

Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trias a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 533-2014.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría de la Sala, expreso mi discrepancia con la Sentencia.

1. A los efectos de la mejor comprensión de la argumentación de este voto disidente, debo hacer un breve resumen de los hechos que dan lugar a este recurso de amparo.

1. D^a Nerea Mendicute se sometió a una interrupción voluntaria legal del embarazo, consecuencia de las malformaciones que afectaban al feto. En aquel momento se hallaba en las 22 semanas de la gestación.
2. Pidió que se le entregaran los restos para poder incinerar el feto abortado y poder despedirlo en una ceremonia íntima. No consta la religión de la demandante.
3. Por auto de fecha 17 de octubre de 2013, rectificado el 21 de octubre, se resuelve negativamente la petición con los argumentos que figuran en los antecedentes de la sentencia. Es también rechazado por un posterior recurso de reforma. En éste, la juez alega un caso anterior ocurrido con una mujer musulmana a la que entregó el producto del aborto debido a su religión, que impide la incineración.
4. Apelado dicho auto, es desestimado por Auto de 23 de diciembre de 2013 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

Contra esta decisión plantea la recurrente el presente recurso de amparo, por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE). El recurso es estimado en la sentencia cuyo fallo y motivación, respetuosamente, no comparto.

La razón radica fundamentalmente en que, tal y como expuse en la deliberación de la Sala, con la aprobación de esta Sentencia se ha dotado de un nuevo contenido constitucional al art. 18.1 CE, sin el necesario respaldo legal ni jurisprudencial mínimamente exigible y sin medir, además, las consecuencias legales que de este reconocimiento se pueden derivar.

2. Para llegar a las anteriores conclusiones que van a dar lugar a la estimación del recurso, la argumentación de la presente sentencia se apoya en la jurisprudencia del TEDH de forma prácticamente exclusiva, al entender que no existen precedentes sobre casos semejantes en la doctrina del Tribunal.

(i) En primer lugar, en el FJ 3 de la Sentencia se citan los siguientes casos: *Sabanchiyeva y Otros c. Rusia* (núm. 38450/05, STEDH de 6 de junio de 2013), *Maskhadova y Otros c. Rusia* (núm. 8071/05, STEDH también de 6 de junio de 2013) y *Abdulayeva c. Rusia* (núm. 8552/05, STEDH de 16 de abril de 2014), en los que se invocó concurrentemente “la lesión del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia (art. 9 CEDH) –equivalente al establecido en el art. 16.1 CE–, si bien el TEDH no halló razones para hacer un examen separado de ambas lesiones (*Abdulayeva c. Rusia*, § 60; *Sabanchiyeva y Otros c. Rusia*, §§ 157 y 158; y *Maskhadova y Otros c. Rusia*, §§ 248 y 249)”. También se alegan las sentencias “*Girard c. Francia* (núm. 22590/04, STEDH de 30 de junio de 2011) y *Pannullo y Forte c. Francia* (núm. 37794/97, STEDH de 30 de enero de 2002) – o el rechazo a entregar a la esposa la urna con las cenizas de su esposo –asunto *Elli Poluhas Dödsbo c. Suecia* (núm. 61564/00, STEDH de 17 de enero de 2006)”. Mi discrepancia en este primer bloque de citas se basa en que el supuesto de hecho sobre los que tuvo que pronunciarse el TEDH era diferente, al tratarse de la entrega de cadáveres, es decir, personas muertas, por lo que y para proteger la dignidad personal, están habilitados sus familiares para reclamar sus restos mortales, lo que no ocurre con los fetos fallecidos antes del nacimiento, porque aún no han adquirido personalidad, de acuerdo con lo declarado en las SSTC 35/1985, 212/1996 y 116/1999.

Por estas razones, deberían haberse obviado las citas de estas sentencias.

(ii) En segundo lugar, la presente Sentencia basa su argumentación para reconocer la existencia en España de un derecho a la intimidad familiar en el sentido del art. 8.1 CEDH, en las SSTEDH asuntos *Hadri-Vionnet c. Suiza* (núm 55525/2000, de 14 de febrero de 2008) y *Marić c. Croacia* (núm 50132/2012, de 12 de junio de 2014), con una interpretación voluntarista de las mismas. Es cierto que, como en el presente recurso, ambas resoluciones se refieren a concebidos con diferentes periodos de desarrollo gestacional, pero la *ratio decidendi* no puede trasladarse sólo por ello, automáticamente, al presente caso.

