

LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA SOBRE LA REGULACION PENAL DEL ABORTO (1)

UDO STEINER

SUMARIO: I. SITUACIÓN Y OBJETO DE LA DISCUSIÓN ACTUAL.—II. LA SITUACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA Y LOS ESTADOS UNIDOS: 1. *Análisis constitucional de la problemática del aborto en el ámbito de aplicación de la Ley Fundamental.* 2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los Estados Unidos.*—III. CRÍTICA CONSTITUCIONAL DEL LLAMADO «MODELO DE INDICACIONES» DE LOS ARTÍCULOS 218 Y SS. StGB.—IV. LA REESTRUCTURACIÓN DE LA REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO EN EL PROCESO LEGISLATIVO: 1. *Los proyectos de ley en base al llamado «modelo de indicaciones».* 2. *Los proyectos de ley en base al llamado modelo de plazos.*

I. SITUACIÓN Y OBJETO DE LA DISCUSION ACTUAL

La regulación penal del aborto es de nuevo objeto de polémica política y constitucional en Alemania. Aunque la situación al respecto ha cambiado notablemente desde 1990, parece como si la solución intermedia que representa la regulación que los artículos 218 y ss. del Código Penal alemán (StGB en adelante) —en vigor en la RFA desde 1976 (2)— hacen del aborto sigiendo aceptada por los partidos políticos. La regulación a la que hacemos referencia se basa en la solución adoptada por el legislador tras la conocida sentencia sobre el aborto del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG en adelante) de 25 de febrero de 1975 (3) (véase II.1), adoptando el llamado

(1) Traducción de J. CREMADES, Universidad de Regensburg/UNED, y A. DELGADO, Audiencia Provincial de Almería.

(2) 15.^a Ley de Reforma del Derecho Penal (5. StrRG), de 18 de mayo de 1976 (15. Strafrechtsänderungsgesetz —StÄg—), en *Bundesgesetzblatt (BGBl.)* I, p. 1213. Una visión general de la complicada situación jurídica de entonces puede encontrarse en C.-F. SCHROEDER, en Maurach/Schroeder/Maiwald, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1*, 7.^a edición, 1988, § 5, III, núm. marginal 11 sigs.

(3) *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, volumen 39, pp. 1 sigs.

«modelo de indicaciones». Los aspectos materiales y, sobre todo, los formales de esta solución son actualmente discutidos. Pero para comprender la polémica surgida en Alemania es importante acercarse, en primer lugar, a los rasgos fundamentales de la regulación contenida en los artículos 218 y ss. StGB. El Derecho penal alemán no castiga con la pena contenida en dichos artículos para el delito de aborto la interrupción del embarazo cuando ésta, concurriendo una determinada indicación, se practique por un médico y con consentimiento de la embarazada (art. 218.a, párr. 1 y 2 StGB).

La discusión constitucional y política se centra en particular en torno al tipo de indicación conocido como «urgencia general» (*Allgemeine Notlage*). Según el artículo 218.a), párr. 2, núm. 3 StGB, la interrupción del embarazo no será punible cuando sea necesaria «para evitar el peligro de una emergencia para la gestante, que sea de tal gravedad que no pueda exigírsele proseguir con el embarazo, no pudiendo dicho peligro ser evitado de otra forma razonable». La impunidad al respecto presupone que la embarazada sea informada por un facultativo sobre los aspectos médicos de la interrupción del embarazo e informada por un experto sobre otros aspectos sociales (4), según lo previsto en el artículo 218.b) StGB. Además, el artículo 219, párr. 1 StGB prevé que con anterioridad a la interrupción del embarazo se realice un dictamen médico sobre la existencia de una indicación. Dicho dictamen debe ser elaborado por un médico diferente a aquél que practique la interrupción del embarazo. El asesoramiento de la gestante y la comprobación de la existencia de una indicación deben tener como finalidad la protección de la vida del nasciturus.

El Derecho penal vigente ha sido criticado desde un principio por otorgar a la embarazada un estatuto de impunidad. Aquélla resulta, por tanto, privilegiada (5). En este sentido, puede hablarse de la regulación penal del aborto como de un Derecho penal especial para médicos.

