



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

EDJ 2005/197410, ATC Pleno de 13 diciembre 2005

EL DERECHO: EDJ 2005/197410

Tribunal Constitucional Pleno, A 13-12-2005, nº 505/2005, rec. 5856/2005

Comentada en "Matrimonio: ayer y hoy"

RESUMEN

El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad promovida en expediente matrimonial, por Magistrado-Juez encargado del Registro Civil en relación con art. 44 párrafo segundo CC, en la redacción dada por L 13/2005, 1 julio, que establece que el matrimonio tendrá los mismos efectos y requisitos cuando los contrayentes sean de igual o diferente sexo. La Sala afirma que el planteamiento de este tipo de procedimiento corresponde con exclusividad a los órganos judiciales, con ocasión de una actuación jurisdiccional, siendo preciso que el fallo dependa de la validez de la norma cuestionada. Dichos requisitos procesales no se cumplen en el presente supuesto pues el órgano proponente de la cuestión no actúa en el ejercicio de una función jurisdiccional, pues se integra en una estructura administrativa, bajo la dependencia funcional, que no orgánica, del Ministerio de Justicia, a través de la DGRN, y su decisión no puede obviamente calificarse de jurisdiccional. Por todo ello debe inadmitirse la cuestión promovida. Formulan votos particulares los Magistrados D. Ramón Rodríguez Arribas, D. Javier Delgado Barrio y D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. A este último se adhiere el Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel.

-NORMATIVA ESTUDIADA

LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional: art.35.1, art.35.2
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española: art.117.3, art.117.4, art.163
RD de 24 julio 1889. Año 1889. Código Civil: art.44.2, art.44.2

+ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO
VOTO PARTICULAR

+CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

FUENTES DEL DERECHO
LA CONSTITUCIÓN
JUECES Y MAGISTRADOS
OTRAS CUESTIONES
MATRIMONIO
OTRAS CUESTIONES
REGISTROS
CIVIL

+FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Cuestión de inconstitucionalidad

+Legislación

Aplica art.35 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Aplica art.117 .3, art.117 .4, art.163 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.44 .2, art.44 .2 de RD de 24 julio 1889. Año 1889. Código Civil

Cita Ley 13/2005 de 1 julio 2005. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Cita art.2 .2, art.4 de RD 1475/2004 de 18 junio 2004. Desarrollo de estructura orgánica básica del Mº Justicia

Cita art.249 .2, art.748, art.753, art.1811 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. De Enjuiciamiento Civil

Cita RD 1867/1998 de 4 septiembre 1998. Modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario

Cita art.6, art.7 .2, art.39 .2 de LO 5/1995 de 22 mayo 1995. Tribunal del Jurado

Cita RD 644/1990 de 18 mayo 1990

Cita art.27 de Ley 38/1988 de 28 diciembre 1988. Demarcación y Planta Judicial

Cita art.24 de RD 632/1987 de 8 mayo 1987

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Cita art.177 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.130 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

Cita D de 14 noviembre 1958. Reglamento del Registro Civil

Cita Ley de 8 junio 1957. Registro Civil

Cita RD de 24 julio 1889. Año 1889. Código Civil

Cita art.1811 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

+Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD CIVIL - EX DELICTO - Del menor ATC Pleno de 22 junio 2005 (J2005/170832)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 29 junio 2000 (J2000/13213)

Cita en el mismo sentido sobre JURISDICCIÓN - VOLUNTARIA STC Pleno de 5 julio 1999 (J1999/13066)

Cita en el mismo sentido sobre JURISDICCIÓN - VOLUNTARIA STC Sala 2ª de 16 noviembre 1998 (J1998/24926)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 17 marzo 1995 (J1995/668)

Cita en el mismo sentido ATC Sala 1ª de 25 octubre 1993 (J1993/14275)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 25 marzo 1993 (J1993/2983)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 14 mayo 1992 (J1992/4796)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 14 febrero 1991 (J1991/1562)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 30 marzo 1990 (J1990/3599)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 29 marzo 1990 (J1990/3532)

Cita en el mismo sentido sobre TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PROCESOS CONSTITUCIONALES - Cuestión de inconstitucionalidad - Requisitos STC Sala 1ª de 22 febrero 1988 (J1988/339)

Cita en el mismo sentido sobre TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PROCESOS CONSTITUCIONALES - Cuestión de inconstitucionalidad - Requisitos STC Pleno de 25 noviembre 1986 (J1986/148)

Cita en el mismo sentido sobre POTESTAD JURISDICCIONAL - EN GENERAL STC Sala 2ª de 17 octubre 1985 (J1985/111)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 14 diciembre 1982 (J1982/76)

Cita en el mismo sentido sobre TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PROCESOS CONSTITUCIONALES - Cuestión de inconstitucionalidad - Otras cuestiones STC Pleno de 1 junio 1981 (J1981/17)

Cita STC Pleno de 7 abril 2005 (J2005/37137)

Cita STC Pleno de 17 noviembre 2003 (J2003/136208)

Cita STC Pleno de 30 enero 2003 (J2003/705)

Cita STC Sala 1ª de 9 diciembre 2002 (J2002/55527)

Cita STC Sala 2ª de 18 septiembre 2000 (J2000/24857)



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Cita STC Sala 1ª de 16 junio 1997 (J1997/4027)
Cita STC Pleno de 30 enero 1996 (J1996/1723)
Cita STC Sala 1ª de 16 junio 1994 (J1994/5405)
Cita STC Sala 2ª de 9 junio 1988 (J1988/429)
Cita STC Pleno de 14 junio 1984 (J1984/72)
Cita STC Sala 2ª de 17 febrero 1984 (J1984/22)
Cita STC Pleno de 4 febrero 1983 (J1983/5)
Cita STC Sala 1ª de 22 abril 1981 (J1981/13)
+Bibliografía
Comentada en "Matrimonio: ayer y hoy"

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. El día 1 de agosto de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargada del Registro Civil de Denia (Alicante), al que se acompaña, junto con el testimonio del expediente matrimonial núm. 820/05, el Auto de 28 de julio de 2005 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 44, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por su posible contradicción con el art. 32.1 CE.

SEGUNDO.- La cuestión de inconstitucionalidad trae causa del expediente matrimonial núm. 820/05, promovido por Dª Josefa Amparo y Dª Alicia ante el Registro Civil de Denia solicitando autorización para contraer matrimonio entre sí.
Admitida la solicitud y tramitado el expediente, la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargada del Registro Civil de Denia, por providencia de 15 de julio de 2005, acordó dar traslado del expediente al Ministerio Público para que evacuara el informe previsto en el art. 247 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (en lo sucesivo RRG), así como, "apreciando que para la resolución del presente expediente, es preciso aplicar el art. 44 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 13/05, a fin de que por el propio Ministerio Público, se informe si dicho precepto en su actual redacción podría ser contrario a lo dispuesto en el art. 32 de la Constitución, en el plazo de diez días y conforme al procedimiento dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes o normas con rango de ley, así como en su caso, a las partes personadas, a cuya vista se resolverá".

El Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito de fecha 19 de julio de 2005. A los efectos que a este informe interesan admitió en él la posibilidad de que en el expediente civil de matrimonio pueda plantearse cuestión de inconstitucionalidad, si bien, en cuanto a la cuestión de fondo suscitada, negó que existiese contradicción entre el art. 44, párrafo segundo, del Código Civil y el art. 32.1 CE.

La representación procesal de las solicitantes de la autorización para contraer matrimonio, tras ser tenida por personada en las actuaciones, evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 28 de julio de 2005, en el que se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en razón, en síntesis, del carácter administrativo del expediente matrimonial, de la falta de exteriorización en la providencia de apertura del trámite de audiencia

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

a las partes y al Ministerio Público de las razones en las que sustenta la supuesta inconstitucionalidad del precepto cuestionado y, en fin, de la carencia de fundamento de la cuestión suscitada.

TERCERO.- En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargada del Registro Civil Denia realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) Comienza por referirse a la posibilidad de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en un expediente de Registro Civil. En este sentido, a partir de la definición del Registro Civil y del estado civil, destaca la importancia, internacionalmente reconocida, de esta institución en relación con la garantía de los derechos fundamentales. Recuerda al respecto que por las Naciones Unidas se ha definido el Registro Civil como "una institución pública, dependiente del Estado, que sirve a intereses de carácter general y particular, mediante la recogida, depuración, documentación, archivo, custodia, corrección, actualización y publicidad sobre el acaecimiento de los hechos vitales y sus características, que se refieren al estado civil de las personas relativos a su esfera personal y familiar, proporcionando la versión oficial y permanente sobre los hechos vitales cuando se necesita con fines jurídicos, estadísticos o de cualquier otra índole, participando en la constitución de determinados actos del estado civil, como ocurre en el caso típico del matrimonio civil".

En el Ordenamiento español, como nota singular frente a otros Ordenamientos europeos que optaron por Registros esencialmente administrativos, se ha seguido el criterio de atribuir a los Jueces la función registral ya desde la creación del Registro Civil en 1870. Dadas las importantes funciones jurídicas que se desarrollan a través del Registro Civil (no sólo mediante la documentación de hechos y actos inscribibles, sino colaborando a la formación de algunos actos, incluso elaborando títulos inscribibles a través de expedientes registrales, que no pertenecen al ámbito administrativo por no serles de aplicación la Ley 30/1992), la naturaleza del procedimiento y, en fin, la atribución, si no constitucional, si tácitamente admitida por la Constitución, a los Jueces de la función registral (art. 117.4 CE), considera que nos encontramos ante un ámbito próximo al jurisdiccional.

Se refiere a continuación a la doctrina constitucional que ha flexibilizado la interpretación de los términos "Sentencia", "fallo" y "proceso" de los arts. 163 CE y 35.2 LOTC en cuanto condiciones procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, con especial mención de la recogida en las SSTC 76/1982 y 76/1992. Estima dicha doctrina de aplicación al presente caso, en el que la Magistrada-Juez promotora de la cuestión de inconstitucionalidad ha de resolver mediante Auto acerca de la capacidad de dos personas del mismo sexo para contraer matrimonio, esto es, para dar cauce al ejercicio de un derecho fundamental, por lo que, considerando que el art. 44 Cc., en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, pugna con el contenido del derecho al matrimonio, propone la cuestión a fin de posibilitar que tan trascendente tema no quede, por razones puramente formales, sustraída al pronunciamiento del órgano garante de la vigencia de la Constitución y de su supremacía sobre el resto del Ordenamiento jurídico.

b) En cuanto al tema de fondo suscitado, la Magistrada-Juez promotora de la cuestión de inconstitucionalidad considera que el párrafo segundo del art. 44 Cc, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, podría entrar en contradicción con el art. 32 CE, ya que entiende que quienes tienen derecho a contraer matrimonio son el hombre y la mujer entre sí, de modo que cualquier otra interpretación que se quiera hacer del art. 32.1 CE para dar cabida a la reforma legal llevada a cabo supone una tergiversación de su sentido propio, tanto conforme al contexto así como a los antecedentes históricos y legislativos de su promulgación, cuanto a la realidad social del tiempo actual en el que debe ser aplicado (art. 3 Cc).

Ciertamente nada indica la interpretación gramatical del precepto, pues la referencia al hombre y a la mujer no tiene por qué venir referida al contenido de la relación matrimonial, sino al género considerado como sujeto de derechos proscribiendo la discriminación por razón del mismo.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

En cambio es de gran valor en este caso el criterio de interpretación sistemática, del que se ha hecho eco el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley, ya que, examinando la redacción de los preceptos que acompañan al art. 32.1 CE en la Sección II del Capítulo II del Título I CE, se aprecia que en lugar de referirse a "el hombre" y a "la mujer", utilizan expresiones neutras, como "todos", "los españoles", "los padres" y "los ciudadanos", llegando a emplearse también expresiones impersonales como "se reconoce". Al igual que se concluye en el mencionado informe, resulta un recurso fácil argumentar que se pretende con ello abolir la tradicional discriminación sexual de la mujer en el matrimonio, pues bastaría a tal efecto el empleo de cualquier otro de los términos apuntados, lo que permite afirmar que el uso de la precisa expresión "hombre y mujer" viene a aludir al carácter heterosexual del matrimonio.

