

1.4. Sucesiones

Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar

*Succession heritage and the deceased person's:
doctrinal, jurisdictional disputes about the
funeral rites and the applicability of the right
personal and family intimacy*

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular Acreditada del Departamento de Derecho civil UNED

RESUMEN: La antigua privación de sepultura implicaba que, a la muerte de un sujeto con deudas no satisfechas, a sus restos se les atribuía una singular naturaleza de cosa susceptible de prenda. El acreedor retenía al cadáver hasta que los herederos o, en su caso, el fiador le reintegrasen la deuda pendiente. Al día de hoy, si la calificación de la naturaleza del cadáver como cosa común o, más exactamente, como inapropiable, está resuelta, sin embargo, no sucede así con la determinación de quién ostenta los correspondientes derechos sobre él, que dista de ser pacífica. En este artículo constataremos las controversias judiciales contemporáneas sobre a quién incumbe la decisión de las exequias: al cónyuge supérstite, a los descendientes, a los ascendientes o, si es posible, que en el testamento el causante haya resuelto esta cuestión, así como la aplicabilidad a esta atribución del Derecho al cadáver, la noción y derecho fundamental sobre la intimidad personal y familiar. Derecho al que se ha atribuido la naturaleza con elasticidad infinita, si bien dicha condición es ajena a casi cualquier materia por lo que cabe cuestionarse si también su aplicabilidad en este extremo es posible y que el derecho recupere su configuración propia.

ABSTRACT: *The historic privation sepulchre that to the death of a debtor person, imply to its remains they were attributed a nature of susceptible thing of warranty. The creditor retained to the deceased person's until the heirs or guarantors do the total payment amount. if the qualification of the nature of the deceased person's like common thing or, more exactly, as inapropiable, it is resolved, however, it doesn't happen this way to the determination it shows the corresponding rights disputes ABOUT THE funeral rites. In this article we will consist the controversies judicial contemporaries envelope to who it concerns the decision of the funeral rites to the husband or wife survivor, to the descendants, to the ascendancies or, if it is possible that in the testament has solved this question, as well as the applicability to*

this attribution of the Right to the cadaver, the notion and fundamental right about the personal and family intimacy. Right to which elasticity infinite,

PALABRAS CLAVES: Personalidad. Patrimonio Hereditario. Cosa inapropiable. Exequias. Derecho funerario. Intimidad personal y familiar.

KEY WORDS: *Legal personality. Succession heritage. Inappropriate. Funeral right. Funeral rites. Personal and family privacy.*

SUMARIO: I. PROLEGÓMENOS: LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS DEUDAS A LOS HEREDEROS DEL CAUSANTE Y LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SEPULTURA DEL DEUDOR: 1. LA *OBLIGATIO* Y EL VÍNCULO COMO NEXO PERSONAL: EL DOGMA DE LA INTRANSMISIBILIDAD Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LOS RESTOS MORTALES DEL CAUSANTE DEUDOR: A) *La promesa formal del estipulante y la responsabilidad de las deudas.* B) *La pervivencia de las relaciones obligatorias del causante y la privación del derecho de sepultura: su origen remoto germánico ante la visión personalísima de la deuda.* 2. EL FUERO REAL Y LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CASTELLANO: LOS CAMBIOS DE DEUDOR EN LAS FUENTES DE LA BAJA Y DE LA MODERNA EDAD MEDIA: A) *La privación de entierro del deudor: su práctica inveterada y recurrente prohibición.* B) *El derecho funerario: calificación civil del cadáver y tipificación de los delito de respeto a los difuntos.*—II. EL CADÁVER COMO *RES COMMUNES OMNIO* O «COMÚN»: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONTROVERSIAS JURISDICCIONALES 1. EL CADÁVER COMO COSA COMÚN E INAPROPIABLE: SU INTRANSMISIBILIDAD. 2. DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE LA FORMA DE LAS EXEQUIAS. 3. LA SAP DE HUELVA, DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2014 Y LA SAP DE CÁDIZ, DE 14 DE ABRIL DE 2000: EL DERECHO FUNERARIO.—III. SALA PRIMERA. SENTENCIA DEL TC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO DE 2016.—IV. LA ELASTICIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y SU CAPACIDAD PARA RETOMAR EL NÚCLEO ESENCIAL ¿EXISTE UN PUNTO SIN RETORNO QUE DEFORME Y VACÍE DE CONTENIDO POR EXCESO A ESTE DERECHO FUNDAMENTAL?—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- I. PROLEGÓMENOS: LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS DEUDAS A LOS HEREDEROS DEL CAUSANTE Y LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SEPULTURA DEL DEUDOR
1. LA *OBLIGATIO* Y EL VÍNCULO COMO NEXO PERSONAL: EL DOGMA DE LA INTRANSMISIBILIDAD Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LOS RESTOS MORTALES DEL CAUSANTE DEUDOR

A) La promesa formal del estipulante y la responsabilidad de las deudas

Como es sabido, la *stipulatio* era la principal fuente de las obligaciones en la época clásica. En el caso del cambio de deudor y en particular, se trata de la promesa jurídica formal consistente en una pregunta solemne pronunciada por el estipulante o acreedor y, a su vez, aceptada por el promitente o deudor que queda obligado por su respuesta¹. La *obligatio* resultante de ese negocio jurídico es un vínculo de naturaleza estrictamente personal².

En este punto, el contenido de las fórmulas capaces de alterar el lado pasivo de una *obligatio* evoluciona de forma paralela a la noción del vínculo. De este modo, si hasta finales de la época quiritoria la obligación se constituía como un nexo personal del que respondía el deudor con su propia vida, repugnaba al sentido de la institución la mera posibilidad de modificar su componente esencial. Posteriormente, la responsabilidad recaerá sobre los bienes y patrimonio del obligado y no sobre su persona.

Por tanto, el origen remoto de lo que después se convertiría en el dogma sobre la intransmisibilidad de las deudas se basaba en el entendimiento del vínculo como algo personal³. Por otra parte, y sobre este dogma, también es cierto que los mecanismos existentes para la sustitución de las partes resultaban suficientes al dar cumplida satisfacción de las necesidades negociales. En definitiva, del sentido práctico del sistema romano y de su acusado pragmatismo, se puede inferir que no es tanto que se afirmara el dogma de la intransmisibilidad, como que la transmisión pasiva singular no resultó necesaria dada la existencia de vías hábiles para obtener los resultados pretendidos⁴.

B) La pervivencia de las relaciones obligatorias del causante y la privación del derecho de sepultura: su origen remoto germánico ante la visión personalísima de la deuda

El dogma de la intransmisibilidad de las deudas quedaría derogado en el ámbito del Derecho hereditario, al admitir la ficción de la transmisión *mortis causa* del conjunto del que era titular el *de cuius*, toda vez que el heredero ocupaba el lugar y posición de su causante. El origen de esta necesaria ocupación por el heredero del lugar del causante, trae causa de las viejas creencias romanas y de la devoción a los dioses lares, los protectores de la casa, cuyos deberes de culto no podían quedar vacantes por la muerte del soberano familiar⁵. Esta concepción es tributaria de la visión espiritualista que profesa BONFANTE⁶.

Por ello y en cuanto al pasivo hereditario, la característica básica de este sistema no es otra que la asunción de las deudas sin la preceptiva concurrencia de *novatio* que produzca la extinción necesaria de la relación anterior con sustitución por otro nuevo vínculo⁷.

En todo caso, excede de la pretensión introductoria de estas líneas fijar el proceso definitivo que se concretó en el anunciado sistema de transmisión universal *mortis causa*, si bien conviene tener presente su origen y evolución ya que en un sistema tan firmemente apegado al concepto de *obligatio* como vínculo personal también las deudas resultaban intransmisibles.

Precisamente, llama la atención que este general reconocimiento de la transmisibilidad de las deudas a los herederos del causante conviviese —hasta bien entrado el Siglo XVII—, con la privación del derecho de sepultura del deudor. Al fin y al cabo estas prácticas conviven en una época en que aún no estaba claramente concretada la sucesión *in universum ius* del conjunto patrimonial del causante a sus herederos y pervivirían hasta fechas en que parece asentado sólidamente el principio hereditario. Por ello, los primeros testimonios son productos de una época en que la sucesión universal de bienes, derechos y deudas no había remediado la intransmisibilidad pasiva⁸.

Pues bien, aquella privación de sepultura implicaba que, a la muerte de un sujeto con deudas no satisfechas, dicha circunstancia amparaba y justificaba la atribución a sus restos de una singular naturaleza de cosa susceptible de prenda

o —ajustando la terminología a la actual— de garantía del derecho de crédito del acreedor. Este último retenía el cadáver en tanto en cuanto los herederos o, en su caso, el fiador no le reintegrasen la deuda pendiente.

HINOJOSA Y NAVEROS da cuenta de esta práctica descrita en fuentes desde el Siglo VI a.C., en el mundo indio (colección de cuentos de *Pantschantrantra*), entre los ostrogodos y en el Derecho romano (Justiniano renovó la prohibición de Justino, *Cod. Just.* 9.19.1.6, en el año 526). En particular, entre las fuentes del Derecho español menciona el Fuero general de Aragón; el Fuero de Valencia de 1250; el de Tortosa de 1279; en los Fueros del Reino de Navarra; el Fuero Real y las Partidas⁹.

Por su parte, HERÓDOTO en su Libro II de *Historia* señala que en Egipto coincidiendo con un momento de gran escasez de dinero en circulación, fue promulgada una norma «en virtud de la cual uno solo podía recibir un préstamo dando como garantía el cadáver; y a esta ley se agregó, además esta otra: quien facilitaba el préstamo se convertía, de paso, en dueño de toda la cámara mortuoria del contrayente; y si el que ofrecía la susodicha garantía no quería devolver el préstamo, sufría la siguiente sanción: el deudor en cuestión no podía, a su muerte recibir sepultura en la tumba paterna hipotecada ni en ninguna otra (...»¹⁰.

En este punto y dado el contraste de esta figura con el posterior principio romano de sucesión *mortis causa* y responsabilidad del heredero por las deudas del causante, la pervivencia de esta práctica bien podría entroncarse en ciertos elementos del sistema germánico. En definitiva, en este último modelo las deudas eran personalísimas por lo que se extinguían con la muerte del deudor y mediante el recurso a la corporeización o a los símbolos materiales, el acreedor podía ejecutar ciertos actos sobre el cadáver para impedir su enterramiento y evitar así que con la desaparición del vínculo personal por el fallecimiento del deudor, desapareciese también la deuda¹¹.

