|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 508/2005 |
| Fecha | de 13 de diciembre de 2005 |
| 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 | 6661-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 6661-2005 |
| 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 26 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargado del Registro Civil de Telde, al que se acompaña, junto al testimonio del expediente matrimonial núm. 431-2005, el Auto de 16 de septiembre 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. 431-2005 promovido por doña Fátima Lourdes García García y doña María del Carmen Medina Hernández ante el Registro Civil de Telde solicitando autorización para contraer matrimonio.

Admitida la solicitud y tramitado el expediente, con suspensión del plazo para dictar la resolución definitiva, el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargado del Registro Civil de Telde, por providencia de 29 de julio de 2005, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días alegasen 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, en relación con los arts. 16.1 DUDH, 12 CEDH y 23 PIDCP, al permitir la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Únicamente el Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2005, en el que se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al considerar, en síntesis, de un lado, que el Juez encargado del Registro Civil no está facultado para promover una cuestión de inconstitucionalidad al no ser jurisdiccional la función que en tal condición desempeña, y, de otro, que en el art. 32.1 CE no existe una definición del matrimonio en un sentido heterosexual, quedando diferido tal extremo al legislador.

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

a) En cuanto a la facultad del órgano proponente para plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad argumenta, de un lado, que las funciones del Registro Civil afectan a una materia, sin duda, con incidencia en los derechos fundamentales, en un ámbito vinculado a los derechos de las personas y por ende materia estrictamente civil; y, de otro, que los expedientes de los Registros, entre ellos, el expediente matrimonial, tienen evidentes analogías con los procedimientos de jurisdicción voluntaria, pues son procedimientos donde prima facie no existe litigio o controversia, culminan con una resolución que toma la forma de Auto y en los que actúa desde su potestad un Juez (art. 16 del Reglamento del Registro Civil: RRC).

Es verdad que el Registro Civil, regulado por primera vez con técnica deficiente en la Ley y el Reglamento de 1870, se reordena por la Ley de 8 de junio de 1957 y el Reglamento de 14 de noviembre de 1958 y se reorganiza intentando armonizar el sistema de concentración y el de dispersión, con órganos registrales heterogéneos, haciendo depender dicho Registro del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 9 LRgC). No es menos cierto, sin embargo, que en virtud del art. 117.4 CE, en relación con los arts. 2 y 86 LOPJ, se produce una atribución legal al Juez como miembro del Poder Judicial, de manera que además del ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, ejerce, porque la Ley así lo quiere, potestades en el ámbito del Registro Civil, sin que por ello se produzca una suerte de mutación en cuanto a su condición de Juez y, por tanto, integrante del mentado Poder, de manera que ante una tesitura como la planteada en este expediente matrimonial no pude obviar el acatamiento a los arts. 9.1, 9.3, 53.1 y 163 CE, en relación con los arts. 5, 7 y 318.1 LOPJ.

En apoyo de su facultad para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad, el órgano promotor cita y reproduce la doctrina recogida en las SSTC 17/1981, de 1 de junio, sobre la naturaleza de este procedimiento constitucional, 76/1982, de 14 de diciembre, sobre el significado y alcance del término “fallo” del art. 163 CE, y, en fin, 76/1992, de 14 de mayo, sobre el sentido del término “proceso”.

En definitiva, en el caso que nos ocupa se ha llegado a una suerte de situación anacrónica, donde no sin cierta inercia la figura del Juez encargado del Registro Civil ha seguido inserta en la estructura del mismo, cuando ello no es imprescindible, siendo su posición constitucional actual radicalmente distinta a la del Juez que se contemplaba en la LOPJ de 1870 y que nada tiene que ver tampoco con la situación no democrática que dio luz a la Ley del Registro Civil aún hoy vigente. Lo que sin embargo parece incontrovertible es que en el ámbito del Registro Civil el Juez encargado no es una figura equiparable a la de un registrador, ya lo sea de la propiedad, mercantil o de cualquier otro de los registros públicos existentes, ni siquiera la función que realiza en un expediente matrimonial es la que estricto sensu cumple a los registradores antes reseñados, pues el Juez encargado del Registro valora y por lo tanto enjuicia si se dan o no los requisitos legales del negocio jurídico de familia que se desenvuelve en un acto jurídico complejo. Incluso en casos como la simulación de los denominados matrimonios de conveniencia, la actividad judicial adquiere una especial intensidad en la práctica de las diligencias pertinentes. También porque es actividad judicial y no otra cosa, las resoluciones que se adoptan en el expediente toman la forma de providencias y de Autos. Y, en fin, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado cuando tiene que abordar la nulidad de actos lo hace ex arts. 238 LOPJ y 225 LEC.

En el presente caso el Juez ha de resolver mediante Auto acerca de la petición de dos personas del mismo sexo de contraer matrimonio, entendiendo que la redacción del art. 44.2 CC pugna con el contenido del derecho constitucionalmente reconocido a contraer matrimonio, por lo que eleva la presente cuestión de inconstitucionalidad, sin que por razones puramente formales el Tribunal Constitucional, sumo interprete de la Constitución, pueda dejar de conocer de la misma. En esta línea, frente a la Instrucción de 4 de agosto de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la falta de legitimación de los Encargados de los Registros Civiles para promover cuestiones de inconstitucionalidad, en el Auto de planteamiento se afirma que quien promueve la presente cuestión es el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción con funciones de Registro Civil, sin que parezca posible legalmente disociar una y otra condición.

b) En cuanto al tema de fondo planteado, el órgano promotor de la cuestión considera que el precepto legal cuestionado puede ser contrario al art. 32.1 CE, al entender que la heterosexualidad es elemento sustancial e identificador de la institución del matrimonio garantizada en el citado precepto constitucional, de acuerdo con los criterios interpretativos del art. 3 CC.

Argumenta al respecto que el art. 32.1 CE contempla la institución del matrimonio exclusivamente entre el hombre y la mujer y evita expresamente la locución “entre sí”, ya que existe una figura normativa o institución preexistente perfectamente identificada y configurada a través de los siglos en la cultura jurídica occidental desde las Inst. 1.9.1. hasta el momento actual. En este sentido, como el Consejo de Estado apunta en su informe, el que exista un derecho fundamental al matrimonio entre el hombre y la mujer no es óbice para que el legislador reconozca las uniones homosexuales, dotándolas de derechos, por lo que no se entiende la alteración de un derecho constitucional perfilado y con principios articuladores que le son propios.

A la misma conclusión conduce un interpretación sistemática del art. 32.1 CE, así como la lectura de los trabajos parlamentarios de elaboración del precepto constitucional, pues en su tramitación parlamentaria no se trabajaba sobre otra realidad que la del matrimonio heterosexual.

Aun asumiendo los criterios del Consejo de Estado en cuanto a la viabilidad de dotar a las parejas homosexuales de un estatuto jurídico completo en condiciones de igualdad, desde un punto de vista sociológico no parece sin embargo, dado el número de parejas homosexuales, que pueda justificarse la desnaturalización de una institución como la del matrimonio garantizada por la CE y utilizada por las más amplias capas populares, cuando ello además puede abocar a grandes disfunciones con las legislaciones autonómicas. Aceptando solo a efectos dialécticos el argumento de que la realidad social exige de forma inexcusable que las uniones homosexuales se articulen a través de la institución matrimonial, resulta inadmisible una interpretación diferente de los enunciados constitucionales en abierta contradicción con su texto.

En definitiva, en cuanto al espíritu y la finalidad de la Ley se ha de concluir que siendo en el constituyente clara la determinación de regular la institución matrimonial desde el principio de igualad entre hombre y mujer como valor fundamental de nuestro ordenamiento y la posibilidad de disolución del matrimonio, no parece que las finalidades requeridas para las parejas homosexuales, factibles por otras vías, tengan que pasar por vaciar de su elemento esencial e identificador a la institución matrimonial.

En apoyo de la argumentación expuesta, se invocan en el Auto de planteamiento además los arts. 16 DUDH, 23.2 PIDCP y 12 CEDH, así se como traen a colación las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 1986 (caso Rees) y de 27 de septiembre de 1990 (caso Cossey), que, se afirma, abundan en idéntica conclusión respecto del art. 12 CEDH, en el sentido de que al garantizar el derecho a casarse se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. En el ámbito de la legislación de la Unión Europea, su Constitución (art. II-69) se manifiesta también en el sentido de garantizar el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales, siendo de reseñar que sólo dos países de dicho ámbito, Holanda y Bélgica, han legislado abriendo el matrimonio a las uniones homosexuales.