Si atendemos a los antecedentes históricos ha de observarse que ninguna Constitución española se refirió a la institución matrimonial con anterioridad a la republicana de 1931, cuyo art. 43 disponía: "La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en su caso, de causa justa". Dicho precepto consagraba indudablemente el elemento heterosexual en el matrimonio, pues de otra manera no se explica la referencia a "ambos sexos".

Por lo que se refiere a los antecedentes del vigente art. 32.1 CE, los trabajos constituyentes no permiten constatar si algún grupo ha defendido una enmienda que contuviera la expresión "entre sí", que con toda seguridad se consideraría innecesaria. Los debates en el Congreso de los Diputados se centraron en la cuestión que entonces era objeto de discusión, esto es, la disolución del matrimonio. Ni por asomo se planteó la eventualidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo, como se desprende del Diario de Sesiones, por lo que ha de concluirse que los parlamentarios partieron en sus consideraciones de la heterosexualidad de la institución.

De otro lado el criterio sociológico invita a interpretar la norma de acuerdo con la realidad de nuestro tiempo. Partiendo de la legítima e innegable necesidad de que las parejas del mismo sexo tengan un status jurídico-social que garantice, en condiciones de absoluta igualdad con las parejas heterosexuales, una regulación ordenada de sus derechos y deberes, lo que se plantea es si dicha situación ha de llevar al legislador a torcer el sentido inicial de la institución matrimonial regulada en la Constitución para dar cabida en ella a estas situaciones.

Al respecto el Consejo de Estado, en su informe al Anteproyecto de Ley, puso de manifiesto que, pese a los objetivos de la reforma reflejados en la Exposición de Motivos, en particular el de poner fin a la situación de inseguridad jurídica creada por la existencia de regulaciones autonómicas en materia de Derecho Civil colindante con la institución matrimonial, el legislador, no sólo no ha resuelto el problema, sino que lo ha agravado, pues la posibilidad de matrimonio por dichas parejas no sustituye, sino que se superpone, a los sistemas autonómicos de uniones registradas.

También destaca que la introducción global de estas parejas en el régimen matrimonial crea disfunciones legales, como la difícil aplicación del art. 178.2.2º Cc en materia de conservación de los vínculos con el progenitor de otro sexo en caso de adopción por uno de los miembros de un matrimonio entre personas del mismo sexo, y refleja, en general, los problemas que acarrea intentar adaptar una institución pensada para otro tipo de parejas a las del mismo sexo, por lo

que concluye aconsejando que se efectúe una regulación paralela, aun cuando sea por remisión, en bloque o en parte, al régimen matrimonial.

Todo ello conduce a concluir que la necesidad social existente en relación con dichas parejas no justifica forzar una interpretación del precepto constitucional para darles cabida, toda vez que existe la posibilidad de obtener el mismo fin mediante una regulación paralela.

Por último el criterio de interpretación teleológico invita a analizar su finalidad y espíritu. Por las razones antes expuestas, si la finalidad del constituyente fue regular la institución incorporando los modernos principios de igualdad por razón de sexo, así como la disolución del matrimonio por divorcio, las finalidades actuales no justifican un vuelco tal de la institución que la desnaturalice.

c) El art. 10.2 CE introduce un criterio adicional a la lectura de las normas relativas a derechos fundamentales referido a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados Internacionales en la materia ratificados por España.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al regular el matrimonio se refieren al hombre y a la mujer, con clara referencia al factor heterosexual, habiendo interpretado el TEDH en todos los casos la heterosexualidad como factor inherente al matrimonio.

La Constitución de la Unión Europea, al regular el derecho a contraer matrimonio según las leyes nacionales que regulan su ejercicio, resulta neutra en este aspecto, sin duda para dar cabida a la institución matrimonial de los Estados que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo (en el momento de su inicial redacción, Holanda y Bélgica). A la luz del Derecho comparado sólo estos dos Estados habían admitido en el ámbito europeo, antes de la Ley 13/2005 española, esa clase de matrimonio, y ello, en el caso de Holanda, por carecer el matrimonio de regulación constitucional, y, en el de Bélgica, por no hacer referencia alguna al factor heterosexual.

En el resto de los países europeos se viene a establecer una institución análoga a, pero no formal o terminológicamente identificada con, la matrimonial para regular este tipo de uniones.

d) Este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la materia que nos ocupa, otorgando un indubitado sentido heterosexual al art. 32.1 CE. Al respecto se reproduce en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad parte de la fundamentación jurídica del ATC 222/1994, de 11 de julio, de la que el órgano promotor concluye que ampara el elemento heterosexual como integrador del matrimonio.

En el mismo sentido sostiene que se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 21 de enero de 1981, en la cual se dice que: "no hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en que la diferenciación de sexo es esencial. En efecto, el hecho de que el art. 32.1 CE proclame (...) no autoriza a concluir que al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión "entre sí", la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario es muy significativo que en el Capítulo II del Título I (...) es el art. 32 el único que se preocupa de precisar que el hombre y la mujer son titulares del ius nubendo, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales (...) Ese mismo criterio es el seguido por los Tratados internacionales en la materia ratificados por España (...)".

e) El precepto legal cuestionado regula un derecho fundamental, si bien no protegible mediante los procedimientos de amparo y preferente ante los Tribunales ordinarios. No obstante el art. 53 CE contiene los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en el Capítulo II, contemplando, no sólo la garantía individual, esto es, su ejercicio por el ciudadano, sino también la garantía institucional, consistente en la vinculación de todos los poderes públicos a su regulación constitucional y en el respeto, por parte de la ley que los desarrolle, a su contenido esencial, contenido esencial que, como en este caso se ha expuesto, comprende la nota de la heterosexualidad.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

En este sentido la STC 32/1981 dispone que la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de ella tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Considerando la garantía institucional, no le es dable al legislador, al amparo de la tutela individual del derecho, desnaturalizar el contenido constitucional de la institución a través de la ley. Para ello habría de modificar previamente la Constitución, obteniendo el consenso preciso a tal efecto.

En cuanto a la garantía individual se ha argumentado que la protección del efectivo ejercicio del derecho por parte de las personas con orientación por su mismo sexo exige la interpretación que el legislador ha querido dar. Sin embargo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de considerar que no existe un derecho constitucional de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio entre sí, puesto que el derecho constitucional contempla el matrimonio heterosexual, modalidad que no les está vedada y a la que no acceden por razones obvias. Todo ello sin perjuicio de que por el legislador se regule el contenido y los efectos de las uniones entre parejas homosexuales en forma asimilada al matrimonio, aun cuando la Constitución no ampare el pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 CE, sea acreedora del mismo tratamiento dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1 CE, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza (STC 184/1990).

CUARTO.- La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por providencia de 11 de octubre de 2005, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo que diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con la posible falta de cumplimiento de las condiciones procesales exigidas en los arts. 163 CE y 35 LOTC.

QUINTO.- El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 28 de octubre de 2005, que en lo sustancial a continuación se resume.
a) La trascendencia jurídica que pueden tener las decisiones que deben adoptar los encargados del Registro Civil en el ejercicio de sus funciones con carácter general, y, en concreto, en la tramitación de los expedientes matrimoniales instados por personas del mismo sexo al amparo de la modificación introducida en el Código Civil por la norma cuestionada, y la situación personal en la que se encuentran los encargados del Registro Civil en el momento de adoptar tales decisiones, no son por si solas razones suficientes, no ya para abogar por la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, sino ni siquiera para sugerir la flexibilización con carácter general, más de lo que ya se ha hecho, de la interpretación de los presupuestos procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad, llegando a propugnar posiciones que son incompatibles con la verdadera naturaleza de este proceso constitucional.

Dos son los presupuestos procesales sobre cuyo cumplimiento cabe albergar dudas en este caso: si los encargados del Registro Civil gozan de legitimación para promover el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y si los expedientes que ante ellos se tramitan, en concreto, los expedientes matrimoniales, son o no un proceso hábil para hacerlo.

b) Por lo que se refiere al segundo de los interrogantes suscitados, el Fiscal General considera que los expedientes matrimoniales no son un proceso. Argumenta al respecto que las decisiones de los encargados del Registro Civil son susceptibles de recurso en vía gubernativa ante los

Jueces de Primera Instancia, con apelación dentro del mismo plazo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 29 LRC), y que las inscripciones, practicadas conforme a las decisiones de los encargados del Registro Civil, son susceptibles de impugnación en vía gubernativa que finaliza en la Dirección General (art. 97 LRC) o en vía jurisdiccional (art. 92 LRC) a través de uno de los procesos especiales previstos en la LEC (art. 748).

Así pues, cualquiera que sea la opinión que se pueda sustentar sobre la naturaleza de la actividad desarrollada en los expedientes del Registro Civil y, por tanto, en los matrimoniales, ha de concluirse que no son un proceso, y que la decisión que recae sobre los mismos es precisamente la que puede constituir el objeto del proceso ulterior, que, en su caso, puede instarse por cualquiera de los legitimados para hacerlo.

Sin embargo el razonamiento expuesto no es, en su opinión, un argumento sólido que permita fundar la decisión de inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad, dada la flexibilidad con que este Tribunal ha interpretado los términos "proceso", del art. 163 CE, y "procedimiento", del art. 35.2 LOTC, siendo lo relevante para que el Juez o Tribunal pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con la referida doctrina constitucional, que esté llamado a ejercer en la actuación con referencia a la cual plantea la cuestión de inconstitucionalidad poderes decisorios.

c) Por lo que respecta al primero de los temas antes apuntados, esto es, si los encargados del Registro Civil gozan de legitimación para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General entiende que es indiscutible que los Jueces encargados del Registro Civil integran o forman parte del Poder Judicial (art. 86.1 LOPJ). Ahora bien, una cosa es que el Registro Civil esté a cargo de los órganos del Poder Judicial y otra bien distinta que éstos, cuando ejerzan las funciones que les encomienda la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957 (en lo sucesivo LRC), sean "Jueces" en el sentido que a dicha expresión atribuye el Tribunal Constitucional en orden al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; esto es, que ejerzan poderes decisorios.

El art. 117.3 CE otorga exclusivamente a los Jueces y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y establece que la esencia de dicha potestad consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado, siendo evidente que por juzgar no puede entenderse otra cosa que aquella actividad que consiste en declarar cuál es el Derecho aplicable en el caso concreto, lo que presupone que el mismo esté discutido de alguna forma, es decir, que exista una controversia y, por tanto, que resulte imprescindible que alguien investido de la autoridad necesaria para hacerlo diga cual es el Derecho en la litis sometida a su consideración. A su vez el art. 117.4 CE dispone que los Jueces y Tribunales no podrán desempeñar otras funciones que el ejercicio de la potestad jurisdiccional y las que les estén atribuidas expresamente por la ley en garantía de cualquier derecho.

Difícilmente se pueden calificar de jurisdiccionales las funciones del encargado del Registro Civil cuando tramita un expediente matrimonial, ya que su actividad como encargado del Registro no se concilia con las características esenciales de la actividad jurisdiccional y, además, porque otras funciones registrales que tienen repercusión extraordinaria en el tráfico jurídico no son encomendadas a los Jueces. A lo que ha de añadirse, incluso, que, aun cuando sea de lege ferenda, no faltan opiniones que abogan por atribuir el ejercicio de dicha función registral a quienes, como los Secretarios Judiciales, no son Jueces ni Magistrados, aunque formen parte de los órganos judiciales.

En apoyo de su razonamiento el Fiscal General invoca el art. 2 LOPJ, que distingue entre el ejercicio de la función de juzgar, la cual consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el ejercicio de las funciones propias del Registro Civil y el de otras funciones que les puedan encomendar las leyes, advirtiendo que, de conformidad con el art. 26 LOPJ, el ejercicio de la función jurisdiccional se atribuye exclusivamente a los Jueces de Paz, a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, a los Tribunales Superiores de Justicia, a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo. Por tanto, concluye, cuando los Jueces de Primera Instancia están desempeñando funciones propias del



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Registro Civil no están ejerciendo jurisdicción, ni contenciosa, ni voluntaria (arts. 12, 23 y 14 LOPJ, en relación con los arts. 9 y 13 LRC). Así, a tenor del art. 12.1 LOPJ, los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, no en el desempeño de otras funciones, son independientes, independencia que debe ser respetada por todos, incluso por sus superiores en orden jerárquico, quienes "no pueden dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del Ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de la función jurisdiccional" (art. 12.3 LOPJ), si bien podrán modificar las decisiones que los mismos adopten "cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establecen" (art. 12.2 LOPJ).

