SENTENCIA 11/2016, de 1 de febrero (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 533-2014, promovido por doña Nerea Mendicute San Miguel, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Raquel Cano Cuadrado y asistida por el Letrado don Aitor Canales Santander, contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 23 de diciembre de 2013, dictado en apelación núm. 3300-2013, por el que se confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar, de 12 de noviembre de 2013, que confirmó en reforma el Auto de 17 de octubre de 2013, dictado en las diligencias previas núm. 1060-2013. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 28 de enero de 2014, doña Raquel Cano Cuadrado, Procuradora de los Tribunales y de doña Nerea Mendicute San Miguel, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para la resolución del caso, son, en síntesis, los siguientes:

a) La actual demandante de amparo, estando en periodo de gestación, obtiene un diagnóstico de polimalformaciones del feto con hallazgos sugestivos de cromosomopatía, de improbable viabilidad. El 4 de octubre de 2013 acude al Hospital de Mendaro (Guipúzcoa), donde le provocan el aborto. El feto contaba con 22 semanas de gestación y 362 gramos de peso.

b) Tras ser dada de alta, la demandante solicita los restos humanos con el fin de incinerarlos. Los responsables del centro hospitalario le indican que, conforme a su protocolo interno de 4 de marzo de 1998, revisado el 28 de abril de 2006, para acceder a lo pedido se precisa la

correspondiente licencia judicial de enterramiento-incineración. El indicado protocolo ordena una serie de trámites internos para la salida y eliminación de restos humanos que "será distinta según el peso y tiempo de gestación". Los fetos de más de 500 gramos o tiempo de gestación superior a 180 días se consideran sujetos a la normativa mortuoria por tratarse de "restos humanos de entidad suficiente". Los de peso y vida fetal inferior "no están sujetos a la normativa mortuoria" por considerarse "restos quirúrgicos". Conforme al protocolo, la salida de los primeros ("restos humanos de entidad suficiente") se somete a una serie de trámites, entre ellos, la solicitud del permiso judicial para el enterramiento o incineración. Respecto de la salida de los segundos ("restos quirúrgicos"), el protocolo alivia la tramitación, señalando que no son ya precisos determinados documentos, aunque sí el relativo a "Fetos. Origen y solicitud incineración/enterramiento", por el que "se ofrecerá a los familiares la posibilidad de que los restos sean inhumados, a cargo del hospital, en el cementerio de Mendaro (fosa común)". El protocolo prevé la incineración como destino final de estos "restos quirúrgicos".

c) El 7 de octubre de 2013 la demandante presenta un escrito en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar, en funciones de guardia, tramitado como diligencias previas penales (núm. 1060-2013), solicitando autorización judicial para "despedirse del feto con su pareja" y para "poder incinerarlo". Aporta informe médico-forense de la Subdirección de Guipúzcoa del Instituto Vasco de Medicina Legal, que afirma que "lo que se solicita no tiene ningún impedimento médico-legal ni sanitario" y que "según la ley de Policía Sanitaria Mortuoria vigente en la CCAA [sic] del País Vasco, el destino de todo resto humano y/o cadáver debe ser el enterramiento, la incineración o arrojar los restos al mar".

d) El Juzgado resuelve la petición por Auto de 17 de octubre de 2013, rectificado el 21 de octubre. Declara que en la práctica de la interrupción del embarazo no existe indicio alguno de criminalidad [al haberse cumplido los requisitos del art. 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo]. Sin embargo, el órgano judicial desestima la solicitud en contra del informe médico-forense de la subdirección de Guipúzcoa del Instituto Vasco de Medicina Legal.

El Auto da por supuesto que la inscripción del feto en el Registro civil constituye un presupuesto legal para su entrega a los fines de la incineración o enterramiento. Sobre esta base, interpreta la solicitud de entrega del feto para su incineración formulada por la demandante como una solicitud de inscripción en el Registro civil. Pasa después a examinar una serie de disposiciones con el fin de calibrar si impiden la señalada inscripción y, con ello, el posible libramiento del correspondiente permiso judicial de incineración. Así se deduce de la legislación en materia de sanidad mortuoria dictada a efectos de seguridad pública (Reglamento de policía sanitaria mortuoria aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, y Reglamento de sanidad mortuoria del País Vasco aprobado por Decreto 202/2004, de 19 de octubre), el protocolo del hospital de 4

de marzo de 1998, revisado el 28 de abril de 2006, aportado por la Directora coordinadora asistencial del área médica del señalado hospital y el art. 45 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro civil que establece: "Las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos."

Respecto de la legislación en materia de sanidad mortuoria, el Juzgado considera que no prohíbe la inscripción de los fetos con menos de 180 días. En cuanto al art. 45 de la Ley del registro civil, el fundamento jurídico primero del Auto entiende que "impone una obligación para inscribir a las criaturas abortivas", pero, interpretada conforme al contexto y la realidad social (art. 3 del Código civil), "no prohíbe en ningún caso la inscripción" de los fetos que "no alcancen los 180 días", sin que exista norma legal que exija un peso mínimo. No obstante, el fundamento jurídico segundo afirma: "no puede obviarse la aplicación del art. 45 de la Ley del registro civil, que aun sin entender esta juzgadora por qué se establece el límite de 180 días y no otro, es el que está legalmente previsto para inscribir y obtener la pertinente licencia de enterramiento-incineración solicitada". Respecto del protocolo hospitalario, el órgano judicial interpreta que impide la inscripción registral al recoger el límite de los 180 días "por analogía" con el art. 45 de la Ley del registro civil. El Auto, tras señalar que el citado protocolo "no es una norma jurídica vinculante en el sentido del art. 1 del Código Civil", razona que no puede procederse a la inscripción del feto, no sólo porque lo impide el art. 45 de la Ley del registro civil, sino también porque no pueden "obviarse en este caso los protocolos establecidos que aunque no constituyan norma jurídica sino establecen los métodos de actuación para el personal sanitario que han de cumplimentarse o que en todo caso quedan fuera de la jurisdicción".