Al margen de los derechos y obligaciones transmisibles *mortis causa*, las nacidas y que encontraban su origen *ex delicto* así como algunas pretorias, se extinguían con la muerte de sus sujetos. Es especialmente destacable el caso de los fiadores de Italia o *adspromissores* que, frente a los procedentes de otros lugares, con su fallecimiento se extinguía también su obligación perviviendo vagamente, por tanto, el elemento personalísimo y su incapacidad para ser transmitidas¹².

2. EL FUERO REAL Y LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CASTELLANO: LOS CAMBIOS DE DEUDOR EN LAS FUENTES DE LA BAJA Y DE LA MODERNA EDAD MEDIA

A) *La privación de entierro del deudor: su práctica inveterada y recurrente prohibición*

El Fuero Real sigue al texto de las Partidas y, por tanto, también recoge la figura del manero si bien alterando o concretándose sus perfiles ya que se sistematiza en sede y tratamiento autónomo de los fiadores¹³. El manero es el tercero que se compromete a pagar por el deudor, por tanto, se trata de un garante distinto del fiador concebido en los siguientes términos: «Sy aquel que es tenido de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demanda. Otrosi si él diere otro su debdor por manero quel pague aquel debdo et el otro lo recibiere, non sea tenido de responderle mas por este debdo, maguer que el otro non gelo pague: eti si el (otro) debdor pagare el debdo a otre, quier en nombre de aquel a qui lo

debe, quier non, si aquel cuyo es el debdo non lo otorgare, puelal demandar su debdo si el otro non lo recibió por su mandado»¹⁴.

Consecuencia de la inveterada práctica de privar de entierro al deudor, el Fuero Real se ve forzado, también, a proscribir recurrentemente que el acreedor impidiera dar sepultura al fallecido. Para garantizar el respeto a la prohibición impone penas pecuniarias al infractor y declara nulas las prendas o las fianzas ofrecidas por los herederos en tales circunstancias¹⁵. Reitera con ello la primera Partida donde, a su vez, y seguramente con cierto sentido religioso, se mantuvo la interdicción contra aquella costumbre de privar de sepultura a quien no hubiera cumplido con sus débitos, cuestión que parece confirmar que los acreedores del causante preferían recurrir a este drástico recurso pese al, pretendidamente consolidado, sistema de responsabilidad *ultra vires* o sucesión universal de las deudas¹⁶.

Sin embargo, en el Fuero se reconoce expresamente al acreedor la facultad de reclamar las deudas pendientes contra los sucesores del causante deudor. En este punto, al igual que la persistente tipificación de la privación de sepultura para cobrar las deudas acredita su pertinaz incumplimiento, la mencionada reserva de acciones en favor del acreedor contrasta con el explícito principio romano de sucesión de las deudas a título universal. Al fin y al cabo, la ocupación por el heredero del lugar del causante, lleva implícita la posibilidad de que el acreedor interese la ejecución de la deuda contra aquél: «Qui quier demandare a herederos dotro por debda quel debiese, o por calonna quel oviese fecha el muerto, los herederos sean tenidos de responder por el muerto» (3.20.6). Por tanto es una reiteración de un principio que parece que no gozó del respeto general.

De lo dicho se sigue que la reiteración de preceptos encaminados a garantizar que el acreedor pudiera ejecutar las prestaciones pendientes contra los herederos¹⁷, así como la prohibición expresa de oponerse al entierro, más cuestionan que reafirman el principio romano de la sucesión universal¹⁸.

Por ende, más parece que conviviera con otras costumbres mucho más arraigadas y consolidadas cuyo ejercicio, en suma, haría poner en duda la general aceptación del dogma de la transmisibilidad universal *mortis causa*¹⁹. Idéntico fundamento tiene, a su vez, la general renuncia al Senadoconsulto veleyano (3.20.14)²⁰.

B) *El derecho funerario: calificación civil del cadáver y tipificación de los delitos de respeto a los difuntos*

Para concluir esta introducción dedicada a la existencia de un derecho sobre el cadáver del sujeto pasivo, que al tiempo nos ha permitido conectar la calificación contemporánea de los restos mortales, por lo que aquí interesa, además de la concienciación y sistematización del denominado Derecho funerario; interesa subrayar el respeto al cadáver en un doble ámbito jurídico. Su calificación civil no tanto como *res extra commercium*²¹ sino como cosa común, en el sentido de inapropiable y tipificación penal de los delitos contra el respeto a los difuntos previstos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y sus sucesivas reformas²².

El vigente Código Penal²³ prevé en su artículo 526, lo siguiente «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses»²⁴.

Por su parte, sabido es que el Derecho Intermedio y su sistematización en la recepción del Derecho común en España, en el periodo comprendido entre la publicación del Ordenamiento de Alcalá de 1348²⁵ y la promulgación del Código civil, los supuestos de hecho conflictivos se siguieron ventilando por las disposiciones de las Partidas, vía prelación de fuentes o por reproducción de la Quinta²⁶. Por tanto, en general, la institución objeto de estudio siguió básicamente apegada a su tradición romanística, específicamente justinianea.

Por fin y deudoras de sus fuentes inmediatamente anteriores, se pueden señalar las Leyes de Toro de 1505 donde la 61 prevé el régimen de la fianza entre cónyuges; en las 63 y 65 el nacimiento, forma, vida y extinción de las relaciones de Derecho privado.

En este punto cabe señalar el mantenimiento de dicha prohibición, acredita la reiterada práctica de los cambios de deudor; por otra parte, también se ha contrastado la absoluta falta de aplicación del mencionado senadoconsulto, vía renuncia de la interesada. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1861, destaca que la Ley 61 de Toro es objeto de interpretación restrictiva ya que prohíbe a la mujer ser fiadora de su marido y la libera de compromiso mancomunado con él, no es de aplicación a ningún otro supuesto que los anteriores²⁷.

II. EL CADÁVER COMO *RES COMMUNES OMNIO* O «COMÚN»: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONTROVERSIAS JURISDICCIONALES

1. EL CADÁVER COMO COSA COMÚN E INAPROPIABLE: SU INTRANSMISIBILIDAD

En todo caso, lo cierto es que si la calificación de la naturaleza del cadáver como cosa *común* o, más exactamente, como inapropiable²⁸, está resuelta, no sucede así con la titularidad de quién ostenta los correspondientes derechos sobre él, que dista de ser pacífica²⁹, extremo que ventilaremos a la luz de las controversias suscitadas en sede judicial en el siguiente epígrafe.

Como ya he tenido ocasión de mencionar³⁰, uno de los modos de abordar el fenómeno de la herencia consiste en descomponer en tres sus elementos constitutivos. De este modo, si el denominado elemento personal afecta al causante o al sucesor, los elementos formales ataúnen al título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia y, por fin, el denominado elemento real, o visión estática de la herencia, está constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados³¹.

En el Derecho común, dos son los preceptos básicos del Código sobre el denominado aspecto estático o contenido de la herencia y la propia transmisibilidad de derechos y obligaciones del causante. Se trata, de una parte, del artículo 657 que concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y el 661, por cuanto afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»³².

No opera el fenómeno sucesorio en ciertas materias, destacando ROCA SATRE entre estos supuestos, tanto el propio cadáver, como la propiedad funeraria³³.

Por su parte, SANTOS BRIZ, sobre la intelección del artículo 333 como marco del Libro Segundo de Código Civil, cuyo tenor literal declara —todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se considerarán como bienes muebles e inmuebles—, asevera que —objeto del derecho pueden ser en-

tidades corporales (por ejemplo, la voz de una persona, la llamada propiedad intelectual, etc.); pero la personalidad misma no puede ser objeto de derecho, aunque el hombre en alguna de sus relaciones pueda ser considerado bajo un perfil objetivo, así en las relaciones de patria potestad de los padres sobre los hijos, o en los derechos del empresario sobre el obrero en virtud del contrato de trabajo. El comportamiento del hombre puede ser considerado como objeto sin detrimento de su subjetividad jurídica. Nunca como objeto de soberanía, ya que en las relaciones de obligación el derecho del acreedor se dirige a la prestación y no a la persona del deudor. Tampoco en el aspecto físico o corporal el hombre puede ser objeto de derecho, al menos estando vivo, aunque actualmente se habla de disponibilidad sobre el cuerpo muerto o cadáver o de alguna de sus partes. Según el criterio más aceptable, el cadáver puede considerarse una cosa mueble sin dueño, no susceptible de apropiación. Tampoco es apropiable, ni, por tanto, transmisible, el derecho a la inviolabilidad corporal, por tratarse de un derecho de la personalidad y no de un derecho real»³⁴.

Como con la fina precisión que le caracteriza, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ nos recuerda que el fallecimiento convierte a sus restos en una cosa y pese a desaparecer su personalidad, su cuerpo sigue impregnado de una cierta dignidad. No es una cosa cualquiera según MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «en el cadáver que es se respeta la dignidad de quien fue, y por tanto el trato que se dispense a sus restos debe ser acorde con ese respeto debido»³⁵; de ahí, por ejemplo, que se afirme su extrapatrimonialidad, se excluya la libre disponibilidad sobre el cadáver o sus partes, y se limiten las posibilidades de realizar negocios que lo tengan por objeto (Comentarios... *cit.* dirigidos por RAMS, T. II, vol. 1.º, p. 341).

En resumidas cuentas, la personalidad se extingue con la muerte y con ella y al margen de consideraciones éticas, morales o sociales, lo cierto es que la persona ha pasado a ser un cadáver y con la pérdida de su personalidad por razón del óbito, se produce la extinción de la práctica totalidad de sus derechos —cabe recordar la memoria de los difuntos, su protección jurisdiccional y los legitimados para hacerla efectiva— y de los derechos inescindibles al sujeto³⁶.

2. DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE LA FORMA DE LAS EXEQUIAS

El preciso contenido y exacto alcance jurídico de ambos preceptos (657 y 667, amén del art. 32) ha sido largamente debatido por la mejor doctrina y la jurisprudencia, por lo que corresponde en este momento del artículo es traer a colación los escasos casos en que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades que rodean a su transmisibilidad, así como en particular la jurisprudencia menor relativa a las decisiones relativas a las exequias y demás circunstancias funerarias.

En este punto, doctrinalmente HUALDE SÁNCHEZ afina de conformidad a lo que acabamos de constatar que la muerte transforma al cuerpo en cadáver, cosa extrapatrimonial sobre la que no ha lugar a derechos. La voluntad del causante sobre el destino de su cuerpo habrá de ser respetada en la medida de lo posible, si bien deciden los familiares en algunos casos ya sabidos como la de la donación de órganos³⁷.