En el asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*, el TEDH apreció la vulneración del art. 8 CEDH, porque consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar se produjo por el

incumplimiento, por parte de la Administración, de una norma legal vigente y clara relativa al tratamiento de estos restos. En concreto, la decisión de la Administración de proceder al enterramiento del hijo de la demandante, que tras 26 semanas de gestión, nació muerto, y ello sin comunicárselo a los padres, y, además, trasladar sus restos en un vehículo de transporte comercial (§ 61). Por su parte, la STEDH *Marić c. Croacia*, tras citar la mencionada, concluyó, en el mismo sentido, que la injerencia consistente en este caso en deshacerse del cuerpo del concebido como residuo clínico sin dejar rastro de los restos o de su paradero, se produjo como consecuencia de no haber actuado la Administración conforme a la ley, como requiere el art. 8 CEDH, dado que las Instrucciones del Ministerio de Sanidad sobre eliminación de residuos clínicos y las ordenanzas sobre las medidas de prevención y lucha contra infecciones hospitalarias, sólo se referían a fetos de hasta 22 semanas de gestión, y claramente no era el supuesto del demandante (§ 69).

Basta la simple lectura de las resoluciones judiciales impugnadas, para constatar que no nos encontramos ante la misma situación. La Sentencia, de la que discrepo, aplica, sin embargo, los argumentos del TEDH y equipara el incumplimiento de una norma legal (como la suiza o la croata), al que dice que, en el caso español, es una “*falta de una regulación clara en esta materia*”. Tal equiparación le lleva a concluir que “*las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE)*”, pues no existe una norma verdaderamente habilitante y, por tanto, la jueza no contaba con la suficiente cobertura legal (FJ 4).

Parece insuficiente y arriesgado decidir que a la recurrente se le había violado un derecho que, en realidad se instituye de nuevo a partir de una lectura del art. 18.1 CE, con base únicamente en la existencia de las dos resoluciones del TEDH –asuntos *Hadri-Vionnet c. Suiza* y *Maric c. Croacia*, que constatan la vulneración del art. 8 CEDH, derecho a la vida privada y familiar por el incumplimiento de la normativa suiza y la croata, respectivamente. A diferencia de la española, las Constituciones de los citados Estados reconocen, expresamente el derecho al respeto a la vida familiar (arts. 13 y 35, respectivamente). Echo de menos, por tanto una construcción sobre el encaje constitucional de este “nuevo” derecho derivado del art. 8 CEDH, pero no incluido en el art. 18.1 CE, construcción en la que hubieran debido tener en cuenta, al menos, las diferencias jurídicas entre conceptos tan distintos como los implicados: “resto quirúrgico”, feto”, “hijo no nato”, “mortinato” o “hijo nacido muerto”, “alumbramiento”, “nacimiento”. A mi juicio, se hacía imprescindible, una valoración de todas ellas en relación con su posible integración en el concepto de intimidad privada y familiar protegido por el art.

18.1 CE. Según el apartado 2 del art. 8 CEDH no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, “*sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”. En aplicación de tal norma, el TEDH tan solo constató formalmente en los casos citados la existencia de la injerencia para, una vez superado el trámite de admisión, analizar si existía o no la lesión del derecho, de conformidad con la normativa citada, concluyendo que la violación de las normas de derecho positivo que desarrollaban el derecho a la intimidad familiar en los respectivos países, había producido la lesión de dicho derecho.

Si en España el derecho no está directamente reconocido, como veremos a continuación y la normativa existente se cumplió, no pueden servir de fundamento para la Sentencia los argumentos derivados de supuestos distintos al aquí examinado.

3. Dicho lo anterior, tengo que poner de relieve que en la Sentencia de la que discrepo, se echa de menos un detallado análisis de la jurisprudencia de este Tribunal sobre el contenido del derecho reconocido en el art. 18.1 CE, es decir, el derecho a la “intimidad privada y familiar” y no a la “vida privada y familiar” del art. 8 CEDH. En realidad se equipara el art. 18.1 CE a lo dispuesto en el art. 8 CEDH, olvidando que lo que el art. 10.2 CE establece es la obligación de la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados por España, pero no obliga a transponer exactamente al ordenamiento interno los distintos tipos de Derechos recogidos en cada texto legal. La sentencia acoge acríticamente los argumentos de las sentencias TEDH dictadas en los casos *Hadri-Vionnet* y *Marić* sin una justificación sólida que avale la implantación, de un derecho fundamental, que, según nuestra jurisprudencia, parece encontrar mejor acomodo en el art. 10 CE: libre desarrollo de la personalidad.

Efectivamente, ya en la STC 236/2007, FJ 11, el Pleno de este Tribunal afirmó que “*nuestra Constitución no reconoce un ‘derecho a la vida familiar’ en los términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH (...) lo que en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese ‘derecho a la vida familiar’ derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia,*

carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional ”, y que la intimidad familiar se muestra como una dimensión adicional de la intimidad personal, que “implica ‘la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3)”. Por lo tanto, consideramos que la libertad de procreación constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4). Y que *“la imposición de la pena de alejamiento afecta al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege ‘es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres’ (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)”* (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8). Más recientemente, hemos distinguido los derechos a la intimidad familiar y el derecho a la vida familiar, declarando que éste último no se encuentra comprendido en el art. 18.1 CE (STC 186/2013, de 4 de noviembre). De este modo considero que la argumentación de la Sentencia contra la que formulo el presente voto particular modifica la doctrina hasta ahora mantenida por este Tribunal, sin aportar argumentos que justifiquen el cambio.