En cambio, en el ejercicio de las funciones propias del Registro Civil, el superior jerárquico de los encargados del mismo es el Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia (art. 9 LRC), quien puede dictar órdenes e instrucciones sobre el ejercicio de las funciones registrales que aquéllos deben cumplir (art. 9 LRC) y que ejerce la inspección superior del Registro, estándole atribuida su inspección ordinaria a los Jueces de Primera Instancia (art. 13 LRC).

d) Si del plano de la actividad general de los encargados del Registro Civil se desciende al más concreto de la desplegada en los expedientes matrimoniales, la conclusión, a juicio del Fiscal General, no puede ser otra que la ya indicada de que la misma no es de naturaleza jurisdiccional, ya que, en primer lugar, las razones para negar dicha naturaleza a la actividad general de los encargados del Registro Civil son plenamente aplicables a las desarrolladas con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial; y, en segundo lugar, cuando dos personas solicitan autorización para contraer matrimonio, lo que el Juez debe hacer en el expediente es comprobar si concurren o no los requisitos necesarios para la celebración de aquél (capacidad, consentimiento, ausencia de impedimentos), siendo por lo menos discutible que cuando resuelve autorizar o denegar la autorización del matrimonio por falta de capacidad efectúe un pronunciamiento que afecte al ius nubendi, pues dicho derecho no se ha discutido todavía en el expediente, ni siquiera aunque el Ministerio Público se oponga a su celebración.

Si el encargado del Registro Civil no autoriza la celebración del matrimonio los solicitantes pueden impugnar su decisión, tanto en vía gubernativa como en vía jurisdiccional, siendo en este último caso cuando resulta necesario "decir el derecho" al respecto, porque sólo entonces estaría planteada la controversia necesitada de resolución. Hasta ese momento lo que el encargado del Registro habría hecho únicamente habría sido verificar si resultaban cumplidos los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio y adoptar la resolución que correspondiera en el caso.

e) Con base en la doctrina de la STC 76/1992 (FJ 2) y de los AATC 259/1993 y 216/1998 el Fiscal General entiende que la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad queda circunscrita al ejercicio de la potestad jurisdiccional y no de otras funciones que, aun desempeñadas por Jueces, no entrañan ejercicio de dicha potestad, sino que más bien son asimilables a las desempeñadas por otros servidores públicos, igualmente vinculados por el bloque normativo de la constitucionalidad, pero inhabilitados para promover dicho control en el ejercicio de sus funciones, porque en nuestro sistema tal prerrogativa se atribuye exclusivamente con ocasión del ejercicio de funciones jurisdiccionales.

La potestad de carácter decisorio a la que se refiere la Sentencia antes mencionada equivale a ejercicio de potestad jurisdiccional, lo que presupone la existencia de controversia entre las partes sobre los hechos o sobre el derecho aplicable.

Por tanto cuando el Juez actúa, cualquiera que sea el marco procedimental en el que lo haga, sin ejercer dicha potestad, como ocurre en los expedientes matrimoniales que se tramitan en el Registro Civil, aun cuando tenga que aplicar la ley para tomar la decisión que le compete, no está ante el dilema que justifica el establecimiento de la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, "la doble obligación (...) de actuar sometidos a la ley y a la Constitución, de un lado y el principio de la seguridad (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia) de otro (...)" (STC 76/1992, FJ 2), ya que, como empleado de la Administración Pública en este tipo de actuación, es consciente de que la legalidad de su actuación será controlada, cuando así proceda, por quienes ejerzan la potestad jurisdiccional.

El Fiscal General del Estado concluye su escrito de alegaciones interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por no concurrir en ella los presupuestos procesales previstos en los arts. 163 CE y 35 LOTC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargada del Registro Civil de Denia plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo segundo del art. 44 Cc EDL1889/1 , añadido al citado precepto por la Ley 13/2005, de 1 de julio EDL2005/76913 , a cuyo tenor:

"El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

La cuestión de inconstitucionalidad se promueve en un expediente matrimonial tramitado ante la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil para acreditar que quienes desean contraer matrimonio civil reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el Código Civil EDL1889/1 . En el Auto de planteamiento se funda la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial en la consideración de que se trata de una actividad que se sitúa en "un ámbito próximo al jurisdiccional", dadas las importantes funciones jurídicas que se desarrollan a través del Registro Civil, la naturaleza del procedimiento y, en fin, la atribución a los Jueces de la función registral. A tal efecto, en apoyo de la posibilidad de suscitar la presente cuestión de inconstitucionalidad, se invoca la doctrina constitucional de las SSTC 76/1982, de 14 de diciembre EDJ1982/76 , y 76/1992, de 14 de mayo EDJ1992/4796 .

SEGUNDO.- En orden al cumplimiento de los requisitos procesales que establecen los arts. 163 CE EDL1978/3879 y 35 LOTC EDL1979/3888 para el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad el interrogante que se suscita en este caso, como evidencian el propio Auto de planteamiento y las alegaciones del Fiscal General del Estado, estriba en si la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil está facultada o no para elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en el ejercicio de las funciones que le corresponde desempeñar en la indicada condición de encargada del Registro Civil y, más en concreto, por lo que a este supuesto interesa, con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial.

La respuesta a dicho interrogante ha de partir, en primer término, de la consideración de que en nuestro Ordenamiento el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, a tenor de lo establecido en el art. 163 CE EDL1978/3879 , o a los Jueces y Tribunales, conforme a la expresión utilizada en el art. 35.1 LOTC EDL1979/3888 . En tal sentido este Tribunal ha venido declarando desde sus primeras resoluciones, conforme a lo que constituye hoy una consolidada doctrina constitucional, que "la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución", y ha insistido en "la extraordinaria trascendencia de las cuestiones de



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional" (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1 EDJ1981/17).

En definitiva, en conocida expresión de este Tribunal, "el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 LOTC EDL1979/3888 como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar" (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 3 EDJ1986/148 ; 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1 EDJ1988/339 , por todas).

TERCERO.- Además de ser promovida por un órgano judicial, único facultado para suscitara, es condición imprescindible para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad la previa existencia de un "proceso", en cuyo seno la cuestión se configura como la vía prejudicial constitucional (ATC 69/1983, de 17 de febrero). Como resulta del art. 163 CE EDL1978/3879 , el órgano judicial ha de promover la cuestión de inconstitucionalidad " (...) en algún proceso (...)". La expresada condición o requisito procesal no puede desconectarse de las funciones cuyo desempeño corresponde o puede corresponder ex Constitutione a los órganos judiciales.

Así el art. 117.3 CE EDL1978/3879 dispone que:

"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". Previsión que se completa con lo establecido en el apartado 4 del mencionado art. 117 CE EDL1978/3879 , según el cual:

"Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho". De ambos apartados del art. 117 CE EDL1978/3879 resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE EDL1978/3879), y, además, sin ese carácter de exclusividad, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE EDL1978/3879) (ATC 599/1984, de 17 de octubre).

a) El requisito procesal del art. 163 CE EDL1978/3879 , que la cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse "en algún proceso", y la distinción ex art. 117.3 y 4 CE EDL 1978/3879 ▼ art.117 .3 EDL 1978/3879 art.117 .4 EDL 1978/3879 entre las funciones cuyo ejercicio corresponde y aquellas otras cuyo ejercicio puede corresponder a los órganos judiciales (esto es, de un lado, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), y, de otro, el ejercicio de las funciones que expresamente atribuya la ley a los Jueces y Tribunales en garantía de cualquier derecho), motivaron que se suscitara el interrogante de si la cuestión de inconstitucionalidad sólo podía promoverse en el seno de un proceso en sentido estricto o cabría también que se promoviera en el curso de una actuación judicial, aun cuando ésta no pudiera calificarse en sentido propio como proceso.

La primera vez que se planteó dicho interrogante fue en la STC 36/1991, de 14 de febrero EDJ1991/1562 , con ocasión de distintas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por diversos órganos judiciales respecto a la preconstitucional legislación sobre Tribunales Tutelares

de Menores. El Abogado del Estado opuso como óbice a la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucional que "sólo podían plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento entre las partes", no pudiendo calificarse de "verdaderos procesos" los procedimientos de menores que se desarrollan ante los Jueces de Menores, al tratarse de "procedimientos de carácter educativo y cautelar".

El Tribunal, sin entrar a analizar la naturaleza del procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, al ser una de las cuestiones de fondo a resolver, rechazó el óbice procesal del Abogado del Estado al considerar que, en todo caso, se trataba de procedimientos que "se siguen ante órganos que ejercen la potestad jurisdiccional". En este sentido el Tribunal destacó la diferencia existente entre la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores establecida en el Decreto de 11 de junio de 1948 y en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ) EDL1985/8754 . Afirmó al respecto que el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, "convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativos-jurisdiccionales, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministerio de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia".

A diferencia de la normativa preconstitucional, la LOPJ EDL1985/8754 "en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución incardina los Tribunales Tutelares de Menores (...) dentro de la jurisdicción ordinaria (...) y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional (art. 26 EDL1985/8754), correspondiéndoles el ejercicio de las funciones que establezcan las Leyes para con los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes (art. 97 EDL1985/8754)". El Tribunal concluyó afirmando que "no cabe ninguna duda que actualmente los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley" (FJ 2).

Así pues, al margen de su calificación o no como proceso en sentido estricto, lo relevante en este caso para la desestimación del óbice procesal alegado por el Abogado del Estado y considerar facultados a los órganos judiciales que promovieron las cuestiones de inconstitucionalidad fue que éstas habían sido suscitadas en procedimientos seguidos ante "órganos que ejercen la potestad jurisdiccional".

b) El tema volvió a plantearse en la STC 76/1992, de 14 de mayo EDJ1992/4796 , que resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas en relación con la intervención del Juez de Instrucción prevista en los arts. 130 LGT 1963 EDL1963/94 y 87.2 LOPJ EDL1985/8754 , destinada a garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución forzosa de los actos de la Administración. El Abogado del Estado opuso de nuevo como óbice procesal a la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad que "no nos hallamos ante un proceso, tal y como exige el art. 163 de la CE EDL1978/3879 , sino ante una actuación judicial en garantía de un derecho fundamental que se inserta en un procedimiento administrativo". Argumentaba al respecto que "los arts. 163 CE y 35 LOTC EDL1979/3888 han atribuido a los Jueces la potestad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sólo con ocasión de algún proceso, en las demás actuaciones judiciales rige en términos absolutos la vinculación o sujeción al imperio de la Ley".

El Tribunal rechazó la objeción suscitada por el Abogado del Estado al no considerar relevante, en orden a la facultad de que el órgano jurisdiccional pudiera plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la calificación o no de la actuación judicial prevista en los arts. 130 LGT EDL1963/94 y 87.2 LOPJ EDL1985/8754 "como proceso en sentido técnico estricto".

Se afirmó al respecto en la Sentencia que "la doble obligación en que se encuentran los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución, de un lado, y el principio de seguridad jurídica (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia), de otro, impiden que de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso pueda extraerse una consecuencia tan grave como la referencia a la legitimación de aquéllos para plantear la cuestión



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

de inconstitucionalidad". Por el contrario es la ratio de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, su condición de instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación de actuar sometidos a la ley y a la Constitución EDL1978/3879 , la que le llevó a concluir que en ese caso "no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios.

No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar" (FJ 2).