El Auto añade que es "cierto" que "en otra ocasión se ha autorizado dicha inscripción por este juzgado pero en un supuesto sensiblemente distinto al tratarse de aborto espontáneo de 440 gramos de peso y por conflicto con el derecho de libertad religiosa consagrada en el art. 16 de nuestra Norma Fundamental". Sin embargo, razona, "en el presente caso no existe conflicto entre derechos fundamentales". Concluye denegando la inscripción "por todo lo expuesto, ponderando todos los intereses en conflicto y la normativa aplicable al caso", por más que estemos "ante una evidente situación dolorosa de pérdida en el que la solicitante desea incinerar al feto para despedirse de él".

e) La actual demandante de amparo interpone recurso de reforma contra el Auto de 17 de octubre de 2013, solicitando nuevamente la entrega de los restos humanos de su hijo. Razona que a ello conduce la legislación ordinaria [arts. 6 y 52 d) del Reglamento de policía sanitaria mortuoria aprobado por Decreto 2263/1974, art. 5.1 del Reglamento de sanidad mortuoria del País Vasco aprobado por Decreto 202/2004] así como los derechos fundamentales regulados en

los arts. 16 y 18.1 CE. Razona igualmente que "siendo que en un caso semejante el juzgado reconoce haber accedido a la entrega del cuerpo en atención a que la madre practicaba la religión musulmana", que obliga a sepultar los cadáveres en la tierra, excluyendo su incineración, "resultaría totalmente discriminatorio no respetar de igual modo los valores y creencias (religiosas o no), de la Sra. Mendicute". Invoca también las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de febrero de 2008 en el asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza* (que reconoció la vulneración del derecho a la vida privada y familiar por realizarse el enterramiento del cuerpo del hijo de la recurrente, nacido muerto, sin que ésta hubiera prestado su consentimiento) y de 30 de octubre de 2001 en el caso *Pannullo y Forte c. Francia* (que calificó de injerencia en la vida privada y familiar de los actores el retraso excesivo de las autoridades en la devolución del cuerpo del hijo tras una autopsia).

f) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar desestima el recurso de reforma. El Auto, de 12 de noviembre de 2013, admite en primer término que "efectivamente esta instructora en funciones de guardia ha concedido en una única ocasión la citada inscripción en el Registro Civil y expedido la licencia de enterramiento" (diligencias previas 916-2013) ante un supuesto de vida fetal inferior a los 180 días. No obstante, afirma, "el supuesto de hecho era diferente" porque "de un lado estábamos ante un aborto espontáneo, de 22 semanas y 440 gramos lo que aproxima en mayor medida tanto al art. 45 de la Ley del Registro Civil como a los límites previstos en el protocolo y de otro lado porque en la propia comparecencia recogida a los padres en el Juzgado de guardia se invoca como motivo el ser musulmanes y el hecho de que esta religión prohíbe la incineración por lo que desean enterrar al feto". Añade que "en el presente caso nada de esto se ha invocado, ni la solicitante invoca religión católica alguna, ni solicitarlo por motivos religiosos, señala exclusivamente que su pareja se encuentra fuera del país y que desea despedirse del feto junto a él, así como incinerarlo"; "así que no existe conflicto con la libertad religiosa en el sentido en el que se resolvió en el auto de las DP 916/13"; la petición es pues "perfectamente comprensible desde el punto de vista personal y humano, teniendo en cuenta la delicadeza que esta materia precisa, pero no resulta legítima". Más adelante, tras descartar que el Auto impugnado vulnere el derecho a la intimidad familiar, el Juzgado insiste en que no puede otorgar licencia de enterramiento o incineración sin inscribir previamente al feto en el legajo correspondiente y que tal inscripción sólo está prevista para los fetos de más de 180 días.

La exigencia de inscripción resultaría de previsiones de la Ley del registro civil sobre "defunciones": los arts. 83 ("En tanto no se practique la inscripción no se expedirá la licencia para el entierro, que tendrá lugar transcurridas al menos veinticuatro horas desde el momento de la muerte") y 86 ("Será necesaria sentencia firme, expediente gubernativo u orden de la autoridad judicial que instruya las diligencias seguidas por muerte violenta, que afirmen sin duda alguna el fallecimiento, para inscribir éste cuando el cadáver hubiere desaparecido o se

hubiere inhumado antes de la inscripción"). También del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del registro civil: arts. 173 ("La declaración y parte expresarán el aborto o, en su caso, el alumbramiento y muerte; contendrán, en cuanto sea posible, las circunstancias exigidas para la inscripción de nacimiento y defunción y, particularmente, el tiempo aproximado de vida fetal y si la muerte de la criatura se produjo antes, al tiempo o después del alumbramiento, indicando, en este último caso, con toda exactitud, las horas del alumbramiento y muerte") y 174 ("El Encargado, con los requisitos de inscripción, pero en folio suelto, levantará acta de la declaración con referencia precisa al parte o a la información supletoria. Inmediatamente incorporará al Legajo de abortos, con el acta, los documentos relativos al declarado, cuya entrada debe constar, con la propia declaración, en el Libro Diario. Hecha la incorporación, expedirá la licencia de sepultura").

La imposibilidad de inscribir fetos con menos de 180 días y, por ende, de otorgar la oportuna licencia de enterramiento derivaría del art. 45 de la Ley del registro civil, por más que, según se afirma, la obligación registral responda a la finalidad de controlar la legalidad de los abortos que se han producido cuando ha avanzado en determinada medida el periodo de gestación, dejando al margen los supuestos de vida fetal inferior. El Auto trae a colación en este sentido el art. 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que prevé la posibilidad excepcional de interrumpir el embarazo por causas médicas cuando "no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija". Según el órgano judicial, este precepto implica que no es necesaria la inscripción cuando el plazo es inferior a 180 días, debiendo tan sólo controlarse aquellos que pudieran ser delictivos.

g) Interpuesto recurso de apelación, es desestimado por Auto de 23 de diciembre de 2013 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Según el órgano judicial, el art. 45 de la Ley del registro civil, la legislación en materia de policía sanitaria mortuoria, el art. 7 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (que recoge el derecho del niño a la inscripción "inmediatamente después de su nacimiento"), el art. 15 de la Ley Orgánica 2/2010 y el protocolo hospitalario, interpretados conjuntamente, implican que en este supuesto "no sea preceptiva la inscripción en el Legajo de criaturas abortivas, necesaria para expedir la licencia de enterramiento, ni su tratamiento como resto cadavérico", sin que puedan atenderse a las resoluciones alegadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por referirse a un supuesto fáctico distinto.