Finalmente, concluye el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad invocando la STC 222/1992, de 11 de noviembre, y el ATC 222/1994, de 11 de julio, como resoluciones de este Tribunal en las que se efectúa una interpretación auténtica sobre la materia que nos ocupa. De igual forma la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 2 de octubre de 1991 señala como “en definitiva para el Tribunal Supremo —y ese criterio lo comparte ese Centro Directivo— el derecho fundamental del hombre y de la mujer a contraer matrimonio (cfr. art. 32.1 de la Constitución) está limitado a personas de distinto sexo biológico”.

4. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de octubre de 2005, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo que diez días, alegase 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 Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 16 de noviembre de 2005, que en lo sustancial a continuación se resume:

a) La trascendencia jurídica que pueden tener las decisiones que deben adoptar los encargados del Registro Civil en el ejercicio de sus funciones con carácter general, y, en concreto, en la tramitación de los expedientes matrimoniales instados por personas del mismo sexo al amparo de la modificación introducida en el Código civil por la norma cuestionada, y la situación personal en la que se encuentran los encargados del Registro Civil en el momento de adoptar tales decisiones no son por si solas razones suficientes, no ya para abrogar por la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, sino ni siquiera para flexibilizar con carácter general, más de lo que ya se ha hecho, 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 en 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 el término “proceso” del art. 163 CE o “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 ejerza 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 LRgC sean Jueces en el sentido que a dicha expresión atribuye este 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 Juzgados 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 actuar el derecho en el caso concreto, lo que presupone que el mismo esté discutido de alguna forma, es decir, que exista una controversia y, por tanto, que resulte imprescindible que alguien investido de la autoridad necesaria para hacerlo diga cual es el derecho en el caso concreto sometido a su consideración. A su vez, el art. 117.4 CE dispone que los Juzgados 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, aunque 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, que 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 Juzgados de Paz, a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, 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, que “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), que 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, porque cuando dos personas solicitan autorización para contraer matrimonio, lo que el Juez debe hacer en el expediente es comprobar si concurren los requisitos necesarios para su celebración (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 Fiscal 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 solo entonces estaría planteada la controversia necesitada de resolución. Hasta entonces lo que el encargado del Registro ha hecho es verificar si se cumplen los requisitos necesarios para su celebración y adoptar la resolución que corresponda.

e) Con base en la doctrina de la STC 76/1992 (FJ 2) y de los AATC 259/1993 y 216/1998, el Fiscal General entiende que la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad queda circunscrita al ejercicio de la potestad jurisdiccional y no de otras funciones que, aun desempeñadas por Jueces, no entrañan ejercicio de dicha potestad, sino que más bien son asimilables a funciones 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 tarea es exclusivamente jurisdiccional.

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, aunque tenga que aplicar la ley para tomar la decisión que le competa, no está ante el dilema que justifica la existencia de la cuestión, 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 por quienes ejerzan la potestad jurisdiccional.

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

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargado del Registro Civil de Telde plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo segundo del art. 44 del Código civil (en adelante, 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 el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil 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 de plantear la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial en la consideración, por un lado, de que las funciones del Registro Civil afectan a una materia con incidencia en los derechos fundamentales, y, por otro, de que los expedientes de los Registros Civiles, entre ellos, el expediente matrimonial, tienen evidentes analogías con los procedimientos de jurisdicción voluntaria, pues son procedimientos donde prima facie no existe litigio o controversia, culminan con una resolución que toma la forma de Auto y en los que actúa desde su potestad un Juez, que además del ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, ejerce, porque la Ley así lo quiere, potestades en el ámbito del Registro Civil, sin que por ello se produzca una suerte de mutación en cuanto a su condición de Juez y, por tanto, integrante del Poder Judicial. 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. 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, el interrogante que se suscita en este caso, como evidencian el propio Auto de planteamiento y las alegaciones del Fiscal General del Estado, estriba en si el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil está facultado o no para elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en el ejercicio de las funciones que le corresponde desempeñar en tal 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.

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 del art. 163 CE, o a los Jueces y Tribunales en expresión del art. 35.1 LOTC. En este sentido, este Tribunal ha venido declarando desde sus primeras resoluciones, 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 él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar” (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1, por todas).