En el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad se resalta la interpretación flexible que el Tribunal ha hecho en la Sentencia mencionada del requisito de que la cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse "en algún proceso". En todo caso conviene destacar que esa interpretación laxa de dicho requisito procesal no puede desvincularse, a los efectos que ahora interesan, de un lado, de la circunstancia de que el Juez de Instrucción, en el ejercicio de la función de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración que expresamente le atribuye la Ley (arts. 130 LGT EDL1963/94 y 87.2 LOPJ EDL1985/8754), actúa investido de las garantías propias y de la posición institucional que, como al resto de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, le corresponde ex art. 117.1 CE EDL1978/3879 , esto es, en lo que aquí importa, investido de la garantía de la independencia y sometido únicamente al imperio de la ley; y, de otro lado, que, aun cuando su actuación se presenta en este caso como un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones que se integran en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, el Juez de Instrucción, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión frente a la actuación administrativa en ningún caso revisable por la Administración y que no puede sino calificarse, como ha hecho este Tribunal, de "actuación jurisdiccional" (STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 5 EDJ1985/111), entendida esta expresión en sentido amplio al no desarrollarse a través de un proceso en sentido estricto.

c) La necesidad de que la flexibilidad con la que este Tribunal ha venido interpretando el término proceso a los efectos de promover una cuestión de inconstitucionalidad se haya de coherer, en todo caso, con la exigencia de que ésta se suscite en el seno de una actuación que quepa calificar de jurisdiccional puede inferirse también del ATC 140/1997, de 8 de mayo, en el que se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los arts. 6, 7.2 y 39.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado EDL 1995/14191 ▼ art.6 EDL 1995/14191 art.7 .2 EDL 1995/14191 art.39 .2 EDL 1995/14191 , con ocasión de la imposición de una sanción a quien, sin alegar causa justificada, no había comparecido a los efectos de la selección de un Tribunal del Jurado.

El Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión por no concurrir el presupuesto de haberse suscitado en el curso de un proceso ni participar la decisión a dictar por el órgano judicial de la naturaleza de "fallo", al calificar la imposición de dicha sanción de una actuación gubernativa, por lo que "ni el procedimiento previo a su imposición puede ser asimilado al de

"proceso" a los efectos de estimar cumplido el art. 163 CE EDL1978/3879 , ni esta resolución participa de la naturaleza de los "fallos" a los que se refiere el citado precepto". El Tribunal concluyó afirmando que la interpretación flexible de ambos requisitos procesales "no puede alcanzar, por vedarlo tanto la Constitución EDL1978/3879 como nuestra ley Orgánica EDL1979/3888 , a las actuaciones judiciales gubernativas".

También el Tribunal ha sustentado, entre otras razones, en el carácter no jurisdiccional de su actividad la afirmación de que los árbitros no pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad. En efecto, es el carácter para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional de la función arbitral, o, en otras palabras, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio, lo que impide que el árbitro pueda "plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE EDL1978/3879)", no estando tampoco legitimado "para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 177 del Tratado EDL1979/3822 ; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordesse)" (ATC 259/1993).

d) Estas observaciones sobre el requisito procesal que ahora nos ocupa han de concluirse poniendo de manifiesto que, ni su cumplimiento, ni el carácter jurisdiccional de la actividad del órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, han sido objeto de consideraciones críticas por parte de este Tribunal con ocasión del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en expedientes de jurisdicción voluntaria (STC 129/1999, de 1 de julio EDJ1999/13066 ; ATC 216/1998, de 24 de noviembre EDJ1998/24926); en expedientes o procedimientos reformadores de menores (STC 60/1995, de 17 de marzo EDJ1995/668); o en pieza de responsabilidad civil derivada de incoación de expedientes a menores a efectos de depurar su eventual responsabilidad penal (ATC 275/2005, de 22 de junio EDJ2005/170832). En todos estos supuestos no cabe duda de que las cuestiones de inconstitucionalidad fueron suscitadas por los órganos judiciales en actuaciones de carácter jurisdiccional, aun cuando, en algunos casos, no se desarrollaran a través de un proceso en sentido propio.

CUARTO.- Otro de los requisitos exigidos por la CE EDL1978/3879 y la LOTC EDL1979/3888 para el planteamiento por el órgano judicial de la cuestión de inconstitucionalidad es que de la validez de la norma legal cuestionada dependa el "fallo".

Desde la STC 76/1982, de 14 de diciembre EDJ1982/76 , el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de una interpretación finalista de la utilización de los vocablos "Sentencia", en el art. 35.2 LOTC EDL1979/3888 , y "fallo", en los arts. 163 CE EDL1978/3879 y 35.1 LOTC EDL1979/3888 , concluyendo, en lo que ahora interesa, que el "vocablo fallo en el art. 163 CE significa un pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal" (FJ 1; también STC 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2 EDJ1993/2983 ; 181/2000, de 29 de junio, FJ 3 EDJ2000/13213).

QUINTO.- Las precedentes consideraciones sobre los preceptos reguladores de la cuestión de inconstitucionalidad y la interpretación que de los mismos ha hecho este Tribunal llevan a concluir que son presupuestos procesales para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, en lo que interesa en el supuesto que ahora nos ocupa, que sea promovida por un órgano judicial; que se suscite en el seno o con ocasión de una actuación jurisdiccional, aun cuando ésta no se desarrolle a través de un proceso en sentido técnico estricto; y, en fin, que el "fallo" que haya de dictar el órgano judicial dependa de la validez de la norma cuestionada.

En otras palabras, en nuestro Ordenamiento, so riesgo de desfigurar radicalmente el instituto creado por el art. 163 CE EDL1978/3879 , la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser promovida por órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción (art. 117.3 y 4 CE EDL 1978/3879 ▼ art.117 .3 EDL 1978/3879 art.117 .4 EDL 1978/3879), investidos, por tanto, de las garantías propias y ocupando la posición institucional que para el ejercicio de dicha función la misma Constitución determina (art. 117.1 y 2 CE EDL 1978/3879 ▼ art.117 .1 EDL 1978/3879 art.117 .2 EDL 1978/3879).



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

La respuesta al interrogante planteado, esto es, si la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil está o no facultada para elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en el ejercicio de las funciones que desempeña en tal condición y, más concretamente, con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial, vendrá determinada, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, por la calificación o no como jurisdiccional de la actividad que con carácter general lleva a cabo como encargada del Registro Civil, aun cuando la misma no se desarrolle a través de un proceso en sentido técnico estricto, y, en particular, de la calificación o no como jurisdiccional de su actuación en un expediente matrimonial. Tal determinación requiere el examen tanto de la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil, cuanto de su actuación en un expediente matrimonial.

SEXTO.- Por lo que se refiere a la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil ha de comenzar por señalarse que el Registro Civil depende del Ministerio de Justicia, estando encomendadas a la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano directivo dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia, todas las cuestiones referentes al art. 9 de la LRC EDL1957/53 y arts. 2.2 y 4 del Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Justicia EDL 2004/44139 ▼ art.2 .2 EDL 2004/44139 art.4 EDL 2004/44139 . Tal dependencia supone, entre otros extremos, que "Los encargados del Registro, cualesquiera que sean los cargos o empleos que desempeñen, deben cumplir, para todo cuanto se refiere al Registro Civil, las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General del ramo, aun cuando les fueran comunicadas directamente" (art. 9 LRC).

A la Dirección General de los Registros y del Notariado le corresponde, entre otras funciones, la tramitación y, en su caso, resolución de expedientes de nacionalidad y los de reconocimiento o denegación de las situaciones que afectan al estado civil de los ciudadanos y su inscripción en el Registro Civil; la tramitación, y, en su caso, resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de esas funciones, en concreto, en lo que aquí interesa, los recursos contra las decisiones de los encargados de los Registros en materia de inscripción y calificación, así como contra las resoluciones que dicten no admitiendo el escrito inicial o poniendo término a los expedientes registrales; en fin, la planificación de los Registros Civiles, la programación y distribución de los medios materiales y personales precisos para su funcionamiento, así como su organización, dirección e inspección (art. 29 de la LRC EDL1957/53 ; arts. 41, 56 y ss. y 355 del RRC EDL 1958/100 ▼ art.41 EDL 1958/100 art.56 EDL 1958/100 art.355 EDL 1958/100 ; y art. 4.1 del RD 1475/2004 EDL2004/44139).

El Registro Civil se estructura en Registros Municipales, Registros Consulares y el Registro Civil Central. Los Registros Municipales constituyen la unidad básica de la organización registral, estando encomendados los Registros Municipales principales a los Jueces de Primera Instancia, y los Registros Municipales delegados, que radican en aquellas poblaciones en que las no hay Juzgados de Primera Instancia, a los Jueces de Paz, que actúan por delegación del Juez encargado del Registro (arts. 10 y 11 LRC EDL 1957/53 ▼ art.10 EDL 1957/53 art.11 EDL 1957/53 ; 44 a 49 RRC EDL 1958/100 ▼ art.44 EDL 1958/100 art.45 EDL 1958/100 art.46 EDL 1958/100 art.47 EDL 1958/100 art.48 EDL 1958/100 art.49 EDL 1958/100 ; 86 y 100 LOPJ EDL 1985/8754 ▼ art.86 EDL 1985/8754 art.100 EDL 1985/8754). También el Registro Civil Central, que se encuentra en Madrid y depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado, está a cargo de dos Magistrados (arts. 10, 12, 18, 78 LRC EDL 1957/53 ▼ art.10 EDL 1957/53 art.12 EDL 1957/53 art.18 EDL 1957/53

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

art.78 EDL 1957/53 ; arts. 52, 54, 118-120, 267-270 RRC
EDL 1958/100▼ art.118 EDL 1958/100 art.119 EDL 1958/100 art.120 EDL 1958/100
art.267 EDL 1958/100 art.268 EDL 1958/100 art.269 EDL 1958/100 art.270 EDL 1958/100 ;
Real Decreto 644/1990, de 18 de mayo, sobre Registro Civil Central EDL1990/13537).

Las decisiones de los encargados del Registro Civil en materia de calificaciones e inscripciones, así como las resoluciones que dicten no admitiendo el escrito inicial o poniendo término al expediente registral, son susceptibles de recurso en vía gubernativa ante la Dirección General de los Registros y del Notario, cuyas resoluciones ponen fin a la vía registral; es decir, no cabe contra ellas recurso alguno, sin perjuicio de poder acudir cuando corresponda a la vía judicial ordinaria en cada caso procedente para instar la tutela jurisdiccional del derecho en su caso en juego (arts. 29 y 97 LRC EDL 1957/53▼ art.29 EDL 1957/53 art.97 EDL 1957/53 , 355 y 362 RRC EDL 1958/100▼ art.355 EDL 1958/100 art.362 EDL 1958/100 ; arts. 249.2ª, 748 y 753 LEC 2000 EDL 2000/77463▼ art.249 .2 EDL 2000/77463 art.748 EDL 2000/77463 art.753 EDL 2000/77463 ; art. 22.5 Cc EDL1889/1).

A partir de las precedentes consideraciones ha de concluirse que el Juez encargado del Registro Civil, en esta específica condición de encargado del Registro Civil y en el ejercicio de las funciones que como tal le corresponden, se integra en una estructura administrativa, la del Registro Civil, bajo la dependencia funcional del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cuyas órdenes e instrucciones se encuentra sometido, siendo susceptibles de recurso ante dicha Dirección General las decisiones y resoluciones que adopte en el desempeño de sus funciones como encargado del Registro Civil.

La integración en la estructura administrativa del Registro Civil y la consiguiente dependencia funcional del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado excluye, respecto de las resoluciones adoptadas por el Juez del Registro Civil en el marco de las actuaciones que le corresponden como encargado de dicho Registro, la nota de independencia propia del desempeño de funciones jurisdiccionales. Así pues, en su condición de encargado del Registro Civil, el Juez, en el ejercicio de las funciones que al respecto le han sido encomendadas, sin necesidad de entrar en el debate doctrinal sobre la concreta naturaleza de la función registral, no ejerce jurisdicción, ni, por consiguiente, su actuación puede ser calificada como jurisdiccional. Cualidad que, como es lógico, tampoco revisten las decisiones o resoluciones que pueda dictar en el ejercicio de sus funciones como encargado del Registro Civil, pues, ni son ejercicio de jurisdicción, ni, como es evidente, pueden calificarse de jurisdiccionales las decisiones o resoluciones, aun dictadas por quien es además titular de un órgano judicial, susceptibles de impugnación y, por tanto, de revisión, ante órganos de la Administración.

