

### Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2016, de 1 de febrero de 2016 [BOE n.º 57, 7-III-2016]

#### LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, UN TABÚ MAYOR QUE EL DEL ABORTO

A principios de año la Sala Primera del Constitucional falló una sentencia de Amparo que provocó una profunda división entre los cinco magistrados que la componen. Se profirieron tres votos particulares: dos negativos, entre ellos el del presidente del Tribunal, y otro –un voto concurrente– del propio ponente de la sentencia. La decisión es bien conocida pues fue recogida con diversos enfoques por los medios de comunicación. Sin embargo, al estar implicado un tema tan sensible socialmente como es el aborto, los focos mediáticos, como suele pasar, terminaron por distorsionar la realidad.

A una mujer le fue programado y practicado un aborto terapéutico a las 22 semanas de embarazo, en razón de que el feto presentaba malformaciones graves que lo hacían incompatible con la vida. Luego del procedimiento quirúrgico, la mujer solicitó el feto para realizar una ceremonia civil de incineración junto a su pareja, y despedirse así del que hubiera sido su hijo. Pero según el Protocolo interno del Hospital, con menos de 500 gramos de peso no es considerado un cadáver sino un «resto quirúrgico» del que el centro sanitario se desharía, bien en una fosa común o bien en una incineración junto con otros restos de otras cirugías. Lo que en la práctica significa que se le daría el tratamiento de un residuo sanitario más. Pero por tratarse de un feto, el hospital pedía para entregarlo la licencia judicial de enterramiento/incineración. La mujer acudió al Juzgado, aportando informe médico-forense del Instituto competente de Medicina Legal en el que se indicaba que no existía ningún impedimento legal o sanitario para la solicitud. Sin embargo, ésta le fue denegada argumentando que para obtenerla era necesario inscribir al feto en el Registro Civil; pero como la ley obliga a la inscripción de las criaturas abortivas de más de 180 días, el juzgado dedujo de aquí que existe una prohibición correlativa de inscribir un feto con menor tiempo de gestación. La actora interpuso Recurso de Reforma ante el juzgado, alegando que éste ya había concedido ese permiso anteriormente para el caso de un aborto espontáneo con menos de 180 días, pero el Juzgado se negó a reformar arguyendo que las dos situaciones no podían ser comparables pues en aquel momento se trataba de una mujer musulmana que había alegado razones religiosas (poner el feto en tierra como lo manda la fe islámica), mientras que la actual accionante no había esgrimido razón religiosa alguna. La mujer recurrió en Apelación el auto del Juzgado ante la Audiencia Provincial competente, pero éste fue confirmado, negándole la posibilidad de retirar su feto

del hospital. Por ello interpuso recurso de Amparo alegando la violación de sus derechos fundamentales a la Libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16.1 CE), a la Igualdad (art. 14 CE) y a la Intimidación familiar (art. 18.1 CE).

Lo cierto es que por 3 votos a 2 el TC anuló tres autos judiciales que impedían a una mujer, tras sufrir un aborto terapéutico, reclamar del hospital el feto para despedirse de él incinerándolo en una ceremonia privada no católica junto a sus familiares. La licencia judicial de enterramiento/incineración le había sido denegada por solicitarla con base en argumentos de conciencia, mientras que el mismo Juzgado en un caso anterior había concedido el permiso para enterrar su feto a otra mujer que argumentaba razones religiosas. Al no haber sido tenida en cuenta su libertad ideológica y de conciencia, esta persona fue víctima de un trato discriminatorio del Poder judicial, y esto redundó en un desmedro de su vida e intimidad familiar.

La afectada interpuso el Recurso de Amparo por violación de tres derechos fundamentales: A. de Libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16.1 CE), B. de Igualdad (art. 14 CE) y C. el de Intimidación familiar (art. 18.1 CE). El orden aquí es clave para la configuración de la violación iusfundamental que se demanda: el irrespeto al derecho «A» genera un trato desigual (violación de «B»), afectando de manera derivada a «C». Sin embargo, el TC, luego de una dilatada discusión, sólo amparó al último de ellos. Es decir, que el Tribunal se ocupa de la consecuencia y no de la causa iusfundamental (BOE n.º 57, Sec. TC. 18390, Punto 6.º).

La Sala resolvió el caso tomando una salida corta aunque accidentada. En una interpretación que resulta inconsistente con la jurisprudencia anterior, equiparó la «Intimidación familiar» de la Constitución española al contenido esencial del «derecho a la vida familiar» previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8.1) (*asunto del TEDH Hadri-Vionnet c, Suiza, 2008*). Con ello el TC elude pronunciarse acerca de los temas esenciales de este Amparo. En ese sentido, la sentencia es significativa por lo que dice, pero, sobre todo, por lo que no dice.

La voz del magistrado que emitió su voto recurrente fue la única que clamó por la necesidad de ocuparse de la Libertad ideológica, haciendo hincapié en la reticencia del TC para pronunciarse sobre este derecho (BOE, *cit.*, 18391. Voto particular Andrés Ollero Tassara, ponente de la sentencia). Parece que si el aborto es un tema tabú, aún lo es más el del reconocimiento efectivo de los diversos paradigmas de valores, sobre todo en lo que tiene que ver con cuestiones tan fundamentales como la relación con Dios y la actitud ante la vida y la muerte. Lo verdaderamente importante de este caso es que daba la oportunidad de haber establecido cuál es la relación de la libertad religiosa con la libertad ideológica o de conciencia, y de pronunciarse, bien sobre las circunstancias de precedencia entre ellas, o bien sobre su equiparación constitucional; pues esto último es lo que se infiere de las sentencias que en su momento trataron sobre la Objeción de conciencia (*Sentencia 15/1982 de 23 de abril. Punto 7.º de los Fundamentos Jurídicos*).

