

Auto	12/2008
Fecha	de 16 de enero de 2008
Sala	Pleno
Magistrados	Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps.
Núm. de registro	7796-2007
Asunto	Cuestión de inconstitucionalidad 7796-2007
Fallo	Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad

## AUTO

### I. Antecedentes

1. El día 4 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y encargado del Registro Civil de Cieza (Murcia), al que se acompaña, junto al testimonio del expediente matrimonial núm. 102-2007, el Auto de 28 de septiembre de 2007, por el que se acuerda plantear cuestión de constitucionalidad 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 los arts. 14, 16 y 32 CE.

2. La cuestión de constitucionalidad trae causa del expediente matrimonial núm. 102-2007 promovido por don Salvador Caballero Ortega y don Rafael Pérez Molina ante el Registro Civil de Cieza solicitando la incoación del expediente correspondiente para contraer matrimonio civil entre sí.

Admitida la solicitud y tramitado el expediente, el Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y encargado del Registro Civil de Cieza, por providencia de 5 de julio de 2007, acordó plantear la cuestión de constitucionalidad “ante la posibilidad que la Ley 13/2005 de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, aplicable al presente expediente, pueda vulnerar en alguno de sus artículos la Constitución española, toda vez que el expediente se halla concluso y pendiente de dictar resolución, en virtud del art. 35.2 LOTC, notifíquese la presente al Ministerio Fiscal y a las partes para que en el plazo común de 10 días aleguen lo que a su derecho convengan”.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido en el que se opuso al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por no estar el Juez encargado del Registro Civil facultado para promoverla (AATC 505/2005 y 508/2005), así como, en cuanto al fondo del asunto, por considerar que el art. 44, párrafo segundo, del Código civil no vulnera el art. 32.1 CE.

La representación letrada de don Salvador Caballero Ortega se opuso también al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por no concurrir los requisitos del art. 163 CE (ATC 505/2005) y, en cuanto a la cuestión de fondo suscitada, por no estimar que el precepto legal cuestionado vulnera el art. 32.1 CE.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, el Juez encargado del Registro Civil de Cieza realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) En cuanto a la facultad de los Jueces y Magistrados encargados del Registro Civil para promover una cuestión de constitucionalidad, se afirma en el Auto que de los arts. 163 CE y 35 LOTC se colige que los Juzgados y Tribunales están facultados para plantear cuestiones de constitucionalidad cuando, al encontrarse pendiente de resolver un proceso, les surgieran dudas sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma legal de cuya validez dependa el fallo.

Los Jueces y Magistrados ex art. 117 CE son independientes en el ejercicio de todas sus funciones sin excepción, están sometidos exclusivamente al imperio de la ley y en ningún caso subordinados jerárquicamente a ningún otro órgano. La pérdida de la independencia judicial conllevaría el desequilibrio de uno de los tres pilares del Estado social y democrático de Derecho, ya que, de admitirse la dependencia jerárquica del Juez a otro órgano en la toma de sus decisiones judiciales, éstas ya no estarían basadas en estrictos criterios de sumisión legislativa, único canon que debe presidir todas y cada una de las decisiones en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta nota de independencia de todo Juez o Magistrado no está condicionada a las funciones que desarrolle, sino que, por el contrario, debe estar presente en todas y cada una de sus funciones, también en su función como Juez encargado del Registro Civil.