Llegados a la conclusión expuesta han de traerse a colación ahora las consideraciones que, aun con carácter de obiter dicta, este Tribunal hizo ya sobre el tema que nos ocupa al señalar en la STC 56/1990, de 29 de marzo EDJ1990/3532 , que: "la circunstancia de que la función registral civil fuera encomendada cuando se creó esta institución en nuestro Derecho -Ley de 17 de junio de 1870-, por razones que ahora es innecesario exponer, a los órganos judiciales, no convierten automáticamente aquella función en jurisdiccional. El Registro Civil, pese a estar encomendada su llevanza a órganos judiciales, no es función jurisdiccional, sino registral. Así expresamente se deduce del art. 2 de la LOPJ EDL1985/8754 (...). Los Jueces a los que, además del ejercicio de la correspondiente función jurisdiccional, se les encomienda la llevanza del Registro Civil, en esta función no actúan -se afirma en la Sentencia- como órganos jurisdiccionales, sino como registradores o encargados del Registro" (FJ 31; en el mismo sentido, STC 62/1990, de 30 de marzo, FJ 6 EDJ1990/3599 ; ATC 311/1993, de 25 de octubre EDJ1993/14275).

7. Lo dicho con carácter general sobre la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil y sobre la naturaleza jurisdiccional o no de la función que ejerce en tal condición vale, como el Fiscal General del Estado pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, para la concreta actuación de la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil con ocasión de la cual se ha suscitado la presente cuestión de inconstitucionalidad.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Ésta se plantea con ocasión de un expediente registral matrimonial que ha de tramitarse necesariamente cuando los contrayentes opten por el matrimonio civil, esto es, por su celebración ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código Civil (art. 49 Cc EDL1889/1), con el fin de acreditar previamente "que (dichos contrayentes) reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código" (art. 56 Cc EDL1889/1). La instrucción, tramitación y fases del expediente se encuentran reguladas en los arts. 238 a 245 RRC EDL 1958/100▼ art.238 EDL 1958/100 art.239 EDL 1958/100 art.240 EDL 1958/100 art.241 EDL 1958/100 art.242 EDL 1958/100 art.243 EDL 1958/100 art.244 EDL 1958/100 art.245 EDL 1958/100 . Es competente para su instrucción y para autorizar o no la celebración del matrimonio el encargado del Registro Civil, el Juez de Paz o el encargado del Registro Civil consular correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes (art. 238 RRC).

El expediente se inicia con la presentación de un escrito por parte de éstos, que ha de reunir los requisitos e ir acompañado de los documentos que reglamentariamente se establecen (arts. 240 y 241 RRC EDL 1958/100▼ art.240 EDL 1958/100 art.241 EDL 1958/100), y, tras la fases de ratificación de los solicitantes (art. 242 RRC EDL1958/100), publicación de edictos y proclamas (arts. 243 y 244 RRC EDL 1958/100▼ art.243 EDL 1958/100 art.244 EDL 1958/100), audiencia reservada y por separado de los contrayentes y, en su caso, práctica de pruebas (arts. 245 a 246 RRC EDL 1958/100▼ art.245 EDL 1958/100 art.246 EDL 1958/100), concluye con Auto dictado por el encargado del Registro Civil aprobando o denegando la celebración del matrimonio. Una vez firme el Auto favorable a la celebración se podrá llevar a cabo ésta (art. 249 RRC EDL1958/100). Contra el Auto aprobando o denegando la celebración del matrimonio cabe "recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general" (art. 247 RRC EDL1958/100). De conformidad con estas reglas la decisión del encargado del Registro aprobando o denegando la celebración del matrimonio es recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, contra cuya resolución no cabe recurso alguno, salvo, cuando corresponda, en lo que aquí y ahora interesa, ante la vía judicial ordinaria (arts. 29 y 97 LRC EDL 1957/53▼ art.29 EDL 1957/53 art.97 EDL 1957/53 ; arts. 355 y 362 RRC EDL 1958/100▼ art.355 EDL 1958/100 art.362 EDL 1958/100 ; arts. 249.2ª, 748 y 753 LEC 2000 EDL 2000/77463▼ art.249 .2 EDL 2000/77463 art.748 EDL 2000/77463 art.753 EDL 2000/77463).

Pues bien, por las razones ya expuestas y que ahora no procede sino proyectar sobre la concreta actuación de la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil con ocasión de la cual se suscita la presente cuestión de inconstitucionalidad, ni en el desempeño de dicha actividad ésta desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración (ni aun en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término "fallo" utilizado por los arts. 163 CE EDL1978/3879 y 35.1 LOTC EDL1979/3888), de "pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial" (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1 EDJ1982/76).

OCTAVO.- Así pues ha de concluirse que la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil de Denia no está facultada ex arts. 163 CE EDL1978/3879 y 35 LOTC EDL1979/3888 para promover la

presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea. O, en otras palabras, ateniéndonos al propio tenor de los citados preceptos, en cuanto que la cuestión de inconstitucionalidad no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada.

FALLO.

Por lo expuesto, el Pleno Acuerda:

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por incumplir las condiciones procesales exigidas por los arts. 163 CE y 35 LOTC (art. 37.1 LOTC).

Así, lo pronunciaron, mandaron y firmaron. María Emilia Casas Baamonde.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps.

VOTO PARTICULAR.

Voto particular que formula el **Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**, al que se adhiere el magistrado **D. Roberto García-Calvo Y Montiel**, respecto del auto del pleno de 13 de diciembre de 2005, que declara inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad 5856/2005, planteada por la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil de Denia sobre el artículo 44.2 del Código Civil EDL1889/1 .

1.- El Derecho vive en la práctica de la vida. Se aplica, se conforma y se desarrolla todos los días entre las manos de los Jueces. La función jurisdiccional en nuestro Estado social de Derecho (art. 1.1 CE EDL1978/3879) consiste en la realización objetiva del Derecho mediante la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, aplicando las reglas abstractas que se contienen en las leyes a los casos concretos que los particulares traen a todos los Jueces y Tribunales y, mediante el recurso amparo, a este Tribunal Constitucional.

Por influencia de la Revolución francesa el Juez español está sometido estrictamente al imperio de la Ley. La ley es irrefragable y por eso cuando, en un caso concreto de la vida, un Juez considera que la Ley no se adecua a la Constitución -bien por sí mismo, bien porque se lo pongan de manifiesto las partes- tiene la prerrogativa de plantear esa "cuestión", mediante la llamada "cuestión de inconstitucionalidad" al Tribunal Constitucional (art. 163 CE EDL1978/3879), pidiéndonos que le liberemos de su "status subiectionis" con relación a la Ley. Si así ocurre, y declaramos la inconstitucionalidad de la Ley, la fuerza de la Constitución prevalece en nuestro sistema de fuentes, como corresponde a la Norma Suprema del Estado democrático de Derecho en que, desde el año 1978, está constituida España (art. 1.1 CE EDL1978/3879).

2.- En el presente caso la Magistrada-Juez de Denia, en el momento de resolver un expediente previo al matrimonio del art. 56 CC EDL1889/1 - no (expediente "registral" matrimonial) como lo denomina indebidamente el FJ 7, 2º párrafo, del Auto de la mayoría - ha creído que podría haber contradicción entre el nuevo párrafo 2 del art. 44 CC EDL1889/1 y el art. 32.1 CE EDL1978/3879

El Auto del Pleno del que disiento, con el máximo respeto y consideración, declara inadmisibile la "cuestión" planteada. Al hacerlo así altera la orientación que ha inspirado la jurisprudencia de este Tribunal desde la STC 17/1981, de 1 de junio EDJ1981/17 , que fijó inicialmente los principios generales de nuestra doctrina. En efecto, creo que las cuestiones de inconstitucionalidad exigen una amplia conexión entre la experiencia cotidiana del Derecho y el Tribunal Constitucional.

Eso es lo que, en definitiva, permite la depuración constante de un ordenamiento jurídico que está presidido por una Constitución EDL1978/3879 normativa y rígida, fortaleciendo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE EDL1978/3879) al que dañan las dudas de constitucionalidad.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

¿Se daba esa conexión en el supuesto que contemplamos? Dejo la palabra a nuestra doctrina para fijar cuál era su estado en el momento de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad. En la STC 76/1992, de 14 de mayo EDJ1992/4796 , el Pleno de este Tribunal afirmó que:

"No puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya inconstitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad que ello podría implicar" (FJ 2).

El Auto de la mayoría reconoce (FJ 7) que el expediente previo al matrimonio que nos ocupa concluye en un Auto judicial aprobando o denegando el matrimonio (y así resulta del art. 247 RRC EDL1958/100). ¿Tiene el juez poderes decisorios? El Auto del que discrepo repara en un recurso en vía gubernativa frente al Auto resolutorio del expediente, fijado en un precepto reglamentario (art. 247.2 RRC EDL1958/100). No creo que la existencia de ese recurso gubernativo sea decisiva. Y ello en la medida en que no puede afectar válidamente al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por un Juez llamado a aplicar una Ley en los casos que nos ocupan, pues no conozco resolución administrativa alguna que haya anulado, revocado o dejado sin efecto el Auto por el que la Magistrada-Juez de Denia nos ha planteado cuestión de inconstitucionalidad.

Podría concluir aquí mi razonamiento, expresando que la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada en forma impecable y debió ser admitida a trámite conforme a nuestra doctrina. Sin embargo el precedente afecta al principio de división de poderes en nuestro Estado social y democrático de Derecho, por lo que me voy a extender brevemente en alguno de los argumentos que defendí, sin éxito, en las deliberaciones del Pleno.

3.- Sostiene el Auto de la mayoría que la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil de Denia no está facultada para promover esta cuestión de inconstitucionalidad por dos razones: a) Porque los Jueces encargados del Registro Civil se integran funcionalmente en una estructura administrativa del Ministerio de Justicia, a cuyas órdenes e instrucciones se encuentran sometidos, lo que les priva de la nota de independencia propia del desempeño de funciones jurisdiccionales (sic en FJ 6). Y b) por el carácter no jurisdiccional del expediente matrimonial en el que se plantea la cuestión (FJ 8).

No puedo aceptar ninguna de esas razones.

4.- La primera de ellas (expuesta en el FJ 6) me parece contradictoria con la afirmación tajante que se efectúa (en el FJ 2) de que "en nuestro Ordenamiento el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, a tenor de lo establecido en el art. 163 CE EDL1978/3879 ", o con el juicio - que comparto - de que "el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial".

Discutir sobre la mayor o menor independencia de los Jueces tiene sentido en la jurisprudencia de las "cuestiones de constitucionalidad" del ordenamiento italiano, en la medida en la que se admite

en Italia que planteen dichas cuestiones, además de los órganos jurisdiccionales del Estado o jueces en sentido propio (elemento subjetivo), otros órganos administrativos y entes diversos que, aun no perteneciendo a la organización de la Justicia, asumen funciones que les hacen parecer jueces, al situarse en el caso en una posición de aplicación objetiva de la ley y ostentar una posición "super partes" (elemento objetivo). Ese ha sido el ejemplo de los árbitros, según la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 376/2001, de 22 de noviembre.

Se reconoce en ella que el "Colegio de árbitros" no es ciertamente "juez" en sentido subjetivo pero realiza una función de arbitraje que se puede equiparar a la de "juzgar" por constituir aplicación objetiva del Derecho en un caso concreto para resolver una controversia con las garantías de contradicción e imparcialidad típicas de la jurisdicción civil ordinaria. La muy abundante doctrina italiana sobre la denominada escala de mayor o menor dependencia de esos órganos que parecen jueces, no debe traerse a colación en España, en la medida en que aquí, como bien dice el Auto de la mayoría, el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad corresponde en forma exclusiva a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder judicial (art. 35.1 LOTC EDL1979/3888).