El primer paso que condujo a la actual discusión pública sobre una regulación penal «correcta» del aborto fue dado por el Gobierno de Baviera mediante la presentación, en febrero de 1990, de un recurso de inconstitucionalidad, según lo previsto en el artículo 93, párr. 1, núm. 2, de la Ley Fundamental (GG en adelante) y en los artículos 13, núm. 6, y 76 y ss. de

(4) El objeto de este asesoramiento es informar sobre las ayudas públicas y privadas disponibles para embarazadas, madres y niños, en particular acerca de aquéllas que faciliten la prosecución del embarazo y mejoren la situación de madre e hijo [art. 218.b), párr. 1, frase 1, Nr. 1 StGB].

(5) Este privilegio resulta, sobre todo, de lo dispuesto en los artículos 218, párr. 3, frases 2 y 3; párr. 4, frase 2; 218.b), párr. 1, frase 2; 219, párr. 1, frase 2; 219.a), párr. 2, y 219.c), párr. 2 StGB. A ello hay que añadir la disposición especial del artículo 218, párr. 3, frase 1 StGB.

la Ley del Tribunal Constitucional alemán (6). El recurso tenía como finalidad declarar la inconstitucionalidad (y, por consiguiente, la nulidad) de las disposiciones sobre el asesoramiento y comprobación de la existencia de una indicación [arts. 218.b) y 219 StGB] (7). El Gobierno bávaro consideró que tales disposiciones no eran compatibles con la Constitución alemana desde el momento mismo de su entrada en vigor, en 1976, ya que, desde un principio, no podían garantizar de modo suficiente la protección del nasciturus (véase III). Esta reivindicación ya tuvo una solución política en 1989, cuando aún se desconocían los problemas que, con respecto a la regulación del aborto, surgirían en la RFA con motivo de la reunificación, consumada el 3 de octubre de 1990. El haz principal de problemas radicaba y radica en la impunidad del aborto en la antigua RDA, siempre que éste se realizara tras consulta médica, por un facultativo, con consentimiento de la mujer y dentro de los primeros tres meses de gestación (8) (se trata de la llamada «solución de plazos»), y sobre todo, en que algunas fuerzas políticas demandaron dicha «solución de plazos» para toda Alemania o, cuando menos, su mantenimiento en la antigua RDA. Con motivo de la unificación alemana, la RFA y la RDA alcanzaron un acuerdo sobre la futura regulación penal del aborto en las dos partes de Alemania en el artículo 31, párr. 4, del Tratado de Unificación, de 31 de agosto de 1990 (9) (TU en adelante). Este acuerdo ha suscitado una fuerte controversia entre los constitucionalistas alemanes. En conformidad con la actual redacción del artículo 143 GG, la hasta entonces existente normativa penal del aborto continúa en vigor en la antigua RDA, señalada en el TU como «zona de adhesión» (véase art. 3 TU). De esta manera, en la RFA existe una regulación penal del aborto «dividida» (10).

Por otro lado, el artículo 31, párr. 4, línea primera, del TU señala como tarea del legislador de la Alemania unida adoptar una regulación, con el 31

(6) N. del T.: El abogado del Gobierno de Baviera ante el Tribunal Constitucional Federal alemán en este recurso concreto es el Profesor Doctor U. STEINER, autor del presente artículo.

(7) Sobre las demás pretensiones de la demanda ver nota 19.

(8) Artículos 153-155 del Código Penal de la RDA, de 12-1-1968 (DDR-Gesetzblatt 1968, I, 1; ver también 1989, I, 33) y Ley sobre la Interrupción del Embarazo de 9-3-1972 (DDR-GBl., 1972, I, 89).

(9) BGBl. II, p. 889.

(10) La constitucionalidad de esta reglamentación ha sido cuestionada, sobre todo, con el argumento de que la solución de plazos no es compatible con la misma dignidad del hombre (art. 1, párr. 1 GG). Por ello no puede pretenderse, en el ámbito de aplicación de la LF, ninguna exigencia jurídica a favor de una ley de plazos. El legislador que emprende una reforma constitucional no puede atentar contra la dignidad humana (art. 79, párr. 3; 143, párr. 1, frase 2 GG). Ver al respecto, entre otros, V. CAMPENHAUSEN, artículos 136-146 GG, en: v. MANGOLDT/KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 14, 3.ª edición, 1991, artículo 143, núms. 17 y sigs.

de diciembre de 1992 como fecha límite, que garantice la protección de la vida del nasciturus y la solución de situaciones conflictivas de las gestantes en conformidad con la Constitución, a través, sobre todo, de la atribución legal a la mujer de determinados derechos, en especial en lo que al asesoramiento y ayudas sociales respecta, que mejoren la situación actual en ambas partes de Alemania. En el caso de no alcanzar solución legislativa alguna al respecto en el mencionado plazo, la regulación penal del aborto de la antigua RDA continuará en vigor en las denominadas «zonas de adhesión» (art. 31, párr. 4, línea cuarta, del TU). Esto vuelve a suponer un importante motivo de discusión en el ámbito del Derecho constitucional (11). Este «encargo» al legislador ha provocado que todas las fracciones y grupos parlamentarios hayan protagonizado diversas iniciativas legislativas en el Parlamento alemán (*Bundestag*). Estas han sido objeto de la atención y del análisis de los constitucionalistas alemanes y han provocado un intenso debate entre ellos sobre el alcance y los límites de la nueva regulación penal del aborto (IV) (12).

II. LA SITUACION JURIDICO-CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA Y LOS ESTADOS UNIDOS

1. *Análisis constitucional de la problemática del aborto en el ámbito de aplicación de la Ley Fundamental*

En Alemania, el artículo 2, párrafo 2, línea primera, de la Ley Fundamental garantiza el derecho a la vida y a la integridad física. El Tribunal Constitucional alemán ha derivado de este derecho fundamental un deber estatal de protección legal objetiva en favor de la vida. Este ha venido a ser utilizado en una serie de sentencias que resolverían casos en los que la vida se veía amenazada, sobre todo, por la misma sociedad (13). La mencionada sentencia

(11) Sobre las dudas acerca de la inconstitucionalidad de esta reglamentación ver K. STERN, *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ)*, 1990, p. 289 (290), y SCHOLZ, en: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz, Kommentar*, vol. IV (revisado en septiembre de 1991), artículo 143, nota aclaratoria 12.

(12) Ver los proyectos de ley de los Grupos Parlamentarios de la CDU/CSU (*Bundestag-Drucksachen BT-Drucks. 12/1178*, de 20-9-1991), del FDP (*BT-Drucks. 12/551*, de 16-5-1991), del SPD (*BT-Drucks. 12/841*, de 21-6-1991), del diputado Herbert Werner (Ulm) (*BT-Druck. 12/1179*, vom 20-9-1991), de la diputada Petra Bläss y del grupo PDS/Linke Liste (ex comunistas), *BT-Drucks. 12/898*, de 1-7-1991, así como de la diputada Christa Schenke y del grupo Bündnis 90/Die Grünen (verdes), *BT-Drucks. 12/696*, de 6-6-1991.

(13) Así, por ejemplo, el uso pacífico de la energía nuclear y las medidas de protección para la defensa del Estado. Ver, entre otras, BVerfGE 46, 160 (164); 49, 24 (53); 49, 89 (141 sigs.); 53, 30 (57); 77, 170 (214); 77, 381 (402 s.) un 79, 174 (201 s.).

de 25 de febrero de 1975 (Sala Primera BVerfG) (14) incluye la vida del nasciturus, como objeto legal independiente, en el deber general de protección antes mencionado (art. 2, párr. 2, línea primera, en conexión con el art. 1, párr. 1 GG). El deber de protección de la vida por parte del Estado (que también incluye el de la vida no nacida), uno de los más importantes principios constitucionales en tanto que se afirma como base «vital» de la inviolable dignidad del hombre (art. 1, párr. 1 GG), existe también —señala el BVerfG— con respecto a la madre. En este sentido, debe señalarse que la protección de la vida del feto disfruta de preferencia, durante toda la gestación y de un modo general, frente al derecho a la autodeterminación de la embarazada. Esta prelación de derechos no puede contravenirse durante un determinado plazo. Así, pues, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional y nulo el artículo 218.a) StrGB, en la redacción adoptada tras la quinta Ley de Reforma del Derecho penal (5 StrRG), de 18 de junio de 1974 (15). El alto Tribunal opinaba que el Estado, si bien como «última ratio», debía proteger al nasciturus también mediante la coacción penal.

Estas afirmaciones del Tribunal Constitucional alemán son la base de la actual discusión constitucional al respecto en Alemania. En parte se espera que el BVerfG, con motivo del mencionado procedimiento de control de normas (I), confirme la jurisprudencia mantenida hasta la fecha. Algunas fuerzas políticas, por el contrario, esperan que la Sala Segunda del BVerfG (actualmente competente para la revisión de las disposiciones legales que conforman la regulación penal del aborto) revise la doctrina contenida en la mencionada sentencia de 1975; el Tribunal, se opina desde estas posiciones, debe dejar el camino abierto para la adopción legal de una «solución de plazos» (véase IV).

2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los Estados Unidos*

Muy diferente es la situación del Derecho Constitucional en los Estados Unidos, un país que tradicionalmente ha venido mereciendo una especial atención, y en el que la problemática del aborto es motivo de continua controversia pública. Como es sabido, el Tribunal Supremo de aquel país ha interpretado el *right of privacy* en la sentencia *Roe v. Wade* (16), de 22 de enero de 1973, de forma que en él se incluye la decisión de la mujer a poner

(14) BVerfGE 39, 1 sigs.

(15) BGBl. I, p. 1297. Ver asimismo, el trabajo publicado por Michael GANTE (Art. 218 in der Diskussion, 1991), que informa detalladamente sobre el estado actual de la opinión pública y las diferentes posiciones sobre la regulación penal del aborto de 1945 a 1976.

(16) 410 U.S. 113 (1973).

término a su embarazo. La Supreme Court entiende que este derecho se encuentra implícito en la 14.^a Enmienda (1868) de la Constitución de los Estados Unidos. En la sentencia *Griswold v. Connecticut* (17) se le reconoce, además, un carácter similar, cuando menos, al de derecho fundamental. Naturalmente, la libertad de la mujer para decidir sobre la continuidad de su embarazo no está reconocida como derecho inviolable; el Estado, cuando concurren determinadas circunstancias, está capacitado para limitar dicha libertad. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos proporciona algunos criterios ponderativos que, sin duda, vinculan al legislador; las pautas adoptadas vienen a componer un esquema que podríamos denominar como *trimestral*: el derecho de la mujer a abortar prevalece en los tres primeros meses de gestación, durante los cuales el Estado no puede adoptar medidas procesales que dificulten o impidan la interrupción del embarazo; en el segundo trimestre, el Estado puede adoptar medidas que limiten la posibilidad de abortar, y a partir del séptimo mes de gestación, el Estado resulta facultado para determinar la prohibición del aborto. Esta solución inicial ha sido desarrollada por la Corte Suprema en una amplia jurisprudencia posterior (18).

Naturalmente, la Supreme Court considera, y esto no sólo es importante en la polémica suscitada en Alemania (19), que la decisión estatal de no financiar la interrupción del embarazo con fondos públicos no supone una infracción de la prohibición de dificultar innecesariamente el ejercicio del *right of privacy*, tal y como se reconoce en los tres primeros meses de embarazo (20). Los cambios experimentados en la composición de la Corte Suprema norteamericana durante los años ochenta y los que han transcurrido de los noventa hacen pensar en una posible revisión de la sentencia *Roe v. Wade*. En aquel país, la problemática del aborto se encuentra de nuevo en la órbita del Derecho Constitucional.

(17) 381 U.S. 479 (1965).

(18) Ver al respecto y sobre la situación jurídico-constitucional en los Estados Unidos, Michael PIAZOLO, «Das Recht auf Abtreibung als Teilaspekt des Right of Privacy», tesis doctoral, Regensburg, 1992 (en prensa).

(19) En Alemania, los artículos 200.f) y g) de la Ley de Seguros (Reichsversicherungsordnung —RVO—) prevén que los casos de interrupción del embarazo señalados en el artículo 218.a) StrGB, sean financiados por las Cajas de Seguros públicas. En la práctica no se comprueba si se dan las condiciones exigidas para la existencia de una indicación y, en particular, de la llamada indicación general de urgencia (Allgemeine Notlagenindikation). La demanda presentada por el Gobierno bávaro (I, III) pretende probar también la constitucionalidad de las disposiciones del RVO mencionadas.

(20) Ver *Beal v. DOE*, 432 U.S. 519 (1977); *Maher v. ROE* 432 U.S. 464 (1977); *Poelker v. DOE* 432 U.S. 519 (1977), y *Harris v. McRAE* 448 U.S. 297 (1981).