Pues bien, destaca la señera sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles

e intransmisibles. En especial apunta las singularidades de derecho de carácter público que se sustrae del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias³⁸.

Por parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17 de enero de 2000, atribuye a los hijos y no al marido, el derecho a disponer de los restos mortales; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2004, que desestiman la aplicación de las normas sucesorias sobre la titularidad del cadáver, al no ser posible su calificación como bien o derecho patrimonial susceptible de transmisión a los herederos³⁹.

Es el momento de recordar [Curso de Introducción al Derecho Sanitario. Grado en Enfermería - 1.º Publicado en 2016 Antonio Fayos Gardó, (pp. 58 y 59)].

«Quién puede disponer del cadáver? A falta de manifestaciones de la persona sobre la forma de ser enterrado, realizadas por cualquier medio o mediante las Instrucciones Previas tal como prevé la Ley 41/2002, se reconoce por parte de la jurisprudencia el derecho de sus parientes próximos para establecer el destino del cuerpo. En lo que respecta a la donación de órganos, nuestra legislación considera posible donante a cualquier persona que no hubiera dejado constancia expresa de su oposición en vida (art. 5.2 y 3 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos y art. 10.1 a del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos) si bien en la práctica no se lleva a cabo una extracción si hay oposición de sus parientes. Pero la ley no exige que se les consulte y toma en consideración únicamente la voluntad del fallecido.

En este punto, la Profesora RODRÍGUEZ GUITÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADCI*, núm. LVI-2, abril de 2003. p. 839 en segundo lugar, en la STS de 10 de junio de 2002, doña Carmen B. M. Y una sociedad mercantil encargada de la explotación de nichos celebran un contrato que daba derecho a la primera al uso de un nicho durante cincuenta años. La señora introduce los restos del marido en el nicho y cumple los requisitos legales exigidos (entrega de la cantidad inicial, colocación de lápida...). Debido a la actuación negligente de algún empleado de la sociedad privada se extravía el expediente y, por la ausencia del mismo, se vacía el nicho y son arrojados a la fosa común los restos que contiene. Ante la alegación de la sociedad recurrente de que no han existido daños morales, el Supremo confirma el razonamiento de la sentencia de apelación que considera que el incumplimiento lleva consigo una clara lesión de las creencias religiosas de la demandante, con el consiguiente daño psíquico. A mi juicio, otro derecho de la personalidad distinto al de la libertad religiosa también pudiera haber sido aquí el invocado, en concreto el derecho sobre el cadáver de la persona. A falta de disposiciones especiales de la última voluntad del fallecido suele reconocerse el derecho de los parientes próximos a establecer el destino del cadáver (inhumación, incineración...) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. vol. 1, 10.^a edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 332».

3. LA SAP DE HUELVA, DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2014 Y LA SAP DE CÁDIZ, DE 14 DE ABRIL DE 2000: EL DERECHO FUNERARIO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

Sección Segunda (Civil)

RECURSO: APELACIÓN CIVIL 268/2014

Proc. Origen: Juicio Ordinario 173/2013

Juzgado Origen: Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Huelva

SENTENCIA 162

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE: D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS

MAGISTRADOS: D. RAFAEL JAVIER PÁEZ GALLEGOS (Ponente)

D. ANDRÉS BODEGA DE VAL

En Huelva a 4 de septiembre de 2014.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por los Magistrados del margen, bajo la ponencia de Ilmo. Sr. D. RAFAEL JAVIER PÁEZ GALLEGOS, ha visto en grado de apelación el juicio ordinario núm. 173/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Huelva, en virtud de recurso interpuesto por la demandada D.ª Enma, siendo parte apelada los actores D. Jesús y D.ª Rosalía.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Se aceptan los de la resolución apelada.

SEGUNDO. Por el Juzgado de Primera Instancia indicado, con fecha 13/2/2014 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así: «Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda deducida por el Procurador D. IGNACIO PORTILLA CIRIQUIAN, en nombre y representación de D.ª Rosalía y D. Jesús contra D.ª Enma, sobre acción reivindicatoria y obligación de hacer, debo condenar y condeno a la demandada a que haga entrega a los demandantes de la mitad de las cenizas pertenecientes a D. Carlos José; desestimando el resto de las pretensiones deducidas en la demanda, sin perjuicio de que las partes puedan convenir, en sustitución de dicha entrega, cualquier otra de las posibilidades o alternativas deducidas en la demanda.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

TERCERO. Contra la anterior se interpuso recurso de apelación y, dado traslado a la parte contraria, fueron remitidas las actuaciones a esta Audiencia para la decisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia estimaba parcialmente la demanda interpuesta por los actores, y en consecuencia condena a la demandada Sra. Enma a que hiciera entrega a dichos demandantes de la mitad de las cenizas pertenecientes al fallecido D. Carlos José (hijo de los actores y esposo de la demandada, respectivamente), que la Sra. Enma conservaba en su poder. Se basa para ello la resolución de instancia en la consideración de que aunque pudiera

reconocerse algún derecho a la tenencia de los restos por parte de la demandada al haber abonado los gastos del sepelio, citando analógicamente los arts. 1894.2 y 144 del Código Civil), ello no la hacía titular de modo exclusivo de ellos, dado que en el caso los actores le abonaron la mitad de su importe, al haber percibido de menos la suma correspondiente en las adjudicaciones testamentarias que se hicieron. Añade además razonamientos de índole sociocultural, citando el artículo 67 del Código Civil, entendiendo que «actuar en interés de la familia» comprende también el deber de la viuda de respetar el derecho de sus padres políticos al culto de los restos de su hijo, así como otros argumentos que posteriormente serán examinados.

SEGUNDO. Con carácter previo a la resolución de la apelación ha de resolverse la alegación formulada en la oposición al recurso interpuesta por los demandantes, quienes aducen la inadmisibilidad de la apelación por el hecho de que según se expone en el escrito se afirma impugnar la demanda, pero no la sentencia ni su fallo, así como que igualmente no se citan los pronunciamientos impugnados tal como exige el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tales óbices no tienen entidad como para inadmitir la apelación. Es obvio que la mera mención de que se impugna la «demanda» no es más que un mero error tipográfico, pues del resto del recurso se comprueba fácilmente que lo impugnado es la decisión judicial dictada, así como que igualmente constan con claridad cuales son los extremos de esta que la demandada ha decidido impugnar, en términos claros y comprensibles que han permitido además a la demandada oponerse, como ha hecho, a la apelación formulada, por lo que no se observan los defectos procesales que los demandantes esgrimen como motivo de inadmisibilidad del recurso.

TERCERO. Entrando ya en el recurso de apelación formulado, se alza la demandada contra la referida sentencia aduciendo en primer lugar la existencia de una incongruencia extrapetita, en tanto que en la demanda se ejercita solo y exclusivamente por los demandantes la acción reivindicatoria, que sirve de base a las peticiones formuladas en el suplico que no son más que consecuencia de ella, acción que sin embargo es desestimada en la sentencia, que ha accedido a la pretensión de los demandantes por motivos diferentes de los esgrimidos, lo que a la postre le ha causado indefensión.

Respecto de la congruencia, nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 9/10/2013 (*EDJ* 2013, 192458) nos recuerda que «1.º) Según constante jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en SSTS de 7 de noviembre de 2011, rec. núm. 1430/2008 EDJ 2011/262931; 10 de octubre de 2011, rec. núm. 1331/2008 EDJ 2011/251306; 26 de octubre de 2011, rec. núm. 1345/2008 EDJ 2011/251308; 26 de mayo de 2011, rec. núm. 435/2006 EDJ 2011/222409; 23 de marzo de 2011, rec. núm. 2311/2006 EDJ 2011/130902; 4 de noviembre de 2010, rec. núm. 444/2007 EDJ 2010/258968; 1 de octubre de 2010, rec. núm. 1315/2005 EDJ 2010/213606; 29 de septiembre de 2010, rec. núm. 594/2006 EDJ 2010/213602; 2 de diciembre de 2009, rec. 407/2006 y 2 de noviembre de 2009, rec. núm. 1677/2005 EDJ 2009/259058, el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC EDL 2000/77463 exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

— La congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas —teniendo en cuenta lo pedido y la causa de pedir— entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos de demanda y contestación —no en los

razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos— que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del artículo 359 LEC 1881 EDL 1881/1, y hoy del 218 LEC, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Lo dicho supone que, para determinar si una sentencia es incongruente, se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo interesado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras.

— Una de las variantes de la incongruencia es la extra petita (al margen de lo solicitado) que consiste en el cambio de la petición contenida en el suplico, con mutación de la causa de pedir y absorción de la omisiva por falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado. Esta incongruencia no tiene amparo o justificación en el principio *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho), cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso ni la extralimitación en la causa de pedir, ni en definitiva, la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos (entre las más recientes, STS de 7 de noviembre de 2011, rec. núm. 1430/2008 EDJ 2011/262931).

— La congruencia, en su vertiente interna de la sentencia, también exige que no exista contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo ni contradicción entre los pronunciamientos de este (SSTS de 27 de enero de 2012, rec. núm. 1660/2008 EDJ 2012/6925 y 2 de febrero de 2012, rec. núm. 1664/2008 EDJ 2012/11242).

CUARTO. Analizadas con la anterior perspectiva tanto la demanda interpuesta como la sentencia dictada en autos, ha de concluirse que el motivo de apelación formulado por la demandada ha de ser estimado.

En efecto, se observa que por los actores en el encabezamiento de la demanda indicaron que se formulaba «para revindicar la propiedad respecto de los restos mortales procedentes de la herencia de D. Carlos José ...»; en el hecho 7.^º expresaron que «el derecho al cadáver de una persona corresponde a los herederos de la misma, por aplicación analógica de las normas que regulan la sucesión, y siendo mis mandantes los únicos herederos legítimos del finado, a ellos debe atribuirse los restos mortales del Sr. Carlos José»; y en los fundamentos jurídicos, en el III, dedicado al fondo del asunto, se manifiesta que los actores «reivindican el derecho de dominio o la titularidad sobre los restos mortales de su hijo... por entender estos que habían adquirido el derecho sobre el cadáver por herencia, pretendiendo en consecuencia que la demandada haga entrega de los restos fúnebres a los actores, por detentar indebidamente», a lo que añaden que «el causante fallece sin hijos y sin haber realizado testamento, siendo así en nuestro ordenamiento jurídico el orden de llamamientos en la sucesión intestada, es la preferencia a los ascendientes antes que al cónyuge viudo»; e incluso el propio Juzgado así lo reconoce, afirmando en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada que la acción que instan los demandantes es, efectivamente, la reivindicatoria.