El principio de división de poderes enseña que un Juez de un Estado democrático que recibe órdenes o instrucciones de un Ministerio para el ejercicio de sus funciones no merece el nombre de Juez, y que ningún Estado es democrático si imparte órdenes o instrucciones a sus Jueces sobre cómo han de aplicar las leyes. Por eso el art.117.1 CE EDL1978/3879 declara que "los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial (son) independientes, inamovibles, responsables y (están) sometidos únicamente al imperio de la ley".

Una simple lectura del art. 117 CE muestra que en nuestra Constitución la nota de independencia, así como las de inamovilidad y responsabilidad, no se predica únicamente del ejercicio de la función jurisdiccional sino también de las restantes funciones que expresamente puedan ser atribuidas por ley a los Jueces y Magistrados, en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE EDL1978/3879). La independencia caracteriza, por tanto todas las funciones judiciales en nuestra Constitución. Ni una ley ordinaria, como la del Registro Civil, ni el Reglamento de esa ley pueden prevalecer sobre el principio constitucional esencial que dimana del art. 117.1 CE.

5.- Aunque creo que nuestra jurisprudencia debe mantenerse al margen de construcciones doctrinales, de contornos no siempre claros, resulta posible distinguir entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria y por ello es también posible construir un concepto amplio de jurisdicción, que permite rechazar el segundo de los argumentos del Auto de la mayoría. Tampoco comparto, por ello, la afirmación de que el expediente previo a la celebración del matrimonio civil carezca de naturaleza jurisdiccional, ya que creo que puede englobarse, sin dificultad, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y por ello en un concepto amplio de jurisdicción.

Hay que señalar, en primer lugar, que el "elemento subjetivo" de los requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad (en definitiva, la intervención necesaria para que surja de un juez o Tribunal) no resulta suficiente para que se produzca esa conexión necesaria, a la que me referí, entre la cuestión de Derecho vivo que se plantea en el proceso principal (en este caso el expediente previo al matrimonio en el que aflora la cuestión) y la cuestión que abre el proceso incidental o proceso constitucional. No cabe en nuestro Derecho que los Jueces planteen cuestiones con carácter abstracto por lo que, además de un juez, debe existir en cada caso un juicio, debe ser la cuestión a plantear inherente al mismo y debe ostentar el juez jurisdicción sobre el caso, así como potestades decisorias que no consistan en lo que hemos denominado un mero "automatismo formal" (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2 EDJ1984/22).

A mi juicio, para que un Juez pueda abrir la puerta del proceso constitucional tiene que relacionarse con la Ley en la "aplicación típica" que ésta recibe precisamente de las manos de un juez que actúe en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Es este el "elemento objetivo" que debe acompañar a la presencia de un juez ("elemento subjetivo") en toda cuestión de inconstitucionalidad.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

El artículo 117.4 CE EDL1978/3879 cubre todas las manifestaciones en que consiste la función jurisdiccional estatal, al distinguir dentro la misma - y por ello en las únicas funciones que constitucionalmente pueden realizar los Jueces y Tribunales - la manifestación típica de la jurisdicción contenciosa y la función de jurisdicción voluntaria (arts. 117.3 EDL1978/3879 y 117.4 CE) que tiene por fin crear, configurar o desarrollar un derecho o, en los términos del art. 117.4 CE, ser atribuida por Ley a los Juzgados y Tribunales "en garantía de cualquier derecho".

No es esencial a la actividad jurisdiccional que exista cuestión o controversia entre las partes o que se ejercite ("inter invitos") entre personas que no han podido ponerse de acuerdo. También es jurisdicción - muy en especial en el ámbito del Derecho privado - la que se ejercita entre personas que, hallándose de acuerdo en sus pretensiones ("inter volentes") buscan el ministerio del Juez para imprimirles sello de autenticidad (art. 1811 LEC-1881 EDL1881/1).

Tampoco lo es el efecto formal del acto jurisdiccional que, en el proceso contencioso, es la cosa juzgada mientras que tal efecto no se produciría en la jurisdicción voluntaria. Basta recordar el precedente histórico de la "in iure cessio" romana para relativizar esa diferencia. En ella, mediante un proceso fingido ante el Magistrado ("in iure") el demandado confesaba el derecho que asistía al demandante sobre la propiedad que le quería transmitir y se le tenía por condenado sin necesidad de sentencia ("confessus pro iudicato est"). La confesión hecha ante el Magistrado equivalía así a un acto de disposición de la propiedad ("cessio"), que se utilizaba en Derecho de familia para manumisiones, emancipaciones, adopciones, tutela legítima de la mujer etc.

El recurso a un proceso fingido, hoy desaparecido, permitía obtener los efectos que en el proceso normal se conectan a la cosa juzgada, lo que no oscurecía su naturaleza jurídica, pues ya desde el Derecho postclásico se consideran estos actos como "iurisdictio voluntaria" y no como jurisdicción "de contentione inter partes".

Los actos de jurisdicción voluntaria tienen manifestaciones muy diversas, que obligan a un examen casuístico de sus manifestaciones (SSTC 13/1981, de 22 de abril, FJ 3 EDJ1981/13 y 114/1997, de 16 de junio, FJ 3 EDJ1997/4027). Por eso, y por la razón específica de decidir en la que se dictó, no me parece decisiva la doctrina de la STC 62/1990, de 30 de marzo EDJ1990/3599 , en que se apoya la doctrina del Auto de la mayoría para excluir la naturaleza jurisdiccional del expediente previo matrimonial al que, en concreto, se refiere este caso. Es obvio que la STC 62/1990 se limitó a declarar que las disposiciones relativas al Registro Civil corresponden a la competencia del Estado, dentro de sus facultades y competencias para la determinación y efectividad de la planta judicial (FJ 6, g) no pudiendo subsumirse en la "administración de la Administración de Justicia".

La invocación de la doctrina de dicha Sentencia - en la que ha insistido el Fiscal General del Estado y recoge el FJ 6, último párrafo del Auto de la mayoría - no es precisa ni decisiva al declarar que la llevanza del Registro Civil es actividad de Registradores o encargados del mismo y no sería actividad jurisdiccional.

6.- El expediente previo al matrimonio del art. 56 Cc EDL1889/1 constituye, en mi opinión, un supuesto de jurisdicción voluntaria relativo a la función de garantía de las relaciones de estado civil de las personas y del derecho fundamental a contraer matrimonio del artículo 32.1 CE EDL1978/3879 , en cuanto tiende a constituir y configurar tal derecho, formando la repetición de resoluciones sobre el mismo la manifestación típica de las resoluciones judiciales, que es la jurisprudencia.

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

Este Tribunal ha admitido siempre a trámite cuestiones de inconstitucionalidad relativas a este tipo de actos de jurisdicción sin que se cuestionara en ellas, en ningún momento ni por nadie, la posible falta de legitimación de los jueces que las promovían para plantearlas (SSTC 129/1999, de 1 de julio, sobre internamiento de personas con trastornos psíquicos EDJ1999/13066 y ATC 261/1998, de 24 de noviembre, en expediente de jurisdicción voluntaria sobre esterilización de incapaz).

La presencia del Juez encargado ("elemento subjetivo") resulta del artículo 238 RRC EDL1958/100 . Ciertamente también pueden actuar como instructores los Encargados del Registro Civil consular, que no podrán plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Esta excepción, común a los actos de jurisdicción voluntaria que no siempre están atribuidos a los jueces en forma exclusiva, resulta obligada porque no se podría ejercer jurisdicción española en territorio extranjero. Los cónsules son los jueces en el extranjero porque el ejercicio de la jurisdicción, vinculado a la soberanía del Estado, termina allí donde acaba el territorio nacional. El artículo 24 del Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior EDL1987/11191 demuestra que el Jefe de la Oficina Consular ejerce funciones relativas a la fe pública, al registro civil y a la jurisdicción voluntaria, entre las que se encuentra la que ahora nos ocupa.

El Reglamento del Registro Civil señala las distintas fases del procedimiento que, aunque se denomina expediente, integra una auténtica actuación jurisdiccional ("elemento objetivo") cubierta por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL1978/3879 (STC 113/1988, de 9 de junio, FJ 2 EDJ1988/429) en el que los contrayentes comparecen como partes, en posiciones no enfrentadas, se practican pruebas, se puede recabar dictamen médico, si se estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se publican edictos, y se produce un trámite esencial de audiencia, en la que el instructor, asistido por el secretario, debe oír a cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (art. 246 RRC EDL1958/100). Tras estos trámites el instructor puede aprobar o denegar la celebración del matrimonio, lo que implica una potestad de formación de juicio y de decisión ajena a todo "automatismo formal", por lo que es claro que está facultado para plantear cuestión de inconstitucionalidad.

La posible presencia de un recurso gubernativo contra el Auto que deniegue la celebración no es, en fin, obstáculo decisivo para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la simple razón de que la misma compete en forma exclusiva al Juez que instruye y resuelve el procedimiento y que la cuestión, caso de ser admitida a trámite y acogida por este Tribunal, vincula a todos los poderes públicos.

En ese sentido emito mi Voto particular en Madrid, a trece de diciembre de 2005, reiterando mi respeto al criterio de la mayoría.

Voto particular que formula el **Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas** respecto del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5856-2005.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC EDL1979/3888 y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con el Auto por las razones que fundo en las siguientes consideraciones:

1.- Naturaleza de las Cuestiones de Inconstitucionalidad.- El constituyente español de 1978, siguiendo la estela de otros sistemas constitucionales, estableció dos formas de depuración del ordenamiento jurídico, a nivel de leyes o normas equivalentes, ya que las leyes anteriores y las normas de rango inferior pueden, respectivamente, no ser aplicadas por cualquier juzgado o tribunal, o pueden ser anuladas por la Jurisdicción ordinaria en el orden Contencioso Administrativo.

Estas formas de control de constitucionalidad (dejando aparte los conflictos de competencia que también sirven al fin de depuración del ordenamiento jurídico al delimitar atribuciones dentro de un sistema complejo como es el del Estado de la Autonomías) son, como hemos dicho, dos y de muy diferentes características.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

El recurso de inconstitucionalidad es directo, sometido a plazo perentorio desde la publicación de la ley, de utilización restringida a específicos órganos, sujetos o instituciones y regido en su ejercicio, eventualmente, de forma total o parcial, por criterios de oportunidad política.

El segundo -la cuestión de inconstitucionalidad- es indirecto, posible en cualquier momento de la vigencia de la ley, instable por los particulares en el curso de actuaciones en que intervengan los Jueces y solo utilizable por éstos, rigiéndose en su ejercicio siempre y exclusivamente por fundados criterios jurídicos; es, por lo tanto, una función exclusiva y excluyente que se concreta en una facultad, otorgada sólo a los Jueces, como ostentadores constitucionales del Poder Judicial, en beneficio de todos los ciudadanos que, además de facilitar en cualquier tiempo la depuración del Ordenamiento Jurídico, garantiza que ninguna norma legal que haya de ser aplicada por un Juez lo sea con duda razonable sobre su constitucionalidad.

Cabe decir que las leyes con fundada sospecha de contradecir a la Constitución EDL1978/3879 son "toleradas" por el sistema español, en aras de la seguridad jurídica y también de la estabilidad política, mientras no rebasen la actividad de los particulares y de las Administraciones Públicas, pero esa misma duda ha de ser necesariamente despejada por este Tribunal cuando es un órgano de la Jurisdicción Ordinaria el que se ve obligado a aplicar la norma sospechosa de inconstitucionalidad, porque es la única forma de que los órganos judiciales resuelvan el dilema que se plantea entre su sometimiento al imperio de la ley y su acatamiento a la Constitución que, necesariamente, ha de resolverse prevaleciendo esta última, si bien sólo puede decidirlo el Tribunal Constitucional.

Por lo que acaba de decirse, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no es sólo una facultad exclusiva de los Jueces sino también un deber que sólo a ellos incumbe, y que han de cumplir en conciencia, sin que nadie pueda coartar su cumplimiento y menos perseguirles por haberlo cumplido, porque es únicamente este Tribunal el que puede decidir si los órganos judiciales han usado la facultad y cumplido su deber de manera ajustada a Derecho o no.

