y acude a la dignidad humana para hacer la ponderación entre los intereses del *nasciturus* y los de la embarazada (*BVerfGE* 39,1,43).

(91) Critican esta postura del TC como una transgresión de sus competencias. HERMES/WALTHER, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, *NJW* 1993, p. 2339.

(92) HERMES/WALTHER, *op. cit.*, p. 2339.

(93) *BVerfGE* 20,162,175; *BVerfGE* 33, 303, 330; *BVerfGE* 35,79,115.

ta Isensee, esta visión de los derechos fundamentales es insuficiente ya que en la relación autor-víctima reconoce solamente al autor la garantía de una intervención proporcional por parte del Estado (94). En posteriores sentencias, el *BVerfG* (95) creó toda una teoría de la obligación de protección del Estado de los derechos fundamentales. La teoría de la obligación de protección recuperada (96) por el *BVerfG* fue estudiada en Alemania, sobre todo durante los años 80, por varios autores (97), centrándose fundamentalmente en el derecho a la vida y la integridad física (vida no nacida, energía nuclear, contaminación medioambiental).

III.2.I. *Fundamento, contenido y límites de la obligación de protección*

Nos centraremos al exponer esta teoría en los aspectos que afectan a la protección de la vida no nacida.

III.2.Ia. FUNDAMENTO

La fundamentación de la obligación de protección no se presenta de forma unánime por parte del Tribunal Constitucional alemán y de la doctrina. El *BVerfG* fundamenta la obligación de protección, en sus sentencias referentes a la tutela de la vida no nacida, de dos formas. En la sentencia de 1975 el Tribunal hace referencia a la existencia de un orden objetivo de valores. Es decir, que además de ser derechos subjetivos de defensa frente a la intervención del estado, los derechos fundamentales disponen de un contenido jurídico-objetivo que constituyen este orden objetivo de valores. La realización de este orden objetivo de valores re-

(94) ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des Verfassungsstaates*, New York/Berlin 1983, p. 32; ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V, §111 Rdnr.85.

(95) *BVerfGE* 39,1, en relación con la vida no nacida, *BVerfGE* 46,160; en relación con la exigencia de los familiares de la liberación de terroristas de la RAF por el gobierno a cambio de la liberación del Arbeitgeberverbandspräsident (presidente de la organización de empresarios alemanes) Hans Martin Schleyer secuestrado por otros miembros del mismo grupo terrorista; *BVerfGE* 49,89, referida a la explotación pacífica de la energía nuclear; *BVerfGE* 56,54, en relación con la protección frente a la contaminación ambiental por los ruidos provocados por el tráfico aéreo; *BVerfGE*; 55,349, referente a la protección de nacionales frente a intereses de estados extranjeros.

(96) ISENSEE, *Das Grundrecht...., op. cit.*, p. 27; KLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, *NJW* 1989, p. 1634. Afirma ISENSEE que se trata de la recuperación del sentido originario de los derechos fundamentales basado en la idea del contrato social.

(97) ISENSEE, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V §111; ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York 1983; HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg 1987; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden 1987; ALEXU, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main 1986.

clama la intervención del Estado que se manifiesta en la protección de este contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. KLEIN considera insuficiente esta fundamentación ya que no deja suficientemente claro por qué de la existencia de un orden objetivo de valores se deduce una obligación de protección (98).

Además de la alusión al orden objetivo de valores el Tribunal complementa la fundamentación recurriendo al art. 1,1,2 LF que obliga al Estado a proteger y fomentar la dignidad humana (99). Esta argumentación también ha sido criticada por KLEIN porque, según él, no queda claro si el deber expreso de protección se aduce para probar la existencia de un deber de protección que tiene efecto sobre todos los demás derechos fundamentales o si solamente beneficia a lo que llama el núcleo de dignidad humana de los derechos fundamentales (100). También ALEXY critica el recurso a la dignidad humana alegando que conlleva el peligro de o ampliar desmesuradamente el concepto de dignidad humana o bien renunciar a abarcar algunos aspectos dignos de protección (101).

Por razón de estas deficiencias de la fundamentación de la obligación de protección, parte de la doctrina (102) quiere ver el fundamento en la función legitimadora del Estado de proporcionar a los ciudadanos seguridad. Frente a esta obligación el ciudadano tiene el deber de obedecer y de abstenerse de actuaciones violentas. Es decir, se fundamenta en la idea del contrato social. Por ello hablan de una recuperación de la idea de la obligación de protección y no de su creación (103).

Han surgido discusiones dentro de la doctrina referente a dos temas. En primer lugar se trata de si el *nasciturus* es o no titular del derecho fundamental a la vida. El *BVerfG* considera que el objeto de la protección es el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales y por ello, según él, para participar del ámbito de protección no hace falta ser titular de un derecho fundamental. Ya que no hace falta ser titular del derecho fundamental el Tribunal Constitucional alemán considera innecesario pronunciarse sobre si el *nasciturus* es o no titular del derecho a la vida (104). Esta posición del Tribunal ha sido criticada por BELLING (105) y por V. MÜNCH (106) ya que consideran que no hay razones por las cuales se podría privar al *nasciturus* de esta titularidad. Según estos autores si el *BVerfG* afirma que

(98) KLEIN, *op. cit.*, p. 1635.

(99) *BVerfGE* 39,1,41 y 42; *BVerfGE* 1993, JZ 1993, pp. 16 y 17.

(100) KLEIN, *op. cit.*, p. 1635.

(101) ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid 1993, p. 439.

(102) ISENSEE, *Das Grundrecht ...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; KLEIN, *op. cit.*, pp. 1635 y ss.

(103) Con una fundamentación histórica, ISENSEE, *Das Grundrecht...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

(104) *BVerfGE* 39,1,41.

(105) BELLING, *op. cit.*, p. 67.

(106) V. MÜNCH, *Grundgesetzkommentar*, tomo 1.º, München 1981, Art. 2. Rdnr.39. Se pregunta cómo pueden tener «todos» derecho a la vida sin ser titular de este derecho fundamental.

el *nasciturus* tiene derecho a la vida, tiene que ser titular de este derecho fundamental obligatoriamente.

Otra discusión que ha suscitado el tema de la obligación de protección dentro de la doctrina es si se trata de un derecho subjetivo a protección o simplemente de una norma objetiva fundamentada en el orden objetivo de valores. Es decir, si el individuo tiene o no un derecho a exigir que el Estado actúe activamente en defensa de sus bienes jurídicos a través de medidas legislativas, judiciales y ejecutivas. De las sentencias del *BVerfG* en esta materia no se puede obtener una respuesta a este problema (107). KLEIN afirma que en la doctrina no hay unanimidad (108) y se adhiere a la argumentación de ALEXY. Este autor afirma que la idea de la obligación de protección se fundamenta en el marco clásico del modelo contractualista de Estado. La renuncia amplia al derecho de autoprotección condicionada por la transición de la situación preestatal a la situación estatal puede ser justificada racionalmente solo si el individuo, a cambio de esta renuncia, obtiene una efectiva protección estatal (109). Así ALEXY fundamenta la necesidad de un derecho subjetivo a protección sin el cual no habría una protección eficiente de los derechos fundamentales. De poco nos sirve que el Estado no afecta a nuestro derecho a la vida si no impide que los demás lo hagan y no tenemos derecho a exigirlo. Se trata entonces de un derecho a la protección subjetivo cuyo destinatario es el Estado (110).

III.2.I.b. CONTENIDO

Las medidas que tiene que tomar el legislador y su amplitud, dependen tanto de la importancia del bien jurídico a proteger como de la posibilidad de restitución tras su afección. Si se trata de un bien jurídico irrestituible, la obligación de protección es más amplia. Podemos afirmar, con el *BVerfG*, que el bien jurídico vida no nacida es un valor supremo que califica de base vital de la dignidad humana y presupuesto de los demás derechos fundamentales (111) y consecuencia del derecho a la dignidad (112). Además se trata de un bien irrestituible en caso de afección.

(107) Ver análisis de las sentencias del *BVerfGE* en ALEXY, *op. cit.*, Madrid 1993, pp. 437 y ss. El autor afirma que de las sentencias se puede deducir una tendencia objetiva en esta materia. Pero hay algunas afirmaciones del *BVerfGE* que apuntan hacia el reconocimiento de un derecho subjetivo.

(108) KLEIN, *op. cit.*, p. 1637.

(109) ALEXY, *op. cit.*, p. 414.

(110) Este es el dato que diferencia a la obligación de protección de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros. Vid. CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, *Archiv für zivilistische Praxis (AcP)* 1984, p. 23 l.

(111) *BVerfGE* 39,1,42.

(112) *BVerfGE* 1993, JZ 1993, p. 17.

III.2.I.c. LÍMITES

En relación con las medidas que puede adoptar el legislador para proteger este bien jurídico afirma la doctrina (113), con el *BVerfG* (114), que aquél dispone de un margen de discrecionalidad, pero siempre tiene que respetar unos requisitos que lo limitan.

En primer lugar, la protección tiene que ser suficiente (principio de protección mínima-*Untermaßgebot*). La suficiencia de la protección depende del bien jurídico en cuestión. El requisito que juega el papel más importante dentro del principio de protección mínima es el de la efectividad. El legislador tiene que elegir una medida que sea lo suficientemente eficaz para la protección de un determinado bien jurídico.

En segundo lugar, la medida tiene que cumplir con el principio de mínima lesividad (*Übermaßverbot*). En este ámbito, el legislador tiene que respetar la necesidad e idoneidad de la medida adoptada para justificar la intervención en el ámbito de libertad del destinatario de la norma, es decir, la medida tiene que ser proporcional (115).

En tercer lugar, la medida debe ser constitucional (116).

Por último, hay que tener en cuenta que, en algunos ámbitos, la decisión por una determinada medida se basa en pronósticos y suposiciones. Por eso, el legislador tiene el deber de vigilar la eficacia de la medida adoptada y está obligado a rectificar su decisión si la medida adoptada resulta ineficaz. Pero cuando se trata de un bien jurídico irrefragable, como es el caso de la vida no nacida, hay que evitar experimentos.

III.2.II. *El delito de aborto y la obligación de protección del nasciturus*

Esta exposición nos lleva a la cuestión de la intervención del Derecho penal en materia de aborto. Se trata de averiguar bajo qué circunstancias el legislador puede estar legitimado, o en su caso obligado, a utilizar el Derecho penal para la protección de la vida del *nasciturus*.

La necesidad de protección de bienes jurídicos como la vida nacida y la integridad física por el Derecho penal nunca ha sido puesta en tela de juicio (117). Si consideramos que el Estado está obligado a proteger la vida del *nasciturus*, al tratarse de un bien jurídico de suma importan-

(113) ISENSEE, *Das Grundrecht...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.; KLEIN, *op. cit.*, p. 1637; HERMES, *op. cit.*, p. 50.

(114) *BVerfGE* 1993, *JZ* 1993, p. 17.

(115) ISENSEE, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V, § 111 Rdnr.91.

(116) KLEIN, *op. cit.*, p. 1637.

(117) KUNIG en: v. Münch/Kunig, *Grundgesetzkommentar*, München 1992, Art.2 Rdnr.57; HERMES, *op. cit.*, p. 6.

cia, y equiparado a la vida nacida nada obsta, en principio, a que el Estado utilice el Derecho penal en la protección de este bien jurídico suponiendo que cumple con la exigencia de efectividad.

¿Pero de la legitimidad de intervención del Derecho penal en esta materia, se puede deducir, también, una obligación del Estado a establecer una protección penal? Como nos indica la teoría de la obligación de protección, el legislador dispone de un margen de discrecionalidad a la hora de elegir los medios de protección, si se ofrecen varios siempre que sean igualmente eficaces, es decir, que cumplan con el mandato de protección mínima y no sean contrarios a la Constitución. Podemos afirmar que, en principio, el legislador no está obligado a proteger el bien jurídico vida no nacida penalmente. Pero hemos visto que la doctrina afirma que, en el caso de que la amenaza penal sea el único medio eficaz para proteger a este bien jurídico, el legislador se encuentra obligado a utilizar la amenaza penal para proporcionarle al bien jurídico en cuestión la protección mínima (118). Para decidir sobre la necesidad de protección penal hay que analizar si el derecho penal es la única medida suficientemente eficaz en la protección del bien jurídico vida no nacida. Antes de analizar esta cuestión hay que hacer referencia a tres datos muy importantes a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la criminalización del aborto.