De otra parte, de conformidad con la interpretación que el Tribunal ha hecho de los términos “proceso” y “fallo” del art. 163 CE, el elemento teleológico del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad no reside en limitar el campo de actuación de los Jueces y Magistrados para promoverla, sino en garantizar que guarden y hagan guardar en todo momento la Constitución y las leyes. Por ello, en debido cumplimiento de los deberes

inherentes al cargo de todo Juez o Magistrado, éstos están habilitados para plantear la cuestión de constitucionalidad en todos los asuntos que conozcan en el ejercicio de sus funciones siempre que duden de la constitucionalidad de una ley de cuya validez depende la decisión a adoptar. Sostener lo contrario supone afirmar que el Juez o Magistrado lo es, a los efectos aquí debatidos, en todas sus funciones, excepto en la registral, que se apartaría del sistema garantista de la Constitución. No puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley ante el Tribunal Constitucional a un Juez o a un Tribunal en unas actuaciones que, sea cual fuere su naturaleza y forma de desarrollo, constituyen una manifestación de su poder decisorio. No reconocerlo así conduciría a la grave conclusión de admitir que el órgano judicial en los supuestos en que ejerza ese tipo de potestad de carácter decisorio, como sucede al frente del Registro Civil, se ve obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda.

A las precedentes consideraciones, ha de añadirse el carácter jurisdiccional de las funciones que desempeña el Juez encargado del Registro Civil, pues la función jurisdiccional no sólo abarca la llevada a cabo en asuntos en que existe controversia entre las partes, sino igualmente la que sitúa al Juez en poder decidir sobre una cuestión respecto de la que existe concierto entre las partes, acudiendo éstas al órgano judicial para imprimir un sello de autenticidad en la resolución final del asunto (art. 1811 LEC 1881).

En definitiva, los Jueces y Magistrados, órganos dotados de absoluta independencia funcional, están plenamente habilitados para plantear cuestiones de constitucionalidad en todos los asuntos en los que tengan que aplicar una ley de cuya constitucionalidad dudan. Cualquier otra interpretación choca con la posición del Juez como garante del cumplimiento de la Constitución. De modo que ha de concluirse que los Jueces encargados del Registro Civil son verdaderos órganos judiciales independientes en sus funciones, que desempeñan una labor calificada de auténtica función jurisdiccional y que, por lo tanto, están legitimados para promover la cuestión de constitucionalidad.

b) En cuanto al tema de fondo suscitado, el órgano promotor de la cuestión de constitucionalidad considera que el art. 44, párrafo segundo, del Código civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, al permitir la celebración de matrimonio civil entre personas del mismo sexo y con los mismos efectos que entre sujetos de sexo diferente contraviene, no sólo la conceptualización heterosexual que la Iglesia católica tiene del matrimonio, así como la definición que del matrimonio se mantiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como unión de hombre y mujer, sino también el art. 32.1 CE, cuyo tenor literal es claro y rotundo, pues la mención que en él se hace al hombre y a

la mujer es una evidente alusión a la exclusividad de la institución matrimonial para las uniones heterosexuales.

Buena prueba de ello son las fórmulas que en los distintos preceptos constitucionales se utilizan para definir los titulares de los derechos y deberes fundamentales. Así, en algunas ocasiones se utiliza el término “españoles” para referirse a determinados derechos de todos (hombre y mujeres) aquellos de nacionalidad española (arts. 12, 14, 29, 30 y 35 CE). En otras se emplea el término “todos”, también en clara referencia generalizada y sin discriminación entre hombres y mujeres (arts. 15, 17, 24, 27, 28, 31 y 35). Igualmente expresiones generales como “se reconoce” (arts. 20, 21, 22, 31 y 41), “se garantiza” (art. 18) o “se prohíben” (art. 29) denotan una clara interpretación extensiva y sin excepciones dirigida a la “totalidad”. Pues bien, en este contexto la utilización de los términos “hombre” y “mujer” por el art. 32.1 CE sólo puede interpretarse en el sentido de que el espíritu del precepto es restringir el ámbito de aplicación del matrimonio al hombre con la mujer, es decir, la regulación en exclusiva del matrimonio heterosexual, pero bajo ningún concepto el precepto da cabida a los matrimonios homosexuales. En otras palabras, la referencia que en el art. 32.1 CE se hace al hombre y a la mujer, y no a “todos” o a las “personas”, es porque para el constituyente era obvio el carácter heterosexual del matrimonio. Cabe sostener que las necesidades jurídicas de las personas que llevan una vida en común sobre la base de una circunstancia subjetiva —su tendencia sexual— no pasa necesariamente por abrirles la institución del matrimonio, el cual tiene la heterosexualidad como nota propia y genuina, sino por indagar la posibilidad de crear una figura propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio.

