

EL ABORTO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN. OBSERVACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1993

Rafael Domingo

Catedrático de Derecho Romano,
Universidad de Cantabria (España)

I. INTRODUCCION

A petición del gobierno bávaro y de 249 diputados del grupo parlamentario democristiano, el 28 de mayo de 1993 se pronunció la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán sobre la constitucionalidad de la ley de 27 de julio de 1992, de ayuda a las mujeres embarazadas y a las familias¹. Con esta ley se pretendía cumplir con lo previsto en el artículo 31,4 del contrato de reunificación de 31 de agosto de 1990, de que antes del 31 de diciembre de 1992 se promulgara una ley de aborto que sustituyera a las dos vigentes: la de la antigua República Democrática, que despenalizaba parcialmente el aborto atendiendo a un sistema de plazos (*Fristenlösung*), y la de la República Federal, que seguía un sistema de indicaciones (*Indikationslösung*).

La extensa sentencia del Tribunal Constitucional² —183 páginas oficiales, aparte los dos votos particulares: el conjunto del vicepresidente Mahrenholz y del magistrado Sommer, por un lado, y el del magistrado Böckenförde, por otro— ha declarado inconstitucional la nueva redacción que esta ley hace del artículo 218 a 1 del Código Penal alemán, por considerar que atenta contra la Constitución declarar “no ilegal” (*nicht rechtwidrig*), es decir, “legal” la interrupción voluntaria del embarazo solicitada por una mujer, pasados tres días desde que haya tenido lugar el correspondiente asesoramiento obligatorio (*Beratung*), siempre que sea realizado por un médico en las doce primeras semanas de embarazo. También han sido declaradas inconstitucionales algunas prescripciones de esta ley de ayuda a las mujeres embarazadas y a las familias, relativas al contenido y a la organización del asesoramiento legal³.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, el hecho de que esta declaración de “no-ilegalidad” de la práctica abortiva no sea constitucional no significa que deba ser necesariamente penalizada, pues, según este alto Tribunal, es constitucionalmente admisible que si el legislador lo considera más eficaz, opte por un sistema de protección del *nasciturus* que, en la primera fase del embarazo, centre su atención en el asesoramiento y ayuda a la embarazada más que en

¹ Cfr. *Bundesgesetzblatt* 37 (1992) 1398-1404.

² Debido al interés de la sentencia, ésta ha sido publicada en varias revistas jurídicas: *Neue Juristische Wochenschrift* 28 (1993) 1751-1779; *Europäische Grundrechte* 9-10 (1993) 229-276, así como en una edición especial de la *Juristen Zeitung* de 7 de junio de 1993, que es la que citaré a continuación.

³ Como, por ejemplo, la nueva redacción del §219 del Código Penal o el artículo 15,2 de la ley.

la propia represión penal. De hecho, haciendo uso de las atribuciones conferidas por el artículo 35 de la ley reguladora del Tribunal Constitucional, este Tribunal ha establecido unas disposiciones transitorias —que entraron en vigor el 15 de junio de 1993 y que lo estarán hasta que se redacte una nueva ley conforme a la Constitución— en las que no se legaliza pero sí se despenaliza el aborto realizado por un médico en las doce primeras semanas de embarazo, siempre que la mujer lo consienta y hayan pasado al menos tres días desde que la embarazada recibiera el oportuno asesoramiento⁴.

Así pues, atendiendo al binomio juridicidad-penalidad, de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán parecen desprenderse tres tipos de abortos: a) un aborto justificado legalmente y, por ende, despenalizado e incluso subvencionado públicamente, como, por ejemplo, el que deriva de una indicación médica (peligro de la vida o salud de la embarazada); b) un aborto declarado ilegal pero no penalizado y no subvencionado, como el realizado por un médico durante las doce primeras semanas de embarazo, con el consentimiento de la embarazada, siempre que hayan pasado al menos tres días desde que se recibió el correspondiente asesoramiento, y c) el aborto ilegal penalizado, como por ejemplo todos los realizados a partir del tercer mes de embarazo.