En primer lugar, muchas veces la mayor efectividad del derecho penal frente a medidas extrapenales no es empíricamente comprobable y las decisiones del legislador se tienen basar en pronósticos. Para la solución de estos casos, el legislador debe seguir el principio de *in dubio pro libertate*, es decir, que tiene que prescindir de la penalización de la conducta si no queda comprobado que es indispensable. Pero en el caso del aborto el *BVerfGE* (119) invierte la carga de la prueba cuando se trata de bienes jurídicos fundamentales como la vida, exigiendo del legislador que pruebe con certeza que la medida extrapenal será suficientemente eficaz, es decir, que se rige por el principio de la preponderancia de la idea de protección. De acuerdo con esta idea el legislador *tiene* que utilizar el derecho penal para la protección del bien jurídico en cuestión si no se puede predecir con certeza la eficacia de la medida alternativa (120).

Otro dato a tener en cuenta, muy relacionado con el anterior, es que nos encontramos con una penalización ya existente. MÜLLER-DIETZ (121) afirma que en el caso de una despenalización hay que darle preponderancia a la idea de la protección frente a la garantía de libertad porque una despenalización, en el intento de preponderar la garantía de libertad (elección por el Estado de medida menos lesiva para el destinatario de la

(118) KLEIN, *op. cit.*, p. 1637.

(119) *BVerfGE* 50,290,333.

(120) KLEIN, *op. cit.*, pp. 1637 y ss.; Voß, *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach am Main 1989, pp. 168 y ss.

(121) MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt 1973, pp. 50 y ss.

norma), puede provocar *la apariencia de total permisión* que vulnera la garantía real de protección. Solamente cuando la medida penal resulta evidentemente ineficaz el legislador tiene que buscar una alternativa.

Por último, hay que hacer referencia a que siempre se trata de un conjunto de medidas, es decir, que la medida penal no suele estar aislada.

Resumiendo podemos afirmar que la obligación con fundamento en la idea del contrato social obliga al Estado a proteger la vida no nacida.

El legislador es libre a la hora de elegir las medidas para proporcionar la protección al bien jurídico en cuestión. Pero tiene que respetar siempre los límites que le impone el principio de protección mínima y el principio de mínima lesividad. Es decir, que tiene que buscar el equilibrio justo entre el principio de protección y el principio de libertad.

En el caso del aborto tenemos que tener en cuenta que se trata de un bien jurídico fundamental y que su afección supone su destrucción. Además nos encontramos con una penalización existente. Por todo esto prevalece la idea de la protección.

Pero el Estado no puede penalizar una conducta si su intervención no es eficaz. Para enjuiciar la aplicación del derecho penal en materia de aborto hay que analizar su eficacia. Caso de ser ineficaz el legislador se encontraría obligado a buscar alternativas. Pero estas alternativas tienen que cumplir con el principio de protección mínima.

III.3. La prohibición del aborto en el Derecho penal

El Tribunal considera que el aborto no indicado tiene que estar prohibido durante todo el embarazo, tanto para la embarazada como para otros terceros. Para el *BVerfG*, el aborto consentido no asesorado se encuentra prohibido por el derecho penal, mientras que el aborto consentido tras previo asesoramiento ya no se encuentra dentro del tipo penal, sino que lo prohíbe el resto del ordenamiento jurídico. Alega el Tribunal que la prohibición del aborto no indicado durante todo el embarazo, es necesaria para cumplir con el principio de protección mínima. Para ver si el *BVerfG* cumple con este requisito en la regulación que propone, nos dedicaremos a estudiar las excepciones a esta prohibición y el alcance de la prohibición que mantiene. Para determinar el alcance, será de suma importancia examinar cómo y dónde establece el Tribunal esta prohibición y las consecuencias jurídicas que tiene su incumplimiento. Además, hay que estudiar si realmente se da el efecto preventivo general que el Tribunal le adscribe a la prohibición del aborto.

III.3.I. *Las excepciones a la prohibición general: los abortos indicados*

Desde siempre los abortos indicados han sido una excepción a la prohibición general del aborto. De la misma forma que en la sentencia

de 1975, el *BVerfG* reconoce la posibilidad de establecer las indicaciones médica, eugenésica, ética y social (122). Para la indicación eugenésica exige el *BVerfG* una redacción más detallada de los supuestos indicados, ya que esta indicación se ha ampliado en Alemania en los últimos años (123). Para la posible indicación social exige que de la descripción legal de los presupuestos se pueda deducir un conflicto, que de acuerdo con el criterio de inexigibilidad, sea de la misma gravedad que los conflictos que dan lugar a las demás indicaciones. En sus afirmaciones, el *BVerfG* no se aparta de la sentencia de 1975, aunque la legislación promulgada tras la sentencia no cumplió con rigor los mandatos establecidos por el *BVerfG* (124).

A diferencia de la sentencia de 1975, el *BVerfG* aclara la naturaleza jurídica de las indicaciones. El *BVerfG*, a través de un juicio de inexigibilidad, llega a la conclusión que las indicaciones tienen carácter justificante. El *BVerfG* dice que existen situaciones en las cuales el ordenamiento jurídico estatal no le puede exigir a la mujer que de preferencia a los derechos del *nasciturus*. Vemos que el Tribunal habla del ordenamiento jurídico estatal y no solamente de derecho penal, es decir, que se suspende la obligación de la embarazada de continuar con el embarazo y no habla de que no se puede exigir el cumplimiento de esta obligación bajo amenaza penal (125).

En 1975 el *BVerfG* utilizó el criterio de la inexigibilidad de la continuación del embarazo con vaguedad y confusión, por eso vamos a exponer en un primer lugar el significado que da el *BVerfG* al principio de inexigibilidad en el tema de aborto a través de las aclaraciones de CLASSEN. Este autor (126) analizando tal criterio justifica su aplicación, de la misma forma que lo hace el *BVerfG* en 1993, por la relación tan particular entre *nasciturus* y la embarazada y distingue dos «planos de examen

(122) *BVerfGE* 93, JZ 93, p. 17.

(123) PLUISCH. *Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik*, Berlin/Heidelberg/New York 1992. También se puede deducir de los ejemplos citados por v. SCHLEIERMACHER, *Beginn des menschlichen Lebens*, en VOSS, Voss, Rüdiger, HOFFACKER, Paul, (ed.) «*Chance für das ungeborene Leben*» Köln 1988, p. 39, en el cual se cita el caso del reconocimiento de una indicación eugenésica porque el *nasciturus* padecería de una enfermedad hereditaria que provoca quistes en el riñón posiblemente a partir de los 20 años de edad.

(124) Este hecho llevó al Gobierno de Baviera a interponer un recurso de inconstitucionalidad recurriendo la redacción excesivamente amplia de la indicación social y la excusa absolutoria para la embarazada tras previo asesoramiento sin la concurrencia de una indicación. Fueron justamente aquellas las razones que llevaron a parte de la doctrina a calificar la legislación en materia de aborto como una *solución de plazos camuflada* (*verkappte Fristenlösung*); así, CLASSEN, *op. cit.*, p. 218; Beulke, *op. cit.*, 602; SCHREIBER, *Der Spielraum des Gesetzgebers bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs*, *FamRZ*, p. 673; SCHMITT, *op. cit.*, pp. 595 y ss.; y LACKENER, *Die Neuregelung NJW* 1976, p. 1243.

(125) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 18.

(126) CLASSEN, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

de la proporcionalidad» que debe hacer el legislador. En primer lugar, hay que preguntarse bajo qué presupuestos se puede exigir a la embarazada que continúe con el embarazo. En los supuestos en los cuales no se le puede exigir a la embarazada que lleve a término su embarazo, los derechos de la embarazada prevalecen frente a los derechos del *nasciturus*, es decir, que su conducta está justificada. Para CLASSEN esta inexigibilidad se da sin ninguna dificultad en la indicación médica y en la indicación ética. Más dudosa resulta su aceptación para la indicación eugenésica y la indicación social, pero considera el autor que si puede haber un solo caso de esta envergadura hay que reconocer el carácter justificante de tales indicaciones (127). Aquí el examen de proporcionalidad gravita en la ponderación de los intereses de la embarazada y del *nasciturus*. En segundo lugar, en relación con los casos en los cuales le es exigible a la embarazada la continuación del embarazo hay que examinar con qué medidas hay que imponer esta obligación a la embarazada. Es decir, si la prohibición general del aborto hay que articularla en el Derecho penal o se puede hacer fuera de él. Esto quiere decir que el examen de proporcionalidad se da en la ponderación de las medidas para hacer frente a la prohibición. Referente a la sentencia del *BVerfG* de 1975 el autor afirma que el Tribunal no determina con la suficiente claridad en qué plano se encuentran las indicaciones. Esta falta de claridad del *BVerfG* llevó a intensas discusiones en la doctrina.

III.3.I.a. *La naturaleza jurídica de las indicaciones*

Antes de examinar cuál es la naturaleza jurídica de las indicaciones nos interesa cuáles son las consecuencias jurídicas que conlleva una y otra solución.

La calificación por parte de la doctrina de las indicaciones va desde una causa de justificación a una excusa absolutoria. Es decir, que lo incluyen o en el plano de la antijuridicidad, en el de la culpabilidad o en el de la punibilidad.

Como consecuencias de la indicación considerada causa de justificación nos encontramos en primer lugar con la imposibilidad de que un tercero le preste auxilio. Nadie podrá impedir que se realice un aborto indicado. Además será válido el contrato celebrado con el médico que versa sobre la interrupción del embarazo. Cabría la cobertura de los gastos ocasionados por la Seguridad Social (128) y se consideraría enfer-

(127) CLASSEN cita el caso de la embarazada que daría a luz a un niño con una mínima probabilidad de sobrevivir para la indicación eugenésica y afirma que hay supuestos imaginables para la indicación social que tuvieran tal envergadura aunque no cita ningún ejemplo (CLASSEN, *op. cit.*, pp. 217 y ss).

(128) Pone en duda que la justificación del aborto conlleva su cobertura por la Seguridad Social: ISENSEE, *Abtreibung als Leistungstatbestand*, *op.cit.*, p. 1654.

medad no provocada, dando derecho a la percepción del salario durante la baja ocasionada por el aborto.

Si se califica la indicación como causa de exculpación o como excusa absolutoria si cabría el auxilio a terceros, es decir que un tercero puede impedir el acceso de la embarazada a una clínica abortiva y podría hasta matar al médico si fuera la única medida eficaz para impedir el aborto porque el médico actuaría antijurídicamente, aunque quedaría exculpado de la misma forma que la embarazada por mandato de la Ley (129). El padre, como garante de la vida del *nasciturus*, está obligado a prestar este auxilio y caso contrario sería responsable de un delito de comisión por omisión. Terceros podrían responder en su caso por un delito de omisión del deber de socorro (130). El contrato con el médico no sería válido, no se cubrirían por la Seguridad Social los gastos ocasionados y la embarazada no tuviera derecho al salario durante la baja.

Las diferentes consecuencias jurídicas nos muestran la importancia fundamental de la calificación jurídica de las indicaciones.

Una vez expuesto, a través de la posición de CLASSEN, el criterio de la inexigibilidad utilizado por el *BVerfG* en ambas sentencias y las consecuencias de la calificación jurídica, vamos a analizar la postura de la doctrina penal en el tema de la naturaleza de las indicaciones, puesto que ni el legislador, al utilizar la terminología de «no serán punibles...» (§218a StGB), ni el *BVerfG* en sentencia de 25 de febrero de 1975, se pronuncian claramente sobre este tema. En esta discusión, subyace en todo momento el valor que el *BVerfG* le da a la vida no nacida como punto de partida para la calificación jurídica de las indicaciones. En la práctica fueron tratadas, salvo contadas excepciones (131), como causas de justificación.

III.3.I.a i. LAS INDICACIONES COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Por una parte, nos encontramos con los autores (132) que afirman que todas las indicaciones son causas de justificación. Estos autores

(129) TRÖNDLE, en: DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 42.^a ed., Rdnr. 9e vor ss. 218.

(130) La responsabilidad por omisión ha sido advertida por BELLING (BELLING, *op. cit.*, p. 144) y por GRITSCHNEDER, «nicht strafbar» = «nicht rechtswidrig»?., *MedR* 1984, p. 100.

(131) Bayrisches Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Estado Federado de Baviera) Notlagenindikation als Schuldausschließungsgrund, *NSiZ* 1990, pp. 389 y ss. El Tribunal Superior del Estado Federado de Baviera califica, en sentencia de 26.4.1990, de causa de inimputabilidad a la indicación social. La sentencia ha sido criticada por ESER, porque la argumentación que hace el Tribunal indica una causa de exculpación, ya que no hay causas de inimputabilidad ni ningún error de prohibición. ESER, Zur Rechtsnatur der «Allgemeinen Notlagenindikation» zum Schwangerschaftsabbruch, en ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch: auf dem Weg zu einer Neuregelung*, Baden-Baden 1992, pp. 54 y ss.

(132) JÄHNKE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., Berlin/New York 1989, vor §218 Rdnr. 22; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 41.^a

suelen hacer un análisis de la legislación vigente (hasta 1993) y llegan a la conclusión de que el legislador ha querido establecer unas causas de justificación y que con ello no ha salido del ámbito marcado por el *BVerfG* en su sentencia de 1975. La mayoría de estos autores, basan su argumentación en la inadmisibilidad de las consecuencias que conllevaría una calificación de antijuridicidad, consecuencias que el legislador nunca hubiera querido y que hemos apuntado al principio de este apartado.

El ejemplo que demuestra con más claridad esta insostenibilidad es justamente el caso de la indicación vital. Nos tenemos que imaginar el marido que obliga a la embarazada a sacrificarse por el *nasciturus*. BELLING (133) argumenta en este contexto que en la sociedad actual no hay persona dispuesta a prestar el auxilio a terceros y que caso de haberlos los hospitales disponen de la seguridad suficiente para impedir el paso a los quirófanos, argumentación rechazada por GROPP (134) con buen criterio, ya que el derecho tiene que dar respuestas satisfactorias también a estas situaciones y no puede confiar en que no se produzcan.

La argumentación de los autores que afirman el carácter justificante de las indicaciones convence en el plano en el que se mueven, es decir, en relación con la ratio del legislador de establecer unas causas de justificación. Si el legislador hubiera querido limitarse a establecer unas causas de exculpación nos encontraríamos que, siendo las indicaciones Ley especial, impidiendo así la aplicación del estado de necesidad exculpante genérico, si un tercero no médico practica un aborto en el caso de la indicación médica no se encontraría exculpado al faltar un requisito del §218a y tampoco se podría aplicar el § 34 (estado de necesidad exculpante). Queda claro que el legislador no ha querido endurecer el sistema sino liberalizarlo (135). Se hecha en falta en este tipo de argumentaciones un análisis de la viabilidad constitucional de esta solución ya que se suelen fundamentar en una interpretación de la sentencia del *BVerfG* de 1975 y no en la Constitución misma como lo hace por ejemplo BELLING.

III.3.I.a.ii LAS INDICACIONES COMO CAUSAS DE EXCULPACIÓN O EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Por otro lado nos encontramos a los autores (136) que consideran que, siguiendo la dogmática en materia de causa de justificación, resulta

ed., §218a Rdnr.9; LAUFHAÜTTE/WILKITSKI, Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, *JZ* 1976, p. 330; ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed. München 1991, § 218a Rdnr.5.

(133) BELLING, *Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a haltbar?*, Berlin New York 1987, pp. 104 y 144.

(134) GROPP, § 218a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmässigen Schwangerschaftsabbruch, *GA* 1988, p. 11.

(135) GROPP, *op. cit.*, p. 13.

(136) BELLING, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; TRÖNDLE, Die «Soziale Indikation»-Rechtfertigungsgrund?, *Jura* 1987, pp. 60 y ss.; GEIGER, Die Rechtswidrigkeit des Schwangerschafts-

insostenible establecer causas de justificación si se parte de la concepción de la igualdad de valor entre la vida nacida y la vida no nacida. Parten de la idea de la ponderación de intereses y de que solamente es posible justificar una conducta si el interés salvado supera esencialmente el interés sacrificado (criterio establecido en el StGB en su § 34 para el estado de necesidad justificante). Aunque el Reichsgericht en 1927 (RGSt 61,242) establecía, que en el caso de una colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o la salud de la embarazada, mediante una ponderación de bienes, tendrían preferencia los derechos de la embarazada, tal razonamiento no nos puede servir de base. En la citada sentencia, el Reichsgericht medía el valor de los bienes jurídicos de acuerdo con la pena prevista para el caso de su afeción (137). Además, ya LENCKNER (138) resaltó que no es posible basar las causas de justificación en una simple ponderación de bienes jurídicos sino que se hace necesario una ponderación de intereses. Siguiendo la teoría de la ponderación de intereses (139), el autor que con más detenimiento se ha ocupado de este tema ha sido BELLING.

En un estudio que analiza la naturaleza jurídica de las indicaciones, tanto desde la perspectiva del Derecho constitucional como del Derecho penal, el autor afirma que solamente podrá ser justificado el aborto realizado bajo los presupuestos de la indicación doblemente vital. Se refiere con la indicación doblemente vital al caso en el cual, si no se realiza el aborto, mueren tanto la embarazada como el *nasciturus*. BELLING justifica su posición alegando que en este caso el que interrumpe el embarazo no determina el destino del *nasciturus* destinado a morir de todas formas (140). Esta argumentación ha sido criticada por GROPP (141) ya que en

sabbruchs, *FamRZ* 1986, pp. 1 y ss.; KLUTH, Das Grundrecht auf Leben und die «ratio» des Gesetzgebers, *GA* 1988, p. 547; ESSER, Die Rechtswidrigkeit des Aborts, *MedR*, 1983, pp. 57 y ss.

(137) La distinta amenaza penal del delito de aborto y del delito de homicidio y de las lesiones se basa más bien en las circunstancias peculiares que llevaban a la mujer a abortar ya que históricamente el derecho penal alemán reconocía expresamente la igualdad de valor entre el bien jurídico vida no nacida y vida nacida (Allgemeines Landrecht pár. 10,I, 1) Citado en el libro de BELLING a través de WAIDER, *Die «Rechtswidrigkeit» des artifiziiellen Aborte und der Perforation im medizinisch indizierten Fällen, zugleich ein Beitrag zur Methodologie des Naturrechts*, KÖLN, 1951, p. 319.

(138) LENCKNER, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, *GA* 1985, p. 301.

(139) LENCKNER considera que una causa de justificación no se puede verificar simplemente a través de la valoración de los bienes jurídicos en juego sino que el valor de los bienes jurídicos solamente tiene carácter indicativo. Hay según él más intereses que entran en juego a la hora de valorar una conducta. Nos da el ejemplo del médico que le estirpa contra su voluntad a una persona su riñón para salvar la vida de otra. De acuerdo con la ponderación de bienes jurídicos nos podríamos encontrar ante una situación justificante pero hay que tener en cuenta intereses generales como la libertad y la seguridad del ciudadano. LENCKNER, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

(140) BELLING, *op. cit.*, p. 135.

(141) GROPP, § 218a als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmässigen Schwangerschaftsabbruch, *GA* 1988, pp. 8 y ss.

el estado de necesidad agresivo el ordenamiento no justifica en ningún momento la muerte de una persona. ESSER (142) considera por su parte que tampoco en el caso de la indicación doblemente vital se encuentra justificada la interrupción.

Para el caso de la indicación vital simple BELLING afirma que, tratándose de una colisión entre dos bienes jurídicos de igual valor, la conducta que lesiona uno de los bienes jurídicos para salvar al otro solamente puede ser exculpada (144). De todas formas, la idea de la ponderación de intereses no es aplicable al conflicto entre dos vidas ya que se trata de un valor absoluto (145), es decir, nunca puede ser justificante.

Hay autores (146) que alegan intereses en este conflicto tales como el mayor interés de la embarazada en la sociedad o el mayor dolor que provoca la muerte de la madre en su entorno social que el que provoca la muerte del *nasciturus*. Estos intereses no son admitidos por BELLING en la ponderación afirmando que estos autores no le dan el mismo valor a la vida nacida que a la vida no nacida, aunque no lo admitan claramente (147).

Para las demás indicaciones, a excepción de la vital, la fundamentación de una causa de justificación se hace aún más insostenible. Aunque tengamos en cuenta la incidencia del nacimiento de un niño fruto de una violación o gravemente malformado en la vida de la mujer, si ponderamos los intereses y tenemos presente en cada momento que la vida del *nasciturus* tiene el mismo valor que la vida nacida no se puede afirmar que los intereses de la embarazada tengan mayor valor que la vida del *nasciturus*. Hay que tener en cuenta también que los bienes jurídicos de la embarazada pueden ser limitados mientras que el derecho a la vida del *nasciturus* o se respeta o se destruye. En relación con las demás indicaciones, BELLING afirma que entra en juego el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art.21 de la Ley Fundamental. Pero según BELLING (148) este derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por los derechos de los demás. Quiere decir el autor, con ello, que la limitación del derecho de la madre en su libre desarrollo no tiene su fundamento en una colisión de derechos fundamentales sino

(142) ESSER, *Die Rechtswidrigkeit des Aborts*, *MedR*, 1983, p. 59.

(143) Se refiere al caso en el cual solamente puede o sobrevivir la madre o sobrevivir el *nasciturus*.

(144) BELLING, *op. cit.*, p. 128.

(145) LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a ed., § 34 Rdnr. 23/124.

(146) BOCKELMANN, *Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen*, en *Universitätstage* 1964, Berlin 1964, pp. 211 y ss.; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, p. 267.

(147) Para ello alega el ejemplo de la colisión entre la vida de un recién nacido y la vida de la embarazada, diciendo que en este supuesto nadie justificaría el sacrificio de la vida del recién nacido para salvar la vida de la embarazada. BELLING, *op. cit.*, p. 119.

(148) BELLING, *op. cit.*, p. 77.

en una interpretación del ámbito de protección de una libertad de actuación, que ya previamente ha sido concedida con reserva de los derechos de los demás (149). Es decir, que solamente sería posible establecer una excusa absoluta en estos casos.

En resumen para BELLING solamente la indicación médica (a excepción de la doblemente vital de naturaleza justificante) puede considerarse, como causa de exculpación, quedando para las demás indicaciones, simplemente, la posibilidad de excluir la punibilidad.

Otros autores no han sido tan radicales y han admitido que la indicación médica (referido a los supuestos en los que está en peligro la vida de la madre) y la indicación ética, también constituyen causas de justificación ya que supone un ataque a la dignidad humana de la embarazada (150).

En resumen hay que hacer constar que aunque estos autores siguen fielmente la dogmática penal sus conclusiones no son satisfactorios en el plano práctico. Como ya hemos afirmado, las consecuencias a que lleva la calificación tanto de causa de exculpación como de excusa absoluta son insostenibles dentro de la sociedad. Nadie puede obligar a la embarazada a que se sacrifique por el niño. Pero no es por razones de aplicar la dogmática penal sino, a nuestro juicio por el punto de partida. Ya hemos hecho referencia con anterioridad a que la interpretación del TC y de la mayoría de la doctrina referente al valor de la vida no nacida no se corresponde con la reinante en la sociedad actual.

En este contexto, resulta interesante pero no satisfactorio el paso que da GROPP para resolver este dilema en el ámbito de la indicación médica. Advirtiendo las deficiencias de ambas posturas radicales, el autor afirma que la elección entre una u otra naturaleza de la indicación, es la elección entre dos males y que por eso hay que decidirse por el mal menor. El mal menor es para este autor el reconocimiento de la existencia de unas causas de justificación.

De acuerdo con la dogmática penal es imposible que el legislador cree unas causas de justificación en los conflictos que pueden surgir a raíz de un embarazo. Esta conclusión que para algunos autores es una conclusión final (151) para GROPP es solamente una conclusión provisional. Afirma que el § 218a referente a la indicación vital hay que entenderlo como una causa de justificación. Esta interpretación la basa en la ratio del legislador. Esto significa una ruptura con el principio de la inviolabilidad de la vida inocente (152). Esta ruptura, según el autor, es

(149) Por su parte ISENSEE, considera que solamente en los casos no indicados se trata de una limitación interpretativa del derecho al libre desarrollo de la embarazada. ISENSEE, *Abtreibung als Leistungstatbestand...*, *op. cit.*, p. 1646.

(150) Así BRIEBMANN, *op. cit.*, p. 399. Este autor no especifica como llega a esta conclusión sino que afirma que se trata de una decisión del legislador constitucionalmente tolerable ya que se puede apreciar analogías con las causas de justificación.

(151) BELLING, *op. cit.*, p.142, ESSER, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

(152) ROXIN, *Notstandsähnliche Lage - ein Rechtfertigungsgrund?*, en HERZBERG (ed.), *Festschrift für Oehler*, KÖLN, Berlin, Bonn, München, 1985, p. 187. Referente al

el precio que hay que pagar para la solución de causa de justificación y justifica la ruptura porque aunque ambos bienes jurídicos son igualmente dignos de protección uno de ellos, la vida no nacida, resulta más difícil de proteger. Por esta dificultad, el legislador puede llevar a cabo una decisión de preferencia (*Vorzugsentscheidung*) y, a raíz de esta decisión de preferencia, permitir la intervención (*Eingriffsgestattung*) en el bien jurídico al que no ha dado la preferencia en atención a la dificultad de su protección, y esto es lo que hace cuando establece las indicaciones (153).

Sin embargo, la fundamentación constitucional de su solución es bastante pobre, ya que remite al reconocimiento casi unánime de la indicación vital como causa de justificación por la doctrina constitucional (154) lo cual supone el reconocimiento de la posibilidad del legislador de tomar una decisión de preferencia y permitir la intervención. No creemos que la dificultad de protección pueda autorizar al legislador a abandonar esta protección sino que tiene que buscar medidas eficientes o por lo menos las más eficientes. Pero GROPP se limita en su argumentación a los casos médicamente indicados.

III.3.I.a.iii SOLUCIONES INTERMEDIAS

Buscando una solución para todas las indicaciones entre las dos posturas anteriormente apuntadas, se encuentran intentos de compensar las deficiencias de éstas, como el de GÜNTHER que crea una categoría nueva como la del las «echte Strafunrechtsausschließungsgründe» (causas de exclusión del injusto propias) (155). Frente a las «unechte Strafunrechtsausschließungsgründe» (causas de exclusión del injusto impropias) las anteriores solamente suponen una justificación en el ordenamiento jurídico penal en el cual tiene su origen ya que por una disminución del contenido del injusto desaparece el merecimiento de pena. No tiene carácter justificante en todo el ordenamiento jurídico. Aunque se trata de actos no antijurídicos siguen siendo ilícitos. Por ello cabe la legítima defensa ya que la falta de merecimiento de pena no obliga a la víctima a tolerar la intromisión (injerencia) en sus derechos. De acuerdo con esta posición en el aborto socialmente indicado (156) tendría que haber la legítima defensa.

estado de necesidad afirma que nadie puede matar con dolo directo a una persona inocente que no ha contribuido a la creación del estado de necesidad.

(153) GROPP, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

(154) GROPP cita en este contexto DÜRING en MAUNZ/DÜRING/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar* 1985, art. 2II, Rdnr. 23; PHILIPP, *Abtreibung als öffentlich-rechtliche Kassenleistung - Eine zentrale Frage des Rechtsstaates*, Jura 1987, p. 90; STÜRNER, *Schadensersatz für missglückte Abtreibung - ein Problem der Schadenszurechnung*, JZ 1986, p. 123; STÜRNER, *Das nicht abgetriebene Wunschkind als Schaden*, FamRZ 1985, p. 754. (GROPP, *op. cit.*, p. 12).

(155) GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln 1983, p. 384.

(156) La indicación social para GÜNTHER entra dentro de las causas impropias de exclusión del injusto (GÜNTHER, *op. cit.*, p. 314).

Pero como a GÜNTHER no le parece una solución satisfactoria advierte que, en estos casos, el Estado tolera expresamente los ataques a la vida en formación y le niega así a la vida en formación conscientemente no solamente la protección penal sino la protección jurídica en general. Es decir, que tiene carácter justificante a nivel del ordenamiento jurídico en su totalidad con las consecuencias que tienen todas las causas de justificación. Con razón advierten LENCKNER (157) y BELLING (158) que no hay diferencia con las causas de justificación tradicionales, salvo que se denomina de forma distinta. Con todo ello vemos que no aporta una solución nueva al problema de la naturaleza jurídica de las indicaciones.

Otros autores como KAUFMANN (158) optan por un ámbito libre de Derecho (160) que critica el binomio antijurídico-justificado y quiere crear una figura intermedia dentro de la antijuridicidad a la que llaman «unverboten» (no prohibido). Esta calificación sería aplicable a los casos en los cuales el legislador no puede prescribir una conducta y tiene que dejar la decisión a cargo del autor (161). Se trata de la colisión de bienes e intereses que no pueden ser ponderados (162).

No quiere que el legislador prescriba en estas situaciones una determinada conducta y tampoco quiere que se califique la conducta realizada como justificada. El legislador debe abstenerse de calificar estas conductas.

La argumentación de KAUFMANN es aplicable a los supuestos de la indicación médica porque realmente resulta imposible ponderar una vida con otra. Pero no justifica a nuestro juicio de forma suficiente su aplicación a las demás indicaciones. Indicio de ello es que cuando KAUFMANN habla de las demás indicaciones advierte que en estos casos la mujer tiene en principio una salida a su problema pero se pregunta el autor si el legislador puede exigir este heroísmo bajo amenaza penal (163). Parece que hace referencia a la culpabilidad. Creemos que no distingue entre la imposibilidad (indicación médica estricta) y la inconveniencia de resolver los conflictos de un embarazo no deseado (las demás indicaciones) por el derecho penal.

Al ser en este tema la cuestión más importante la de las consecuencias jurídicas de un aborto realizado a raíz de una indicación veremos

(157) LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.^a ed. München 1985, vor § 32 Rdnr.8.

(158) BELLING, *op. cit.*, p. 96.

(159) KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?* JZ 1992, p. 983.

(160) Se trata más bien de la creación de un ámbito libre de aprobación o desaprobación de la conducta por el Derecho (GROPP, *op. cit.*, p. 27).

(161) Hace referencia al caso del médico que solamente puede atender a un paciente estando los dos necesitados de ayuda.

(162) En relación con el aborto: KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, en SCHRÖDER/ZIPF (ed.) *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe 1972, p. 341.

(163) KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum*, *op. cit.*, p. 340.

que solución da KAUFMANN. La primera vez que el autor expone su teoría en 1972 (164) afirma que se podría eliminar el auxilio de terceros pero no la legítima defensa. El autor advierte que no es una solución ideal. A nuestro juicio, se trata de una violación del principio de igualdad ya que discrimina a los que no pueden ayudarse por sí mismos. Al *nasciturus* no le sirve de nada la legítima defensa. Retomando su teoría a raíz de la nueva *Ley de Ayuda para la Familia y la Embarazada* de 1992 no especifica bien cuáles serán las consecuencias afirmando que en caso de duda, hay que tratarlo como una causa de justificación (165).

Prescindiendo de un análisis exhaustivo de tales teorías creemos que aquí los autores quieren darle una solución lingüística al problema de las indicaciones. Las consecuencias jurídico-penales son las mismas para el *nasciturus*, aunque la calificación jurídica pretende indicar un tratamiento distinto. El dilema en el cual se encuentran lo quieren solucionar advirtiendo que la conducta no es deseada, pero que no sea deseada lo expresan con conceptos (causas de exclusión del injusto propias, no prohibido) que no creemos que sean entendibles por los destinatarios de la norma (166) y al *nasciturus* le privan de la consecuencia más importante del juicio de antijuridicidad, el auxilio de terceros. En el plano preventivo general el cambio de vocabulario supone añadir una dificultad más a la ya difícil interpretación de la regulación legal del aborto. Además, resulta dudoso que, en un tema tan importante como es el derecho a la vida, el Estado pueda crear un ámbito libre de Derecho ya que, como dice BELLING (167), la consecuencia de un aborto es la muerte de un ser humano.

III.3.I.a.iv. LA POSICIÓN DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Como hemos visto, se trata de un problema no resuelto satisfactoriamente por la doctrina. Sobre todo en los últimos años, se habían intensificado las críticas frente a la justificación de los abortos indicados. A pesar de estas críticas, el *BVerfG* opta por mantener la justificación de tales conductas ya que habla de que pueden existir situaciones en las cuales el *ordenamiento jurídico estatal* no le puede exigir a la embarazada que de preferencia a la vida del *nasciturus* (168). El Tribunal hace referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico con lo cual hay que interpretarlo como una causa de justificación. Esto quiere decir que no hay una obligación de continuar el embarazo lo cual se manifiesta en un limitación de la prohibición general del aborto. Pero hay que resaltar

(164) KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum...*, op. cit., p. 342.

(165) KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch...*, op. cit., p. 985.

(166) Dificultad que advierte KAUFMANN (KAUFMANN, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch...*, op. cit., p. 985).

(167) BELLING, op. cit., p. 44.

(168) *BVerfGE* 1993, *JZ* 93, p. 17.

que se trata de una calificación que dogmáticamente no es sostenible. La conducta de abortar solamente puede estar justificada si de una ponderación de intereses los intereses de la embarazada resultan más importantes. Existe así una incongruencia entre los presupuestos que establece el *BVerfG* (valor de la vida nacida) y la regulación legal del aborto. Esta incongruencia se muestra en la sentencia en la afirmación del valor absoluto de la vida no nacida y la justificación de su destrucción en casos en los cuales la embarazada no puede alegar derechos fundamentales que sean de rango superior a la vida del *nasciturus*. Puede deberse tal discrepancia, en un primer lugar, a una interpretación de la Constitución que no se encuentra compartida por el destinatario de la norma. Esta interpretación lleva a que, sobre todo en la indicación vital, se llegue a consecuencias insostenibles si se determina la naturaleza jurídica de los abortos indicados de acuerdo con la dogmática penal.

Ha sido BRUGGER (169) el que ha advertido esta incongruencia. Habla de los principios generales que se inspiran en principios morales, pero cuando estos principios generales se tienen que aplicar al caso concreto de una situación que indica un aborto, el *BVerfG* propone soluciones de acuerdo con las necesidades concretas. Se produce entonces una ruptura con los principios generales ya que si la vida es un valor absoluto no se puede hacer la ponderación entre los intereses de la embarazada y el derecho a la vida del *nasciturus* llegando a la conclusión que son los intereses de la embarazada los que prevalecen.

El dilema del legislador y en este caso del TC es que la dogmática penal no permite crear una causa de justificación cuando colisionan dos valores de la misma envergadura y mucho menos cuando el valor sacrificado es superior al valor que se pretende salvar.

De la misma forma hay que reconocer que una interpretación de las indicaciones como causas de exculpación o excusa absolutoria en la práctica no es viable por que supondría que el padre le podría obligar a la embarazada a que tuviera al niño sacrificando su vida.

Un primer paso para paliar esta contradicción sería una interpretación del valor de la vida no nacida de acuerdo con la valoración que hace de la misma el destinatario de la norma. Queda comprobado que la mayoría de éstos no le da el mismo valor a la vida nacida que a la no nacida. Así por lo menos en algunas indicaciones se podría llegar a la conclusión de que se trata de una causa de justificación. La determinación de hasta qué punto todo tipo de aborto indicado pueda ser considerado como justificado depende del valor que haya que darle a la vida no nacida.

Pero el legislador en la *Ley de Ayuda para la Embarazada y a la Familia* califica de no antijurídicas todas las interrupciones consentidas realizadas por un médico tras previo asesoramiento de la embarazada.

(169) BRUGGER, Abtreibung - ein Grundrecht oder ein Verbrechen, *NJW* 1986, p. 896.

Si hasta ahora hemos hecho referencia a una ponderación de intereses, nos tenemos que preguntar cómo se puede justificar una conducta sin ponderación de intereses. Aunque el legislador hace referencia a una situación de necesidad, esta no tiene que darse necesariamente. Otro dato a tener en cuenta es que si se considera que de forma general la autodeterminación de la embarazada tuviera más valor que la vida del *nasciturus* no sería posible prohibir el aborto consentido en el ordenamiento jurídico en general. Es decir, que solamente sería posible prohibir el aborto no consentido y en su caso el aborto llevado a cabo una vez pasadas las primeras 12 semanas de embarazo porque después de las primeras doce semanas se considera generalmente que la vida no nacido tiene un valor superior al de la autodeterminación de la embarazada.

Ello nos lleva al estudio de la regulación de los abortos consentidos no indicados.

Los abortos no indicados

Dentro de los abortos no indicados, el Tribunal, y de la misma forma que lo había hecho el legislador, distingue entre los abortos sin previo asesoramiento y los abortos realizados tras previo asesoramiento. Los primeros son punibles y los segundos no son punibles. En primer lugar, nos ocuparemos brevemente de los abortos sin previo asesoramiento para determinar en qué medida el Tribunal quiere establecer aquí una prohibición del aborto consentido.

El contenido del aborto punible

El derecho penal solamente prohíbe durante las primeras 12 semanas los abortos no consentidos y los abortos consentidos sin previo asesoramiento. El castigo de los abortos no indicados ética y médicamente, una vez pasadas las primeras doce semanas, no se pone en duda, porque una vez pasado este plazo de los tres meses se considera que la vida del *nasciturus* es un valor superior al de la autodeterminación de la embarazada. En relación con los abortos no consentidos, no nos encontramos ante una colisión de intereses, sino frente a la afeción de dos bienes jurídicos. Todo ello quiere decir que no se trata de casos conflictivos dentro de la regulación legal del aborto. El caso conflictivo es el de los abortos consentidos.

Dentro de la temática del aborto consentido punible, nos tenemos que preguntar si la nueva regulación del Cp prohíbe de alguna forma los abortos consentidos dentro de los primeros tres meses de gestación. La fórmula que propone el *BVerfG*, al establecer en el §218 una prohibición general del aborto, para, a través de la exclusión del tipo de los abortos asesorados, exceptuar de la intervención del derecho penal un ámbito

delimitado, hace pensar en principio que sí. Pero nos tenemos que preguntar si el Tribunal quiere que la ley prohíba abortar o que prohíba abortar sin previo asesoramiento. Queda claro que lo que se quiere prohibir es abortar sin previo asesoramiento (170). Es decir, si la mujer quiere abortar se le obliga simplemente a cumplir con un procedimiento para que el aborto deje de ser punible. A nuestro juicio, lo que se castiga en el caso de un aborto no asesorado es la omisión del deber de asesoramiento y no la comisión de un aborto doloso. El Tribunal evita la intervención del derecho penal, porque sabe que hacer cumplir una norma penal en este ámbito es muy difícil. La legislación anterior ha demostrado con qué facilidad una prohibición del aborto consentido pierde vigencia normativa y sancionadora. Por eso, el Tribunal quiere asegurar que esta norma no se incumpla de forma notoria ya que así tal norma perdería vigencia (171). Para poder mantener la prohibición penal del aborto consentido el Tribunal acude al aseguramiento del deber de asesoramiento por el derecho penal. Pero no lo hace de forma clara sino que quiere dar la apariencia de prohibir los abortos consentidos (172). Es decir, el Tribunal tiene un interés de mantener una prohibición del aborto sobre el papel pero no quiere que se tenga que aplicar.

Frente a esta técnica, que ha sido también la del legislador, cabe hacer dos críticas fundamentales. En un primer lugar, tenemos que afirmar que en relación con el aborto consentido se trata de una prohibición simbólica porque el único mandato que conlleva consecuencias jurídico penales es el incumplimiento del deber de dejarse asesorar. El Tribunal realmente no quiere prohibir el aborto consentido.

En un segundo lugar, y relacionado con este simbolismo, la pena para el aseguramiento del asesoramiento es excesiva ya que se trata de un procedimiento. Hay que tener en cuenta que el desvalor del resultado es el mismo en ambos tipos de aborto, en el asesorado y en el no asesorado. En lo que respecta al desvalor de la acción no creemos que se justifique un tratamiento tan dispar para ambos casos sobre todo si nos imaginamos el caso de una embarazada que ya abortó en su día por las mismas razones y se dejó asesorar entonces. Ella sabe las soluciones que le van a proponer pero también está convencida como en el primer caso de que no se le puede solucionar el conflicto y no va al asesoramiento aunque ella sabe que está obligada.

(170) En el mismo sentido: FROMMEL, *Kommentar zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28 Mai 1993*, *Kritische Vierteljahresschrift*, Sonderheft 1993, p. 145.

(171) DRIENDLE, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, Tübingen 1983, p. 43. El autor advierte que la vigencia de la norma depende más de la apariencia que de la realidad. Si hay normas que se incumplen de forma notoria sin que los ciudadanos lo saben la norma no pierde vigencia. Pero con el aborto se trata de una norma tan conflictiva que se hacen siempre estadísticas de cifra negra.

(172) Aunque se trata solamente de los abortos consentidos no asesorados no deja de ser una forma de prohibir una parte de los abortos consentidos no indicados.

Pero este simbolismo, con la consecuencia de una pena excesiva, saltará a la vista en el momento en el cual una mujer no se deja asesorar y sea castigada con la pena de un aborto doloso. El destinatario no entenderá esta pena, sobre todo si la mujer, en el momento del aborto, se encontró en una situación difícil. Caben además dudas sobre si la pena que se impone en estos casos respeta el principio de intervención mínima (173)

III.3.1.b. *Los abortos asesorados no indicados*

Ya hemos visto que el Tribunal realmente no quiere prohibir a través del derecho penal los abortos consentidos no indicados. Mientras que para los abortos consentidos sin asesoramiento mantiene simbólicamente esta prohibición, para los abortos asesorados el Tribunal prescinde directamente de la intervención del derecho penal. Pero el Tribunal habla de una prohibición del aborto a nivel del ordenamiento jurídico en su conjunto, que, una prohibición en los abortos realizados tras previo asesoramiento y que serán seguramente todos los casos de aborto consentido, despliega su eficacia. Es decir, se sustituye la intervención penal por un asesoramiento, manteniendo la antijuridicidad en el resto del ordenamiento jurídico. Seguidamente nos ocuparemos de estos casos.

III.3.1b.i. NATURALEZA JURÍDICA

Referente al tema de los abortos no indicados, pero asesorados y llevados a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada, el legislador había establecido que se consideraran «no antijurídicos». Había equiparado los abortos indicados (referidos a todos los tipos de indicación) con los no indicados. Las indicaciones médica y eugenésica habían sido establecidas en un apartado autónomo, con la misma calificación jurídica, por razones de plazo. La indicación terapéutica no tiene plazos y la indicación eugenésica tiene un plazo de 22 semanas, porque es imposible determinar con anterioridad a la duodécima semana un diagnóstico suficientemente fiable.

Dentro de la doctrina, es ESER el que mantiene una postura muy similar a la reflejada en la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*. En la defensa que hizo este autor (174) del entonces Proyecto de Ley ante la comisión, secundó la calificación de «no antijurídica». En su ar-

(173) OBERLIES, § 218 - ein Grenzfall des Rechts?, *Kritische Vierteljahresschrift, Sonderheft*, p. 205.

(174) ESER/KOCH, Plädoyer für ein notlagenorientiertes Diskursmodell», ESER/KOCH, en *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung: gesammelte Studien und Vorschläge*, Baden-Baden 1992, pp. 163 y ss.

gumentación, ESER se basa en la indicación social. En estos casos, según este autor, es muy difícil para la embarazada comunicar el conflicto existente. Además resulta casi imposible para el médico enjuiciar un conflicto tan personal como puede ser una situación conflictiva con la pareja. La solución de ESER es presumir la existencia de una situación de conflicto suficientemente grave para justificar el aborto. Esto quiere decir que a raíz de la imposibilidad de comunicar la situación de conflicto a un tercero, la existencia de una situación justificante no se controla sino que solamente se presume su existencia (175). Para ESER, la no admisión de tal presunción supondría que se considera que la embarazada actúa sin conciencia y que el Estado «pacta con el injusto» al asesorar y «permitir» los abortos. Las críticas que se le pueden hacer a ESER son justamente las que el *BVerfG* le hace a la solución adoptada por el legislador.

El *BVerfG* admite la legitimidad de prescindir de la utilización del derecho penal en un ámbito limitado (176), si a través de otras medidas se proporciona una protección eficaz al *nasciturus* y si queda constancia de la desaprobación del aborto dentro del ordenamiento jurídico inferior a la Constitución. Pero el *BVerfG* rechaza la calificación de los abortos no indicados, cumpliendo el trámite del asesoramiento, como "no anti-jurídicos" ya que, si los declarase tales, el Estado participaría y aprobaría tales conductas (estarían en principio cubiertos por la Seguridad Social). Aduce, también, el Tribunal que la creación de una causa de justificación solo es legítima si hay razones comprobables para su existencia y que estas razones tengan consistencia ante el orden de valores establecido por la LF (177). Es decir, que no cabe la presunción de la existencia de una causa de justificación.

III.3.1b.ii. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ABORTOS SOCIALMENTE INDICADOS

Una vez afirmada la antijuridicidad de los abortos asesorados no indicados, el *BVerfG* considera que, por razones de efectividad, el legislador tiene que tratar de forma unitaria los abortos asesorados no indicados y los abortos socialmente indicados. Por eso, el *BVerfG* suprime la indicación social que queda comprendida dentro de los abortos asesorados.

Nos parece de dudosa legitimidad suprimir una indicación justificante que según el *BVerfG* se *puede* establecer si guarda congruencia

(175) Se trata de un sistema parecido al francés. Vid. GÜNTHER, Die Gesetzesentwürfe zur Reform des Abtreibungsstrafrechts und das französische Modell, *MedR* 1992, p. 70.

(176) Con la expresión «limitado» el TC hace referencia a los abortos asesorados.

(177) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 23.

con la gravedad de las demás indicaciones. El *BVerfG* establece que, en el caso de la indicación médica, el legislador tiene que establecer una indicación justificante, y que en las demás situaciones de inexigibilidad puede establecer una indicación justificante. Si el legislador por inexigibilidad establece una indicación eugenésica y criminológica también tiene que establecerla para los casos en los que, por razones sociales, le es inexigible a la embarazada que continúe con el embarazo, porque el concepto y las consecuencias de la inexigibilidad tienen que ser en todas las indicaciones el mismo. Es decir, si el *BVerfG* afirma que puede haber situaciones en las cuales, según sus criterios, le es inexigible a la embarazada que continúe con el embarazo y la inexigibilidad es el criterio que utiliza el *BVerfG* para establecer una causa de justificación, no puede afirmar en la misma sentencia que la embarazada no puede exigir por sus posiciones de derechos fundamentales que se le reconozca una causa de justificación basada en una situación de necesidad. Esta arbitrariedad iría en contra del principio de igualdad (178).

WALTHER y HERMES advierten, en su comentario a la sentencia, que el legislador por la eficacia del sistema de asesoramiento se encuentra en el dilema de tener que tratar de forma igual a casos desiguales. Afirman que la solución del legislador de tratar a todos los abortos como justificados, lejos de ser la solución perfecta, es la menos discriminatoria. Alegan que en el caso de las embarazadas que abortan por una indicación social pero que reciben el mismo tratamiento jurídico que las embarazadas que abortan sin una causa tan grave, se lesiona un derecho fundamental subjetivo, mientras que si los abortos asesorados se tratan como justificados, solamente se lesiona el principio de igualdad como principio objetivo. Además, consideran que la solución que da el *BVerfG* es doblemente discriminatoria, ya que las mujeres que se encuentran en una situación de conflicto, que supondría el reconocimiento de una indicación social, se encontrarían discriminadas, en primer lugar, frente a las que están justificadas por una indicación y, en segundo lugar, frente a las que no están justificadas por no darse una situación que dé lugar a una justificación. Referente a la calificación de las interrupciones asesoradas como justificadas, los autores precitados afirman que solamente hay una discriminación simple de las mujeres que se encuentran en una situación que da lugar a una indicación y las mujeres que solamente han sido asesoradas. Este último argumento no nos parece un argumento convincente ya que la discriminación a favor o en contra del reo no puede olvidar las consecuencias que tiene una y otra calificación para el *nasciturus*. Establecer una causa de justificación supone una intervención en el derecho a la vida del *nasciturus* que tiene que respetar el principio de intervención mínima (*Übermaßverbot*). En este contexto tiene que ser la única medida posible para resol-

(178) En este mismo sentido HERMES/WALTHER, *op. cit.*, pp. 2342 y ss.

ver el conflicto ya que si hay otra menos gravosa para el *nasciturus* el legislador tiene que adoptar ésta.

Además, hay que hacer otra crítica al *BVerfG*, ya que el Tribunal, cuando fundamenta la antijuridicidad de los abortos asesorados, lo hace en la necesidad de distinguir claramente entre justo e injusto. Si es tan fundamental esta distinción cabe preguntarse por qué el *BVerfG* califica entonces dos casos distintos de forma unitaria (179).

A pesar de la dudosa legitimación, ya advertida en el voto particular (180), del tratamiento unitario que da el *BVerfG* a ambos casos de interrupción, no se puede afirmar que la solución del legislador sea constitucionalmente admisible, ya que, como hemos afirmado, la existencia de una causa de justificación no se puede presumir. Nos parece que autores como WALTHER, HERMES y ESER se centran más en las consecuencias prácticas de una regulación que en su viabilidad dogmática. Eser crea una ficción jurídica. La causa de justificación obliga al *nasciturus* a soportar que la embarazada aborte. Para que esto sea así, hay que fundamentarlo en una ponderación de intereses y no se puede afirmar que aquí prevalezcan los intereses de la embarazada frente a los intereses del *nasciturus*. Que el *BVerfG*, aunque declara antijurídicas tales conductas, llega a las mismas consecuencias que WALTHER y HERMES es otra cuestión que veremos más adelante.

El legislador se encontró en el dilema apuntado por HERMES y WALTHER y optó por una de las vías que se le ofrecían, el *BVerfG* ha optado por la otra.

III.3.1b.iii. EL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Aunque el *BVerfG* le propone al legislador incluir en la categoría de las interrupciones asesoradas las interrupciones llevadas a cabo bajo los presupuestos materiales de una indicación social nos vamos a centrar al analizar esta categoría solamente en las que no serían nunca indicadas.

El *BVerfG* afirma que las interrupciones del embarazo asesoradas tiene que ser consideradas como antijurídicas, es decir, que el legislador tiene que expresar claramente el juicio de desaprobación de tales conductas por razones de prevención general positiva o integradora y porque los mandatos jurídicos de comportamiento no pueden ser mandatos a la voluntariedad (vertiente represiva).

Para comprobar si la solución que da el *BVerfG* cumple con sus propias exigencias, habrá que ver en primer lugar de forma detallada cómo el legislador penal, según el *BVerfG*, tiene que expresar que este juicio de desaprobación se mantiene en el resto del ordenamiento jurídico y qué consecuencias tendrá. El mantenimiento de este juicio de desapro-

(179) Así, HERMES/WALTHER, *op. cit.*, p. 2343.

(180) Voto particular del juez BÖCKENFORDE, *JZ* 1993, p. 49.

bación, de acuerdo con el *BVerfG*, lo tiene que expresar el legislador utilizando la expresión «no será de aplicación el §218...» (181). Para el *BVerfG* la no aplicabilidad del tipo significa que la conducta no se castiga pero que sigue siendo antijurídica para el resto del ordenamiento jurídico. Si se justificara en el ámbito penal estaría justificada en todo el ordenamiento jurídico. Aunque el *BVerfG* explica el alcance de esta categoría de «no aplicabilidad del tipo» es poco probable que, salvo destinatarios de la norma interesados en materia legal, puedan llegar a entender el mensaje de desaprobación a través de la letra de la Ley. En este tenor resulta «curioso» que el *BVerfG*, en la sentencia de 1975, rechazara la solución de plazos con el argumento, entre otros, de que la categoría jurídica de «no será punible» induciría a error al destinatario de la norma, ya que podría llegar a la conclusión de que se trataba de acciones permitidas. Afirma el *BVerfG* que de esta forma el legislador no expresaría con claridad su juicio de desvalor (182). La fórmula propuesta por el *BVerfG* en la sentencia de 1993 resta claridad, porque se podría interpretar desde su redacción literal que al ser una acción atípica se trata de una acción no antijurídica.

Pero queda otro problema muy importante por resolver. Nos tenemos que preguntar ¿dónde se establece en el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución que se prohíbe de forma general el aborto consentido aunque la mujer se haya sometido a un asesoramiento con anterioridad a la intervención? El §218 ya no prohíbe estos abortos.

A nuestro juicio tendría que ser fundamentalmente el Derecho civil el que estableciera tal prohibición. Pero en este ámbito nos encontramos con un grave problema. Dentro del Derecho civil se considera de forma mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia que el § 823 BGB (183) protege solamente a la persona nacida y no a al *nasciturus* (184). Ya en relación con la sentencia del *BVerfG* de 1975, se había criticado que el Tribunal no había hecho referencia a si en la legislación civil se encontraba tal prohibición del aborto. Pero en relación con la legislación precedente y subsiguiente a la sentencia que prohibía el aborto de forma general en

(181) *BVerfGE* 1993, *JZ* 93, p. 25 y p. 2.

(182) *BVerfGE* 39,1.53.

(183) Este artículo establece el principio de «*neminem laedere*» frente a «otros». El término otros ha sido interpretado en el derecho civil alemán como persona nacida refiriéndose para ello al § 1 BGB que establece que la capacidad jurídica empieza con el nacimiento.

(184) Esta problemática se ha discutido de forma extensa en relación con las afecciones a la integridad física del *nasciturus*. Pero solamente se cuestionaba en el hipotético caso de que el niño sobreviviera hasta después del nacimiento y no se dudaba que el § 823 BGB no era de aplicación si el niño a raíz de las lesiones sufridas ya moriría dentro del seno de la madre. Vid. SIGEL, *Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die Leibesfrucht über § 218ff. StGB hinaus*, Tübingen 1987, pp. 53 y ss.; STOLL, *Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, en Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, 1965, pp. 750 y ss.; TREPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen 1973, pp. 39 y ss.

el Cp alemán, por la necesidad de la unidad del ordenamiento jurídico, había que presuponer la antijuridicidad en todo el ordenamiento (185). Pero ahora nos encontramos con que ya no hay antijuridicidad penal y por ello se hace necesario que sea el Derecho civil el que la establezca.

Parece que el *BVerfG* extrae la prohibición del aborto asesorado y su antijuridicidad directamente de la Ley Fundamental. El *BVerfG* habla casi exclusivamente de confirmar y demostrar el juicio de desvalor en el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución. Todo esto hace sospechar que el Tribunal sigue en esta materia la teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre terceros (186). Pero la obligación de protección de la vida del *nasciturus* no quiere decir que la Constitución prohíba al ciudadano abortar sino que tiene que ser el legislador ordinario el que lo prohíba (187). Entonces nos encontramos con una pretendida prohibición que no se plasma en la legislación ordinaria.

Pero como hemos visto, el Tribunal hace especial hincapié en las consecuencias de esta pretendida antijuridicidad. Entonces, tienen que ser las consecuencias de la antijuridicidad las que, a nivel de ordenamiento jurídico inferior a la Constitución, por lo menos confirmen este juicio de desvalor.

Ya hemos hecho referencia a cuáles serían las consecuencias dogmáticas de una interrupción del embarazo antijurídica (188). Pero el *BVerfG* habilita al legislador a excluir legislativamente todas las consecuencias que entorpecerían la efectividad del asesoramiento. Quedan, como consecuencia expresa, la falta de cobertura por la Seguridad Social, la nulidad de las pólizas de seguros privados que recogen la cobertura de interrupciones del embarazo antijurídicos y el contenido de la formación de los médicos y demás personal sanitario (el respeto a la vida y su obligación de salvar la vida) (189). Aunque el *BVerfG* afirma que la antijuridicidad del aborto se tendrá en cuenta a la hora de la interpretación del derecho y hasta de los principios generales, no deja claro

(185) DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1992, p. 76.

(186) HERMES/WALTHER, *op. cit.*, p. 2339; para 1975 vid. DIETLEIN, *op. cit.*, p.77.

(187) Para la diferenciación de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros con la obligación de protección. Vid. HERMES, *op. cit.*, pp. 99 y 55.

(188) La no deseabilidad de estas consecuencias en los casos de interrupciones no indicadas habría que fundamentarlas de forma distinta a la indeseabilidad de las citadas consecuencias en las interrupciones indicadas. El TC lo fundamenta a través de la efectividad del asesoramiento para la protección de la vida del *nasciturus*. Argumentación que en relación con el auxilio de terceros es difícil de seguir ya que el auxilio de terceros en principio sería la forma más efectiva de protección.

(189) Salta a la vista que el Tribunal para justificar la eliminación de las consecuencias no deseadas alega solamente argumentos de talante utilitarista mientras, que la justificación de la no cobertura de la Seguridad Social argumenta con la participación del Estado en actos antijurídicos. El Tribunal no hace referencia a que la eliminación del auxilio de terceros supone que el *nasciturus* está obligado a soportar una intervención en sus derechos fundamentales y que es el Estado que se lo impone.

cuáles serán las consecuencias concretas. Sobre la formación de los médicos, en la que incidiría la declaración de antijuridicidad del aborto, no creemos que pueda tener mucha influencia, porque desde siempre forma parte de la ética profesional de los médicos la obligación de conservar la vida. Queda como consecuencia clara la no cobertura de la interrupción por la Seguridad Social y por las aseguradoras privadas. La cobertura de la interrupción del embarazo por la Seguridad Social no es consecuencia de una posible justificación sino que se trata de una decisión del legislador cuya constitucionalidad debe ser puesta en tela de juicio. ISENSEE (190) ha llamado la atención sobre el hecho de que la retirada del derecho penal en algunos casos, por la inconveniencia de exigir a la embarazada la continuación del embarazo, no supone ni mucho menos que el Estado tenga que financiar estas conductas por el sistema social. Afirma que, en el sistema legal alemán, el paso de la tolerancia de estos comportamientos hacia la creación de un derecho a que el Estado preste la ayuda necesaria para que se lleven a cabo, se ha dado con mucha facilidad sin cuestionar su constitucionalidad. Aquí se trata de dos ámbitos muy distintos. Con ello denuncia que se cubran por la Seguridad Social los supuestos de abortos indicados. Con más razón hay que diferenciar la retirada del derecho penal y la cobertura por la Seguridad Social en el ámbito de los abortos asesorados. Entonces, la retirada del derecho penal en este ámbito, aunque sea a través de la justificación de los abortos asesorados, tal, como lo ha previsto el legislador, no lleva necesariamente a su cobertura por la Seguridad Social (191). Como afirma ESER (192) negar la cobertura hubiera sido también posible si se hubieran calificado estos abortos como no antijurídicos. Caso contrario el Estado participaría en hechos que quiere evitar. Por eso la no cobertura por la Seguridad Social no es un signo inequívoco de antijuridicidad.

Pero se podía alegar que el destinatario de la norma podría entenderlo como un juicio de desaprobación. Creemos que este argumento solamente puede tener cabida en relación con los casos de la indicación social que con anterioridad sí estaban cubiertos. Pero en relación con los abortos asesorados no creemos que, en época de crisis, se pueda entender como una desaprobación porque se recortan y no se cubren servicios sanitarios por la Seguridad Social que no son antijurídicos (cirugía estética). Este hecho ya fue advertido por uno de los votos particulares que afirma que queda la impresión de que «lo que importa es que no haya que pagar (193)».