Se concluye así sin dificultad que el fundamento en el que se basa la demanda es claramente la existencia de un derecho de propiedad que los actores estiman

tener sobre los restos de su hijo fallecido, derecho que además parecen derivar de la sucesión hereditaria. Pues bien, en este entendimiento, es evidente que la declaración que realiza la sentencia apelada incurre en una clara incongruencia extra petita, pues declara un derecho sobre la base de una acción y fundamentos que no fueron esgrimidos en modo alguno en la demanda como base de lo que se pedía. En efecto, tras estudiar la resolución los requisitos de la acción reivindicatoria, expresamente la rechaza el fundamento jurídico 3.^º de la sentencia, para seguidamente estimar parcialmente la demanda pero sobre la base de otras consideraciones, como son el haber abonado los demandantes la mitad de los gastos de sepelio, que salvo error de la Sala ni siquiera es un hecho ni siquiera alegado en la demanda, o por argumentos de índole sociocultural ya expresados anteriormente y que tampoco constan invocados en el escrito inicial del proceso; y es más, concede la primera petición subsidiaria del suplico, esto es, la entrega de la mitad de los restos del fallecido, pero cambiando el título por el que los demandantes la interesaron, que era también por derecho de propiedad como decimos, puesto que tras rechazar la reivindicatoria —y consecuentemente esa propiedad de los restos— se concede ahora un inconcreto derecho a la tenencia de las cenizas sobre la base de esos argumentos anteriormente citados, peores sabido las claras diferencias existentes jurídicamente entre la mera tenencia de una cosa y su propiedad: en definitiva, en la resolución, que niega que los actores sean propietarios de las cenizas de sus hijos, acaba sin embargo dándoles la posesión de la mitad de las cenizas, petición que tampoco habían estrictamente realizado.

Se produce por tanto una incongruencia extrapatita no solo en cuanto a la acción ejercitada, sino también en cuanto lo concedido respecto de lo inicialmente solicitado en la demanda, incongruencia que como aduce la demandada es claramente susceptible de causarle indefensión, pues como se observa de la contestación, la defensa se articuló frente a la reivindicatoria inicialmente ejercitada, negando la concurrencia de sus requisitos y afirmando la propiedad de las cenizas por parte de la Sra. Enma, pero no respecto de los argumentos que finalmente acoge *ex novo* la sentencia, lo que obliga en consecuencia a la estimación del recurso y consiguiente rechazo de la pretensión actora, visto que por los actores ni siquiera se haapelado contra el rechazo parcial que de su pretensión básica, la tantas veces citada acción reivindicatoria, se hace en la sentencia.

QUINTO. Por lo demás, la decisión del Juzgado no puede sostenerse ni siquiera por la vigencia de antiguos principios procesales como el de «*da mihi factum, dabo tibi ius*», que entraña a su vez con el conocido brocardo *iura novit curia*, el cual se aduce en la oposición a la apelación. Y no puede sostenerse porque en realidad la sentencia ha hecho un cambio básico en la pretensión actora, que contradice diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre ellos el artículo 412, titulado «Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles». Según su apdo. 1, «[e]stablecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenCIÓN, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Y según su apdo. 2, «[l]o dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley».

Por su parte el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo referente a las alegaciones complementarias y aclaratorias que se acaba de citar, dispone en su apdo. 1 que «[e]n la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de estos expuestos en sus escritos, podrán

efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario»; y en su apdo. 2, que «[t]ambién podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar estas ni sus fundamentos».

Estas normas guardan una estrecha relación, de un lado, con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, titulado «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos» y cuyo apdo. 1 dispone que «[c]uando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior», así como con el artículo 401 sobre el momento preclusivo de la acumulación de acciones; y de otro, y muy especialmente con el párrafo segundo del apdo. 1 del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite al tribunal resolver «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes» (formulación del tradicional *iura novit curia*), pero siempre, y es lo importante «sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer».

Y como dice la sentencia del Tribunal Supremo núm. 361 de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6854), la causa de pedir que funciona como límite a estos efectos no se integra solo por hechos: «En cuanto a la jurisprudencia, antes ya de entrar en vigor la LEC de 2000 esta Sala rechazaba que la causa de pedir estuviera integrada únicamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario, por causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS de 19 de junio de 2000 [*RJ* 2000, 5291] en rec. 3651/96 y 24 de julio de 2000 [*RJ* 2000, 6193] en rec. 2721/95), los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada (STS de 16 de noviembre de 2000 [*RJ* 2000, 9915] en rec. 3375/95), o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (SSTS de 20 de diciembre de 2002 [*RJ* 2003, 228] en rec. 1727/97, y 16 de mayo de 2008 [*RJ* 2008, 4136] en rec. 1088/01).

De ahí que, ya bajo el régimen de la LEC de 1881 (LEG 1881, 1), ya bajo el de la LEC de 2000, no se admite la introducción de cuestiones nuevas presentándolas como puramente jurídicas (STS de 10 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 9977] en rec. 629/97); se considere un cambio de demanda prohibido por la ley reclamar en principio una cantidad como exigible para, luego, acabar pidiendo que se fije un plazo para su pago (STS de 22 de mayo de 2003 en rec. 2983/03); o en fin, no se admite que en fase de conclusiones se invoque el artículo 262 LSA de 1989 (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) como fundamento de la responsabilidad de los administradores sociales demandados cuando la demanda no se hubiera fundado en el mismo (STS de 5 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 7053] en rec. 2957/98). Más en particular sobre el juicio de retracto, la STS de 7 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2560) (rec. 2474/97) apreció incongruencia en una sentencia de apelación porque, computado el plazo de caducidad por el juez de primera instancia incluyendo los días inhábiles, el demandante alteró luego el día alegado en su demanda como inicial y el tribunal de apelación admitió esta modificación».

Y concluye el Tribunal Supremo que «la causa de pedir, por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia* (STS de 7 de octubre de 2002 (*RJ* 2003, 357] en

rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del artículo 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer».

En definitiva, se considera que la decisión contenida en la sentencia, al estimar tanto una petición como una acción que en ningún momento fueron esgrimidos en tal sentido por los actores en su demanda, ha modificado esencialmente la causa petendi de la pretensión deducida, acudiendo a fundamentos jurídicos sustancialmente distintos de los que la parte demandante hizo valer, lo que además de infringir los preceptos citados es susceptible de generar indefensión a la demandada tal como esta afirmabaen su recurso y se ha admitido previamente.

SEXTO. En todo caso, y a mayor abundamiento, ha de decirse que la Sala tampoco comparte las conclusiones jurídicas a que se llega en la resolución dictada.

Como hemos visto, en ella se admite ese derecho a la tenencia de la mitad de las cenizas del fallecido Sr. D. Carlos José sobre la base de dos argumentos básicos. El primero de ellos es el hecho de haber pagado la mitad de los gastos de sepelio, pero no se observa qué conexión jurídica existe entre tal abono y la propiedad —o posesión, si se quiere— de los restos funerarios, de modo tal que el simple hecho de realizar su pago permita extraer la consecuencia jurídica de la adquisición de la tenencia o posesión de ellos, porque si de posesión hablamos, parece claro que tal abono no constituye ninguno de los supuestos o medios que permiten adquirirla conforme el artículo 438 del Código Civil: no implica ocupación material, ni ha quedado por él sujeta a la acción de la voluntad de los demandantes, ni menos resulta ser un acto propio o formalidad legalmente establecido para adquirir tal derecho.

El segundo argumento, de índole calificado de sociocultural, es igualmente discutible. Utiliza como primer apoyo el artículo 67 del Código Civil, en cuanto que establece la obligación de los cónyuges de actuar en «interés de la familia», pero el precepto no concreta en realidad qué «familia» es la que se incluye en su ámbito de actuación, si la denominada «corta» o «nuclear» (formada solo por los cónyuges y su descendencia) o la «extensa», que sí incluiría familiares de grado más lejano, tanto por consanguinidad como por afinidad. En todo caso, parece que cuando el Código Civil quiere referirse a esta última lo hace expresamente, a diferencia del caso que nos ocupa (así sucede en el art. siguiente, el 68, al consignar expresamente la obligación de compartir el cuidado de ascendientes), pero en realidad podría concluirse que tras el fallecimiento de D. Carlos José ya no existen lazos familiares de ningún tipo entre los actores y la demandada, pues al no existir hijos, esos lazos solo pudieron nacer con el matrimonio, y este quedó legalmente disuelto y extinguido por el desgraciado óbito de aquel (art. 85 del Código Civil). Tampoco puede fundarse en «el deber que incumbe a la viuda de respetar o al menos no impedir el legítimo ejercicio de su derecho al culto de los restos de su difunto hijo, culto que en el acervo cultural y sentimiento religioso de los que cabe considerar partícipes a los ahora demandantes forma parte esencial del derecho de duelo, que se manifiesta entre otras formas, en un rito en el cual resulta necesario un lugar en el que poder rememorar a las personas fallecidas», pues no solo no se invocó, como vimos, tal derecho al culto de los restos, sino que tampoco ha quedado acreditado ese acervo cultural que se da por existente en la sentencia (la costumbre, si a eso se refiere la resolución, siempre ha de ser probada, arts. 1.3 del Código Civil y 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni, por último, puede servir para la estimación una hipotética lesión de sentimientos que se presume ha de ser restaurada por la demandada, pues de

existir (lo que no ha sido en modo alguno objeto del procedimiento) solo daría lugar a tal resarcimiento, pero no a instaurar un derecho de propiedad que no parece existir, como seguidamente veremos.

SÉPTIMO. Y es que aún reconociendo que el caso sometido a resolución es ciertamente peculiar, e incluso inusual en el ámbito judicial, quizás en nuestro ordenamiento pueda atisarse una respuesta estrictamente jurídica a la cuestión —que es la que debe ofrecerse por los Tribunales— relativa a la propiedad de las cenizas del difunto D. Carlos José.

En primer lugar, parece claro —así lo ha considerado la resolución apelada— que los preceptos relativos al Derecho hereditario no resuelven la cuestión, pues es lo cierto que este ámbito del derecho se refiere siempre al caudal relicto, esto es, a los bienes y derechos de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 del Código Civil), y por tanto que ya estaban en su patrimonio, pero es obvio que las cenizas no se encontraban previamente en el patrimonio del fallecido y de ahí que respecto de ellas no quepa hablar de sucesión alguna.