III. CRITICA CONSTITUCIONAL DEL LLAMADO
«MODELO DE INDICACIONES» DE LOS ARTICULOS 218 y ss. StGB

El recurso del Gobierno de Baviera, al que ya hemos hecho referencia (21), vino a ser motivado por el elevado número de abortos que se vienen practicando en la «antigua» RFA, que se estima entre 200.000 y 300.000 al año. Existe, además, otra cifra que pone de manifiesto la insuficiencia de la protección que el Derecho penal tiene encomendada frente a la vida no nacida: la del número de abortos legales realizados bajo la indicación «otras situaciones de urgencia graves» —*sonstige schwere Notlage*— [art. 218.a), párr. 2, núm. 3 StrGB], que ha ido creciendo paulatinamente con respecto al cómputo total de las indicaciones en los años ochenta, ascendiendo en 1988 a un 87 por 100 de todos los abortos legalmente practicados. El empleo de esta indicación ha aumentado en un 132 por 100 entre 1977 y 1988. De esta forma su uso se ha convertido, prácticamente, en una compensación por la falta de una regulación de plazos, rechazada por el legislador. El alto riesgo que implica una indicación tan ampliamente concebida y formulada no viene a ser reducido por el derecho vigente (pensamos en ciertas medias procesales de aseguramiento). Este es el punto donde radican, principalmente, las deficiencias constitucionales de la regulación penal del aborto. Así, por ejemplo, no existe una clara obligación de la mujer con respecto a un asesoramiento. Este debe tener como objetivo la protección y conservación de la vida no nacida. En la mayoría de los casos el deseo manifiesto por la madre de abortar, que suele responder a una crisis emocional o situación conflictiva, puede ser reorientado de forma positiva, ayudando a la mujer a llevar a buen término el embarazo. En dicho asesoramiento profesional se incluyen, por supuesto, la oferta y concesión de ayudas cuando éstas sean necesarias. La actual regulación permite que el asesoramiento sea prestado por profesionales que antepongan el derecho a la autodeterminación de la mujer, a la protección del nasciturus, presentando, además de ésta, otras deficiencias. Así, el facultativo responsable del asesoramiento social de la mujer puede diagnosticar la existencia de una indicación. Sin embargo, no se puede esperar un asesoramiento que tenga como objetivo la prosecución del embarazo de un médico al que la gestante acude para determinar la existencia de una indicación. Resulta poco conocido, incluso en la propia opinión pública alemana, que el facultativo que debe practicar el aborto, también resulta facultado para ello

(21) Sobre esta y otras demandas ver, STEINER, en *Auf Leben und Tod. Abtreibung in der Diskussion*, Hoffacker/Steinschulte/Fietz/Brinsa (editores), 5.ª edición, 1991, pp. 156 y sigs.; también J. Reiter/R. Keller (editores), *Herausforderung Schwangerschaftsabbruch*, 1992.

aun cuando el médico anteriormente consultado para determinar la indicación haya negado su existencia. Es suficiente, según la actual redacción del artículo 219 StGB, con que se realice un dictamen. El aborto puede ser practicado con independencia de su resultado. El artículo 219 StGB tampoco impide que dos médicos que practiquen abortos ilegales se repartan el trabajo y se protejan mutuamente. Esto resulta posible gracias al hecho de que la concesión de un certificado médico incorrecto sobre la existencia de una indicación sólo resulta punible cuando se realiza «a sabiendas» —*wider besseres Wissen*— [art. 219.a), párr. 1 StGB]. Por consiguiente, esta disposición deja impune al médico que expide el certificado mencionado, tomando sólo como base la declaración de la mujer, sin comprobación ulterior de su autenticidad.

En opinión del Gobierno bávaro, las disposiciones de los artículos 218.b) y 219 StGB han sido redactadas de tal manera que posibilitan, mediante la observación de ciertas formalidades, la impunidad para los implicados, tal y como sucede tras la adopción legal de la llamada «solución de plazos». El legislador, argumenta el Ejecutivo de Baviera, sólo ha respetado formalmente la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 25 de febrero de 1975. La regulación de los artículos 218.b) y 219 StGB posibilita el asesoramiento, la comprobación de una indicación y la misma práctica del aborto, otorgando atención preferente a la decisión de la mujer, frente a la continuación del embarazo. El objetivo de la demanda del Gobierno bávaro es, por tanto, que el Tribunal Constitucional alemán declare inconstitucionales las disposiciones mencionadas, ordenando al legislador la promulgación de nuevas disposiciones acordes con la Constitución.

IV. LA REESTRUCTURACION DE LA REGULACION PENAL DEL ABORTO EN EL PROCESO LEGISLATIVO

1. *Los proyectos de ley en base al llamado «modelo de indicaciones»*

El artículo 31, párrafo 4, línea primera, del TU, al que ya hemos hecho referencia, ha provocado la presentación ante el Parlamento alemán (*Bundestag*) de diversos proyectos de ley (22). No es posible prever cuál de ellos conseguirá obtener una mayoría suficiente. Tampoco podemos saber si el Tribunal Constitucional alemán influirá, a través de la sentencia que debe poner fin al mencionado recurso, en el desarrollo y contenido de estos proyec-

(22) Ver nota 12.

tos de ley. El punto central de discusión en las sesiones parlamentarias, en las que han comparecido numerosos expertos (23), es la opción entre el modelo de plazos y el de indicaciones. Los proyectos de ley presentados por el grupo de la CDU/CSU (demócrata-cristianos y social-cristianos) y por el grupo del diputado Herbert Werner postulan un «modelo de indicaciones». Mientras que en el proyecto de Werner tan sólo se reconoce la indicación por motivos médicos, en la propuesta de la CDU/CSU se prevé también la llamada «urgencia psico-social». Esta indicación implica el mismo grado de incertidumbre que la indicación de urgencia general de la actual regulación. Por este motivo, la propuesta de los conservadores ha sido fuertemente criticada. De otro lado, este proyecto recoge sustanciales mejoras con respecto a la legislación vigente.

a) El carácter punible del aborto viene recogido en la propia Ley Fundamental. Parece, por tanto, lógico que se atribuya al juez penal la facultad de comprobar si se han dado o no las condiciones exigidas por una indicación, que excluye la punibilidad del aborto. Así ha sido confirmado por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en una sentencia, esperada con gran interés por la opinión pública alemana, de fecha 3 de diciembre de 1991 (24). En lo que a este fundamental aspecto se refiere, el proyecto de ley presentado por la CDU/CSU prevé que la determinación médica de una situación de emergencia psicosocial se venga a realizar «tras la declaración de la embarazada» y no «según la declaración de la embarazada». Esta nueva redacción supondría, sin duda, limitar las posibilidades de autoindicación de la mujer. También se prevé que el Código Penal alemán recoja la obligatoriedad del carácter escrito del dictamen médico. Sin estos dos elementos el proyecto suscitaría dudas acerca de su constitucionalidad. El legislador, dada la importancia del bien jurídico en juego (la vida del nasciturus), no puede sencillamente suponer la objetividad de las partes que intervienen. Debe tenerse en cuenta que si se aprobaran nuevas indicaciones, como la psicosocial o la de urgencia general, que provocan la no exigibilidad de la continuación del embarazo, será necesario establecer exigencias y límites en lo que respecta a su determinación por un facultativo y a la posterior comprobación judicial de su exactitud.

b) El proyecto de ley contiene una serie de disposiciones que mejoran la actual regulación de los artículos 218 y ss. StGB, y que harán compatible la legislación penal mencionada con el mandato constitucional de protección de la vida. Así, el proyecto prevé que el asesoramiento tendrá la misión de

(23) N. del Trad.: Entre los expertos llamados a comparecer ante el *Bundestag* figura el Profesor Doctor Udo STEINER, autor de la presente contribución.

«animar a la gestante a continuar con el embarazo y contribuir a superar situaciones de urgencia o de conflicto, facilitar el nacimiento del niño y ayudar tanto a la madre como al hijo, creando perspectivas para la vida en común de ambos». Según lo previsto en el artículo 218.a) StGB, el facultativo que realiza el asesoramiento social no puede pronunciarse sobre la existencia de una indicación. También resulta positivo que el asesoramiento social se practique antes de la determinación de la existencia de la indicación.

2. *Los proyectos de ley en base al llamado modelo de plazos*

Todos los restantes proyectos de ley, actualmente en fase de deliberación, presentados ante el Parlamento alemán, y en particular los proyectos de ley del FDP (partido liberal) y del SPD (partido socialdemócrata) prevén disposiciones legales que permiten la interrupción del embarazo realizada por un médico, con el consentimiento de la mujer, al menos en los tres primeros meses de embarazo. No se prevé la obligación de la mujer de dejarse asesorar sobre las diversas posibilidades y ayudas disponibles en caso de presunción del embarazo. Estos proyectos de ley no serían compatibles, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, con el artículo 2, párrafo 2, línea primera, de la Ley Fundamental. Expondremos de forma sucinta los argumentos que fundamentan esta afirmación:

a) Las ayudas públicas previstas en la mayoría de los proyectos de ley que benefician, directa o indirectamente, a las embarazadas (ayudas a la familia, protección contra el despido de las gestantes, mejora del subsidio por hijos, etc.) son, desde una óptica jurídico-constitucional, claramente positivas. El legislador satisface a través de ellas, cuando se hagan efectivas, el mandato constitucional de protección de la vida. La puesta a disposición de ayudas, tanto públicas como privadas, no supone que la penalización deje de ser necesaria, ya que hay situaciones donde aquéllas o bien no juegan un papel decisivo o bien no pueden ser adjudicadas. La utilización de la llamada «indicación general de urgencia» no ha venido siendo motivada, de manera general, por una necesidad de carácter material, sino, sobre todo, por la existencia de conflictos conyugales. Resulta, por tanto, equívoco hablar de «indicación social» en lugar de «indicación general de urgencia».

b) El legislador alemán, mediante la Ley de Protección de Embriones, de 13 de diciembre de 1990 (25) (en vigor desde el 1 de enero de 1991), ha

(24) Ver NJW, 1992, pp. 763 y sigs.

(25) Ley de Protección de Embriones, de 13-12-1990, BGBl. I, p. 2746.

otorgado una amplia protección penal al embrión concebido extracorporalmente. Incluso se ha penalizado la llamada «investigación consumidora» practicada con embriones que ni siquiera tienen posibilidades de un desarrollo posterior de vida porque no se prevé su implantación uterina (art. 2 de la Ley de Protección de Embriones). Por tanto, la despenalización del aborto en los tres primeros meses de embarazo podría suponer que la vida del embrión concebido extracorporalmente resultase legalmente protegida hasta su transferencia al útero, pero no a partir de ese momento. La alteración arbitraria de los límites de protección penal de la vida no es justificable desde la lógica constitucional. La «solución de plazos» ofrece, por tanto, una contradicción jurídica en lo que a la protección de la vida del embrión extra e intracorporal se refiere. Existen, pues, zonas de protección legal distintas, sin que exista una adecuada fundamentación para ello.

c) El carácter punible de la interrupción del embarazo sirve, al menos, para contribuir a la protección de la vida no nacida. Resulta, por tanto, conveniente y constitucionalmente necesaria. El apoyo público que la «solución de plazos» ha recibido en Alemania se debe, en gran parte, a las estadísticas. Estas muestran que el número de abortos no fue mayor en la antigua RDA, donde existía una ley de plazos, que en la antigua RFA («modelo de indicaciones»), sino todo lo contrario (26). Sin embargo, la efectividad de un «modelo de indicaciones» en favor del nasciturus no puede determinarse de una forma general. El elevado número de abortos en la antigua RFA no puede ser imputado, en ningún caso, a la vigencia del «modelo de indicaciones». Los artículos 218 y ss. StGB fueron desarrollados de tal manera, como ya se ha destacado —III—, que se ha posibilitado en la práctica, con el cumplimiento obligado de ciertas formalidades, una auténtica «solución de plazos», sin riesgos penales para los implicados. Hay otras circunstancias que explican el elevado número de abortos. No existe voluntad política para la persecución de delitos de aborto, porque el modelo de plazos se contempla como la solución jurídica y políticamente más deseable. La persecución penal por infracción de los artículos 218 y ss. StGB provoca en la RFA fuerte oposición pública. En el fondo, un «modelo de indicaciones» serio nunca ha tenido demasiadas posibilidades de éxito en la RFA. La diferencia entre el Derecho penal vigente en los antiguos y nuevos Estados Federados (*Länder*) radica en la diferenciación entre «solución de plazos» abierta y encubierta.

d) En ningún caso puede darse preferencia a la «solución de plazos»

(26) Según datos del Boletín Médico alemán 88 (Deutsches Ärzteblatt 88), fascículo 12, de 21 de marzo de 1991, el número de abortos por cada mil mujeres en edad comprendida entre los quince y los cuarenta y cuatro años ascendía a 11,4 en la antigua RFA y a 21,0 en la antigua RDA.

porque sea motivo de menores «tasas de abortos» que otros modelos penales. Ni siquiera las estadísticas holandesas son significativas al respecto (27). Las cifras oficiales no reflejan el verdadero número de abortos practicados en los Países Bajos. Y aunque el número de abortos fuera bajo, nada podría demostrar que una ley de plazos sea la causa de ello. No es posible juzgar la «efectividad» de un determinado «modelo» a favor de la vida del nasciturus sin tener en cuenta factores como la escala de valores y las condiciones de vida de una sociedad (28). Por lo demás, todas las estadísticas confirman los resultados del estudio «Stimezo» (29). Según esta investigación, tras la despenalización del aborto se produjo un extraordinario aumento del número de abortos practicados. Poco después, la cifra descendió y, finalmente, el número de abortos se estabilizó, aunque en una cifra significativamente superior a la existente antes de la llamada «liberalización».

e) Una valoración constitucional de la llamada «solución de plazos» debe contemplar las consecuencias de ésta con respecto a la protección de la vida. Así, la instauración de dicha solución, tal y como aparentemente se desea, supondría la posibilidad de abortar en las primeras doce semanas, de manera legal, limitada e incontrolada, un niño que sufriera graves daños (eutanasia prenatal) (30). La necesidad de protección penal de la vida del nasciturus es aún mayor ante la posibilidad de realizar la interrupción del embarazo mediante métodos más sencillos. Nos referiremos a la llamada píldora abortiva («RU 486»).

f) El carácter punible del aborto, excepto en determinados casos excepcionales, ha influido en la escala de valores y en la conducta de la población. La necesidad y conveniencia de la llamada de atención ético-legal que dicha punibilidad representa resulta en la actualidad tan clara como lo fue en 1975, fecha de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional alemán. El Derecho penal ha sido siempre utilizado por el legislador, en cuanto medio para influir en la conciencia jurídica de la población, para la protección de bienes jurídicos especialmente significativos. Así ocurre, por ejemplo, con

(27) Ver en particular, R. BECKMANN y otros, *Abtreibung in der Diskussion*, 1991, p. 93; *Zeitschrift Informationsstelle Lebensrecht (ISL)*, Nr. 14, agosto 1991.

(28) Así, por ejemplo, se observa que en Francia, que tiene una regulación penal similar a los Países Bajos, el número de abortos es mayor que en éstos. Ver la respuesta a la pregunta escrita formulada por el diputado Peter Keller al ministro para la Juventud, Familia, Mujeres y Salud, de fecha 17-9-1990, p. 3 (preguntas escritas realizadas en el mes de agosto, números de trabajo 311 y 312).

(29) Ver E. KETTING/P. VAN PRAAG, *Schwangerschaftsabbruch, Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich*, 1985, pp. 121, 139 y s.

(30) También a este contexto pertenece la actual discusión sobre el derecho a la vida de los no nacidos. Ver, entre otros, Norbert HOERSTER, *Abtreibung im säkularen Staat*, 1991.

los delitos contra el medio ambiente, o la ya mencionada Ley de Protección de Embriones. El legislador optó por la tipificación a la que nos hemos referido, con independencia de la capacidad real de represión que ello suponía en la práctica. Declarar la antijuridicidad del aborto fuera del Código Penal no tendría eficacia ético-jurídica alguna. Sería, por tanto, hoy aún más que en 1975, inconstitucional. La liberalización del aborto, sujeta o no sujeta a un determinado plazo, supondría el olvido de la ética general pública, vinculante en la importante cuestión de la protección de la vida (art. 2, párr. 2, frase primera, en conexión con el art. 1, párr. 1 GG). El Estado, sin embargo, ha diseñado un modelo de Estado social neutro que elude dicho compromiso en favor de la vida: si la mujer desea continuar con el embarazo, pone a su disposición ayuda financiera y material; si, por el contrario, decide interrumpirlo, la Seguridad Social soportará los costes que la intervención supone. El Estado opta por esta solución cuando define y contempla el aborto como antijurídico, pero no lo declara penalmente sancionable. La tipificación del delito de aborto supone atribuir un carácter injusto a éste. Aquella no sería sustituible por una simple valoración social al respecto, que no tendría el mismo efecto. Entre la desaprobación ético-jurídico penal y su influencia en la conciencia jurídica de la población, de un lado, y la neutralidad ética de una acción, de otro lado, no existe, al menos en Alemania, una forma intermedia de desautorización ética que pueda gozar de amplia resonancia o efecto social. En el caso de la despenalización del aborto, su consideración moral pasaría a ser una cuestión de la ética de grupos.

De manera poco consecuente, de un hecho antijurídico como el aborto se deriva un derecho, con su acción correspondiente, de la gestante. Ni el derecho vigente en los antiguos *Länder* de la RFA, con un imperfecto y cautivo «modelo de indicaciones», ni, en absoluto, la llamada «solución de plazos» de la antigua RDA, proporcionan una protección jurídica suficiente de la vida no nacida. Por este motivo y desde un punto de vista constitucional, no puede aceptarse la actual regulación penal del aborto en Alemania. Debe ser, por tanto y cuando menos, mejorada.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BGBI	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial del Estado alemán).
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán).
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán).
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental).
RVO	Reichsversicherungsordnung (Ley de Seguros alemana).
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).
TU	Tratado de Unificación.

JURISPRUDENCIA
Estudios y Comentarios