Esta finalidad de depuración permanente de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución encomienda a los órganos judiciales a través del planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es, sin duda, la que ha llevado al Tribunal Constitucional a hacer una interpretación muy flexible de los requisitos establecidos en el art. 163. CE EDL1978/3879 y 35 LOTC EDL1979/3888, considerando "fallo" no sólo el de la Sentencia, sino cualquier decisión que ponga fin al procedimiento en cualquier instancia y considerando "proceso" a toda actuación judicial que conduzca a aquella decisión definitiva que imponga la aplicación de una Ley sobre cuya constitucionalidad se duda.

II.- El Poder Judicial. El Judicial está concebido en nuestra Constitución como un poder personal, profesional y difuso, en cuanto, a parte de las funciones que ejercen los Jueces de Paz, se confía a Jueces y Magistrados de carrera, formando un cuerpo único y que integran el Poder Judicial que reside en cada uno de sus miembros, para ejercer, también de manera exclusiva y excluyente, el poder de decisión, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado y sin que los órganos en que se constituye dicho Poder puedan ejercer más funciones que las jurisdiccionales y "las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho" (art. 17.4.CE EDL1978/3879).

Resulta que si bien son los Jueces los únicos que pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad, han de hacerlo en cuanto se constituyen en titulares de un órgano jurisdiccional.

III.- Cuestión a resolver. Ha sido preciso recordar esta serie de principios, en ciertos aspectos elementales y por todos conocidos, para abordar la cuestión de si los Jueces Encargados del Registro Civil, cuando dictan el Auto que pone fin al expediente de matrimonio civil, actúan como Jueces, titulares de un órgano jurisdiccional, en el marco de un procedimiento que, por que han de ejercer en él funciones de decisión y de declaración del Derecho, resulta equiparable a "proceso" y si la parte dispositiva del referido Auto es equivalente al "fallo", ambas cosas conforme a la doctrina de este Tribunal (Auto que antes de ser dictado faculta y obliga al Juez a plantear ante este Tribunal las dudas de constitucionalidad de las normas legales que ha de aplicar) o si, por el contrario, los Jueces del Registro Civil son funcionarios administrativos o Jueces que ejercen funciones de dicha índole que, tramitando procedimientos de idéntica naturaleza, han de dictar resoluciones en el mismo marco y por consiguiente carecen de la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad y no están sometidos al deber de hacerlo en caso de que duden de la adecuación a la Constitución de las normas legales que han de aplicar. El Auto del que discrepo llega a esta última conclusión que no puedo suscribir.

IV.- El Registro Civil. Desde su creación en 1870, cuando la Ley Orgánica, vigente hasta 1985 y superviviente a varios regímenes políticos, llamó Poder Judicial a la Administración de Justicia, la función de los Registros Civiles se encomendó a los Jueces, es decir a los miembros de ese Poder, así se mantuvo en la vigente Ley de 1957 y continúa en la actualidad. La LOPJ de 1985 (art. 2.2.) EDL1985/8754 al reproducir -con deficiente técnica legislativa- el texto constitucional (art. 117.4 EDL1978/3879) dice que" los Juzgados y Tribunales no ejercerán mas funciones que las señaladas en el párrafo anterior (esto es, las Jurisdiccionales), las del Registro Civil -añadido de la propia Ley- y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho"; así se confirma en el art. 86 LOPJ EDL1985/8754 cuando preceptúa que "el Registro Civil estará a cargo de los Jueces de Primera Instancia y, por delegación de estos, de los de Paz de conformidad con lo que establezca la Ley, sin perjuicio de lo que se disponga en ella para los demás Registros Civiles, en su caso" (apartado 1).

Por su parte la Ley de Demarcación y Planta en su art. 27 (L 3 8/1988, de 28 de diciembre, artículo 27 EDL1988/14027 :

1. Las plazas de Jueces o Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil serán las del Registro Civil Central de Madrid y las demás previstas en el Anexo VI. En las poblaciones que cuenten con más de 500.000 habitantes y en aquellas otras en que se juzgue conveniente en atención al volumen de población y al alto número de actuaciones de esta naturaleza, podrán establecerse mediante Orden ministerial otras plazas de Jueces o Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil.

2. En las demás poblaciones en que existan varios Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, ejercerán las funciones de Registro Civil los Juzgados procedentes de la conversión prevista en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 que las vinieren ejerciendo en el momento de producirse la misma y, en su defecto, el Juzgado número 1. Por Orden ministerial podrá disponerse que asuma las funciones de Registro Civil el Juzgado único que se determine) sigue igual criterio y lo mismo sucede en la Legislación del Registro Civil (arts.10.1 y 11 EDL 1957/53▼ art.10 .1 EDL 1957/53 art.11 EDL 1957/53).

Todas las disposiciones posteriores han seguido invariablemente el criterio de atribuir a miembros del Poder Judicial el desempeño de funciones del Registro Civil, como sucede en el caso del Registro Civil Central.

A mi entender resulta evidente que el legislador ha elegido reiteradamente a los Jueces como garantes de los derechos que constata y protege el Registro Civil.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

V. Condición judicial de las Resoluciones dictadas por los Encargados del Registro Civil. Ciertamente es que una posición de estricto literalismo interpretativo de los art. 163 CE EDL1978/3879 y 35 LOTC EDL1979/3888 podría sostenerse que sólo en un proceso entre partes enfrentadas, con pretensiones contradictorias, cabe plantear por el Juez o Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad, pero entonces idéntico criterio debería seguirse para sostener también que sólo en el caso de que deba dictarse formalmente una Sentencia y no un Auto es posible el mismo planteamiento.

Sin embargo, otro ha sido el criterio seguido por este Tribunal, que ha llegado a declarar textual y contundentemente en la STC 76/1 992, de 14 de mayo que, (FJ 2) EDJ1992/4796 "la ratio de este proceso constitucional -como instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación a la que se ha hecho referencia (STC 17/198 1 EDJ1981/17)- obliga a concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios" y también que "Así pues, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerciendo un poder de decisión sobre el otorgamiento o denegación de lo instado, es claro que está legitimado para plantear ante este Tribunal las dudas de inconstitucionalidad que le plantee la aplicación de dicha ley siempre que, claro está, de su validez dependa la resolución judicial de que se trata (....1"

Sinceramente, no creo que sea razonable ni oportuno ante un asunto de tanta hondura constitucional y trascendencia social que el Tribunal dé un giro a esa doctrina en sentido restrictivo de las posibilidades de los Jueces para ejercer la facultad - obligación- de promover la depuración constitucional del ordenamiento jurídico "en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios"(STC 76/1992, FJ 2 EDJ1992/4796). Tal cambio de doctrina es, además, regresivo al poner obstáculos hasta ahora inexistentes para el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, y esto es lo que hace, en mi opinión, el Auto del que me aparto.

Conviene también reparar en que, tanto el art. 117.4 CE EDL1978/3879 como el 2.2 LOPJ EDL1985/8754 se refieren a "Juzgados y Tribunales" y no a Jueces y Magistrados, cuando permiten que se ocupen de funciones no estrictamente jurisdiccionales en el caso de que las autorice una ley y sean en defensa de algún derecho. Es decir, la atribución de dichas funciones ha de hacerse a órganos jurisdiccionales, ya sean preexistentes o se creen al efecto. Esto es lo que sucede precisamente con los Encargados del Registro Civil, que no son Jueces traídos del escalafón, sino Juzgados de Primera Instancia, en los que el Juez titular del Poder Judicial actúa, como en los demás casos, con la asistencia del Secretario Judicial, razón suficiente para que no puedan ser considerados como meros "Registradores".

Esta circunstancia, -la de ser Jueces asumiendo funciones en un órgano del Poder Judicial- explica sin dificultad por qué los Cónsules, que también ejercen funciones registrales, no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad, pues aunque son Encargados de un Registro Civil no se integran en un órgano jurisdiccional y no ejercen Poder Judicial.

Por la misma razón se explica con igual facilidad que los Jueces y Magistrados que forman parte de las Juntas Electorales carezcan de dicha facultad de planteamiento de cuestiones de

inconstitucionalidad, porque se integran en Instituciones en las que participan otras personas ajenas al Poder Judicial, no se constituyen en órganos del mismo y por lo tanto no pueden ejercer facultades que están reservadas a los Jueces en el ejercicio de aquel Poder.

En el Auto de la mayoría se opone, formando parte principal de su fundamentación que las resoluciones dictadas por los Encargados del Registro Civil son recurribles ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia, y al ser un órgano administrativo -se viene a decir- la existencia de esa dependencia y recurso convierte en administrativa la función de los Encargados del Registro Civil, aunque sean Jueces.

Dicha tesis resulta del retorcimiento de una realidad jurídica, porque no es ya que la existencia de dicho recurso no pueda convertir a los Jueces Encargados del Registro Civil en funcionarios de la Administración, sino que es precisamente la existencia misma de esa anómala "alzada", que viene a permitir la revisión de resoluciones judiciales por órganos de la Administración, la que proyecta una duda de constitucionalidad sobre la Ley del Registro Civil en este aspecto. Así lo ha entendido ya el Tribunal Supremo en Sentencia dictada por su Sala Tercera, Sección 6ª el 22 de mayo de 2000, que en una cuestión cuya similitud salta a la vista, anuló la nueva redacción que daba a dieciséis artículos del Reglamento Hipotecario el Real Decreto 1867/1 998, de 4 de septiembre EDL1998/45375 , no sólo por regular materias reservadas a la ley, sino también porque consideró que la actuación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia al revisar la calificación registral (se trataba del Registro de la Propiedad) era jurisdiccional y no administrativa, llegando a declarar que "el que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción y también que "no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado)".

Este criterio avanzado y progresivo sentado con fundamentos incontestables por el mas alto Tribunal para la interpretación de la legalidad ordinaria, aparte de orillar cualquier objeción sobre la necesidad de que la función decisoria del Juez haya de realizarse en el seno de un proceso contencioso, hace imposible -a mi juicio- sostener que las decisiones del Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil, en las que se materializan y protegen importantísimos derechos de la persona, tengan peor condición a efectos del ejercicio de facultades propias del Poder Judicial, que las que para la protección del derecho de propiedad se atribuían a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. Consecuentemente, no sólo la existencia de un recurso de alzada administrativo no desnaturaliza las funciones del Encargado del Registro Civil, sino que lo cuestionable es la constitucionalidad del recurso mismo, como ya he dicho. Es mas, el propio legislador fue sensible a este criterio y para evitar la antinomia entre resoluciones de Órganos Jurisdiccionales y Recursos ante Órganos Administrativos, suprimió el que se preveía ante los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

VI.- Conclusión: Los Jueces Encargados del Registro Civil, cuando dictan resoluciones fundadas, en forma de Auto, que deciden y ponen fin en su instancia a la cuestión sometida a su consideración, ejercen, como órganos jurisdiccionales, funciones propias del Poder Judicial, que constitucionalmente solo deberían ser revisables por órganos superiores del mismo y cuyas partes dispositivas constituyen "fallos" en el curso de un "proceso", conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, que pueden dar lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, al que incluso vienen obligados, si de manera fundada dudan de la constitucionalidad de aquellos preceptos legales que hayan de ser aplicados en la Resolución que han de dictar, circunstancia que concurría en la cuestión planteada por la Magistrada Juez encargada del Registro Civil de Denia.

Por lo expuesto y partiendo la fundamentación del Auto de la mayoría de otros criterios, de los que, reiterando mi respeto para quienes los sustentan, discrepo y llegando a la decisión de

inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada considero que por el contrario debió ser admitida a trámite dicha cuestión de inconstitucionalidad, por lo que suscribo el presente voto particular.

Madrid, a trece de diciembre de 2005

Voto particular que formula **el Magistrado D. Javier Delgado Barrio** respecto del Auto dictado en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 5856-2005.

Con el mayor respeto para la opinión de los Magistrados que con su voto han dado lugar al Auto dictado en la señalada Cuestión de Inconstitucionalidad, he de manifestar mi discrepancia respecto de su fundamentación y pronunciamiento, pues, en mi parecer, la Magistrada-Juez que suscitó la Cuestión estaba claramente legitimada para hacerlo.