En segundo lugar, el fallecimiento de una persona le hace perder su personalidad civil (art. 32 del Código Civil). No siendo ya una persona, tras la incineración, podría considerarse que en realidad —con independencia de los muy respetables valores sentimentales— las cenizas resultantes han constituido una «*res nova*», integrante de un bien mueble, y como tal, susceptible de apropiación, lo que permite adquirir tanto su posesión por la ocupación material (art. 438 del Código Civil ya citado) como incluso su propiedad por adquisición originaria vía ocupación en cuanto que previamente carecían de dueño (arts. 609 y 610, también del Código Civil). Y en este entendimiento, no siendo negado en modo alguno que la demandada adquirió, cuando menos, la posesión de buena fe de tales cenizas, tendría a su favor la presunción de propiedad sobre ellas que establece el artículo 464 del Código Civil, razones todas que conllevarían el rechazo de la acción reivindicatoria ejercitada por los demandantes.

OCTAVO. La estimación del recurso interpuesto por la demandada conlleva tanto que se deje sin efecto la imposición de costas que se le hace en la instancia, así como que no se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes (arts. 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A pesar de la desestimación de la demanda inicial considera la Sala que no debe acarrear la imposición de costas a los actores, en cuanto es clara la existencia de serias dudas jurídicas sobre la cuestión objeto de controversia.

FALLO. En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO: ESTIMAR el recurso interpuesto por D.^a Enma contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia núm. 5 de los de Huelva, que se deja sin efecto, y en su virtud, SE DESESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda origen de estos formulada contra dicha demandada por D. Jesús y D.^a. Rosalía, sin hacer expresa condena en costas de la instancia a ninguna de las partes y sin hacer expresa imposición de costas en cuanto el recurso de apelación.

Sentencia núm. 64/2000 de AP Cádiz, Sección 7.^a, 14 de abril de 2000

Ponente: MARTA PEREZ-RUBIO VILLALOBOS

Fecha de Resolución: 14 de abril de 2000

Número de Resolución: 64/2000

Número de Recurso: 13/2000

Emisor: Audiencia Provincial - Cádiz, Sección 7.^a

SENTENCIA NÚMERO 64 /2000

En la ciudad de Algeciras, a 14 de abril de dos mil.

Visto por esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, integrada por los Magistrados antes citados, el rollo de apelación de referencia, dimanante del Procedimiento igualmente referenciado; y pudiendo en esta Sala recurso de apelación formulado por Augusto, representado por la procuradora Sra. Lizaur MELÉNDEZ, contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia antes referenciado; siendo parte recurrida Patricia, Carlos Francisco y Rocío, representados por el procurador Sr. Méndez Gallardo; y habiendo sido designado ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Marta PÉREZ RUBIO VILLALOBOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 16 de junio de 1998, se formuló demanda de Juicio Ordinario Declarativo de Menor Cuantía por la Procuradora de los Tribunales D.^a M.^a Ángeles LIZAIUR MELÉNDEZ, en nombre y representación de D. Augusto, contra los arriba mencionados, en la que, tras alegar los hechos en que sustenta su petición, y algunos fundamentos jurídicos, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare:

- El legítimo derecho de D. Augusto a realizar el traslado de los restos mortales de su difunta esposa D.^a Rocío al Cementerio de Sevilla, en cumplimiento de la voluntad de la misma.
- En consecuencia con lo anterior, se condene y obligue a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, haciendo las demás declaraciones y condenas accesorias a que hubiere lugar en relación con lo principal.
- Que como consecuencia de todo ello, se libre la oportuna orden al Excmo. Ayuntamiento de Algeciras o empresa concesionaria del Cementerio Municipal de esta localidad de Algeciras para abrir el nicho situado en el patio *Corpus Christi*, crujía cuarta, hilera segunda, número 14 del Cementerio Municipal de Algeciras, donde se encuentran enterrados los restos de la difunta D.^a Rocío con el fin de ser exhumados los mismos, y proceder a su traslado al Cementerio de Sevilla para su descanso definitivo.

También solicitaba la expresa condena en costas a los demandados.

SEGUNDO. Admitida la demanda a trámite se emplazó a los demandados a fin de que en término de 20 días contestaran a la demanda, lo que verificaron personándose en autos. Contestaron la demanda en el plazo estipulado oponiéndose a la misma y alegando lo que a su derecho conviniera. Se citó a las partes a fin de celebrar la correspondiente comparecencia prevista en la Ley, sin que llegara a acuerdo y, no existiendo defecto insubsanable, solicitaron el recibimiento a prueba, así se acordó, abriéndose el periodo probatorio cuyo resultado obra en autos.

TERCERO. En fecha 16 de diciembre de 1999 se presentó recurso de apelación por el actor contra la sentencia dictada en el procedimiento de Primera Instancia, dándose el curso legalmente previsto en esta Sección, celebrándose la correspondiente vista el día 11 de abril del año en curso y cumpliéndose en la tramitación del proceso las correspondientes prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Alega la recurrente en primer término que el derecho sobre el cadáver de una persona antes y después de fallecer es de sus herederos. Plantea igualmente la apelante que hay que acudir a la intención del difunto para determinar el lugar en que debe enterrarse este, y para determinar su intención es necesario acudir a los testigos, ya que son los únicos que pueden expresar el deseo del difunto a ser enterrado en un lugar determinado. Estima dicha defensa que lo manifestado en los fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto de la sentencia de instancia es erróneo porque no ha entendido el núcleo de la demanda; exponiéndose, a su tenor, en el fundamento jurídico Tercero de la sentencia los razonamientos legales en virtud no puede acogerse la tesis del demandante y en el fundamento jurídico Cuarto se afirma que el actor falta a la verdad en la narración de los hechos. Estima igualmente la apelante que no existe norma legal que determine quien es el titular dominical de los restos de una persona, por lo que ante tal vacío es necesario acudir a la analogía y a la costumbre.

SEGUNDO. Hay que iniciar el estudio del tema acudiendo al mismo momento del accidente sufrido por don Augusto y su esposa, doña Rocío el día 27 de enero de 1990. En la demanda se expresa que don Augusto, tras el accidente, fue ingresado en un Hospital de Jaén, desconociendo en ese momento el fallecimiento de su mujer, y no fue informado hasta mucho después del óbito de su esposa, cuando mejoró su estado. Para entonces, la difunta doña Rocío ya había sido enterrada a instancias de su familia, y, por tanto, nada pudo disponer el actor acerca del enterramiento de la misma. Respecto a ese desconocimiento, hay que acudir a la prueba obrante en las actuaciones, con el fin de clarificar cómo se desarrollaron los hechos y el conocimiento-consentimiento del marido al traslado de los restos de su esposa a Algeciras. En primer lugar, nos encontramos con las Observaciones de enfermería del Hospital General de Especialidades de Jaén del día 27 de enero, es decir, el mismo día del accidente, en el que la enfermera que le atendía constató en dicho parte que «está tranquilo aunque sabe que su mujer ha fallecido», por lo que, a priori, se deduce que el actor conoció desde el principio el fallecimiento. La confesión realizada por doña Rocío evidencia que le llamaron a su casa en la fecha de autos, preguntando por su hijo, y le comunicaron que el actor había tenido un accidente y le dijeron que lo trasladaban a Jaén, y cuando la confesante preguntó por su hija le dijeron que había fallecido. Igualmente, al ponerse al habla con su yerno, le dijo que no se preocupara que estaba bien, en observación, y que estaba esperando unas pruebas. De la misma forma, la hermana de don Augusto manifestó la intención de ir al entierro, a lo que ella se opuso ya que era mejor que su hermana se quedara en Jaén haciéndole compañía. De igual forma, la confesión de Patricia pone de relieve al absolver la posición Tercera que una vez fallecida la esposa del recurrente su esposo nunca dijo nada de llevársela. La confesión realizada por don Augusto por el contrario mantiene que ignoraba haber muerto y que no dio el teléfono al conductor de la ambulancia, como así se afirma por los demandados, y que en dicho momento estaba consciente aunque trastornado, pero, por el contrario, se contradice al manifestar que facilitó el teléfono a una persona del Hospital para que se ocupara de todo lo relacionado con el accidente, teléfono que estaba a nombre del abuelo de su difunta esposa y que no salía en la guía, por tanto, número que solo pudo dar él, lo que evidencia que lo manifestado por doña Rocío debe ser tenido en cuenta por esta Sala en relación con que don Augusto, amén de estar consciente tras el accidente y conocer que su esposa había fallecido, dio los datos necesarios

para que se avisara a la familia de su esposa para que se hicieran cargo de todo lo relacionado con su fallecimiento, sin que las manifestaciones vertidas por el recurrente respecto a su ignorancia sobre el entierro en Algeciras y su posterior discrepancia, pueda ser tampoco tenida en cuenta por este Tribunal, ya que, el mismo actor manifestó al absolver la posición vigesimotercera que en ningún momento manifestó a la familia de su esposa su desacuerdo con que su esposa fuera enterrada en Algeciras.

TERCERO. Las testificales practicadas son del todo contradictorias. Por un lado la de Erica, Filomena, Sergio y María avalan lo manifestado por el marido. Pero por otro lado la de Jon, Alonso, María Rosa y Sara avalan la tesis de que el marido conoció el fallecimiento de su esposa desde el principio y de que era un matrimonio que no se llevaba bien y el deseo de la difunta era separarse. Respecto a su valor probatorio, dice el artículo 1248 del Código Civil que «la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos será apreciada por los tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Y la LEC establece en su artículo 659 que «los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren», por lo que, a tenor de lo anteriormente expuesto, y atendiendo al principio de libre apreciación de la prueba, dada la discrepancia que se deriva de los numerosos testimonios prestados, esta Sala estima que no se puede derivar de dicha prueba una conclusión clara respecto al desconocimiento del marido del enterramiento de su esposa en Algeciras, ni al deseo de la difunta de ser enterrada en Sevilla, sino todo lo contrario, ya que, la testifical de Claudia, hermana del actor, en la contestación a la Repregunta segunda, señaló que el actor estaba consciente después del accidente, lo que corroborado con lo declarado por la doctora Frida, que atendió al actor con posterioridad al accidente, y manifestó que le dio la impresión de que el marido sabía que había fallecido, lleva a concluir que el actor permitió que la familia de su esposa la enterrara en Algeciras sin oposición de ningún tipo. Ese «dejar hacer» a la familia de la esposa ha de ser tenido en cuenta como acto propio que le vincula, y que, según consagrada doctrina jurisprudencial, encuentra apoyo legal en el artículo 7 del Código Civil y su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe, al imponer el deber de ser coherente en el comportamiento posterior (sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1988 y del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1996).