II. PRINCIPIOS JURIDICOS INFORMADORES DE LA SENTENCIA

Dado su interés, traduzco a continuación los diecisiete principios jurídicos que han inspirado la decisión de este alto Tribunal, que vienen recogidos, a modo de resumen oficial de su contenido, al comienzo de la propia sentencia:

1. La Constitución obliga al Estado a proteger la vida humana, también la del no-nacido. Este deber de protección tiene su fundamento en el artículo 1,1 de la Constitución⁵, en relación con el artículo 2,2 de la Constitución⁶. La dignidad humana le responde también al no-nacido. El ordenamiento jurídico debe garantizar las concretas condiciones para el desarrollo de este derecho a la vida del no-nacido. El derecho a la vida no puede depender de su exclusiva aceptación por parte de la madre.

2. El deber de proteger la vida del *nasciturus* se refiere a cada vida en particular, y no sólo a la vida humana en general.

3. Se debe proteger jurídicamente al no-nacido, incluso en contra del parecer de la madre. Una protección de semejante alcance sólo es posible cuando el legislador, en principio, prohíbe a la madre que interrumpa voluntariamente el embarazo, y la obliga a dar a luz al niño. La prohibición general de interrumpir voluntariamente el embarazo y la obligación general de dar a luz al niño son dos elementos inseparables, que forman parte de la protección constitucional del no-nacido.

⁴ Cfr. p. 8, núm., 2,2.

⁵ El tenor de este párrafo primero del art. 1 es el siguiente: "La dignidad humana es inviolable. Es obligación de todo poder público defenderla y protegerla".

⁶ El art. 2,2 de la Constitución dispone que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física". La Constitución utiliza el pronombre alemán *jeder*, que significa propiamente "cada uno", pero que habitualmente se traduce por "todos", pues éste es el pronombre que usamos más frecuentemente en nuestras leyes.

4. La interrupción voluntaria del embarazo debe ser considerada, en principio, como injusta durante todo el período de embarazo, y, por tanto, debe ser prohibida legalmente⁷. El derecho a la vida del no-nacido no puede ser dejado, ni tan siquiera temporalmente, a la libre y legal decisión de un tercero, aunque se trate de la madre.

5. El alcance del deber de protección de la vida del no-nacido debe ser determinado atendiendo, por una parte, al significado y a la necesidad de protección del bien jurídico (*Rechtsgut*) que se protege, y, por otra, a los bienes jurídicos que entran en conflicto. Junto al derecho a la vida del no-nacido hay que tener en consideración otros bienes jurídicos —que se fundamentan en el derecho a la embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana (art. 1,1 de la Constitución)⁸— y muy particularmente su derecho a la vida y a la integridad física (art. 2,2 de la Constitución)⁹ y su derecho a la personalidad (art. 2,2 de la Constitución)¹⁰. Sin embargo, para matar a un no-nacido mediante la interrupción voluntaria del embarazo no puede la mujer utilizar como fundamento jurídico el artículo 4,1 de la Constitución¹¹.

6. Para el cumplimiento de este deber jurídico, el Estado no podrá dejar de adoptar las medidas pertinentes (*Untermassverbot*)¹², tanto de iure como de facto, que conduzcan a una adecuada y eficaz protección, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que entren en conflicto. El concepto de protección debe tratar de conjugar medidas preventivas con medidas represivas.

7. Los derechos fundamentales de la mujer no pueden ir tan lejos que lleven consigo la desaparición —aunque sea por un espacio de tiempo determinado— del deber de dar a luz al no nacido. Pero la posición jurídica de la mujer permite que en situaciones excepcionales sea admisible la no imposición de este deber. Es competencia del legislador, atendiendo al criterio de no-exigibilidad (*Unzumutbarkeit*), la determinación de estos supuestos excepcionales. Así deben ser consideradas aquellas cargas que exigen un sacrificio tal de los valores vitales propios que no puede ser esperado de la mujer¹³.

8. La prohibición de adoptar medidas insuficientes (*Untermassverbot*) exige no renunciar al uso del derecho penal y a la eficacia protectora que ejerce en defensa de la vida.