3. La demanda de amparo se dirige contra las resoluciones judiciales citadas, al entenderse que lesionan el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) de la recurrente.

El recurso razona que, según el art. 6 del Reglamento de policía sanitaria mortuoria, el destino final de los restos humanos es necesariamente uno de los tres siguientes: enterramiento en lugar autorizado, incineración o inmersión en alta mar. La legislación en esta materia presupone claramente la posibilidad de entregar cualesquiera restos humanos para su enterramiento o incineración al exigir que todos los cementerios municipales dispongan de un sector destinado a restos procedentes de abortos, intervenciones quirúrgicas y mutilaciones [arts. 52 d) del citado Reglamento y 5.1 del Reglamento de sanidad mortuoria aprobado por Decreto 202/2004, de 19 de octubre]. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar lo entendió así en el fundamento jurídico primero de su Auto de 17 de octubre de 2013 al declarar, a la vista de esta normativa, que "no se encuentra prohibición alguna respecto a lo solicitado". Según la demanda de amparo, esta legislación específica no puede ceder ante la normativa del Registro civil. El art. 1 de la Ley del registro civil se refiere a la inscripción de hechos concernientes a las personas. Los arts. 83 y 86 tampoco hablan de restos humanos; se refieren a defunciones de personas. Sin embargo, las resoluciones judiciales rechazaron la entrega de los restos humanos con vulneración de derechos fundamentales de la demandada a través de "construcciones jurídicas artificiosas", "una suerte de *bricolaje jurídico*" armado con resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, protocolos, legislación registral y la referencia "sorprendente" a la Convención sobre derechos del niño.

El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto está reconocido en la Declaración universal de derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Constitución española y todas las de nuestra órbita cultural. Según Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los logros de las sociedades democráticas" (STEDH de 20 de agosto de 1994), "uno de los fundamentos de las sociedades democráticas" (STEDH de 25 de mayo de 1993). La Constitución española le concede un lugar preferente, recogiéndolo en su art. 16, inmediatamente después del derecho a la vida como derecho troncal soporte de todos los demás (STC 53/1985, de 11 de abril). Este fundamental derecho protege las convicciones personales con independencia de su origen ideológico o religioso. Se refiere al conjunto de elaboraciones de la mente, esto es, al conjunto sistemático de representaciones, valores y creencias que refleja la forma en que los miembros de la formación social viven sus condiciones de existencia. Esta libertad se ejerce sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 46/2001, FJ 11).

Por virtud del art. 16.1 CE, la demandante de amparo razona que tenía derecho a dar digna sepultura a su creación física y espiritual y a despedirla en compañía de su pareja, en una ceremonia de carácter civil y familiar. Ya el Derecho romano configuró el *ius sepulchri*, el derecho a enterrar a los fallecidos, como derecho de la persona. Las resoluciones judiciales

impugnadas habrían vulnerado el art. 16.1 CE porque la denegación del permiso judicial de incineración carecía de todo fundamento legal, porque los valores y creencias de la demandante no podían merecer menos respeto que aquellos que pudieran adjetivarse como "religiosos" o "confesionales" y porque no había razón alguna de orden público que pudiera justificar la denegación de la entrega solicitada; el destino que la demandante quería dar a los restos humanos era el que indicaba la normativa de policía mortuoria. Se afirma en este sentido que los protocolos son documentos internos que ordenan la actuación de los profesionales sanitarios y enfocan los fetos como meros residuos biológicos, sin tomar en consideración otros intereses, derechos o bienes jurídicos. No son normas, y aunque pueden tener relevancia jurídica, no pueden impedir la realización de los derechos fundamentales, que obviamente son de jerarquía y dimensión mucho mayor.

Estaría igualmente concernido el principio de igualdad y la proscripción de discriminación (art. 14 CE). En las diligencias previas 916-2013, el mismo Juzgado accedió a entregar a otra madre los restos humanos de su hijo, también de 22 de semanas. En el presente caso, el Juzgado reconoció que en esa ocasión accedió a la entrega en atención a la religión de la solicitante (musulmana), el tipo de aborto (espontáneo) y el peso de los restos biológicos (mayor que en el presente caso). Ello supone una "discriminación intolerable por arbitraria". Resulta totalmente discriminatorio que no se respetaran de igual modo los valores y creencias de la demandante de amparo: "no se acierta a comprender por qué el hecho de ser musulmana es considerado como más digno de protección que la espiritualidad o concepción del mundo (ideología) que no está adscrita a una confesión o religión determinada". Ambas madres tenían los mismos derechos fundamentales sin que en ninguno de los dos casos se hubieran superado los 180 días de vida fetal a que hace referencia el art. 45 de la Ley del registro civil. Razona en este orden de ideas que no se puede resolver un conflicto de derechos fundamentales en función del peso de los restos humanos ni en relación con la causa que motivó la interrupción del embarazo, que se efectuó legalmente por motivos puramente médicos y con gran pesar de la recurrente.

La demanda razona igualmente la lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) a través de la STEDH de 14 de febrero de 2008 (asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*), que apreció violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) por haberse privado a la madre del derecho a estar presente en el traslado y entierro de su hijo nacido muerto en un parto prematuro. Al desestimar el recurso de apelación, la Audiencia Provincial se habría desvinculado de esta jurisprudencia sin razón, limitándose a declarar que "lo prevenido en dicha resolución no resulta aplicable al referirse a un supuesto distinto y diferenciado del presente, ya que se ha producido el nacimiento y los restos tienen la consideración de cadáver a los efectos, tanto de inscripción como de enterramiento, lo que no se produce en el presente supuesto".