A mayor abundamiento, la doctrina de los actos propios ha sido perfectamente delimitada jurisprudencialmente, y así se hace constar en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, que cita las más recientes, de 27 de enero de 1996, 30 de septiembre de 1996, 18 de diciembre de 1996, 22 de enero de 1997, 21 de febrero de 1997, 7 de marzo de 1997, 16 de febrero de 1998, 19 de mayo de 1998, esta última la resume en los siguientes términos la doctrina de los actos propios: «Se da tal situación, con la consecuencia de que no es lícito accionar contra los propios actos, cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan efecto, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen, conforme a las sentencias de 5 de marzo de 1991, 12 de abril y 9 de octubre de 1993, 10 de junio de 1994, 31 de enero de 1995 y 21 de noviembre de 1996 y muchas más».

CUARTO. Otro dato a tener en cuenta para corroborar lo expuesto con anterioridad, es el dato de que fue la familia de la esposa la que costeó materialmente todos los gastos del sepelio, tanto directos como indirectos, sin que conste en las actuaciones que en ningún momento el marido manifestare su intención de hacerse cargo de ellos, ni de atender, ni de forma somera, a ayudar parcialmente a su satisfacción, por lo que, desentendido de la forma y del lugar de llevarse a cabo el enterramiento, no se comprende en el momento presente que pretenda efectuar el traslado de los restos de su mujer a Sevilla, sin causa ni fundamento alguno.

QUINTO. Respecto a la manifestación realizada por la recurrente en cuanto a la calificación del cadáver, esta Sala comparte la doctrina jurídica establecida en sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 7 de junio de 1995, que determina que el cadáver, como mero residuo de la personalidad, queda fuera de los derechos relacionados con la misma, aunque tenga alguna conexión con ellos, de manera que nadie puede ostentar un derecho de propiedad sobre él, cuyo destino normal, según conciencia general, es la de ser dejado a la paz del sepulcro, no siendo susceptible de apropiación alguna, como *«res extra commercium»* sujeta a normas de interés público y social, sin que las posibilidades de disposición sobre el cadáver concedidas a los particulares (y en el caso presente ejercitadas en su día por el que en su día fue su esposo) autoricen a admitir la existencia de un derecho subjetivo al o sobre el mismo. Para corroborar lo anterior, el profesor GORDILLO CAÑAS señala que: «la muerte es el hecho jurídico que muta la calificación jurídica del cuerpo. Extinguida la personalidad, el cuerpo deviene cadáver; de elemento personal, pasa a ser jurídicamente cosa. Con todo, y acertadamente, esa misma *communis opinio* recorta sustancialmente los efectos de la indicada calificación: el cadáver es cosa, pero cosa extra *commercium*, o lo que es muy parecido: cosa, pero no objeto de derechos patrimoniales; cosa *sui generis*, por su condición de huella y residuo de la personalidad, pero cosa al mismo tiempo, objeto más de respeto y de culto que de poder o dominio: sobre el cadáver no hay en lo fundamental más margen de lícita actuación que el de proveer a sus honras fúnebres y a su digna sepultura. Ni es derecho de naturaleza real, pues, ni derecho de la personalidad».

SEXTO. Las costas han de ser impuestas al apelante por aplicación de lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS. Que desestimando íntegramente el recurso de apelación mantenido en esta instancia por Augusto, representado por la procuradora Sra. LIZAUR MELÉNDEZ, contra la sentencia dictada en el juicio al que el referenciado rollo de Sala se contrae, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia apelada, y con imposición de costas a la parte recurrente.

Devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales con testimonio de esta sentencia, para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En suma, el Derecho funerario está integrado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su artículo 42 que son responsabilidades mínimas municipales el control sanitario de los cementerios y la policía sanitaria y mortuoria. Por su parte dentro del ámbito de la administración propiamente municipal, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 26.1 incluye los cementerios como un servicio público obligatorio en todos los municipios independientemente de cual sea su número de habitantes. Así mismo el artículo 25.2 de la citada Ley 7/85 señala que el mu-

nicio ejercerá en todo caso competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: apartado j) Cementerio y servicios funerarios.

Posteriormente a través del *Real Decreto Legislativo 7/1996 de 7 de junio* de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, mediante lo dispuesto en su artículo 22 se produjo la liberalización de los servicios mortuorios, ya que hasta entonces constituyan un servicio reservado a favor de las entidades locales por el artículo 86.3 de la antes citada *Ley 7/85*, posibilitando por tanto a partir de entonces la participación de los operadores privados en la prestación del citado servicio.

Por *Decreto 2263/1974 de 20 de julio* por el que se aprueba el *Reglamento de Policía Sanitaria Mortuaria*, estableció las condiciones e instalaciones mínimas que debe disponer todo cementerio.

III. SALA PRIMERA. SENTENCIA TC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO DE 2016

1. Promovido por doña Nerea MENDICUTE SAN MIGUEL en relación con los Autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y de un juzgado de primera instancia e instrucción de Éibar que denegaron la licencia de incineración de los restos resultantes del aborto padecido por la demandante. Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar: resoluciones judiciales que rechazaron, sin fundamento normativo y de manera desproporcionada, el permiso de incineración solicitado. Votos particulares.

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 artículo 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 solo 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 vulneración⁴⁰.

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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 8 CEDH por privarle de aquella información y que tal vulneración trae causa de que el cuerpo de su hijo no nato fue desecharlo 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 solo 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 artículo 18.1 CE. Ahora bien, como todo derecho fundamental, también este 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, FFJ 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 este 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 artículo 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 funeralia 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* artículo 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 artículo 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 Mortuaria vigente en la del 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 mortuaria 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 solo 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 pronunciamos 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:

- 1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).
 - 2.º 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.
2. En cuanto a los votos particulares, dada su transcendencia, ha lugar a su transcripción siquiera sea parcial, a la vista de las argumentaciones jurídicas que en particular hemos de compartir:

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 artículo 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 artículo 18.1 CE. (...) Este razonamiento es el que, a mi parecer, determina que en el supuesto enjuiciado no resulte posible apreciar vulneración del artículo 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* artículo 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* artículo 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.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés OLERO 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. 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 negarla 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 objector 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 trascender 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 artículo 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 artículo 16.1 CE.

Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación ROCA TRÍAS a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 533-2014 (...) 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 (...) (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 [artículo 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)] —equivalente al establecido en el artículo 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 artículo 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 períodos de desarrollo gestacional, pero la *ratio decidendi* no puede trasladarse solo por ello, automáticamente, al presente caso.

En el asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció la vulneración del artículo 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 artículo 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, solo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 8 CEDH, pero no incluido en el artículo 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 artículo 18.1 CE. Según el apartado 2 del artículo 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 pre-vista 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.

(...) 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 este 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 mortuaria, en aplicación del artículo 2 del Decreto 202/2004. Considera que solo 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 este 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, artículo 45 LRC»; lo anterior se relaciona con el artículo 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.

IV. LA ELASTICIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y SU CAPACIDAD PARA RETOMAR SU NÚCLEO ESENCIAL. ¿EXISTE UN PUNTO SIN RETORNO QUE DEFORME Y VACÍE DE CONTENIDO POR EXCESO A ESTE DERECHO FUNDAMENTAL?

Apréciese que de la STC transcrita, se da una nueva «vuelta de tuerca» al Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, resultando de aplicación a un ámbito que, cuando menos es cuestionable.

Sin duda, los progenitores ante un hecho tan profundamente doloroso, merecen toda la consideración y respeto posible, pese a lo que cabe cuestionarse si en sentido jurídico estricto ha lugar a la aplicación del este Derecho fundamental.

V. CONCLUSIONES

I. La antigua privación de sepultura implicaba que, a la muerte de una persona con deudas pendientes, a sus restos se les atribuía la condición de prenda.

II. El fundamento de esta privación de sepultura encuentra su origen remoto en la visión personalísima de la deuda.

III. Pese a todo, la privación de entierro del deudor, resulta una práctica inveterada que convive con una recurrente prohibición.

IV. El cadáver es, jurídicamente, una cosa común e inapropiable.

V. El derecho de disposición sobre la forma de las exequias, corresponde en vida de la persona a sí misma, y cabe hacer mención explícita en el testamento o anejos.

VI. Si el causante no hubiere dispuesto nada sobre la forma y tipo de exequias de su preferencia, será la familia nuclear la que haya de resolver sobre ellas, en el entendido de que como familia nuclear me refiero a la pareja, sea matrimonial o no, de un sexo u otro, con preferencia a los descendientes e, incluso, a los progenitores.

VII. Cabe dudar sobre la aplicabilidad del Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, como derecho alegable para la ostentación de preferencia sobre la forma de las exequias. Una cosa es que los Derechos tengan y sean aplicados de forma flexible y, otra, que ostenten tal elasticidad que sean alegables para supuestos que exceden de su esencia constitucional. En particular, cuano en las exequias si hubiere conflicto no sería un derecho especialmente cualificado para anteponerlo a otro de igual categoría.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO. *Derecho civil*, I, vol. 2.º, 11.ª ed.
- ARIAS RAMOS-ARIAS BONET (1986). *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 1986.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. I.º, ALGUER (1931), «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil», *RJC*, XXXVII, 1931, pp. 36 a 152.
- BAUDRILLARD (1974). *La sociedad de consumo: Sus mitos, sus estructuras*, trad. Rosa M. Bassols, Plaza y Janes, Madrid.
- DE DIEGO (1912). *Transmisión de la obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*, Madrid.
- CORNIL (1912). *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard*, I, Paris.
- FUENTESECA DÍAZ (1976). Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE*, I, Madrid, 1976.
- GÓMEZ DEL CASTILLO (1893). Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ*, pp. 19-319.
- HERÓDOTO (1998). *Historia. Libros I-II*, Madrid.
- HINOJOSA Y NAVEROS (1948). La privación de sepultura de los deudores, *Obras I*, Madrid.
- LONGO (1901). L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano», *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 14.
- D'ORS (2002). *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002.
- (1992). Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, ZSS, pp. 319-349.
- LACRUZ BERDEJO (1962). La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1962.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2000). Comentario al artículo 32, en *Comentarios al Código Civil, Tomo II, vol. 1.^o*, Rams y Moreno, (dirs.), Barcelona.
- MORÁN MARTÍN (2002). *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid.
- MORETÓN SANZ (2007). El régimen registral de la tutela preventiva, *RFDUNED*, 2. Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, *RCDI*, 718.
- PACCHIONI (1942). *Manual de Derecho Romano, II*, Valladolid, 1942.
- PÉREZ-PRENDES (1997). *Curso de Historia del Derecho*, Madrid.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (2001). La sociedad de consumo: crítica rehabilitación ideológica, *Estudios sobre el Consumo*, 59.
- PETIT (1995). El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX, y (II) Por una arqueología de la Civilística española, *ADC*, XLVIII, IV, octubre-diciembre de 1995, pp. 1434, 1442 y 1445.
- PUIG PEÑA *Introducción al Derecho civil*.
- RODRÍGUEZ MORATA (2005). Comentario al artículo 1936, *Comentarios al Código Civil*, Albaladejo (dir.), Tomo XXV - vol. 1.^o, Edersa, Madrid.
- SANCHO REBULLIDA, (1985), *Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 11/2016, de 1 de febrero
- STS, de 10 de octubre de 1861
- STS, de 11 de octubre de 1943
- SAP de Barcelona, de 23 de marzo de 2004
- SAP de Burgos, de 17 de enero de 2000
- SAP de Cádiz, de 14 de abril de 2000
- SAP de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001
- SAP de Huelva, de 4 de septiembre de 2014

NOTAS

¹ Así se desarrolla en G.3.174 (sobre las estipulaciones y en particular acerca de la que se superpone a una anterior, *vid.*, D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002, §§ 405 y sigs., pp. 485 y sigs.).