En los autos anulados los jueces sostenían que los dos casos –el de la mujer musulmana y el de la no católica– son «sustancialmente diversos», haciendo una distinción que el derecho positivo no hace. Se da un trato completamente diverso a dos mujeres, permitiéndole a una retirar su feto para enterrarlo y otra no, con el argumento de que la primera sí invocó su religión. Esta fue una operación interpretativa muy discutible en la que el juez y la Audiencia provincial derivaron prohibiciones a partir de los límites de las obligaciones legales: como no estaba obligada a la inscripción del feto decidieron prohibírsela, y denegarle en consecuencia la licencia de enterramiento/incineración. Una operación que resulta contraria a los principios generales del derecho, y que llegó al extremo de conceder mayor valor a un protocolo interno hospitalario que a los derechos fundamentales de las personas.

Se pasó así de una discriminación positiva a favor de una mujer de una minoría religiosa a una discriminación negativa en contra de otra mujer que no aduce razones religiosas –católicas– para el mismo acto: retirar su feto del hospital para despedirse de él según sus creencias. Por ello, si el TC se hubiera pronunciado acerca del derecho a la igualdad, se hubiera visto obligado a ocuparse de las razones del trato desigual, lo que hubiera significado entrar en el espinoso pero necesario tema de la libertad ideológica.

Con una pluralidad cada vez mayor de opciones ideológicas sobre la vida buena y la trascendencia en la sociedad española actual es necesario que el Tribunal no esquive estos temas cuando por su repercusión jurídica llegan a su conocimiento. Sólo el TC, mediante el Amparo constitucional, podrá precisar las condiciones del ejercicio de los derechos de quienes asumen alguna de esas opciones y valorar sus alcances en los casos concretos, y sólo él puede reivindicar el respeto a las convicciones personales –religiosas o no– que no comportan violación de normas jurídicas, el orden público u otros bienes jurídicos protegidos.

Por eso, no puedo estar de acuerdo con los dos magistrados que votaron en contra de la decisión de la Sala cuando sostienen que el Recurso debió haber sido inadmitido (*Votos particulares del presidente del TC, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, y de Encarnación Roca Trías BOE, cit., 18390 y 18393*). Estoy convencido de que el Estado viola derechos fundamentales cuando por desconocer el valor de la libertad de conciencia de una persona le causa con sus actos una lesión moral injustificada, al impedirle expresar sus convicciones y experimentar su duelo mediante un acto privado que no comporta ningún riesgo para el orden público ni la salubridad. Y es precisamente para corregir ese tipo de violaciones que existe la institución del Recurso de Amparo en los sistemas constitucionales. Los filtros procedimentales del diseño de este recurso en el sistema español no pueden ser el pretexto para poner obstáculos a la protección de los derechos. Y este es un argumento jurídico y no un argumento moral, pues las normas de la Constitución asignan al Tribunal la tarea de velar por la protección iusfundamental.

En vista de que la demanda no se refiere en ningún momento a la condición ni a la valoración jurídica del feto según el tiempo de gestación, ni se establece nada nuevo respecto a la determinación jurídica del momento en el que comienza la vida del *nasciturus* para el derecho, el Tribunal no se ocupa de esos temas. La sentencia no modifica entonces la jurisprudencia del TC en estos términos bioéticos, como algunos entusiastas comentaristas del fallo pretendieron hacer ver en su momento, o como hicieron creer algunos titulares de prensa: «El TC establece que todos fetos tienen derecho a ser enterrados» (*El Periódico*, 12 de febrero de 2016).

El feto del que hubiera sido el hijo de esta mujer debió pasar más de dos años sumergido en formol, esperando para poder ser incinerado a que el Tribunal Constitucional levantara una prohibición inventada por los jueces. Después de todo este tiempo, del arduo camino personal y de los sucesivos procesos judiciales, tal vez el cuerpo del no nato no pudo tener una despedida tan digna y natural como deseaba su madre. Pero gracias al valor de esta mujer, y a su capacidad de insistir por los derechos que nos pertenecen a todos, en adelante otras mujeres y familias se beneficiarán de este nuevo logro por la dignificación del duro trance que tiene que ser pasar por un aborto.

Sin embargo, tras las luces que alumbran este escalón de dignificación se abren paso las sombras del tabú de la libertad ideológica. Porque en este caso no se trataba de discutir jurídicamente sobre el valor de la vida decidido objetiva y autoritativamente por el Estado, sino de la valoración individual de la pérdida de posibilidad de la vida según las creencias personales. En resumen, el tema fuerte que eludió el TC en este Amparo tiene que ver con una vieja e irresuelta cuestión de Teoría del derecho: el debate entre el objetivismo moral y la perspectiva de la conciencia moral individual. La sociedad española requiere más temprano que tarde que el Tribunal se pronuncie al respecto.

Juan Daniel ELORZA SARAVIA  
*FLACSO-España*  
[jdolorza@gmail.com](mailto:jdolorza@gmail.com)