4. Por providencia de 16 de febrero de 2015, la Sala Primera de este Tribunal acuerda admitir a trámite la demanda de amparo, apreciando que ofrece especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] porque plantea un problema o afecta a una faceta del derecho fundamental sobre el que no hay doctrina constitucional [STC 155/2009, FJ 2 a)]. En aplicación de lo dispuesto por el art. 51 LOTC, la providencia dirige atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar a fin de que en menos de diez días remitan certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 3300-2013 y a las diligencias previas núm. 1060-2013, respectivamente. Acuerda igualmente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días comparezcan, si lo desean.

5. La Sala Primera de este Tribunal Constitucional, mediante diligencia de ordenación de 26 de marzo de 2015, acuerda dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a la Procuradora de la demandante de amparo, por plazo común de veinte días, conforme establece el art. 52.1 LOTC, para que puedan presentar alegaciones.

6. Evacuando el referido trámite, la recurrente en amparo presenta el 22 de abril de 2015 escrito, ratificando íntegramente la demanda e invocando el art. 10.2 CE, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades han de interpretarse a la luz de los tratados internacionales suscritos. Cita igualmente el art. 29.2 de la Declaración universal de derechos humanos, que garantiza que, en el ejercicio de sus derechos, toda persona estará sujeta nada más que a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. También el art. 30 del mismo texto internacional conforme al que nada en la presente declaración puede interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado a realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados. Asimismo, critica que las resoluciones judiciales impugnadas hayan delimitado la dignidad humana en términos de peso y días de gestación.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 8 de mayo de 2015, interesa la estimación del recurso de amparo. Analiza en primer término la denuncia de lesión del art. 14 CE. Considera que la demanda materializa la denuncia de desigualdad en la aplicación de la ley, al haber resuelto el Juez de instrucción de forma diversa un asunto semejante sin que la Audiencia Provincial haya reparado la desigualdad de tratamiento. El Fiscal aborda esta queja desde dos puntos de vista: entendida como lesión autónoma del derecho fundamental y como vulneración interrelacionada con la de los arts. 16 y 18.1 CE.

Tras recordar los requisitos necesarios para declarar la vulneración del derecho de igualdad

(acreditación de un término de comparación, identidad del órgano judicial, existencia de alteridad de los supuestos contrastados y, en fin, ausencia de toda motivación que justifique el cambio), considera el Fiscal que las resoluciones judiciales justifican y razonan el cambio de criterio; no se había invocado en este caso la libertad religiosa, sino la libertad ideológica o proyección espiritual de la persona. Desde esta perspectiva, no se habría lesionado el derecho fundamental.

A diferente conclusión se llega desde el otro punto de vista, a partir de la apreciación de la lesión del art. 14 CE en relación con la de los arts. 16.1 y 18.1 CE. Es lo que, a juicio del Fiscal, sugiere la demanda de amparo cuando concluye que la denegación de lo solicitado quebranta la libertad ideológica, religiosa y de culto, en relación con el derecho a la intimidad familiar, con la consecuencia de discriminar "por razones de gramos de religión". El escrito del Fiscal considera que la base del recurso es la vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), porque lo que se denuncia es que las resoluciones judiciales han provocado el cercenamiento de la dimensión espiritual de la persona y de su capacidad de conducirse conforme a determinadas ideas, lo cual, por derivar precisamente de un proceso interno de convicción, afecta al mismo tiempo al derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE; como argumento de autoridad, se habría alegado la resolución contradictoria dictada en un caso igual o similar por la misma Juez, que es lo que abonaría la tesis de lesión del derecho de igualdad (art. 14 CE).

Continúa el escrito del Fiscal aludiendo al contenido del derecho fundamental del art. 16.1 CE, como manifestación concreta de la libertad abstracta y genérica a que se refiere el art. 1.1 CE cuando enumera los valores superiores del ordenamiento jurídico español. Recuerda su trascendencia objetiva, que impone la neutralidad ideológica de los poderes públicos y, por tanto, la renuncia del ordenamiento jurídico a cualquier valoración de las variadas expresiones ideológicas de los ciudadanos (lo que no significa que el propio ordenamiento constitucional no se inspire y acoja determinados valores superiores como son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político). Ello supone una garantía que protege al sujeto frente a posibles perturbaciones de los poderes públicos y de terceros, así como la salvaguarda para la libre manifestación de la particular opción ideológica. El derecho a la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna a la hora de adoptar una determinada posición intelectual ante la vida; alcanza igualmente a una dimensión que permite a los ciudadanos exteriorizar ese claustro íntimo con arreglo a sus propias convicciones, manteniéndolas frente a terceros, lo que supone que tal actuar no puede llevar aparejado sanción o demérito. Esa libertad no puede tener más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El escrito del Fiscal ilustra esta conclusión con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, tanto en cuanto la dimensión externa del derecho fundamental como en cuanto a los límites que se pueden imponer por los poderes públicos. Asimismo, se citan

precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos similares al presente, aunque se reconoce que éste no ha enfocado la cuestión desde la óptica del art. 9.2 CEDH (derecho a libertad de pensamiento, de conciencia o de religión), sino como manifestación del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. Las SSTEDH 16 de enero de 2014 (*caso Abdulayeva c. Rusia*); 17 de enero de 2006 (*caso Ellipoluhas Dödsbo c. Suecia*); 14 de febrero de 2008 (*caso Hadri-Vionnet c. Suiza*) reconocieron como injerencia en la vida privada y familiar la excesiva demora en la restitución del cuerpo de un hijo después de una autopsia o de la terminación de las actuaciones penales así como la negativa a entregar una urna que contiene las cenizas del marido o que la demandante estuviera presente en el entierro de su hijo, que nació muerto tras treinta y seis semanas de gestación.

Con respecto al caso, aunque existen similitudes en sus ámbitos de protección, entiende el informe del Fiscal que la demanda de amparo se ciñe en exclusiva al derecho a la libertad ideológica y no al derecho a libertad de culto, toda vez que la actora en ningún momento ha llegado invocar creencias religiosas como fundamento de su solicitud; es esa circunstancia la que justificaría la diferencia de tratamiento por parte de los órganos judiciales, como si la libertad religiosa mereciera protección constitucional más profunda que la libertad ideológica. El tratamiento de ambas libertades desde la óptica constitucional debería ser idéntico. En el caso presente la pretensión se funda en una construcción ideológica de la actora que se vincula con un valor trascendente como es la vida, que para la actora existe desde el momento en que dota de sentido filosófico espiritual al hecho de haber gestado un ser al que no deja de reconocer dicha trascendentalidad.

Desde este punto de vista, atendiendo a la doctrina constitucional sobre la libertad ideológica, concluye el Fiscal que, considerando que las leyes aplicables no prohíben la posibilidad de inscripción de criaturas abortivas ni su enterramiento, sino que tan sólo imponen un deber de inscripción cuando el feto alcanza un determinado grado de desarrollo, la actuación de los órganos judiciales ha sido lesiva del derecho fundamental, al no existir interés público o constitucionalmente relevante afectado por la inscripción en el Registro civil del alumbramiento de la criatura abortiva. En consecuencia, se interesa el otorgamiento del amparo con reconocimiento del derecho fundamental de la actora a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en relación con los derechos de intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

8. Por providencia de 28 de enero de 2016 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de febrero del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo impugna el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.

1 de Éibar -que denegó la licencia de incineración de los restos resultantes del aborto padecido por la actora- y los Autos que lo confirman, del propio Juzgado y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 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).

Según el recurso, la denegación del permiso que la actora solicitó para incinerar y despedir a su hijo no nato en compañía de su pareja en una ceremonia de carácter civil y familiar y darle digna sepultura habría vulnerado el art. 16.1 CE por carecer de todo fundamento legal. Los valores y creencias de la demandante no podían merecer menos respeto que aquellos que pudieran adjetivarse como "religiosos" o "confesionales" y porque no había razón alguna de orden público que pudiera justificar la denegación de la entrega solicitada. El destino final que la demandante quería dar a los restos humanos de su hijo era, precisamente, el indicado por la normativa de policía mortuoria. Estaría igualmente concernido el principio de igualdad y la proscripción de discriminación (art. 14 CE) porque en un asunto anterior, el mismo Juzgado accedió entregar a otra madre los restos humanos de su hijo, también de 22 de semanas, atendiendo a la religión de la solicitante (musulmana), el tipo de aborto (espontáneo) y el peso del feto (mayor que en el presente caso), lo que resultaría "totalmente discriminatorio". La demanda razona igualmente la lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) a través de la STEDH de 14 de febrero de 2008 (Asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*), que apreció violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) por haberse lesionado el derecho de la madre a estar presente en el traslado y entierro de su hijo nacido muerto en un parto prematuro.

Conviene precisar que queda al margen de este proceso constitucional la decisión de la Administración sanitaria de rechazar la solicitud formulada por la demandante de amparo -la entrega del cuerpo de su hijo no nato para poder incinerarlo y despedirse de él-, basada en la consideración de que era precisa una autorización judicial. El recurso de amparo no se dirige contra ella sin que, por tanto, nos corresponda valorar si la Administración vulneró algún derecho fundamental al rechazar la entrega. La demandante impugna sólo el Auto de 17 de octubre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar, por denegar la licencia de incineración con vulneración de sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), así como los Autos posteriores resolutorios de los recursos de reforma y apelación, por no reparar la indicada vulneración.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso en los términos expuestos en los antecedentes.

2. No hay precedente de sentencia constitucional sobre casos análogos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha resuelto asuntos similares en un sentido favorable al reconocimiento

del derecho a disponer de los restos humanos para su enterramiento como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

El indicado Tribunal ha considerado contraria al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales la decisión de las autoridades rusas de no entregar, para su enterramiento, los cadáveres de los fallecidos en una operación antiterrorista. Tal decisión se amparaba en la legislación estatal aplicable, pero se adoptó sin hacer una evaluación individual de las circunstancias que, en cada caso, justificaban la negativa -asuntos *Sabanchiyeva y otros c. Rusia* (núm. 38450-2005, STEDH de 6 de junio de 2013), *Maskhadova y Otros c. Rusia* (núm. 8071-2005, STEDH también de 6 de junio de 2013) y *Abdulayeva c. Rusia* (núm. 8552-2005, STEDH de 16 de enero de 2014). En alguno de estos casos 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enjuiciado asimismo el excesivo retraso en la restitución a los miembros sobrevivientes del cuerpo de un familiar tras la práctica de la autopsia y recogida de muestras corporales en una investigación criminal -entre otros, en los asuntos *Girard c. Francia* (núm. 22590-2004, STEDH de 30 de junio de 2011) y *Pannullo y Forte c. Francia* (núm. 37794-1997, 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. 61564-2000, STEDH de 17 de enero de 2006).

El asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza* (núm. 55525-2000, STEDH de 14 de febrero de 2008) reviste singular relieve a los efectos del presente proceso constitucional. Tras un parto prematuro, los médicos certificaron que el hijo de la demandante nació muerto, procediéndose al enterramiento en una fosa común sin celebración de ceremonia funeraria alguna. Según la demanda, los padres tenían derechos sobre los restos mortales de sus hijos que fueron vulnerados, en particular, el derecho a decidir el lugar, la hora y las modalidades de inhumación. EL Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el art. 8 CEDH resulta aplicable para determinar "si asistía a la demandante el derecho de asistir al enterramiento de su hijo eventualmente acompañado de una ceremonia así como a ver que los restos eran transportados en un vehículo apropiado" (§ 52). A tal efecto, afirma, hay que examinar "si la injerencia estaba 'prevista por la ley'", si era "necesaria en una sociedad democrática" y si respondía a "objetivos legítimos" (párrafo 58). En aplicación de esta doctrina, el Tribunal resolvió que las autoridades suizas vulneraron el art. 8 CEDH porque interfirieron en el derecho a la vida privada y familiar de la demandante sin base legal suficiente en el Derecho suizo (§§ 53-62).

En el asunto *Marić c. Croacia* (núm. 50132-2012), resuelto por la STEDH de 12 de junio de 2014, tras un periodo de gestación de nueve meses, médicos de un hospital público asistieron un parto con complicaciones. Como consecuencia de tales complicaciones nació muerto el hijo del demandante y su esposa, quienes optaron por no hacerse cargo de los restos, consintiendo que lo hiciera el hospital. Después solicitaron sin éxito información sobre el lugar del enterramiento. En su demanda, el recurrente razona que las autoridades croatas vulneraron el art. 8 CEDH por privarle de aquella información y que tal vulneración trae causa de que el cuerpo de su hijo no nato fue desechado indebidamente. El Tribunal identifica como "cuestión central" valorar si el hospital estaba autorizado a deshacerse del cuerpo tratándolo como residuo clínico, sin dejar rastro de su paradero (§ 62). Señala que la circunstancia de que el demandante consintiera verbalmente que el hospital se hiciera cargo del enterramiento no significa que aceptara tácitamente que el cuerpo del niño se desechara sin dejar rastro de su paradero, máxime cuando la legislación interna dispone que los cementerios deben llevar un libro de registros de todos los entierros con indicación del lugar en el que se producen (§ 64). Tras citar el asunto *Hadrid-Vionnet*, declara que debe examinarse en primer lugar si existía una base legal suficiente (§ 67). Observa a este respecto que el Gobierno croata no ha citado legislación aplicable alguna y que, en cualquier caso, entre los "residuos clínicos" cuya eliminación regulan las instrucciones del Ministerio de Sanidad están sólo los fetos de menos de 22 semanas de edad, que claramente no era el caso del hijo nacido muerto del demandante (§§ 68-69). Concluye: "el Tribunal encuentra que la injerencia en el derecho del demandante garantizado por el artículo 8 del Convenio no era conforme a la ley, como requiere esta disposición, por lo que se hace innecesario examinar si la injerencia perseguía un 'legítimo objetivo' y si era 'necesaria para una sociedad democrática'" (§ 71).

3. A la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE. Ahora bien, como todo derecho fundamental, también éste admite restricciones que respondan a "un fin constitucionalmente legítimo" y que sean necesarias y adecuadas "para alcanzar dicho objetivo" (por todas, SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, y 64/2001, de 17 de marzo).

Todo lo anterior se resume en la necesidad de constatar el cumplimiento de cuatro requisitos o condiciones que, según reiterada doctrina, se erigen en canon de control para estos casos: si la medida restrictiva disponía de la correspondiente cobertura legal; si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -es decir, si es idónea o conducente para cumplir los fines pretendidos-; si era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de

tal propósito con igual eficacia y, finalmente, si era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada "por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto" (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; en el mismo sentido, p.ej., las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3, o 60/2010, de 7 de octubre, FJ 9, o entre otras).

4. Hay que empezar por reconocer que los órganos judiciales tropezaban con la dificultad de la falta de una regulación clara en esta materia; 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.

Partiendo de la interpretación de que el permiso judicial es preceptivo y de que su obtención presupone la inscripción registral, los Autos impugnados han justificado la imposibilidad de practicar esa inscripción (y, por ende, la de acceder a lo solicitado) en el art. 45 de la Ley del registro civil: "Las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente". Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial han derivado de la obligación de inscribir criaturas abortivas de más de 180 días, la prohibición de inscribir las de menor tiempo, aunque ello suponga que los padres no puedan asistir a la incineración de su hijo no nato en una ceremonia funeraria íntima o familiar.

Sin embargo, de la imposición de un deber de inscripción a partir de un determinado tiempo de gestación 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.

Téngase en cuenta que el propio órgano judicial reconoce haber realizado la inscripción y concedido la licencia judicial de enterramiento en otro caso en que tampoco se alcanzaban los 180 días de vida fetal. El Auto de 17 de octubre de 2013 afirma expresamente en su fundamento jurídico primero que no existe aquella prohibición legal de inscripción de criaturas abortivas de menos de 180 días. Sin embargo, en el fundamento jurídico siguiente, suscribe lo contrario.

Cabe, pues, concluir que las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE) sin esgrimir una norma verdaderamente habilitante y, por tanto, sin la suficiente cobertura legal.

5. En cualquier caso, de las actuaciones no resulta impedimento alguno de orden público general o sanitario que pudiera justificar la injerencia en el derecho de la demandante a decidir sobre el enterramiento o incineración de su criatura abortiva *ex* art. 18.1 CE. Antes bien, de ellas se desprende la radical ausencia de riesgos para los bienes jurídicos protegidos a través de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, por un lado, y de la policía sanitaria mortuoria, por otro.

Ante el diagnóstico de polimalformaciones del feto con improbable viabilidad, se practicó la interrupción del embarazo conforme al art. 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010, que prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo por causas médicas cuando "no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija". El propio Juzgado afirmó la ausencia de indicio alguno de criminalidad.

Por otra parte, de las actuaciones se deriva igualmente la inexistencia de riesgos para la salud pública: constaba incluso un informe médico-forense de la Subdirección de Guipúzcoa del Instituto Vasco de Medicina Legal según el cual "lo que se solicita no tiene ningún impedimento médico-legal ni sanitario" y que "según la ley de Policía Sanitaria Mortuoria vigente en la CCAA [sic] del País Vasco, el destino de todo resto humano y/o cadáver debe ser el enterramiento, la incineración o arrojar los restos al mar". El propio Juzgado parte de la ausencia de riesgos sanitarios o de otro tipo cuando, sin discutir las conclusiones de aquel informe y admitiendo que la legislación sobre policía sanitaria mortuoria no impediría la entrega, concluye que es una condición legal a la que se siente vinculado, pero que no comparte, lo que conduce a la postre a la denegación. Afirma, literalmente, que "no puede obviarse la aplicación del art. 45 de la Ley del registro civil, que aun sin entender esta juzgadora por qué se establece el límite de 180 días y no otro, es el que está legalmente previsto para inscribir y obtener la pertinente licencia de enterramiento-incineración solicitada".

El análisis de la legislación sobre traslado y tratamiento de cadáveres y restos quirúrgicos manejada por las resoluciones judiciales confirma esta conclusión. El art. 6 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de policía sanitaria mortuoria, dispone, sin perjuicio de lo establecido por la legislación especial vigente sobre obtención de piezas anatómicas para trasplante y utilización de cadáveres para fines científicos y de enseñanza, que el destino final de todo cadáver será uno de los tres siguientes: enterramiento en lugar autorizado, incineración o inmersión en alta mar. Esta disposición resulta aplicable a "los restos humanos de entidad suficiente procedentes de abortos, mutilaciones y operaciones quirúrgicas, sin otro requisito, en el orden sanitario, que el certificado facultativo en que se acredite la causa y procedencia de tales restos". En esta línea, el Decreto 202/2004, de 19 de

octubre, por el que se aprueba el Reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco (donde ocurrieron los hechos) -aplicable, según su art. 2, a "toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres, restos cadavéricos y restos humanos de entidad suficiente, incluyendo los aspectos relativos a su transporte" (noción en la que se incluyen los procedentes de los abortos con entidad suficiente, según su art. 3)-, contempla también el enterramiento o la cremación como destino de los cadáveres y restos humanos que no presenten riesgo sanitario (art. 5.1). Es decir, esta normativa, para proteger la salud pública, no sólo no prohíbe la incineración o enterramiento, sino que la establece como obligatoria.

En conclusión, las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora, por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado, sin que se vislumbren bienes constitucionales cuya preservación justifique la denegación del permiso de incineración solicitado.

6. La estimación de este motivo de amparo hace innecesario que nos pronunciemos sobre la pretendida vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE).

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Nerea Mendicute San Miguel y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

2º Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, anular el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar de 17 de octubre de 2013, el Auto del mismo órgano judicial de 12 de noviembre de 2013, que resolvió el recurso de reforma interpuesto contra la resolución anterior, y el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, núm. 295-2013, de 23 de diciembre de 2013, dictado en rollo de apelación núm. 3300-2013.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciséis.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Presidente, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, a la Sentencia dictada por la Sala Primera resolviendo el recurso de amparo núm. 533-2014

Con el debido respeto al parecer mayoritario de la Sala, en uso de la facultad que me atribuye el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, me siento en la obligación de manifestar a través de este Voto particular mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia que ha estimado el presente recurso de amparo.

El principal motivo de mi desacuerdo radica en que, a mi entender, la pretensión de la demandante de obtener autorización para incinerar los restos resultantes del aborto padecido no puede ser reconducida al contenido protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE.

A mi modo de ver, el derecho a la intimidad proclamado en el art. 18.1 de nuestro texto constitucional se incluye "dentro del más genérico derecho 'al respeto de la vida privada y familiar'" proclamado en el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 6). Ahora bien, precisamente por la mayor amplitud de este último, los respectivos ámbitos de protección de uno y otro precepto no resultan totalmente coincidentes. Por lo que se refiere específicamente a la intimidad familiar, así lo ha declarado de manera expresa el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos, al afirmar que "nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH" (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8), y que "es jurisprudencia constitucional reiterada…que el 'derecho a la vida familiar' derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* art. 18.1 CE" (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7).

Estos presupuestos permiten, a mi juicio, concluir que el criterio interpretativo prescrito en el art. 10.2 CE no puede conducir a integrar el contenido del derecho a la intimidad *ex* art. 18.1 CE mediante una traslación automática e indiscriminada de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar a que hace referencia el art. 8.1 del Convenio de Roma. El art. 10.2 CE ciñe su mandato a los derechos fundamentales y a las libertades "que la Constitución reconoce", de modo que, como la propia doctrina constitucional ha advertido, no es posible ignorar en su aplicación "las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos" (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 16/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

Pues bien, en mi opinión, esta exigencia no ha sido observada por la Sentencia de la que discrepo cuando, con apoyo en resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en relación con el art. 8.1 del Convenio, sitúa la pretensión de la recurrente dentro del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en nuestra Constitución, dando así lugar a lo que considero constituye una indebida ampliación del ámbito protegido por el art. 18.1 CE, que no se acomoda a la lectura que de él ha venido haciendo el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 2).

Este razonamiento es el que, a mi parecer, determina que en el supuesto enjuiciado no resulte posible apreciar vulneración del art. 18.1 CE, de la misma manera que tampoco entiendo que las resoluciones impugnadas resulten lesivas de los otros dos derechos alegados en la demanda de amparo: ni de la libertad ideológica *ex* art. 16.1 CE -por no integrarse tampoco la voluntad de la actora en el contenido propio de este derecho-, ni del derecho a la igualdad y no discriminación *ex* art. 14 CE -por no concurrir los presupuestos exigibles-.

En definitiva, por respetable y comprensible que pueda resultar la pretensión de la demandante, y por más que su solicitud pudiera encontrar conexión con otros preceptos constitucionales, la argumentación expuesta me lleva a concluir que la inexistencia de lesión de los derechos fundamentales invocados debió conducir en su momento a la inadmisión del recurso de amparo, y ahora en fase de sentencia, a su desestimación.

Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciséis.

2. Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia de la Sala Primera de 1 de febrero de 2016 dictada en el recurso de amparo núm. 533-2014

Comparto la decisión mayoritaria de amparar a la vulnerada recurrente, tras haber tenido el honor de expresar como Ponente el parecer del Tribunal. Discrepo sin embargo de la fundamentación del fallo, resultado de una amplia deliberación. De ahí que, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , formule Voto particular concurrente respecto de la Sentencia citada en el encabezamiento, por las razones siguientes.

1. Como se desprende de los antecedentes recogidos en el texto de la Sentencia, la recurrente centra su demanda en la vulneración de su libertad ideológica (art. 16.1 CE), que considera fruto de una desigualdad de trato (art. 14 CE) con incidencia en su derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE).

El fallo de la Sentencia, sin embargo, apunta a la discutida vulneración del último de estos derechos ahorrándose todo argumento a la hora de descartar el principal motivo de impugnación de las resoluciones que niegan a la recurrente la posibilidad ver satisfecha su demanda: que se le entregue el feto fruto de su embarazo. Queda así sin respuesta la sorprendente argumentación del órgano judicial al que se dirigió, que considera que el caso es sustancialmente diverso de otro anterior de cuya solución se aparta.

2. El primero de los dos motivos aducidos por el órgano judicial para justificar su negativa es que el feto, cuya entrega la recurrente reclama, ha sido objeto de un aborto programado con su consentimiento tras diagnosticarse polimalformaciones con hallazgos sugestivos de cromosomopatía, de improbable viabilidad. En el caso anterior, que considera tan "sensiblemente distinto" como para fundamentar una desigualdad de trato, la interrupción del embarazo fue consecuencia de un aborto espontáneo.

Sea cual sea la valoración que -por motivos morales o religiosos- la primera circunstancia merezca, queda fuera de toda duda que el tratamiento legal en vigor considera ambas conductas jurídicamente equiparables; por más que la primera fuera fortuita y la segunda expresiva de un *agere licere*, aunque no llegara a implicar el ejercicio de un derecho. La recurrente solicitaba autorización judicial para "despedirse del feto con su pareja" y para "poder incinerarlo", "en una ceremonia de carácter civil y familiar". Dado que en ninguno de los dos casos se cumplían las condiciones que obligarían a una inscripción registral (ciento ochenta días de gestación), ni las fijadas por un protocolo sanitario de problemática relevancia (500 gramos de peso), no hay motivo que justifique la diferencia de trato que llevó al órgano judicial a ordenar la entrega del feto a la primera madre y negarlo a la ahora recurrente, impidiendo su legítimo deseo de tratarlo como hijo dándole "digna sepultura a su creación física y espiritual".

3. El segundo de los motivos reconocido por el órgano judicial, de especial transcendencia constitucional, es el que sin duda constituye el centro de la polémica situación, pese a que la Sentencia opte por ignorarlo. Se satisface pues en el primer caso la entrega del feto a solicitud de la madre, porque esta se confiesa vinculada a la religión musulmana, lo que le lleva a oponerse a la incineración del fruto de su vientre por considerar obligado darle sepultura en la tierra. Se le niega sin embargo trato similar a la recurrente, porque la solicitante no "invoca religión católica alguna, ni solicitarlo por motivos religiosos"; lo que le lleva a constatar que no se respetan "de igual modo los valores y creencias (religiosas o no)" que le mueven, generando una desigualdad de trato carente de fundamento objetivo y razonable con resultado discriminatorio.

No falta precedente en la doctrina del Tribunal que avala dicha conclusión. Ya desde la Sentencia 15/1982 de 23 de abril, en su FJ 7, se rechaza la negativa a reconocer la condición de objetor al servicio militar a un ciudadano por no constar motivaciones religiosas en la fundamentación

ética de su actitud. Tanto aquel caso como el ahora resuelto pueden producir cierta sorpresa, ya que suele transcender con más frecuencia -como fruto de querencias laicistas ajenas a nuestro texto constitucional- desigualdades de trato a motivos religiosos respecto a los ideológicos, pese a estar ambos claramente equiparados en el primer epígrafe del art. 16 CE.

No deja de resultar llamativa la aparente dificultad para conceder amparo a los derechos y libertades relacionados con la conciencia personal, que he tenido ya ocasión de detectar en anteriores Votos particulares. Ello me lleva a pensar que el Tribunal ha desaprovechado una clara oportunidad de resaltar el obligado respeto a convicciones personales que -se compartan y consideren coherentes o no- respetan el ordenamiento legal y no afectan al orden público, único límite aceptado por el art. 16.1 CE.

4. Marginada por la Sentencia la posible vulneración de la libertad ideológica, sería la del derecho a la igualdad la que pasa a reclamar primordial atención. No ha ocurrido tampoco así, lo que no deja de resultar razonable por doble motivo. Por una parte, ante la dificultad de aplicar al caso la doctrina del Tribunal sobre igualdad en la aplicación de la ley, al explicitar el órgano judicial con nitidez el cambio de criterio adoptado. Por otra, dada la imposibilidad de aludir a la desigualdad de trato sin proyectar a la vez luz sobre la libertad ideológica, cuya consideración se ha optado por rehuir.

5. No quedaba pues ya otra vía para otorgar amparo que la apelación -como criterio interpretativo *ex* art. 10.2- al art. 8 del Convenio de Roma; remisión no exenta por lo demás de dificultades, al ser constante la doctrina del Tribunal sobre el art. 18.1 CE, en la que se le ha reconocido reiteradamente (por todas STC 186/2013, de 4 de noviembre) alcance menor que el conferido por el Tribunal de Estrasburgo al paralelo artículo del citado convenio.

Por todo ello emito mi Voto particular concurrente.

Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciséis.

3. 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.

a) Doña 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.

b) 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.

c) 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.

d) 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos de forma prácticamente exclusiva, al entender que no existen precedentes sobre casos semejantes en la doctrina del Tribunal.

(i) En primer lugar, en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia se citan los siguientes casos: *Sabanchiyeva y otros c. Rusia* (núm. 38450-2005, STEDH de 6 de junio de 2013), *Maskhadova y otros c. Rusia* (núm. 8071-2005, STEDH también de 6 de junio de 2013) y *Abdulayeva c. Rusia* (núm. 8552-2005, STEDH de 16 de enero de 2014), en los que se invocó concurrentemente "la lesión del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia [art. 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)] -equivalente al establecido en el art. 16.1 CE-, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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. 22590-2004, STEDH de 30 de junio de

2011) y *Pannullo y Forte c. Francia* (núm. 37794-1997, 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. 61564-2000, 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos -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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 Ley Orgánica 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 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.