⁷ Aquí hay una remisión a la sentencia sobre aborto, de la sala primera de este Tribunal, de 25 de febrero de 1975, en donde también se advierte que la interrupción voluntaria del embarazo debía ser considerada, en principio, como injusta —*grundsätzlich als Unrecht ansehen*— (cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 39, 1975, 44).

⁸ Cfr. nota 5.

⁹ Cfr. nota 6.

¹⁰ Su tenor es el siguiente: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no se lesionen derechos de terceros ni se vulneren principios constitucionales o leyes morales".

¹¹ Este primer párrafo del art. 4 dispone que "las libertades de credo y de conciencia, así como las libertades de confesión religiosa y de pensamiento, son inviolables".

¹² Sobre este nuevo concepto jurídico alemán de "prohibición de medidas insuficientes" (*Untermassverbot*), que todavía no ha tenido mucha repercusión en España, vid. GOETZ, *Innere Sicherheit*, en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* III (Heidelberg 1988) 1025-1026; e ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* V (Heidelberg 1992) 232-233.

¹³ Aquí vuelve a haber una remisión a la sentencia de 25 de febrero de 1975, donde el Tribunal Constitucional aplica por primera vez este concepto en materia de aborto (cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 39, 1975, 48 ss.).

9. El deber estatal de protección del no-nacido comprende la protección jurisdiccional, originada por influencias de la familia, o del entorno social de la embarazada, o por actuales y reales relaciones vitales entre la mujer y la familia, o por la disposición de poner obstáculos para que la mujer no dé a luz al niño.

10. Además, el deber de protección obliga al Estado a conservar y fomentar en la conciencia popular la debida protección del no-nacido.

11. No está, en principio, prohibido por la Constitución que el legislador opte por un sistema de protección de la vida del *nasciturus* que en la fase inicial del embarazo, para conseguir que se dé a luz al niño, se centre fundamentalmente en la orientación a la embarazada (*Beratung*) y renuncie al sistema de indicaciones que justifiquen la despenalización del aborto *ad casum*.

12. Un sistema de orientación a la embarazada presupone unas condiciones básicas que fomenten el deseo de la mujer de dar a luz. En la ejecución de este sistema de orientación a la embarazada, corresponde al Estado la plena responsabilidad.

13. El deber de protección del no-nacido exige que la necesaria cooperación del médico en interés de la mujer no menoscabe la protección de la vida del no-nacido.

14. De la Constitución (art. 1,1)¹⁴ no puede derivarse una justa cualificación de la existencia del niño como causa de daños. Por eso, se prohíbe considerar el deber de manutención y alimentación de un hijo como un daño.

15. No pueden ser consideradas legales las interrupciones voluntarias del embarazo que se hayan realizado sin la debida comprobación de la indicación conforme establece la regulación del asesoramiento. Es un principio jurídico estatal irrenunciable que la eficacia jurídica de unas medidas excepcionalmente admitidas será efectiva si la existencia de los requisitos que las justifican son comprobados por el Estado.

16. La Constitución no admite un derecho a recibir la prestación del seguro legal de enfermedad para la realización de un aborto que no ha sido legalmente justificado. En caso de necesidad económica, no existen impedimentos constitucionales ni salariales para la concesión de ayuda social para las interrupciones voluntarias del embarazo.

17. El principio de potestad organizativa de los *Länder* es ilimitado cuando una disposición federal prevé un deber estatal que debe ser regulado por ellos, pero no cuando se trata de disposiciones federales que prevén su ejecución administrativa.

III. COMENTARIO

Muchos son los aspectos que se podrían comentar de esta sentencia tan controvertida¹⁵, pues el aborto ha pasado de ser un delito jurídico a ser un tema social que divide a la sociedad. Prueba de ello es que uno de los puntos más conflictivos de la redacción del contrato de reunificación de Alemania fue este del aborto, por lo que, para evitar el disenso, fue necesaria una remisión general en esta materia a una futura legislación.

¹⁴ Cfr. nota 5.

¹⁵ Una relación exhaustiva de la abundante bibliografía sobre este tema puede verse en el apartado "Strafrecht und Strafverfahren" de la *Karlsruher Juristische Bibliographie* (München).

Por exigencias formales impuestas, quisiera limitarme a centrar mi atención en la crítica de las “piezas” jurídicas, valga la expresión, en torno a las cuales se articula toda la sentencia, a saber: el principio “ayuda en lugar de penas” (*Hilfe statt Strafe*), el concepto de bienes jurídicos en conflicto (*die kollidierenden Rechtsgüter*), el criterio de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) y, por último, el principio “el niño como daño” (*das Kind als Schaden*).

1. Ayuda en lugar de penas

El principio central de toda la sentencia es que la mejor manera de proteger la vida del *nasciturus*, sobre todo en los primeros meses de embarazo, no tiene por qué ser necesariamente la vía penal. Por ello, el Tribunal Constitucional admite que, para cumplir con ese deber principalísimo de protección del *nasciturus*, el legislador pueda acudir a otros sistemas, como, por ejemplo, el del asesoramiento obligatorio a la embarazada. En consecuencia, el alto Tribunal considera que, si bien el aborto es, en principio, ilegal, no debe ser en todo caso penalizado.

En efecto, el ámbito de la ilegalidad es mucho más amplio que el campo de la penalidad, pues ésta queda reservada al comportamiento mínimo socialmente exigible para el buen funcionamiento de la sociedad. Me parece, sin embargo, que la protección del ser humano en cuanto tal, nacido o no nacido¹⁶, no puede dejar de pertenecer al ámbito penal, pues constituye su misma esencia, ya que sin hombres no hay sociedad. De ahí que el delito por antonomasia sea el homicidio, y que el aborto no sea sino una cualificación de éste¹⁷.

Por tanto, no se trata de crear un dilema entre “ayuda” o “penalización”, sino más bien de conjugar ambos aspectos, que se complementan entre sí, pues la misma imposición de penas es un modo de ayudar preventivamente a la embarazada a que no aborte y sirve también para evitar posibles venganzas familiares, sobre todo del padre del *nasciturus*, cuando el aborto ha sido realizado sin su consentimiento.

¹⁶ Para ferirse al *nasciturus* se suelen utilizar en alemán, aparte de esta palabra latina, el adjetivo sustantivado *Ungeborene(r)*, que significa no-nacido y la expresión *ungeborenes Kind*, es decir, niño no-nacido. En castellano, en cambio, no solemos dar tratamiento de “niño” al no-nacido, lo cual rompe con la tradición greco-latina. En efecto, esta idea de emplear el mismo sustantivo para referirse tanto al recién nacido como al no-nacido la encontramos ya en el griego (*brefos*) y en el latín (*infans*). *Brefos* designa al hombre o animal no nacido o recién nacido (cfr. Eurípides, *Bacchantes*, 289; Esquilo, *Agamemnon*, 1096 y Homero, *Ilíada*, 23.266). *Infans* es propiamente el que todavía no habla, y, por tanto, se dice también del que está en el seno materno (cfr. Cicerón, *Verrinas* 1,58,153 y Livio, 24,1010). Un ejemplo muy claro donde se ve el completo sentido de esta palabra lo encontramos en S. Lucas, que utiliza el término *brefos* (*infans* en la versión latina) tanto para referirse a Juan Bautista, todavía nonato (Lc 1,41), como a Jesucristo recién nacido (Lc 2,12).

¹⁷ El nombre técnico más propio para el delito de aborto es el de feticidio, que, aunque se encuentra en el Diccionario de la Lengua, no se utiliza. En efecto, el aborto no siempre es un delito, porque, muchas veces la expulsión prematura y muerte del feto se produce por fenómenos naturales. Por eso, de la misma manera que fratricida es el que mata a su hermano, genocida el que mata a un pueblo, parricida el que mata a un pariente, es feticida el que mata a un ser humano en fase embrionaria, es decir, a un feto. Estos delitos no son sino especies del género homicidio. Quiero llamar la atención sobre un aspecto que me parece de gran interés, a saber: que el nombre del delito es homicidio y no personicidio, de manera que lo que se castiga es matar a un ser humano, con independencia de que el ordenamiento civil lo considere o no persona (cfr. artículos 29 y 30 de nuestro Código Civil).