4. He de añadir que la conclusión sobre la falta de claridad de la regulación existente a la que llega la Sentencia, no es correcta.

La Sentencia afirma que los órganos judiciales *“no contaban con previsiones específicas que determinaran si puede la Administración hospitalaria entregar por sí los restos humanos sin necesidad de autorización judicial o, en la hipótesis de que sea necesario el permiso judicial de incineración, si éste presupone o no la inscripción en el Legajo de criaturas abortivas del Registro civil”* (FJ 4). Por lo que *“no cabe deducir extensivamente la prohibición de entrega para su enterramiento o incineración de criaturas abortivas de menor tiempo: la norma no somete el enterramiento o incineración a las exigencias de permiso judicial e inscripción registral ni impide por sí la anotación de criaturas abortivas de menos de 180 días”* (FJ 4). Apreciación que se confirma con el hecho de que el propio órgano judicial reconozca haber realizado la inscripción y concedido la licencia judicial de enterramiento en otro caso, en el que tampoco se alcanzaban los 180 días de vida fetal (FJ 4). Sin embargo, no se ha tenido en cuenta que en el FJ 2 *in fine* del Auto de 19 de diciembre de 2013, que obra en las actuaciones, se afirma lo siguiente: *“nótese que ni esta instructora a salvo del caso previo que resolvió ni el recurrente han sido capaces de encontrar e invocar resoluciones similares, sin perjuicio de que*

este Protocolo lleva vigente desde 1998 en el País Vasco y se al menos (sic) existen indicios de que en Barcelona se aplica en algún Hospital procedimientos similares”.

Tampoco las dudas que se manifiestan sobre la falta de claridad de la regulación legal española, se desprenden del Auto de desestimación del recurso de apelación, de fecha de 23 de diciembre de 2014. Por el contrario, se razona suficientemente por qué entiende que no es preceptiva la inscripción en el legajo de criaturas abortivas, necesaria para expedir la licencia de enterramiento, ni su tratamiento como resto cadavérico a los efectos de la normativa mortuoria, en aplicación del art. 2 del Decreto 202/2004. Considera que sólo se les atribuye el mismo destino que a los cadáveres, en aquellos supuestos en que no se ha producido el nacimiento, si son “*restos humanos de entidad suficiente*”. Dado que éste constituye un concepto jurídico indeterminado, lo integra a partir de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 que en su artículo 7 recoge el derecho del niño a la inscripción “*inmediatamente después de su nacimiento*” y la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 21 de mayo de 1998 que establece que “*la ley es clara y tajante cuando impone únicamente la obligación de declarar el nacimiento de criaturas abortivas de más de 180 de vida fetal, art. 45 LRC*”; lo anterior se relaciona con el art. 15 de la LO 2/2010 que cifra en que no se superen las veintidós semanas, el plazo para el aborto siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y el contenido del Protocolo de Osakidetza y la consideración de restos quirúrgicos de los que no superen los 500 gramos y 180 días de gestación. Por último, hay que subrayar que descarta la aplicación de la STEDH *Hadri-Vionnet c. Suiza*, por referirse a un “*supuesto distinto y diferenciado*”, al haberse producido el nacimiento y, por ello, tener los restos la consideración de cadáver, tanto a efectos de inscripción como de enterramiento.

5. Desde el inicio de la tramitación del presente recurso, defendí que el problema que planteaba el recurso podría haber sido un problema de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con la arbitrariedad o no de las decisiones del órgano judicial interpretativas de la legalidad vigente. Esta vulneración no ha sido invocada, sin embargo, por la recurrente. En consecuencia, no se trataba de un caso de vulneración de los derechos fundamentales alegados: derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14), libertad ideológica y derecho a la intimidad familiar y personal (art. 18.1 CE). El recurso no tenía la especial trascendencia constitucional de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 LOTC, que obligara a este Tribunal a admitirlo a trámite, puesto que la lesión de los derechos alegados en la demanda no podía justificar un pronunciamiento.

Pero, incluso, si se hubiese reclamado alegando la vulneración del art. 24.1 CE, no debería haberse apreciado dicha vulneración, porque el órgano judicial aplicó la normativa vigente y ésta no ha sido impugnada constitucionalmente ni antes ni con ocasión del presente recurso. Se muestra, por tanto, estéril el esfuerzo realizado en el último Fundamento Jurídico de la Sentencia, intentando justificar la injerencia producida en el derecho a la intimidad familiar por los órganos judiciales, en la ausencia de impedimento alguno de orden público general o sanitario, o de riesgo, de haber adoptado la decisión contraria.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciséis.