|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 59/2006 |
| Fecha | de 15 de febrero de 2006 |
| 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 Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 9665-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 9665-2005 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por incumplir las condiciones procesales exigidas por los arts. 163 CE y 35 LOTC (art. 37.1 LOTC). |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 30 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 y encargada del Registro Civil de Burgos, al que se acompaña, junto al testimonio del expediente matrimonial núm. 901-2005, el Auto de 28 de noviembre 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.

2. La cuestión de inconstitucionalidad trae causa del expediente matrimonial núm. 901-2005, promovido por don Victorino Íñiguez Santamaría y don Leandro César Rodrígues da Silva ante el Registro Civil de Burgos, solicitando autorización para contraer matrimonio entre sí.

Admitida la solicitud y tramitado el expediente, con suspensión del plazo para dictar la resolución definitiva, la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 y encargada del Registro Civil de Burgos, por providencia de 4 de noviembre de 2005, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días alegaran lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo segundo del art. 44 CC, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por su posible contradicción con el art. 32.1 CE, al permitir la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Los solicitantes de la autorización para celebrar matrimonio evacuaron el trámite de alegaciones conferido mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2005, en el que se opusieron al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que el art. 44 CC no vulnera la Constitución, dado que el tenor literal de su art. 32.1 no dice que hombre y mujer hayan de celebrar el matrimonio entre sí, y que no impide en ningún momento la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Por otra parte, aducen que la paralización de los trámites pertinentes para poder celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo, bajo la justificación de la inconstitucionalidad de un artículo del Código Civil, implica una clara contradicción, porque la titular del Registro olvida el derecho fundamental que recoge la propia Constitución en su art. 14. Y acogiéndose a este precepto, entienden los solicitantes que la inconstitucionalidad se produce desde el momento en que se niega la igualdad ante la Ley a dos personas por su condición sexual, siendo la Juez encargada del Registro Civil, por consiguiente, la que actúa inconstitucionalmente al negar a dos personas un derecho que no negaría a otras, discriminándolas por razones de sexo.

No consta que el Ministerio Fiscal haya evacuado el trámite de alegaciones.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 y encargada del Registro Civil de Burgos, realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) En cuanto a los requisitos procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, afirma que en este caso se promueve por un órgano judicial, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, con funciones de Registro Civil (arts. 117 CE y 2.2 LOPJ). El carácter judicial de las funciones del Registro Civil lo fundamenta, en primer lugar, en las pecualiaridades del modelo registral adoptado por el Ordenamiento español, en el que, como nota singular frente a otros Ordenamientos europeos que establecieron Registros esencialmente administrativos, se ha optado tradicionalmente por atribuir a los Jueces la función registral ya desde la creación del Registro Civil en 1870. Las importantes funciones jurídicas que se desarrollan a través del Registro Civil —constancia y publicidad de hechos y circunstancias relativas al estado civil, contribución a la formación de estos actos, creación de títulos de legitimación del estado civil, que no pertenecen al ámbito administrativo por no serles de aplicación la Ley 30/1992—, que exigen que el encargado del Registro ejerza un juicio de crítica jurídica, determinan la atribución a los Jueces de la función registral. Esta especial función judicial la fundamenta el órgano cuestionante en el art. 117.4 CE pues, con base en el citado precepto constitucional, se produce una atribución legal al Juez como miembro del Poder Judicial de dichas funciones, de manera que, además del ejercicio de la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, ejerce, porque así lo ha decidido el legislador, potestades en el ámbito del Registro Civil, sin que por ello se produzca una mutación en cuanto a su condición de Juez y, por tanto, integrante del Poder Judicial.

No considera obstáculo para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad el que se suscite con ocasión de un expediente registral sobre autorización para contraer matrimonio. Ello en razón, en primer término, de que el legislador ha otorgado a los expedientes registrales un tratamiento similar al de los expedientes de jurisdicción voluntaria (art. 16 RRC), no habiendo apreciado el Tribunal Constitucional obstáculo procesal alguno en la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad con ocasión de expedientes de esta naturaleza (STC 129/1999, de 1 de julio; AATCC 222/1992 y 261/1998). Y, en segundo lugar, de la flexible interpretación que este Tribunal ha efectuado de los términos proceso, sentencia y fallo de los arts. 163 CE y 35 LOTC (SSTC 76/1982; 76/1992), pudiendo plantearse la cuestión tanto si la decisión adopta la forma de sentencia como la de auto, como ocurre en el presente caso.

Concluye en este extremo el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad afirmando que no reconocer potestad al Juez encargado del Registro Civil para plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando le ofrece dudas la constitucionalidad de la norma a aplicar en unas actuaciones sobre las que ejerce poderes decisorios llevaría a la grave conclusión de que en este tipo de actuaciones se vería obligado a aplicar una Ley de cuya constitucionalidad duda. Así pues, el principio de seguridad jurídica, la doble condición de los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la CE y a la Ley y, en definitiva, la propia ratio de este proceso constitucional, impiden negar al Juez encargado del Registro Civil la potestad de plantear dudas de constitucionalidad sobre una norma con rango de Ley ante el Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, cuando ha de aplicar una Ley en unas actuaciones en las que, sea cual sea su naturaleza, ejerce poderes decisorios.

b) En cuanto al tema de fondo suscitado, el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad entiende, en síntesis, que el precepto legal cuestionado puede ser contrario al art. 32.1 CE, ya que considera que la heterosexualidad es el elemento sustancial e identificador de la institución del matrimonio garantizada constitucionalmente en el citado art. 32.1 CE.

A su juicio, tanto una interpretación literal como sistemática del art. 32.1 CE conducen al reconocimiento de un derecho constitucional al matrimonio entre el hombre y la mujer. La referencia que en el citado precepto constitucional se hace al hombre y a la mujer tiene un doble alcance: de un lado, reconoce la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; de otro, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que no impide que el legislador pueda reconocer a las parejas homosexuales el conjunto de derechos y deberes propios del matrimonio.

En los trabajos parlamentarios del art. 32.1 CE ninguna referencia existe con respecto a que el derecho a contraer matrimonio que se reconoce en el citado precepto constitucional se refiera a la unión entre personas del mismo sexo. Los debates en el Congreso de los Diputados se centraron en la cuestión entonces en discusión, a saber, la disolución del matrimonio, sin que en momento alguno se suscitara la eventualidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Así pues, el constituyente, cuando en el art. 32.1 CE recogió el derecho a contraer matrimonio, estaba pensando en el matrimonio entre hombre y mujer, porque existía una figura normativa o institución preexistente perfectamente identificada y configurada a través de los siglos en la cultura jurídica occidental.

De otro lado, la interpretación del art. 32.1 CE en relación con los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE no altera la conclusión alcanzada. En efecto, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales ratificados por España permiten concluir que el derecho a contraer matrimonio se predica de la pareja heterosexual (art. 16.1 DUDH; art. 23.2 PIDCP; art. 12 CEDH). La apertura del matrimonio a personas del mismo sexo tampoco encuentra apoyo en resoluciones del Parlamento Europeo, ni en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Constitución de la Unión Europea garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales, por lo que no permite despejar las dudas que suscita el precepto legal cuestionado, si bien no puede dejar de señalarse que sólo dos países —Holanda y Bélgica— abren el matrimonio a las parejas homosexuales.

También el Tribunal Constitucional ha dejado clara la inexistencia de un derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo (AATC 222/1992 y 222/1994), habiéndose pronunciado en el mismo sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 21 de enero de 1981), con razonamientos que destacan el elemento heterosexual como integrador del matrimonio, impidiendo que la interpretación del texto constitucional pueda depender del sentido de la norma a él subordinada. Asimismo, se invoca la postura del Consejo de Estado, manifestada en su dictamen de 16 de diciembre de 2004, elaborado en virtud de consulta efectuada por el Gobierno, que establece entre sus consideraciones finales que en el art. 32 CE sólo se garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo. En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial, en el estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

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 accedan a un status jurídico-social que garantice, en condiciones de absoluta igualdad respecto del resto, 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, ponía de manifiesto que, pese a los objetivos de la reforma reflejados en la Exposición de Motivos, en particular 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. En consecuencia, sigue manteniendo el Consejo de Estado, los aludidos problemas de seguridad jurídica se mantendrían en relación con las parejas del mismo sexo que no optasen por la asunción, en bloque, del régimen matrimonial, por lo que el problema podría reducirse cuantitativamente, pero no cualitativamente.

4. Mediante providencia de 17 de enero de 2006, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de 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.

5. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 30 de enero de 2006. En dicho escrito, tras exponer los antecedentes del caso, la Fiscalía General del Estado solicita la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, fundándose en las alegaciones que, en lo sustancial, se resumen a continuación.

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 sí 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 LRgC), 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 LRgC) o en vía jurisdiccional (art. 92 LRgC) 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 (en lo sucesivo LRgC), 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 cuál es el Derecho en el caso concreto sometido 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 Registro Civil no están ejerciendo jurisdicción, ni contenciosa, ni voluntaria (arts. 12, 23 y 14 LOPJ, en relación con los arts. 9 y 13 LRgC). 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 LRgC), quien puede dictar órdenes e instrucciones sobre el ejercicio de las funciones registrales que aquéllos deben cumplir (art. 9 LRgC) y que ejerce la inspección superior del Registro, estándole atribuida su inspección ordinaria a los Jueces de Primera Instancia (art. 13 LRgC).

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 261/1998 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 competa, 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 76/19992, 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 manifiesta, finalmente, que, con ocasión de resolver sobre la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad registrada con el núm. 6661-2005, semejante a la presente, y que fue promovida por el encargado del Registro Civil de Telde, este Tribunal dictó Auto el 13 de diciembre de 2005, acordando su inadmisión por incumplir las condiciones procesales previstas en los arts. 163 CE y 35 LOTC.

Por todo lo anterior, concluye interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por no concurrir en ella los presupuestos procesales previstos en los preceptos indicados.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 y encargada del Registro Civil de Burgos plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo segundo del art. 44 CC, añadido al citado precepto 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 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. La Magistrada-Juez funda la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en el marco 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, lo que permite ubicarlas en la previsión del art. 117.4 CE. 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, y 76/1992, de 14 de mayo.

2. La cuestión planteada es idéntica a las promovidas por los Jueces encargados de los Registros Civiles de Telde y Denia, que fueron inadmitidas a trámite por los Autos del Pleno de este Tribunal 505/2005 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre. Al igual que en aquellos casos, el interrogante que se suscita, en orden al cumplimiento de los requisitos procesales que establecen los arts. 163 CE y 35 LOTC para el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, 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.

Pues bien, como dijimos en los mencionados Autos, 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, o a los Jueces y Tribunales, conforme a la expresión utilizada en el art. 35.1 LOTC. 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 inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional” (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). 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 como cauce procesal para resolver las dudas que el 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; 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1, por todas).

3. Según afirmamos en los AATC 505 y 508/2005, además de ser promovida por un órgano judicial, único facultado para suscitarla, 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, 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 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, 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 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), 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) [ATC 599/1984, de 17 de octubre].   a) El requisito procesal del art. 163 CE —que la cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse “en algún proceso”— y la distinción ex art. 117.3 y 4 CE 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, con ocasión de distintas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por diversos órganos judiciales respecto a la legislación preconstitucional 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). 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 Ley Orgánica del Poder Judicial “en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución incardina a los Tribunales Tutelares de Menores [...] dentro de la jurisdicción ordinaria [...] y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional (art. 26), 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)”. 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 para 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, que resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas en relación con la intervención del Juez de Instrucción prevista en los arts. 130 de la Ley general tributaria de 1963 y 87.2 LOPJ, 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 CE, 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 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 de la Ley general tributaria y 87.2 LOPJ “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 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, 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 de la Ley general tributaria y 87.2 LOPJ), 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, 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), 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 cohonestar, 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, 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 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, 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 como nuestra ley Orgánica, 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)”, no estando tampoco legitimado “para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee)” [ATC 259/1993, de 20 de julio].   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 criticas 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; ATC 216/1998, de 24 de noviembre); en expedientes o procedimientos reformadores de menores (STC 60/1995, de 17 de marzo); 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). 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.

4. Otro de los requisitos exigidos por la Constitución Española y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 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, este Tribunal se ha pronunciado a favor de una interpretación finalista de la utilización de los vocablos “Sentencia”, en el art. 35.2 LOTC, y “fallo”, en los arts. 163 CE y 35.1 LOTC, 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 SSTC 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 181/2000, de 29 de junio, FJ 3).

5. 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, la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser promovida por órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción (art. 117.3 y 4 CE), 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, apartados 1 y 2 CE).