(190) ISENSEE, *Abtreibung als Leistungtatbestand...*, op. cit., p. 1654.

(191) De *lege lata* si supone la cobertura por la Seguridad Social pero hay que plantearse la constitucionalidad del § 200e de la Reichsversicherungsordnung (Ley imperial de la Seguridad Social) que establece que se cubren los abortos no antijurídicos.

(192) ESER, *Aufbruch zu neuem Weg, Halt auf halber Strecke, Kritische Vierteljahresschrift*, Sonderheft 1993, p. 137.

(193) Voto particular de juez BÖCKENFÖRDE, *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 51.

Otro posible efecto sería que, en el asesoramiento, a la embarazada se le diría que un embarazo sin indicación es antijurídico. Pero el mismo *BVerfG* opinó en su sentencia de 1974 que la mujer decidida a abortar no se dejaría motivar por una desaprobación legal formal (194). Además el contenido del asesoramiento no trasciende más allá de las personas implicadas, es decir, que no se da este pretendido efecto preventivo general positivo.

Concluimos que, a la vista de las consecuencias que tiene, la antijuridicidad, tal como está prevista por el legislador, se trata de una declaración simbólica de antijuridicidad por parte del *BVerfG*. El simbolismo se muestra en que la antijuridicidad solamente la expresa el *BVerfG*, pero no está interesado en que sea operativa, porque una verdadera antijuridicidad conllevaría que el aborto asesorado no tenga las consecuencias dogmáticas que tiene todo acto antijurídico. Referido al aborto ya hemos, hecho referencia a la posibilidad de que un tercero pueda ejercer el auxilio de terceros, que el contrato médico no sea válido y que la Seguridad Social o cualquier seguro privado no pueda hacerse cargo de los gastos del aborto. Incluye también el deber de socorro, es decir, que si una persona pudiendo no intenta impedir el aborto sería culpable de un delito de omisión del deber de socorro (195).

Concluyendo, podemos afirmar que, en primer lugar, nos encontramos ante una dificultad de deducir de la regulación penal propuesta que el aborto realizado tras previo asesoramiento de la embarazada siga siendo antijurídico como pretende el *BVerfG*.

En segundo lugar no encontramos en el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución una norma que prohíba el aborto asesorado no indicado.

En tercer lugar no hay consecuencias jurídicas que dejen constancia de esta antijuridicidad.

III.3.1.c. *El efecto represivo y preventivo general de la prohibición del aborto*

Las conclusiones a las cuales hemos llegado con anterioridad, es decir el simbolismo de la prohibición penal de los abortos sin previo asesoramiento y de la antijuridicidad de los abortos una vez pasado el asesoramiento, nos muestran claramente que en lo que se refiere a la vertiente represiva de la regulación que propone el Tribunal no hay más

(194) *BVerfGE* 39,1,55.

(195) Se prevé la posibilidad de nombrar un vigilante (§1912 BGB) para que la embarazada no aborte, (GRITSCHNER, *op. cit.*, p. 100).

mandato legal que el de dejarse asesorar. La realización o no del aborto se deja a la voluntad de la embarazada.

Pero el Tribunal no solamente había insistido en que los mandatos legales no pueden ser mandatos a la voluntariedad, sino que una prohibición del aborto tendría un efecto preventivo general positivo de suma importancia para la protección del *nasciturus*. Se trata de mantener el valor vida no nacida en la conciencia de la población y el Tribunal hasta habla de crear esta conciencia.

En lo que se refiere a la prevención general positiva, en relación con la antijuridicidad del aborto asesorado, hay que mencionar que para que se de este efecto es necesario que el destinatario de la norma conozca la prohibición. En el presente caso, como hemos visto, no se da este presupuesto. Además, es necesario que, en caso de incumplir esta norma, haya consecuencias jurídicas que confirmen la seriedad de la prohibición, es decir, que siga vigente. Tampoco se da este presupuesto en el caso de los abortos asesorados porque, como hemos puesto de relieve, la negación de la cobertura por la Seguridad Social no es una consecuencia jurídica de la antijuridicidad.

Más bien es de esperar que, a través de una despenalización y una regulación legal (que en la práctica va a ser la de una solución de plazos, porque el Tribunal solamente quiere eliminar la tipicidad penal pero no la antijuridicidad en el resto del ordenamiento) los casos de aborto tras previo asesoramiento se tratarán como si estuvieran justificados, se perderá todo tipo de conciencia referente a la protección del *nasciturus*. Además, el Tribunal no quiere que solamente se eliminen las consecuencias negativas de la antijuridicidad, sino que el aborto conlleve consecuencias positivas como la percepción del salario durante la baja y la puesta a disposición de la embarazada de un médico que garantice la realización del aborto. Pero el dato más grave que va a poner de manifiesto el simbolismo de la prohibición del aborto es la imposibilidad de prestar el auxilio a terceros. Un padre que quiere impedir que su mujer aborte se dará cuenta de que el aborto en la práctica no está prohibido.

Si la regulación propuesta por el *BVerfG* no se diferencia en la práctica de la regulación propuesta por la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*, ¿qué razones tiene entonces el Tribunal para insistir en una prohibición simbólica del aborto consentido?

A nuestro juicio el simbolismo de la regulación propuesta por el legislador en su conjunto se debe a que se trata de una legislación basada en la necesidad de compromiso. De un lado, nos encontramos con los que creen que la embarazada no está obligada en ningún caso a llevar a cabo el embarazo y de otro, los que sí creen que hay tal obligación. Ya que los primeros se basan en las exigencias de la sociedad que cree que la vida del *nasciturus* es un valor inferior al de la autodeterminación de la embarazada y los segundos en la Constitución que de acuerdo con la interpretación del

BVerfG le dan el mismo valor a la vida del *nasciturus* que a la vida de la embarazada (196).

Como hemos visto, tanto el Tribunal como el legislador se encuentran en un dilema. Ya con anterioridad hemos hecho referencia a la disonancia entre la interpretación de la Constitución por parte del *BVerfG* y la opinión pública. Pero la consideración de esta disonancia puede llevar a una valoración distinta en el ámbito de la exigibilidad de continuar el embarazo. Como afirma CLASSEN hay dos niveles de exigibilidad de continuación del embarazo (197). Para el Tribunal, la continuación del embarazo no le es exigible a la embarazada cuando concurren los presupuestos de una indicación y cuando no, si la mujer se ha dejado asesorar, solamente le es exigible por el resto del ordenamiento jurídico. La ineficacia del derecho penal no justifica una intervención tan grave en los derechos de la mujer. Estamos en lo que llama CLASSEN el segundo nivel de ponderación. Lo que diferencia la posición del Tribunal de la de la opinión pública (198) es que según esta última a la embarazada no le es exigible en ningún caso que continúe el embarazo contra su voluntad, porque su autodeterminación es un valor superior frente a la vida no nacida.

Si consideramos que la vida nacida tiene el mismo valor que la vida no nacida no se puede justificar un aborto en ningún momento. El legislador puede prescindir de la intervención del Derecho penal pero no puede permitir la conducta dentro del ordenamiento jurídico y sobre todo no puede negarle al *nasciturus* el derecho al auxilio de terceros.

A través de una determinación más real de los valores en conflicto se podría llegar a afirmar que las indicaciones tienen carácter justificante. Con la justificación de los abortos el mismo Tribunal ya ha relativizado el valor vida no nacida. Si el Tribunal hubiera regulado el aborto de acuerdo con las valoraciones existentes en la sociedad hubiera aceptado la solución propuesta por el legislador (199). Pero el Tribunal habla de la necesidad de prohibición del aborto aunque en el fondo no quiere imponerle a la embarazada la obligación de llevar a cabo el embarazo (200)

(196) Somos conscientes de que se trata aquí de una simplificación de las posiciones, pero revela con más claridad el dilema del legislador.

(197) CLASSEN, *op. cit.*, p. 215.

(198) Estamos conscientes de que esta opinión pública se ha ido manejando por la prensa, que en su mayoría aboga por un sistema de plazos.

(199) Hay que tener en cuenta que el legislador no ha puesto en duda la igualdad de valor de la vida nacida con la no nacida. Creemos que solamente se puede llegar a la regulación propuesta por la Ley si relativizamos el valor vida no nacida.

(200) STÜRNER afirma que al tratarse de obligaciones personales duraderas el Estado normalmente se abstiene a imponerlas. Cita la excepción del servicio militar obligatorio. La efectiva imposición del embarazo mediante el internamiento de la embarazada tras varios intentos de aborto supone para Stürner una violación de sus derechos fundamentales. STURNER, *op. cit.*, p. 720.

No hay que olvidar que la eficacia del asesoramiento ha sido puesta en duda en 1974. Amplio estudio de la temática en GANTE, § 218 in *der Diskussion. Meinungs- und Willensbildung 1945-1976*, Düsseldorf 1991, pp. 131 y ss.

porque es consciente de que es imposible hacer cumplir esta obligación de forma coercitiva.

Relacionando lo expuesto con la obligación de protección que exige una protección mínima de la vida del *nasciturus*, se advierte que las únicas medidas que establece el Tribunal para la protección del *nasciturus* es la del asesoramiento y de medidas preventivas que favorecen la disponibilidad de la embarazada para que continúe con el embarazo. La declaración de antijuridicidad es ineficaz. Es decir, un elemento de protección previsto por el Tribunal es ineficaz. Cabe preguntarse entonces si la protección de la vida del *nasciturus* cumple con el principio de protección mínima. Si el Tribunal le da tanta importancia a la declaración de antijuridicidad para considerar que su ausencia es inconstitucional se pone en duda la constitucionalidad de la regulación del Tribunal al tratarse de una antijuridicidad simbólica y porque el mandato de continuación con el embarazo es un mandato a la voluntariedad.

Radicalizando la postura contraria, TRÖNDLE prevé un endurecimiento de la regulación penal del aborto ya que utiliza el Derecho penal para recuperar una conciencia perdida o para hacer cumplir obligaciones no consentidas por la mayoría de los destinatarios de la norma. La posición de Tröndle se corresponde con la propuesta del grupo Werner del CSU en el cual se preveía un sistema de indicaciones más restringido que el existente con anterioridad a la sentencia. A nuestro juicio, se trata de una propuesta que no se corresponde con la realidad y que llevaría a un descontento general (al no basarse en un consenso) y, seguramente, a una falta de vigencia normativa (no se cumple el mandato pero tampoco se persiguen las infracciones) ya que la regulación vigente hasta 1993, que era más liberal que esta propuesta, no tuvo tampoco vigencia normativa (201). Esta regulación, a nuestro juicio, lesionaría el principio de intervención mínima porque se aplica el derecho penal cuando no es idóneo.

En el marco de este dilema, creemos que sería mejor que el legislador estableciera una solución más sincera y prescindiera de todo tipo de simbolismo porque, a largo plazo, la solución normativa pierde vigencia. Cómo se ha expuesto, el Estado se encuentra obligado a proteger la vida del *nasciturus*. Pero no puede protegerla por una vía coercitiva durante las doce primeras semanas sino que tiene que limitarse a medidas preventivas (202) y sobre todo a medidas educativas. También será muy importante una información amplia sobre el desarrollo del *nasciturus* (203) y sobre las consecuencias de una interrupción del embarazo (204). En

(201) SCHÜNEMANN, Quo vadis § 218?, ZPP 1991, pp. 387 y ss. SCHÜNEMANN analiza la vigencia normativa de la legislación anterior a la reforma para negarla.

(202) Como medidas preventivas hay que enunciar mejoras en la legislación laboral, social y fiscal para crear los presupuestos necesarios para que no haya necesidad de abortar.

(203) Ver en este contexto, SCHLINGENSYPEN-BRUYSCH, Wann beginnt das menschliche Leben, ZRP 1992, pp. 418 y ss. y TRÖNDLE, Die soziale Indikation - Rechtfertigungsgrund?, Jura 1987, p. 68.