² En el entendido que el término *obligatio* no surge sino hasta la época clásica [*vid.*, D'ORS, *op. cit.*, § 348, p. 411; *vid.*, también CORNIL, *Debitum et obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, en *Mélanges P. F. Girard*, I, Paris, 1912, pp. 199-263; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, 1992, pp. 319-349; FUENTESECA DÍAZ, Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE*, I, Madrid, 1976, pp. 111-152].

³ Por lo que a la *obligatio* se refiere, SANCHO REBULLIDA señala con la doctrina romanista, que la imposibilidad de su transmisión apuntaba al origen delictual del propio concepto del vínculo (*vid.*, *Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid, 1985, p. 21, nt. 4; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *cit.*, pp. 318 a 349; *vid.*, también ALGUEIR, Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 1931, pp. 36-152).

⁴ En este sentido, PACCHIONI sostiene que «en las fuentes solo se dice que al principio no existía ningún modo de transferir las obligaciones. Por lo tanto no radicaba en la

naturaleza de la obligación el principio de su intransferibilidad, sino más bien su primitiva función. Cuando, multiplicándose las relaciones comerciales, se desarrolló el crédito y se hizo frecuente la oportunidad de negociar los títulos, entonces en Roma se pensó inmediatamente en el modo de hacer transferible la obligación», *Manual de Derecho Romano*, II, Valladolid, 1942, p. 71.

⁵ *Vid.*, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 1986, 18.^a ed., pp. 805 y sigs.

⁶ *Vid.*, también, LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano*, *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 14, 1901, pp. 127 a 202 y 224 a 275; 15, I, II, 1903, pp. 283 a 309.

⁷ Acerca del punto de vista dogmático del artículo 660 del vigente Código sobre cuál sea el concepto de sucesión a título universal, *vid.*, LACRUZ BERDEJO, La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1962, pp. 490 y sigs.

⁸ *Vid.*, DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*, Madrid, 1912, pp. 144 y sigs.

⁹ *Vid.*, La privación de sepultura de los deudores, *Obras I*, Madrid, 1948, pp. 155 a 179.

¹⁰ *Historia. Libros I-II*, Madrid, 1998, p. 427 (*vid.*, el comentario de esta Ley de Asychis, monarca de la IV dinastía, por GÓMEZ DEL CASTILLO, Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ*, 1893, pp. 19 a 319).

¹¹ *Vid.*, PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1997, pp. 1120 y 11131; MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, 2002, p. 77.

¹² «Además, el heredero del *sponsor* y del *fideipromissor* no se obligan a no ser que tratemos del caso de un *fideipromissor* extranjero y su Estado se rija por otro derecho. Sin embargo, el heredero del *fideiussor* queda obligado» (G. 3.120); (*vid.*, GIMÉNEZ CANDELA, Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones, *cit.*, pp. 1318 y 1319).

¹³ 318.1 a 14.

¹⁴ (3.20.16). Es especialmente interesante recordar que en el Fuero se prohibía utilizar en los pleitos civiles textos legales distintos a los nacionales como evidencia del fuerte «nacionalismo» legislativo (*Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio: copiado del Codice del Escorial señalado y cotejado por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836, p. 117, edición facsimilar, Valladolid, 1979).

¹⁵ «Ningun ome non sea osado de testar nin defender que non sotierren el ome muerto por debda o por obra, que oviese de facer, e el que lo ficiere, peche L maravedis, el tercio a la yglesia ó se debe soterrar, e el tercio al rey, e el tercio a los herederos del muerto e la defension non vala, e sotierrenlo sin cañola: et si contra esto que nos mandamos, fiadores, o pennos, o alguna cosa tomar por debda, non vala, e torne quanto tomó, e peche la pena sobredicha, e su debda demandela a aquellos que heredaren su buena» (4.18.5).

¹⁶ P. 1.3.13 (*vid.*, FR. 4.17.5).

¹⁷ FR. 3.20.6 y 4.18.5.

¹⁸ Recogido en el FR. 3.20.6, cómo los herederos han de responder por el difunto.

¹⁹ La interdicción a la privación tuvo lugar, en el sistema romano; reiteradamente se prohibió por Justino y Justiniano la oposición a la sepultura del deudor. En el FR., 4.17.5 y en P. 1.3.13.

²⁰ En el Fuero Real para renunciar a la «*si qua mulier*» y someterse al Fuero 3.20.14, sobre las deudas y de las pagas *vid.*, PÉREZ-PRENDES, *General renunciación non vala. Sobre doctrina y práctica en tiempo de ius commune*, *cit.*, p. 103.

²¹ Artículo 32. La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas; Artículo 1936. Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

²² Los artículos 522 a 526 del Código Penal, regulan, dentro del Título XXI, *Delitos contra la Constitución y de su Capítulo IV, Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*, los delitos *contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*.

²³ En la *Guía de La Ley al Código Penal*, se recoge, como es lógico, que el destino de cualquier cadáver es el enterramiento en lugar autorizado, la incineración o cremación o su

utilización para fines científicos o de enseñanza. La conducta delictiva aquí contemplada, consiste en «*violar los sepulcros o sepulturas, profanar un cadáver o sus cenizas o destruir, alterar o dañar*, con ánimo o propósito de ultraje, *urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos*. Como se aprecia, se castiga tanto el ataque a cadáveres como a las cenizas de un muerto, extendiéndose la protección a los recipientes o lugares en que se les deposita. Al tiempo, debe acreditarse una inequívoca voluntad de ofender su memoria y el respeto que se les debe por lo que si no concurre tal propósito, no se dará el delito. Así, en los supuestos de docencia médica en que se utilizan cadáveres, o en los casos de extracción y trasplante de órganos, investigación policial y práctica de autopsias o utilización de órganos o tejidos humanos. Y si no se cumple la legislación administrativa en la materia, pero las infracciones ocurren dentro de dicho ámbito, no cabrá reputar de delito tales conductas sino, en su caso, de infracciones de tipo administrativo, sancionables conforme establecía el Decreto 2263/1974, de 20 de julio de Policía Sanitaria y Mortuaria, materia que ha sido transferida a las Comunidades Autónomas, que han actualizado su régimen jurídico en la materia e incrementado las sanciones. Por otro lado, la palabra *ultraje* tiene un sentido injurioso, de desprecio, que es, justamente, lo contrario a honrar y respetar. Ultrajar equivale a vejar, injuriar (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1990). Supone una ofensa al respeto debido a los difuntos, conductas como triturar y quemar un cadáver, aunque sea para ocultarlo o realizar prácticas de necrofilia sobre cadáveres previamente desenterrados (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1954 y de 18 de febrero de 1955). Matar y además realizar actos tan despectivos para con el cadáver de un ser humano, como incendiar un coche con él dentro, supone dos acciones distintas: homicidio y profanación de cadáveres, pues hay otros modos de ocultar la comisión de un hecho delictivo de tal clase que no exige, necesariamente, faltar al debido respeto a los muertos (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004). *Vid.*, RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, *La Ley*, Madrid, 2007, 2.^a ed., pp. 1.036 y sigs.

²⁴ Modificado por el artículo 153 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Artículo 527. Sin contenido por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo. Artículo 528. Derogado por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre.

²⁵ En 1773 ASSO, DEL RÍO y MANUEL Y RODRÍGUEZ, anotaron y concordaron el Ordenamiento de Alcalá de 1348, precedido de un elogioso Discurso Preliminar; la licencia del Consejo de S.M. advertía en la misma se publicaban como monumento histórico de la Legislación española.

²⁶ Así sucedería con la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805: en particular, su Libro 10 sobre contratos y obligaciones, no regula la institución del manero, por lo que teniendo en cuenta que se dejan subsistentes las leyes anteriores, tal y como prevé la Ley 3, título 2, del Libro 3, según la cual «deben observarse y respetarse en primer término las leyes posteriores, considerando siempre á las más recientes, en caso de contradicción, derogatorias de las más antiguas; viiniendo luego las de la Novísima Recopilación, después las del Fuego Real y los Fueros municipales a los que debe agregarse el Fuego Juzgo y en último término como ley supletoria, las leyes de Partida» pervivía la regulación contenida en estas.

²⁷ En cuanto a la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, coincide su entrada en vigor con la separación —mejor independización— entre el Derecho romano y el civil. Hasta la entrada en vigor de la Nueva Recopilación, en las Facultades se identificaba el Derecho Civil con el Derecho Romano [*vid.*, PETIT, El Código inexistente (I) Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX y (II) Por una arqueología de la Civilística española, *ADC*, XLVIII, IV, octubre-diciembre de 1995, pp. 1434, 1442 y 1445].

²⁸ En todo caso, conviene tener presente que, como ya advirtiera ALBALADEJO [*Vid. Derecho civil*, I, vol. 2.^o, 11.^a ed., *op. cit.*, p. 91]. En parecidos términos se expresan los anotadores de Enneccerus-Kipp-Wolff (*vid. Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. 1.^o, *op. cit.*, p. 596), y Puig Peña (*vid. Introducción al Derecho civil*, *op. cit.*, p. 392), entre otros muchos], las *res communes omnium* o las que, como el cadáver, el Derecho no considera aptas para ser objeto de apropiación, no pueden ser consideradas *res extra commercium*. En rigor, las cosas comunes están sujetas al uso de todos, no en virtud de una especial

afectación, sino por la misma imposibilidad material de su apropiación individual. Por ello, parece no tener mucho sentido preguntarse si es o no prescriptible determinadas cosas inalcanzables para el hombre, como son, por ejemplo, el sol, las estrellas, el aire, etc.; aunque sí lo puedan ser determinadas utilidades que las mismas puedan prestar [RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., «Comentario al Artículo 1.936», *Comentarios al Código Civil, Tomo XXV-Vol. 1.º, Artículos 1930 a 1960 del Código Civil*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs.), Barcelona, 2005].