2. Bienes jurídicos en conflicto

El concepto de bien jurídico (*Rechtsgut*) fue creado por la dogmática alemana del siglo pasado, concretamente por Karl Binding, que lo usó por primera vez en 1872, en el primer volumen de su tratado *Die Normen und ihre Übertretung*¹⁸. Diré con el clásico que “en horas veinticuatro pasó de las musas al teatro”, pues la afortunada expresión de bien jurídico comenzó a aparecer en autos y sentencias como si se tratara de un concepto jurídico clásico.

Se podría definir el bien jurídico como todo aquello que debe ser efectivamente protegido por la ley penal (la propiedad, la vida, la fama, etc.), de ahí que el delito no sea sino una lesión de un bien jurídico¹⁹. Es misión fundamental del legislador y de los tribunales decidir sobre los posibles conflictos que pueden surgir entre los diversos bienes protegidos (el bien “salud” entra en conflicto con el bien “propiedad” cuando un pobre enfermo hurta un medicamento porque no puede pagarlo).

Como se puede observar de la lectura de los principios jurídicos relacionados supra, según el Tribunal Constitucional, la protección del bien jurídico “vida” del *nasciturus* puede entrar en conflicto con otros bienes jurídicos como son la vida, la dignidad y la personalidad de la embarazada, por lo que, en los casos en los que los bienes jurídicos de ésta prevalezcan sobre los de aquél, podría ser despenalizada, e incluso legalizada, la práctica del aborto.

El gran problema que plantea esta teoría del bien jurídico, sobre todo al aplicarla a los delitos contra las personas, es que inevitablemente se cae en un reduccionismo extremo, pues el hecho de reducir a bienes todos aquellos valores sociales que deben ser protegidos por el derecho penal impide captar los diversos planos en los que estos valores se encuentran, tan entitativamente distintos, que imposibilitan un tratamiento comparativo. Llevada hasta sus últimas consecuencias, la teoría del bien jurídico acaba con la más tradicional división del derecho en “personas” y “cosas”, pues, en el ámbito penal, incluso la persona en cuanto tal es reducida a bien, es decir, a cosa, y puede, ella misma, entrar en conflicto con otros bienes. En efecto, como están tan íntimamente unidos el concepto de vida humana y el de hombre, de suerte que sin uno no existe el otro, al convertir la vida en un bien jurídico se acaba convirtiendo también el mismo hombre en un bien, incorporado al campo penal en pie de igualdad con los demás bienes. Por este camino se pueden producir resultados absurdos, como por ejemplo pensar que es punible la conducta del que clava, en defensa propia, un cuchillo por la espalda a un ladrón armado que ha entrado por la

¹⁸ Cfr. BINDING, *Die Normen und Ihre Übertretung* I (4, ed. Leipzig 1922, reimpr. Aalen 1991) 329. En p. 328 reconoce expresamente que su teoría del bien jurídico parte de Birnbaum. En efecto, en 1834 este autor publica, en *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge* 15 (1834) 149-194, un artículo titulado *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, en el que advierte que el concepto de “bien” constituye el centro de la teoría del delito. “Wenn man –observa BIRNBAUM en pp. 175-176– das Verbrechen als Verlegung betrachten will, dieser Begriff naturgemäss nicht auf den eines Rechtes, sondern auf den eines Gutes bezogen werden muss”. Una historia de la evolución del concepto de “Rechtsgut” nos ofrece SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”* (Basel 1962).

¹⁹ Una exposición general sobre el bien jurídico puede verse en MIR, *Derecho Penal. Parte general* (3ª ed. Barcelona 1990) 136 ss. Según este autor, es más precisa la expresión bien jurídico-penal (cfr. p. 137, n. 4).

noche en su casa para llevarse unas joyas, porque el bien jurídico "salud" prevalece frente al bien jurídico "propiedad", o que no lo es la de una chica soltera de veinte años que aborta porque de lo contrario pierde la línea, ya que el bien jurídico "desarrollo de la personalidad" de la embarazada prevalece en este supuesto frente al bien jurídico "vida" del *nasciturus* (aborto estético).