(204) SCHLINGENSYPEN-BRUYSCH, Schwangerschaftsabbruch-Veruch einer Bestandsaufnahme..., ZRP, 1990, p. 226.

este ámbito el asesoramiento puede tener su importancia pero el aseguramiento de la obligación de asesoramiento por el Derecho penal nos parece una medida discutible (205) porque no puede ser objeto del Derecho penal asegurar el cumplimiento de un procedimiento y de todas formas habría que preguntarse cuál sería el bien jurídico protegido en esta norma. A través del contenido del asesoramiento, la no cobertura por la Seguridad Social y una información adecuada el Estado tiene que intentar recuperar el respeto hacia la vida no nacida. Se trataría de la utilización de medidas preventivas que por lo menos serían más sinceras que las medidas «coercitivas» establecidas por el *BVerfG*.

IV ANEXO

ANEXO I

Regulación vigente antes de la reforma de 1975

§218

I. Se castiga con pena de prisión (*Gefängnis* §16; con un duración de un día a cinco años), o en caso de especial gravedad con pena de reclusión (*Zuchthaus* §14; con una duración de cinco años a quince años) a la mujer que matare el fruto de su vientre o permitiere que otro lo matare.

II. Se castiga la tentativa.

III. Será castigado con pena de reclusión (*Zuchthaus* §14; con una duración de cinco años a quince años) y en casos de menor gravedad con pena de prisión (*Gefängnis* §16; con un duración de un día a cinco años) el tercero que matare el fruto del vientre de una embarazada.

IV. Se castiga con pena de prisión, y en casos de especial gravedad con pena de reclusión, al que proporcionare una sustancia u objeto para matar el fruto del vientre.

ANEXO II

V Ley de reforma del Código penal alemán de 1974

§ 218 Interrupción del embarazo

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa al que interrumpiere un embarazo una vez pasados los primeros trece días de gestación desde la concepción.

II. La pena será de seis meses a cinco años si el autor

(205) NELLES, Votum zugunsten einer Fristenlösung ohne Beratungspflicht, en: Baumann (ed.), § 218 *StGB im vereinigten Deutschland*, Tübingen 1992, p. 171).

1. actúa en contra de la voluntad de la embarazada o
2. provoca por imprudencia grave el peligro de muerte o de una grave afección a la salud de la embarazada.

El Tribunal puede imponer vigilancia de conducta (§ 68 I,2).

III. Si es la embarazada la que comete el hecho, la pena será de hasta un año o multa.

IV. Se castiga la tentativa. La mujer no será castigada por tentativa.

§ 218a La impunidad de la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas

No será punible, a tenor del § 218, el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada, si desde la concepción no han pasado más de doce semanas.

§ 218b

Indicaciones a la interrupción del embarazo después de las primeras doce semanas

No será punible, a tenor del § 218, el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada, una vez transcurridos la primeras doce semanas desde la concepción, si según los conocimientos de la ciencia médica

1. la interrupción del embarazo esté indicada para evitar un peligro para la vida de la embarazada, o el peligro de un afección grave de su salud, si no se puede evitar este peligro de otra forma exigible a la embarazada, o
2. haya razones inminentes que indiquen que el niño sufrirá, por disposición hereditaria o por influencias dañinas prepartales, de un daño irreparable en su salud de tal gravedad que no se le puede exigir a la embarazada que continúe el embarazo y si desde la concepción no han pasado más de veintidós semanas.

§218c Interrupción del embarazo sin información y asesoramiento de la embarazada

Se castiga con pena de hasta un año o multa, si el hecho no se castiga a tenor del § 218, al que interrumpiere un embarazo sin que la embarazada

1. se haya dirigido antes, por razones de la interrupción del embarazo, a un médico o a una oficina de asesoramiento autorizada al respecto y haya sido informada allí sobre las ayudas públicas y privadas para embarazadas, madres y niños a su disposición, en especial aquellas que facilitan la situación de la madre y del hijo y
2. haya sido asesorada médicamente.

II. La mujer a la que se le practica la intervención no será castigada a tenor del pár.I.

§219 La interrupción del embarazo sin diagnóstico

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o multa, si el hecho no se castiga a tenor del § 218, al que interrumpiere un embarazo una vez pasadas las primeras doce semanas desde la concepción sin que el organismo encargado haya certificado con anterioridad que se dan los presupuestos del § 218b,1 o 2.

II. La mujer a la que se le practica la intervención no será castigada a tenor del pár. I.

ANEXO III

XV Ley de Reforma al Código penal del Código alemán de 1975

§ 218 Interrupción del embarazo

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa al que interrumpiere un embarazo.

II. En casos de especial gravedad, la pena será de seis meses a cinco años. Se trata por regla general de un caso de especial gravedad si el autor

1. actúa contra la voluntad de la embarazada o

2. provoca por imprudencia grave un peligro para la vida o de una afección grave de la salud de la embarazada.

El Tribunal puede imponer vigilancia de conducta (§68.1 ,2).

III. Si es la embarazada la que comete el hecho la pena será de hasta un año o multa. La embarazada no será punible por el párrafo primero si la interrupción del embarazo se ha llevado a cabo después de un asesoramiento (§218b I,1,2) por un médico y si desde la concepción no hayan pasado más de veintidós semanas. El Tribunal puede prescindir de penalizar a la embarazada por el párrafo primero si en el momento de la intervención se encontraba en una situación de angustia.

IV. Se castiga la tentativa La mujer no será castigada por tentativa.

§218a Indicaciones para la interrupción del embarazo

I. La interrupción del embarazo por un médico no será punible por el §218 si

1. la embarazada consiente y

2. la interrupción del embarazo esté indicado según diagnóstico médico, teniendo en cuenta las condiciones de vida actuales y futuras de la embarazada, para evitar un peligro para la vida o un peligro de una

afección grave de la integridad física o psíquica de la embarazada y si el peligro no puede ser evitado de otra forma exigible a la embarazada.

I. Se consideran asimismo cumplidos los presupuestos del pár.I,2 cuando según diagnóstico médico

1. haya razones inminentes que indiquen que el niño nacerá, por disposición hereditaria o por influencias dañinas prepartales, de un daño irreparable en su salud de tal gravedad que no se le puede exigir a la embarazada que continúe el embarazo,

2. la embarazada haya sido víctima de un hecho antijurídico según los párrafos 176 a 179 (delitos contra la libertad sexual) y haya razones inminentes que indiquen que el embarazo sea consecuencia de este hecho, o

3. la interrupción del embarazo esté indicada de otro modo para evitar una situación de necesidad para la embarazada que

a. sea de tal gravedad que no se le puede exigir a la embarazada que continúe con el embarazo y

b. no pueda ser evitado de otra forma exigible a la embarazada.

III. En los casos del pár. II,1 no pueden haber pasado más de veintidós semanas desde la concepción, en los casos del pár. II,2 y 3 más de doce semanas.

§ 218b Interrupción del embarazo sin asesoramiento de la embarazada

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o multa si el hecho no está castigado a tenor del § 218 al que interrumpiere un embarazo sin que la embarazada

1. se haya dirigido, con por lo menos tres días de antelación a la intervención, por razones de la interrupción del embarazo a un asesor y haya sido informada allí sobre las ayudas públicas y privadas para embarazadas, madres y niños a su disposición, en especial aquellas que facilitan la situación de la madre y del hijo y

2. haya sido asesorado por un médico sobre los aspectos médicos importantes. La embarazada no será castigada al tenor del pár. I

ANEXO IV

Ley de ayuda para la embarazada y la familia de 1992

§218 Interrupción del embarazo

I. Será castigado con la pena de tres años o multa el que interrumpiere un embarazo. Las acciones que tengan efecto antes de la anidación del óvulo fecundado en el útero no serán considerados interrupciones del embarazo de acuerdo con esta Ley.

II. En casos de especial gravedad la pena será de seis meses a cinco años. Por regla general se trata de un caso de especial gravedad cuando el autor

1. actúa en contra de la voluntad de la embarazada, o
2. provocare por imprudencia grave un peligro de muerte o de lesiones graves para la embarazada.

III. Si es la embarazada la que comete el hecho, la pena será de hasta un año o multa.

IV. Se castiga la tentativa. La embarazada no será castigada por tentativa.

§ 218a La impunidad de la interrupción del embarazo

I. La interrupción del embarazo no será antijurídica si

1. la embarazada pide la interrupción de embarazo y haya justificado, con un certificado según el § 219 II 2, al médico que ha sido asesorada (asesoramiento de la embarazada en situación precaria o de conflicto) con por lo menos 3 días de antelación a la interrupción.

2. la interrupción se lleve a cabo por un medico y

3. no hayan pasado desde la concepción más de 12 semanas.

II. No será antijurídica la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada si por dictamen médico es necesaria la interrupción para evitar un peligro para la vida de la embarazada o un peligro de afección grave de su salud física o psíquica que no pueda ser evitado de otra forma exigible a la embarazada.

III. Se considera que se dan los presupuestos del pár.II si por dictamen médico haya razones inminentes que indiquen que el niño sufrirá, por determinación hereditaria o por influencias dañinas prepartales, de un daño irreparable en su integridad física de tal gravedad que a la embarazada no se le puede exigir que continúe con el embarazo. Solamente será válido si la mujer haya acreditado, con un justificante de acuerdo con el § 219II,2 que se ha dejado asesorar por un médico por lo menos con tres días de antelación a la intervención y si desde la concepción no han pasado más de veintidós semanas.

IV. No será castigada la embarazada si la interrupción del embarazo ha sido realizada por un médico después de un asesoramiento (§219) y si desde la concepción no han pasado más de veintidós semanas. El Tribunal puede prescindir de la pena prevista en el § 218 si la embarazada se encontró en una situación de angustia a la hora de la intervención.

§218b

Interrupción del embarazo sin diagnóstico médico; diagnóstico médico incorrecto.

Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o multa, si el hecho no se castiga a tenor del §218, al que en los casos del §218a II

o III,1 interrumpiere un embarazo, sin que disponga de certificación escrita de un médico que no lleva a cabo la interrupción del embarazo sobre la concurrencia de los presupuestos del §218a II o III,1. Se castiga con pena de hasta dos años o multa, si el hecho no se castiga a tenor del §218, al que en su condición de médico diera maliciosamente un diagnóstico incorrecto sobre la concurrencia de los presupuestos del §218a II o III,1, para su presentación de acuerdo con el primer inciso. La embarazada no será castigada a tenor del inciso 1 ó 2.

Un médico no puede emitir diagnóstico en relación con el §218a II o III si la autoridad competente se lo haya prohibido, porque haya sido condenado por sentencia firme por haber cometido un hecho antijurídico descrito en el párrafo I, los párrafos 21, 219a o 219b o por otro hecho antijurídico relacionado con una interrupción de embarazo. La autoridad competente puede interdecir provisionalmente a un médico emitir diagnósticos en relación con el §218a II o III,1 si ha sido abierto contra él un procedimiento plenario por supuesta comisión de un hecho antijurídico descrito en el párrafo I.

§ 219

(1) El asesoramiento estará al servicio de la protección de la vida a través de consejo y ayuda para la embarazada bajo reconocimiento del alto valor de la vida prepartal y la propia responsabilidad de la mujer. El asesoramiento debe contribuir a superar la situación de precario y de conflicto que existe en relación con el embarazo. Debe colocar a la embarazada en la situación de poder tomar una decisión de consciencia propia responsable. Es tarea del asesoramiento la información completa de tipo médico, social y jurídico de la embarazada. El asesoramiento comprenderá la exposición de los derechos jurídicos de la madre y del niño y de las posibles ayudas prácticas, especialmente de aquellas que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la madre y del niño. El asesoramiento contribuirá a evitar futuros embarazos no deseados.

(2) El asesoramiento ha de ser llevado a cabo por un servicio de asesoramiento reconocido legalmente. El médico que lleve a cabo la interrupción del embarazo quedara excluido como asesor.

(3) El asesoramiento no constará en actas y puede ser llevado a cabo en el anonimato a petición de la embarazada. El servicio de asesoramiento ha de expedir inmediatamente un certificado con fecha sobre el hecho de que se ha llevado a cabo un asesoramiento según el pár. I y la embarazada ha recibido así informaciones para la toma de su decisión.