²⁹ A juicio de O'CALLAGHAN y en el ámbito de la clasificación de las cosas, específicamente como objeto de derecho privado, el cadáver es una *res communes omnium*: «Por su susceptibilidad de ser objeto de derecho privado, las cosas pueden distinguirse en «RES IN COMMERCIO», que pueden ser objeto de derecho privado, y «RES EXTRA COMMERCIIUM», que no pueden serlo, lo que ocurre con las cosas de dominio público. A esta distinción no se refiere expresamente el Código Civil, pero sí excluye las que están fuera del comercio de los hombres, de la contratación (art. 1271), de la prescripción (art. 1936) y del legado (art. 865). A su vez, una subespecie de las primeras son las de tráfico restringido, que sufren una prohibición total o parcial de disposición, requiriendo determinadas garantías y autorizaciones administrativas para actos de disposición; así, armas y explosivos, venenos y drogas, cosas del Patrimonio Histórico Español regulado por Ley de 25 de junio de 1985. No deben confundirse con las *res extra commercium*, aquellas que ni siquiera tienen el concepto de cosas, como órganos del ser vivo (no son impersonales) o las llamadas *res communes omnium* (aire, agua corriente, mar), pues no son susceptibles de ser sometidas al señorío del hombre, como tampoco lo son el cadáver o restos humanos (Ley de 27 de octubre de 1979 sobre extracción y trasplante de órganos, que también se refiere a los del ser vivo). Tampoco deben confundirse con las *res sacrae*, cosas destinadas al culto de una religión, que son *res in commercio* y pertenecen a personas jurídicas de esta religión (así, algunos cementerios pertenecen a la Iglesia Católica, o sus santuarios, etc.) o a particulares (como una ermita en una finca privada o al Estado o personas jurídicas públicas como cosa de dominio público (la capilla de un edificio estatal; la mayoría de los cementerios, que son propiedad del Ayuntamiento)» (2004) *Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general)*, Edersa, Madrid.

³⁰ Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, *RCDI*, 718, pp. 780 y sigs.

³¹ En la materia sigo especialmente la doctrina sentada por mi Maestro, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, en sus siempre actualizados *Principios de Derecho Civil*, así como la obra de los Profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

³² Por cuanto atañe a la imprescriptibilidad, RODRÍGUEZ MORATA en lo que afecta a la inaplicabilidad del artículo 1936, asevera: «En todo caso, conviene tener presente que, como ya advirtiera Albaladejo, las *res communes omnium* o las que, como el cadáver, el Derecho no considera aptas para ser objeto de apropiación, no pueden ser consideradas *res extra commercium*. En rigor, las cosas comunes están sujetas al uso de todos, no en virtud de una especial afectación, sino por la misma imposibilidad material de su apropiación individual. Por ello, parece no tener mucho sentido preguntarse si es o no prescriptible determinadas cosas inalcanzables para el hombre, como son, por ejemplo, el sol, las estrellas, el aire, etc.; aunque sí lo puedan ser determinadas utilidades que las mismas puedan prestar» (RODRÍGUEZ MORATA (2005), Comentario al artículo 1936, *op. cit.*).

³³ *Op. cit.*, p. 41.

³⁴ SANTOS BRIZ, Jaime, Comentario al artículo 333, *Comentarios al Código Civil, Tomo V, Vol. 1.º: Artículos 333 a 391 del Código Civil*, Albaladejo y Díaz Alabart (dirs.), Barcelona, 2008, 2.^a ed. y *Derecho civil*, I, cap. IX, vol. 1, 1978, p. 4.

³⁵ *Vid.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Comentario al artículo 32, en *Comentarios al Código Civil, Tomo II*, vol. 1.º, RAMS y MORENO, (dirs.), Barcelona, 2000, pp. 245 y sigs.

³⁶ *Vid.*, PÉREZ GALLARDO, *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano*, Temis-Edersa y otras, Bogotá, México y Madrid, 2009, pp. 47 y sigs.

³⁷ *Vid.*, HUALDE SÁNCHEZ, Los derechos de la personalidad, en PUIG FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ, HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de derecho civil*, vol. I, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 127 y sigs.

³⁸ Sobre las lagunas de la ley y del ordenamiento, *vid.*, MORETÓN SANZ, El régimen registral de la tutela preventiva, *RFDUNED*, 2, 2007 y la bibliografía allí citada.

³⁹ Apréciese la concepción contemporánea del cuerpo, que pese a su naturaleza jurídica, con precisión la literatura ha señalado desde otras ramas del conocimiento su cosificación: «Baudrillard si se ha redescubierto el cuerpo es para hacerlo fructificar, no para servir a finalidades autónomas del sujeto. El cuerpo reinventado es un cuerpo objeto. Por eso es además tan fácil y lógica la transición de la apropiación del cuerpo a la de los bienes y objetos de compra. Hay una homologación cuerpo objeto que transmite la publicidad: «El cuerpo bello omnipresente en la publicidad es el culmen del deseo, lo que más se ambiciona, y de alguna manera los objetos lanzados por la publicidad, al tomarlo como referente, nos prometen una aproximación a ese placer». El deseo del cuerpo se traslada al producto. Paradójicamente el cuerpo es algo que no se vende ni se compra —si no es de espaldas al público y la opinión social—. El cuerpo —una *res extra-comercium* para el jurista, ¡que despiste!—, es lo que sirve para incentivar el consumo de todo tipo de objetos, mediante la visión y el deseo de aquello que no se puede comprar, o al menos no sin dificultades y reprobación social». Cfr. J. BAUDRILLARD, *La sociedad de consumo: Sus mitos, sus estructuras*, trad. Rosa M. Bassols, Plaza y Janes, Madrid, 1974, p. 185 y Ángel PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, La sociedad de consumo: crítica rehabilitacion ideológica, *Estudios sobre el Consumo*, 59, octubre de 2001, p. 63.

⁴⁰ La orden de Educación establece que el no nacido debe computar como hijo para calcular la renta familiar y el importe de la ayuda, *NOA DE LA TORRE Valencia@ndelatower* 24 de mayo de 2016 04:32.

Las ayudas para la escolarización en el tramo de Educación Infantil de 0 a 3 años constituyen uno de los principales cambios impulsados por la Consellería de Educación para el próximo curso. De entrada, porque dejarán de ser universales para repartirse en función de la renta de las familias, algo que han criticado las escuelas infantiles privadas por ver en esta nueva concepción otro varapalo al mermado sector. Sin embargo, el Consell mantiene al *nasciturus*, es decir, al no nacido, como miembro a computar de la unidad familiar. Así consta en el borrador del proyecto de orden que establece las «bases reguladoras de las ayudas económicas destinadas a la escolarización en las escuelas y centros de Educación Infantil de primer ciclo de la Comunidad Valenciana». De este documento, al que ha tenido acceso este diario, se desprende paradójicamente que por primera vez el hijo no nacido será determinante a la hora de fijar la cuantía de la ayuda a la que un niño tendrá derecho. Paradójicamente, porque los partidos de izquierda criticaron en su día al PP por promover una norma —la llamada ley Cotino, como respuesta a la ley del aborto de José Luis Rodríguez Zapatero y que avaló el Tribunal Constitucional— de la que se deriva ahora esta circunstancia. Así, el primer requisito que se pide al alumnado para optar al bono es «haber nacido o estar previsto su nacimiento con anterioridad a la fecha que se determine en la convocatoria anual (*nasciturus*)». Para el hijo no nacido no se podrá pedir el bono infantil, pero este sí deberá ser contado para fijar el número de miembros de la familia. El texto afirma en este sentido que «a efectos de determinación de la composición de la unidad familiar se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad, con lo que se considerará miembro de la unidad familiar el hijo concebido y no nacido desde el momento de la fecundación». El matiz es importante porque, si bien quedarán excluidas todas las familias con ingresos superiores a los 72.460 euros anuales independientemente de los miembros de la unidad familiar, el número de hijos determinará qué importe de la ayuda recibe el alumno.

Según avanzaron en febrero el conseller y el secretario autonómico de Educación, Vicent MARZÁ y Miguel SOLER, la renta per cápita se tendrá en cuenta para establecer si un alumno debe cobrar el importe mínimo o el máximo del bono infantil. Esta es la otra novedad que introduce la Conselleria, pues no todas las familias que puedan optar al bono infantil recibirán para cada tramo la misma cantidad económica. Ahí es donde el número de hermanos —y la renta a repartir— influirá para cobrar más o menos ayuda. En todo caso,

el baremo se establecerá en función de las rentas y el total de solicitudes que se presenten a la convocatoria, para la que aún no hay fecha. Hermanos hasta 26 años Además, serán miembros computables de la unidad familiar los «hermanos/hermanas menores de 26 años o mayores de dicha edad cuando se trate de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial igual o superior al 33%, que convivan en el mismo domicilio y siempre que no perciban ningún tipo de ingresos».

Por otro lado, no podrán ser beneficiarios de las ayudas los escolares matriculados «en centros de Educación Infantil de primer ciclo de titularidad de fundaciones laborales constituidas por empresas privadas o de titularidad de cualquier institución pública o privada, cuando se dediquen a la atención exclusiva de hijos de empleados u ocupen para dicho fin el 75% de su capacidad». Los hijos de los trabajadores del centro becados, esto es, «que reciban las enseñanzas gratuitamente», tampoco percibirán bono infantil. Estos niños, eso sí, «contabilizarán a efectos de la ratio máxima autorizada de la unidad afectada». LOS IMPORTES 2-3 años: Para este tramo se daba hasta ahora 60 euros al mes, pero con el cambio subirá hasta los 80 euros como mínimo. El máximo que podrá llegar a cobrarse serán 140 euros. 1-2 años: De 90 euros mensuales se pasará a un mínimo de 70 euros, aunque las rentas más bajas podrán llegar a percibir hasta 120 euros al mes como máximo. 0-1 años: Para los niños más pequeños se establece una horquilla de 70 euros al mes como mínimo y 200 como máximo. El bono universal suponía conceder 151 euros al mes. En este caso habrá familias que pierdan más de la mitad de la ayuda aunque, a cambio, todos los niños de 2 años, según argumenta la Consellería de Educación, percibirán al menos un 33% más. Si los padres están en paro se tendrá derecho a bono infantil.