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.

6. Por lo que se refiere a la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil hay que comenzar señalando 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 Ley del Registro Civil 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. 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 LRgC).

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 LRgC; arts. 41, 56 y ss. y 355 del RRC; y art. 4.1 del Real Decreto 1475/2004).

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 LRgC; 44 a 49 RRC; 86 y 100 LOPJ). 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 LRgC; arts. 52, 54, 118-120, 267-270 RRC; Real Decreto 644/1990, de 18 de mayo, sobre Registro Civil Central).

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 Notariado, 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 LRgC, 355 y 362 RRC; arts. 249.2, 748 y 753 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC 2000; art. 22.5 CC).

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, 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 LOPJ [...] 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; ATC 311/1993, de 25 de octubre).

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.

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), con el fin de acreditar previamente “que [dichos contrayentes] reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código” (art. 56 CC). La instrucción, tramitación y fases del expediente se encuentran reguladas en los arts. 238 a 245 RRC. 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) y, tras la fases de ratificación de los solicitantes (art. 242 RRC), publicación de edictos y proclamas (arts. 243 y 244 RRC), audiencia reservada y por separado de los contrayentes y, en su caso, práctica de pruebas (arts. 245 a 246 RRC), 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). 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). 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 LRgC; arts. 355 y 362 RRC; arts. 249.2, 748 y 753 LEC 2000).

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 y 35.1 LOTC), de “pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial” (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1).

8. En suma, las consideraciones apuntadas conducen a apreciar, como ya hicimos en los AATC 505 y 508/2005, de 13 de diciembre, respecto de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 5856-2005 y 6661-2005, planteadas sobre idéntico objeto, respectivamente, por los Magistrados-Jueces encargados de los Registros Civiles de Denia y Telde, que la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil de Burgos no está facultada 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, por lo que ha de ser inadmitida.

En virtud de todo 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).

En Madrid, a quince de febrero de dos mil seis.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9665-2005

Me remito al contenido de los Votos Particulares que formulé en los Autos del Pleno de este Tribunal núms. 505/2005 y 508/2005.

Madrid, a quince de febrero de dos mil seis.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9665-2005

Me remito al contenido de los Votos Particulares que formulé en los Autos del Pleno de este Tribunal núms. 505/2005 y 508/2005.

Madrid, a quince de febrero de dos mil seis.

3. Voto particular que formula el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto del auto del pleno de 15 de febrero de 2006, que declara inadmisible la cuestión de inconstitucionalidad 9665-2005, planteada por la Magistrada-Juez encargada del registro civil de Burgos sobre el artículo 44 párrafo segundo del codigo civil

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) 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), 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.- En el presente caso la Magistrada-Juez de encargada del Registro Civil de Burgos, en el momento de resolver un expediente previo al matrimonio del art. 56 CC —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 y el art. 32.1 CE. El Auto del Pleno del que disiento, con el máximo respeto y consideración, declara inadmisible la “cuestión” planteada. Al hacerlo así se funda en la doctrina de los AATC 505/2005 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre, que modificaron la orientación que ha inspirado la jurisprudencia de este Tribunal desde la STC 17/1981, de 1 de junio, que fijó inicialmente los principios generales de nuestra doctrina. En efecto, creo —como ya dije en los Votos particulares que formulé a cada uno de los Autos expresados— 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 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 el supuesto que contemplamos? Dejo la palabra a nuestra doctrina para fijar cuál era su estado el 28 de noviembre de 2005, que es el momento de planteamiento de esta cuestión 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 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). ¿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). 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 Burgos 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 este nuevo 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 su examen.

3. Sostiene el Auto de la mayoría que la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil de Burgos 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”, 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).

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 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). 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).

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.

El artículo 117.4 CE 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 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).

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 y 114/1997, de 16 de junio, FJ 3). 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, 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 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, 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. 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 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. Cierto es que 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 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 (STC 113/1988, de 9 de junio, FJ 2) 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). 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 quince de febrero de 2006, reiterando mi respeto al criterio de la mayoría.

4. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto del Auto dictado en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm 9665-2005

Me remito al contenido de los Votos Particulares que formulé en los Autos del Pleno de este Tribunal núms. 5856/2005 y 6661/2005.

Madrid, a quince de febrero de dos mil seis