3. *El principio de no-exigibilidad*

El principio de no-exigibilidad²⁰ (*Unzumutbarkeit*) ha sido considerado en ocasiones como causa de exclusión de culpabilidad. El primer jurista que desarrolló este concepto, fundándose en las ideas de Frank y Golschmidt, fue Freudenhalt, para quien si la no comisión de un delito requiere tal fuerza de resistencia que en condiciones normales a nadie se le puede exigir, no cabe recriminación alguna y, por ende, tampoco existe culpa. En definitiva, se trata de exculpar a aquellas personas que ante una situación absolutamente extraordinaria no se comportan heroicamente, como tal situación lo exige. Caso paradigmático fue el del cochero que por temor a perder su empleo no quiso contradecir a su amo y ató al carruaje un caballo que, en determinadas circunstancias por él conocidas, se desbocaba. A pesar de que se produjo un accidente, pues el caballo rompió la pierna de un viandante, el tribunal absolvió al cochero. Otro caso famoso fue el de la mujer que se enteró de que su marido se encontraba en el hospital, donde acababa de ser ingresado a consecuencia de un grave accidente, y, al ir a visitarle, por precipitación, dejó la plancha encendida, lo que provocó un incendio²¹.

El Tribunal Constitucional ha considerado que este principio de inexigibilidad se puede aplicar al delito de aborto en aquellos casos en los que las cargas que lleva consigo el embarazo "exijan un sacrificio tal de los valores vitales de la mujer que no pueda ser esperado de ella"²².

Habida cuenta de que el embarazo es un estado natural y voluntario, aunque a veces no directamente querido, de que existe una relación materno-filial entre la embarazada y el *nasciturus*, y de que el delito de aborto es de gran crueldad, pues consiste en matar a un ser humano indefenso, me parece que el criterio adoptado por el Constitucional en este caso es del todo insuficiente, capaz por sí mismo de exculpar cualquier práctica abortiva. Paradójicamente, el propio Tribunal Constitucional, que prohíbe en su sentencia a los gobernantes que adopten medidas insuficientes para defender la vida del embrión (*Untermassverbot*), incumple, él mismo, con este criterio ambiguo que apela a los valores vitales de la embarazada, su propio mandato.

4. *¿El niño como daño?*

Uno de los aspectos más positivos de esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán es que obliga a rectificar la doctrina del Tribunal Supremo ale-

²⁰ Sobre este concepto, vid. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlín-New York 1991) 567-592; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I* (München 1992) 539, 653-654 y 709-711, y MIR, *Derecho Penal. Parte General* (3ª ed. Barcelona 1990) 644-649.

²¹ Sobre estos casos, vid. ROXIN, cit., pp. 709-710.

²² Cfr. p. 18.

mán de que el niño nacido pero no querido es una fuente de daños, causa de posibles indemnizaciones. En efecto, desde los años '80 el Tribunal Supremo alemán venía considerando que el médico que practicaba una frustrada intervención de esterilización en una mujer, en virtud de sus deseos de planificación familiar, cuando posteriormente nacía un nuevo niño, estaba obligado a cargar con los gastos de alimentación y manutención del niño no deseado y a indemnizar a la mujer por el daño personal²³.

Esta misma doctrina jurisprudencial comenzó a aplicarse, con ciertas restricciones, cuando el niño no querido procedía de un aborto permitido legalmente y no realizado por culpa del médico. Dio la vuelta al mundo la Sentencia del Supremo de 18 de enero de 1983²⁴ en la que el alto Tribunal señaló que el médico que no advirtió a una mujer embarazada, enferma de rubéola y dispuesta a abortar legalmente, de las repercusiones de la enfermedad en la salud del *nasciturus*, se hacía responsable de costear a los padres los gastos suplementarios de manutención del niño²⁵.