Y adelanto ya que el razonamiento del Auto del que discrepo llega a una calificación de la actuación judicial en el expediente registral de matrimonio basándose en la regulación contenida en la Ley EDL1957/53 y en el Reglamento del Registro Civil EDL1958/100 , que en su concreta aplicación al ya citado expediente matrimonial, resulta ser, en mi opinión, inconstitucional -o derogada, en cuanto afecta a dicho expediente, por la Constitución-: ¿puede admitirse que los Jueces cuando actúan "en garantía" -art. 117.4 CE EDL1978/3879 - de un derecho fundamental - el derecho a contraer matrimonio, art. 32.1 CE EDL1978/3879 - deban "cumplir" -obedecer- "las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General del ramo, aun cuando les fueren comunicadas directamente" -art. 9 LRC EDL1957/53 , destaco su fecha, de 8 de junio de 1957-?

1. Importa ante todo destacar la extraordinaria relevancia del tema procesal señalado: sí o no a la legitimación del Juez para plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando actúa "en garantía de cualquier derecho" -art. 117.4 CE EDL1978/3879 - y más concretamente de un derecho fundamental. Se trata, así, de fijar la posición constitucional del Juez en la Constitución EDL1978/3879 y respecto de la propia Constitución.

Esta posición constitucional del Juez determina, como manifestación práctica relevante, su legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que, en la doctrina de este Tribunal viene a conciliar su "doble obligación" -STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1 EDJ1981/17 - de actuar sometido a la ley y a la Constitución: esa legitimación opera como aportación del Juez a la garantía de la primacía de la Constitución -art. 27 LOTC EDL1979/3888 -, en cuanto que lo habilita para poner en marcha un procedimiento que viene a hacerla efectiva.

Y esa "doble obligación del Juez" ¿opera sólo dentro del proceso y no cuando el Juez desarrolla su actuación "en garantía" de un derecho, ni siquiera cuando se trata de un derecho fundamental?. Subrayo que este tema procesal -legitimación para formular la cuestión de inconstitucionalidad- adquiere una especial relevancia en un sistema concentrado de jurisdicción constitucional y de justicia rogada: la mayor o menor amplitud de la legitimación para iniciar los procedimientos que permiten declarar la inconstitucionalidad de una ley, determina la mayor amplitud o angostura de los cauces que aseguran la efectividad de la primacía de la Constitución -art. 27 LOTC EDL1979/3888 -.

2. Ciertamente, la literalidad del art. 163 CE EDL1978/3879 -proceso, fallo- conduce a pensar que sólo dentro de un proceso está el Juez legitimado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad y no, por tanto, en actuaciones que no tengan esa naturaleza jurídica.

Pero el resultado del entendimiento de la literalidad de la norma no puede considerarse, sin más, definitivo. A este respecto este Tribunal ha distinguido dos campos:

a) Con carácter general, para la legalidad ordinaria, se subraya que "la interpretación literal, según hemos advertido en alguna ocasión, "es un mero punto de partida" (STC 225/2002, de 9 de diciembre, FJ 4 EDJ2002/55527), "imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras" (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 6 EDJ1996/1723)" (SSTC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 5 EDJ2003/136208 ; y 83/2005, de 7 de abril, FJ 3 EDJ2005/37137).

b) Sin embargo, en el ámbito de la normativa constitucional, nuestra doctrina ha puesto de relieve que "el respeto de la Constitución que el art. 9 EDL1978/3879 de la misma impone a todos los Poderes Públicos hace necesario que una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo sea pensable cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales" (SSTC 72/1984, de 14 de junio, FJ 6 EDJ1984/72 , y 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6 EDJ2000/24857). Y también reiteradamente ha destacado este Tribunal "la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución -STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5 EDJ1994/5405 -, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3 EDJ1983/5)" (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5 EDJ2003/705).

Habremos de acudir, pues, a esa interpretación sistemática de la Constitución EDL1978/3879 , itinerario este en el que, obviamente, el "contexto" del art. 163 CE EDL1978/3879 ha de ser, en lo que ahora importa, el art. 117.4 CE EDL1978/3879 , que será el elemento determinante para la calificación de la naturaleza de la actuación judicial en el expediente de matrimonio civil y no la legislación del Registro Civil que desde la supremacía del art. 117.4 CE, resulta ser, en mi modo de ver las cosas, claramente inconstitucional -o derogada, en cuanto afecta a dicho expediente, por la Constitución-.

3. El art. 117.3 CE EDL1978/3879 encomienda a los Jueces y Tribunales como tarea fundamental la del ejercicio de la potestad jurisdiccional "en todo tipo de procesos" y, sobre esta base, el art. 117.4 CE EDL1978/3879 añade que, aparte de ésta, no ejercerán más funciones que las que "expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho".

¿Es constitucional la encomienda a los Jueces de la llevanza del Registro Civil? Cuando se estaba gestando la Ley de 1870 se discutió ampliamente respecto de qué funcionarios habrían de encargarse del Registro Civil. Desechado el sistema municipal (encomendado a los Alcaldes y Secretarios de Ayuntamiento, que había fracasado con anterioridad), el notarial (que si bien era el más racional tenía el inconveniente de no existir Notario en todos los pueblos) y el de funcionarios especiales (que hubiera sido muy costoso), se aceptó un sistema fundamentalmente judicial. Con esta justificación originaria podría resultar necesaria una reflexión respecto de si hoy tal encargo se ajusta o no a las exigencias -positivas y negativas- del art. 117.4 CE EDL1978/3879 -"no ejercerán más funciones..."-: ¿esa función registral opera realmente "en garantía" de un derecho?.

Pero ahora no interesa un planteamiento general del tema de la llevanza del Registro Civil por los Jueces dado que aquí únicamente importa examinar la atribución al Juez del concreto expediente que concluye autorizando o denegando la celebración del matrimonio. Tal expediente ha de entenderse ajustado a las exigencias del art. 117.4 CE EDL1978/3879 puesto que el Juez actúa "en garantía" de un derecho, más concretamente, de un derecho fundamental, el derecho a contraer matrimonio -art. 32.1 CE EDL1978/3879 -: su atribución al Juez ha de entenderse, por tanto, constitucional.

El Auto aprobado por la mayoría de mis compañeros parte de la base de que en este terreno, tal como deriva de la legislación del Registro Civil, el Juez opera bajo la dependencia funcional del



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cuyas órdenes e instrucciones se encuentra sometido, siendo susceptibles de recurso ante dicha Dirección General las decisiones y resoluciones que adopte en el desempeño de las funciones que han dado lugar al planteamiento de esta Cuestión de Inconstitucionalidad.

Y aquí radica la razón de mi discrepancia respecto de la posición de la mayoría: el Juez que instruye y decide el expediente, autorizando o denegando la celebración del matrimonio, ¿está desarrollando una función "en garantía" de un derecho fundamental?. Si no fuera tal garantía, su intervención sería inconstitucional -art. 117.4 CE EDL1978/3879 : "... no ejercerán más funciones... que las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho"-.

Pero si es la garantía de un derecho fundamental -y ya he señalado que lo es-, el sometimiento del Juez a "órdenes e instrucciones" de la Administración, con "recurso en vía gubernativa" resulta ser inconstitucional: ¿qué clase de garantía aporta un Juez que debe obedecer a la Administración y cuyas decisiones pueden ser revocadas por ésta? Y es que si la intervención del Juez ha de ser, de verdad, la garantía que quiere el art. 117.4 CE -nada en la Constitución EDL1978/3879 puede ser mera retórica- será absolutamente inadmisibles la "figura" de un Juez obediente a la Administración, que es la que traza el Auto del que discrepo al acoger acriticamente una legislación del Registro Civil de modelo preconstitucional, con lo que viene a "desfigurar" la función de garantía querida por la Constitución.

4. Así pues, el art. 117.4 CE EDL1978/3879 tiene ya, en lo que ahora importa, una inicial virtualidad consistente en la exclusión de la normativa del Registro Civil que establece esa radical subordinación del Juez a la Administración en el ámbito del expediente matrimonial -en todo lo demás aquella normativa es ajena a la problemática de estos autos-, y que el Auto mayoritario ha considerado ratio fundamental para su decisión.

Y siguiendo en el itinerario de la interpretación del art. 163 CE EDL1978/3879 con un criterio sistemático, a la luz de las exigencias del art. 117.4 CE, se ha de obtener ya una respuesta definitiva para la pregunta esencial que aquí se plantea: ¿qué contenido tiene la garantía prevista en el art. 117.4 CE EDL1978/3879 , es decir, es sólo una garantía de legalidad o también una garantía de constitucionalidad? En este último caso, y no en el primero, el Juez estará legitimado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Pues bien, creo que sería absurdo que una garantía judicial, prevista en la Constitución EDL1978/3879 , relativa a un derecho previsto en la Constitución, precisamente un derecho fundamental, fuera una garantía de legalidad y no una garantía de constitucionalidad. Si la ratio de la cuestión de inconstitucionalidad es "conciliar la doble obligación en que se encuentran (los Jueces) de actuar sometidos a la ley y a la Constitución", ¿es "pensable" que cuando el Juez garantiza un derecho fundamental, esté sometido sólo a la ley, sin poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad?

La respuesta ha de ser negativa: la garantía judicial de un derecho fundamental, tiene necesariamente que proyectarse no sólo sobre la legalidad sino también sobre la constitucionalidad, lo que implica que, superando la pura literalidad del art. 163 CE EDL1978/3879 , su entendimiento, con un criterio sistemático, a la luz de las exigencias del "contexto" que es el art. 117.4 CE EDL1978/3879 , ha de conducir a la conclusión del reconocimiento de la legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aunque la

intervención del Juez, en garantía de un derecho fundamental, se produzca en un cauce procedimental de naturaleza no procesal.

Y, desde luego, así lo ha entendido este Tribunal. En la STC 76/1992, de 14 de mayo EDJ1992/4796 , se examinaba la actuación del Juez destinada a garantizar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el terreno de la ejecución forzosa de los actos de la Administración, actuación judicial esta que, claramente, no tenía naturaleza procesal. Y precisamente para esa intervención del Juez, la Sentencia en su Fundamento Jurídico 2 recordaba, ante todo, "que este Tribunal ha trascendido de la literalidad de los términos "Sentencia" y "fallo" utilizados en los arts. 35.2 LOTC EDL1979/3888 y 163 C.E. EDL1978/3879 , respectivamente (STC 76/1982 EDJ1982/76 , entre otras)", subrayando así expresamente la superación de los resultados de una interpretación literal, para, finalmente, "concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones (en las) que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios.

No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar".

Y las circunstancias del caso que ahora se examina son idénticas, en lo jurídicamente relevante, a las contempladas en la STC 76/1992 EDJ1992/4796 :

a) Una ley ha atribuido al Juez "una función de garantía del derecho fundamental" a contraer matrimonio.

b) Con su intervención, aquél "ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión pues... no se hallan ausentes en esa actuación "determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado" (STC 137/1985 EDJ1985/111)", dado que tal actuación no puede "calificarse de automática": sobre la base de las alegaciones y pruebas, resultado de los edictos o proclamas, audiencia de algún pariente, amigo o allegado, e informe, en su caso, del Médico del Registro Civil, el Juez forma un "juicio conducente" a la "aprobación o denegación de la celebración del matrimonio" -ha de denegarla si viene en conocimiento de la "existencia de obstáculo legal"-, es decir, "ejerce poderes decisorios" aunque se trate de actuaciones de naturaleza no procesal, lo que determina su legitimación para plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad.

El Auto del que discrepo, apartándose de esta doctrina, niega aquella legitimación basándose en la normativa propia del Registro Civil, que, como ya he destacado, resulta claramente incompatible con lo dispuesto en el art. 117.4 CE EDL1978/3879 .

En conclusión, creo que debió haberse admitido a trámite la Cuestión de Inconstitucionalidad.

Y en este sentido emito mi Voto particular, reiterando el respeto para la opinión mayoritaria de mis compañeros.

Madrid, a trece de diciembre de dos mil cinco.