Por otra parte, toda vez que la Ley 13/2005, de 1 de julio, dota al matrimonio homosexual de los mismos efectos que el heterosexual, ha de referirse —se afirma en el Auto de planteamiento— “que la adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser un instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus derechos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Por ello, sustentar el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio con los mismos efectos que los celebrados entre dos personas de distinto sexo, supone hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes desean adoptar, lo cual se aparta absolutamente de la finalidad de la institución adoptiva”.

c) En opinión del órgano judicial promotor de la cuestión, el precepto legal cuestionado vulnera también el art. 14 CE, ya que mal puede entenderse una igualdad efectiva

de todos ante la ley si no se respetan los dogmas de fe acordes al orden público español inherentes a una determinada creencia religiosa (todas aquellas que sólo permiten el matrimonio entre personas de distinto sexo). De este modo quienes profesen creencias religiosas que sólo permiten el matrimonio heterosexual observan como el Estado no solo no protege la libertad de culto de la religión que profesan, sino que les impone reconocer en ese culto una institución ajena al mismo. Es decir, se discrimina a todos aquellos que profesen una religión en la que se conciba única y exclusivamente al matrimonio entre personas de distinto sexo, faltando al respeto a sus dogmas de fe y permitiendo el matrimonio, con independencia de lo estipulado al efecto en cualesquiera de las confesiones religiosas reconocidas por el Estado español, a cualquier pareja con independencia de si son o no del mismo sexo.

El reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales contraviene también el art. 16.3 CE, toda vez que desatiende y pasa por alto la creencia de los fieles de religiones admitidas por el Estado, que solo aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Reconociendo el art. 16.1 CE la libertad religiosa y de culto y previendo el apartado tercero del mencionado precepto constitucional que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, ha de concluirse que el matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el art. 16 CE, ya que prescinde absolutamente de la hasta entonces firme creencia religiosa mayoritaria de la sociedad española que concibe de forma exclusiva y excluyente el matrimonio entre personas de distinto sexo para extenderlo a personas del mismo sexo, faltando el debido respeto de los poderes públicos a dicha creencia.

Por su parte, el respeto a la igualdad por razón de la orientación sexual no implica el tratamiento idéntico a realidades totalmente distintas, sino, por el contrario, tratamientos diferenciados para realidades desiguales, por lo que no se justifica en el principio de igualdad el reconocimiento como matrimonio a las uniones homosexuales. Tampoco el principio de igualdad justifica la posibilidad de adopción de menores, ya que la adopción no es ni está concebida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho de la persona, sino como una institución de protección del menor, en cuyo favor se establece, por lo cual otorgar un presunto derecho de los homosexuales a adoptar menores “constituye un atentado a la verdadera naturaleza de la adopción, el interés del adoptado, para convertirlo simplemente en un derecho más de las personas”.

d) Finalmente, en el Auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad se traen a colación en apoyo de la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado el art. 16.1 DUDH y el art. 323. PIDCP, que, en opinión del órgano judicial, consagran el derecho a contraer matrimonio aludiendo explícitamente al hombre y a la mujer. Igualmente se invocan,

al respecto, la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 30 de julio de 2002 (caso Jolin contra Nueva Zelanda), las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y de 19 de abril de 1991, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de febrero de 1998, el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004 sobre el Proyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la jurisprudencia constitucional del ATC 222/1994.