El Tribunal Constitucional ha salido al paso de esta doctrina jurisprudencial y ha afirmado tajantemente que "una consideración jurídica de la existencia de un niño como causa de daños no puede ser defendida constitucionalmente. La obligación de todo poder estatal de proteger la vida de cada hombre por sí misma prohíbe concebir el deber de alimentación y manutención como un daño"²⁶. En efecto, ningún poder público es competente para obligar a una mujer a ser madre, pero sí puede imponerle la obligación de aceptar el hijo que le nazca.

Absolutamente incongruente es, sin embargo, el comienzo de este apartado 6, que acabo de citar, donde el Tribunal Constitucional señala que "la obligación estatal de proteger la vida del no-nacido no puede llevar a considerar jurídicamente ineficaces los contratos de los médicos y hospitales sobre abortos no penalizados en virtud del sistema de asesoramiento. El sistema de asesoramiento exige más bien que el intercambio de prestaciones entre el médico y la mujer tenga la consideración de relación jurídica, a fin de que se realicen con fundamento jurídico"²⁷. ¿Cómo es posible que el Tribunal Constitucional se atreva a considerar jurídicamente eficaces los contratos de abortos ilegales pero no penalizados? Consecuente con su afirmación de que, en principio, el aborto

²³ Cfr. las dos sentencias de 18.3.1980, en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (Köln-Berlin) = *BGHZ*. 76 (1980) 249-258, *BGHZ*. 76 (1980) 259-273, y la de 16.9.1984, en *Neue Juristische Wochenschrift* 46 (1984) 2625-2626. Estas sentencias intentan encontrar un apoyo legal en los parágrafos 249 y 323,1 del BGB., que traduzco a continuación: §249. El que esté obligado a la indemnización de daños ha de reponer la cosa en el mismo estado que le correspondería de no haberse producido el daño. En el supuesto de que se haya de indemnizar daños a causa de la lesión de una persona o del deterioro de una cosa, puede el acreedor exigir, en lugar de la restitución, la cantidad de dinero necesaria para ésta. §823,1. El que dolosa o culposamente lesiona, contra derecho, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, queda obligado a la indemnización del daño causado.

²⁴ *BGHZ*. 86 (1983) 240-255.

²⁵ Sobre este tema pueden verse las sentencias de 27.11.1983, en *BGHZ*. 89 (1984) 95-107; de 27.11.1984, en *Versicherungsrecht* 10 (1985) 240-243; de 25.6.1985, en *Versicherungsrecht* 43 (1985) 1068-1071; de 7.7.1987, en *Versicherungsrecht* 7 (1988) 155-156, etc. Un comentario sobre la oscilante doctrina del Supremo alemán sobre este tema ofrece ENGELHART, *Kind als Schaden?*, en *Versicherungsrecht* 21 (1988) 540-544.

²⁶ Cfr. pp. 30-31.

²⁷ Cfr. p. 30.

es ilegal, aunque no deba ser en todo caso penalizado, este Tribunal no podía menos de concluir sino diciendo que los contratos de prácticas abortivas son, en principio, nulos de pleno derecho, en virtud del parágrafo 134 del Código Civil alemán, que establece que “todo negocio jurídico que infrinja una prohibición legal es nulo”. ¿Es acaso competente el Tribunal Constitucional para declarar *ad casum* la inaplicabilidad de un parágrafo del Código Civil manifiestamente constitucional? Por otra parte, el §138,1 del BGB dispone que “un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo”²⁸, y un contrato de aborto, cuyo objeto consiste en matar a un ser humano en fase intrauterina, atenta contra las buenas costumbres, pues nada más contrario a éstas que el hecho de que una mujer odie “a muerte” al hijo de sus entrañas.

Así, pues, en mi opinión, si bien es cierto que el Tribunal Supremo alemán no puede seguir aplicando la doctrina del niño como causa de daños, pues ha sido declarada inconstitucional, no tiene, sin embargo, el Supremo por qué aceptar la doctrina del Constitucional acerca de los contratos de prácticas abortivas, ya que esta materia civil excede de la competencia del Tribunal Constitucional.

²⁸ Un interesante comentario de este parágrafo ofrece MAYER-MALY, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Allgemeiner Teil* (München 1993) 1130-1182.