4. La Sección Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 6 de noviembre de 2007, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de constitucionalidad en relación con la posible falta de cumplimiento de las condiciones procesales exigidas en los arts. 163 CE y 35 LOTC para su planteamiento.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 3 de diciembre de 2007, que a continuación se resume:

a) Considera que la cuestión de constitucionalidad presenta notorias similitudes con la registrada con el núm. 5865-2005, inadmitida a trámite por ATC 505/2005, de 13 de diciembre, por lo que no es aventurado pensar que la condición procesal cuestionada en este caso, al igual que entonces, es la falta de legitimación de un Juez encargado del Registro Civil para plantear en un expediente registral una cuestión de constitucionalidad, tema respecto al que resulta de aplicación la doctrina recogida en aquel Auto, cuya fundamentación jurídica reproduce en su escrito de alegaciones para negar la referida legitimación.

b) Además del óbice procesal expuesto, el Fiscal General del Estado invoca a mayor abundamiento como causa de inadmisión que el Juzgado en este caso ha efectuado de forma incorrecta, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional (AATC13/2006, 14/2006, 15/2006, 135/2006 y 164/2006), el previo traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, ya que en la providencia por la que se procedió a la apertura de dicho trámite de audiencia sólo se mencionó el precepto legal cuestionado —art. 44.2 CC—, pero no se citaron los preceptos constitucionales infringidos, que únicamente se mencionan —arts. 14, 16.1, 16.3 y 32 CE— en el Auto por el que se acordó elevar la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional.

El Fiscal General del Estado concluye su escrito de alegaciones interesando la inadmisión de la cuestión de constitucionalidad por falta de las condiciones procesales.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. El Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y encargado del Registro Civil de Cieza plantea cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 44, párrafo segundo, del Código civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, a cuyo tenor:

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

La cuestión de constitucionalidad se promueve en un expediente matrimonial tramitado ante el Juez encargado del Registro Civil de Cieza para acreditar que quienes desean contraer matrimonio civil reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el Código civil. En el Auto de planteamiento se funda la facultad del Juez encargado del Registro Civil de promover la cuestión de constitucionalidad en la consideración, en síntesis, de que los Jueces encargados del Registro Civil son verdaderos órganos judiciales independientes en sus funciones, que desempeñan una labor jurisdiccional y que, por lo tanto, están legitimados para promover cuestiones de constitucionalidad cuando tengan que aplicar una ley de cuya constitucionalidad duden. En cuando a los temas de fondo suscitados, el Juez encargado del Registro Civil de Cieza estima que el precepto legal cuestionado, al permitir la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, vulnera los arts. 14, 16 y 32.1 CE.

2. En relación con el cumplimiento de los requisitos procesales que establecen los arts. 163 CE y 35 LOTC para el planteamiento de las cuestiones de constitucionalidad, el primer interrogante que se suscita en este caso estriba en determinar si el Juez encargado del Registro Civil está facultado o no para elevar una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional en el ejercicio de las funciones que le corresponden desempeñar en la indicada condición de encargado del Registro Civil y, más en concreto, por lo que a este supuesto interesa, con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial.

El interrogante suscitado, como el Fiscal General del Estado pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, ya ha sido abordado por este Tribunal en los AATC 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre, cuya doctrina se reitera en el ATC 59/2006, de 15 de febrero,

en los que ha concluido que el Juez encargado del Registro Civil no está facultado con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, con base en los razonamientos recogidos en los citados Autos, que en este caso procede dar por reproducidos, el Tribunal declaró respecto a la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil en la tramitación de un expediente matrimonial que “ni en el desempeño de dicha actividad desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, 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 aún en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término ‘fallo’ utilizado por los arts. 163 CE y 35.1 LOTC) de ‘pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial’ (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1)” (FJ 7).

Así pues, el Juez encargado del Registro Civil —se afirma en el primero de los mencionados Autos— “no esta facultad[o] ex arts. 163 CE y 35 LOTC 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 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” (FJ 8).

La falta de legitimación del órgano promotor de la presente cuestión de constitucionalidad para su planteamiento ha de determinar, sin necesidad de cualquier otra consideración, su inadmisión a trámite.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad

Madrid, a dieciséis de enero de dos mil ocho.

## Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7796-2007.

Me remito al contenido del Voto particular que formulé en el Auto del Pleno de este Tribunal núm. 505/2005. Y, dado el tiempo transcurrido, creo procedente reproducir íntegramente su contenido.

“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 y en el Reglamento del Registro Civil, 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— de un derecho fundamental —el derecho a contraer matrimonio, art. 32.1 CE— 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, 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— y más concretamente de un derecho fundamental. Se trata, así, de fijar la posición constitucional del Juez en la Constitución 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— 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— , 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—.

2. Ciertamente, la literalidad del art. 163 CE —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), ‘imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengán 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)” (SSTC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 5; y 83/2005, de 7 de abril, FJ 3); 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 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, y 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6). 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— , 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)” (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5).

Habremos de acudir, pues, a esa interpretación sistemática de la Constitución, itinerario este en el que, obviamente, el “contexto” del art. 163 CE ha de ser, en lo que ahora importa, el art. 117.4 CE, 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 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 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 —“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 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—: 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 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: “... 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 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 acríticamente 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 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 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, 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, 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, su entendimiento, con un criterio sistemático, a la luz de las exigencias del “contexto” que es el

art. 117.4 CE, 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, 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 y 163 C.E., respectivamente (STC 76/1982, 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: 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)”, 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.

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 dieciséis de enero de dos mil ocho. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto del auto del Pleno de 16 de enero de 2008, que declara inadmisibles las cuestiones de inconstitucionalidad 7796-2007, planteada por el Juez encargado del Registro Civil de Cieza (Murcia) sobre el artículo 44 párrafo segundo del Código civil.

1. El Auto de la mayoría se remite (FJ 2) a otros Autos del Pleno que han negado en supuestos idénticos que los Jueces encargados del Registro Civil puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad por su supuesta posición institucional dependiente del Ministerio de Justicia. He formulado amplios Votos particulares discrepantes en todos esos Autos, y a ellos me remito también para evitar repeticiones innecesarias.

Debe recordarse aún que, 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 casos concretos como el presente, un Juez considera que la Ley no se adecua a la Constitución tiene la prerrogativa de plantear esa “cuestión”, mediante la llamada “cuestión de inconstitucionalidad” al Tribunal Constitucional (art. 163 CE), 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).

2. 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 normativa y rígida, fortaleciendo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al que dañan las dudas de constitucionalidad.

¿Se daba esa conexión en supuestos como el que contemplamos ahora? Dejo la palabra a nuestra doctrina para fijar cuál era su estado antes de que se planteasen cuestiones

como la que nos ocupa ahora sobre la que, por cierto, todavía no se ha pronunciado este Tribunal pese al tiempo transcurrido desde su impugnación por la vía abstracta del recurso de inconstitucionalidad. En la STC 76/1992, de 14 de mayo, 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 2) que el expediente previo al matrimonio que nos ocupa concluye en un Auto judicial aprobando o denegando la celebración del matrimonio. ¿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. 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.

Concluyo aquí mi razonamiento, la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada en forma impecable y debió ser admitida a trámite.

Expreso mi disenso en

Madrid ,a dieciséis de enero de dos mil ocho.Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, en el Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7796-2007.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 LOTC expreso en este Voto particular y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, mi discrepancia, defendida en la correspondiente deliberación del Pleno, respecto de la fundamentación jurídica y la parte dispositiva del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad de referencia.

Discrepo abiertamente del contenido de la fundamentación del Auto en cuanto a que los Jueces encargados del Registro Civil están facultados para el planteamiento de cuestiones

de inconstitucionalidad ante este Tribunal, que el Auto resuelve negativamente, de conformidad con la doctrina sentada en los Autos 505/2005 y 508/2005, por lo que, en sentido contrario, me remito a los Votos particulares que formulé a dichas resoluciones.

Madrid, a dieciséis de enero de dos mil ocho.