3. 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 de que la cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse “en algún proceso” y la distinción ex art. 117.3 y 4 CE de las funciones cuyo ejercicio corresponde y 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, las que expresamente les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho, motivó que se suscitara el interrogante de si la cuestión de inconstitucionalidad sólo podía promoverse en el seno de un proceso en sentido estricto o podía también promoverse en el curso de un actuación judicial, aunque 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 preconstitucional legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. El Abogado del Estado opuso como óbice a la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucional que “sólo podían plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento entre las partes”, no pudiendo calificarse de “verdaderos procesos” los procedimientos de menores que se desarrollan ante los Jueces de Menores, al tratarse de “procedimientos de carácter educativo y cautelar”.

El Tribunal, sin entrar a analizar la naturaleza del procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, al ser una de las cuestiones de fondo a resolver, rechazó el óbice procesal del Abogado del Estado, al considerar que en todo caso se trataba de procedimientos que “se siguen ante órganos que ejercen la potestad jurisdiccional”. En este sentido, el Tribunal destacó la diferencia existente entre la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores del Decreto de 11 de junio de 1948 y de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (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 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 considerar facultados a los órganos judiciales que promovieron las cuestiones de inconstitucionalidad fue que habían sido suscitadas en procedimientos seguidos ante “órganos que ejercen la potestad jurisdiccional”.

b) El tema volvió a suscitarse en la STC 76/1992, de 14 de mayo, que resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas 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 inconstitucionalidad 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 aunque 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 que este Tribunal ha venido interpretando el término proceso a los efectos de promover una cuestión de inconstitucionalidad se ha de cohonestar en todo caso con que se trate 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 una actuación gubernativa, por lo que “ni el procedimiento previo a su imposición puede ser asimilado al de ‘proceso’ a los efectos de estimar cumplido el art. 163 CE, 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 consideraciones sobre el requisito procesal que ahora nos ocupa han de concluirse poniendo de manifiesto que su cumplimiento no ha sido cuestionado por este Tribunal, ni tampoco el carácter jurisdiccional de la actividad del órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, con ocasión de cuestiones de inconstitucionalidad promovidas 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 que las cuestiones de inconstitucionalidad fueron suscitadas por los órganos judiciales en actuaciones de carácter jurisdiccional, aunque, en algunos casos, no se desarrollasen 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, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de una interpretación finalista de la utilización del vocablo “Sentencia” del art. 35.2 LOTC o “fallo” de 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, aunque 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. 117.1 y 2 CE).

La respuesta al interrogante planteado, esto es, si el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil está o no facultado 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 encargado del Registro Civil, aunque 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, como de su actuación en un expediente matrimonial.

6. Por lo que se refiere a la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil ha de comenzar por señalarse que el Registro Civil depende del Ministerio de Justicia, estando encomendadas a la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano directivo dependiente de la Secretaria de Estado de Justicia, todas las cuestiones referentes al Registro Civil (art. 9 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 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 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil: RRC; art. 4.1 del Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio).

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, esta 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 Notario, cuyas resoluciones ponen fin a la vía registral, es decir, no cabe contra ellas recurso alguno, sin perjuicio de poder acudir cuando corresponda a la vía judicial ordinaria en cada caso procedente para instar la tutela jurisdiccional del derecho en su caso en juego (arts. 29 y 97 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, ha 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 de la 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 del Magistrado-Juez encargado 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 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 o 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, 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 del Magistrado-Juez encargado del Registro Civil con ocasión de la cual se suscita la presente cuestión de inconstitucionalidad, ni en el desempeño de dicha actividad actúa en el ejercicio de 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 obviamente calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial, aprobado 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” de 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. Así pues, ha de concluirse que el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil de Telde no está facultado 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, por no suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad por un órgano judicial en un proceso en el que el fallo que ha de dictar dependa de la validez de la norma legal cuestionada.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

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

Madrid, a trece de diciembre de dos mil cinco.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6661-2005

Doy por reproducido el contenido del Voto particular que he formulado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5856-2005.

Madrid, a trece de diciembre de dos mil cinco.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, al que se adhiere el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, respecto del Auto del Pleno de 13 de diciembre de 2005, que declara inadmisible la cuestión de inconstitucionalidad 6661-2005, planteada por el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil de Telde sobre el artículo 44, parrafo 2 del Código civil, en materia de derecho a contraer matrimonio

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 adecúa 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 el Magistrado-Juez de Telde, en el momento de resolver un expediente previo al matrimonio del art. 56 CC 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 altera 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 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 en 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 el Magistrado-Juez de Telde nos ha planteado cuestión de inconstitucionalidad.

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

3.- Sostiene el Auto de la mayoría que el Magistrado-Juez encargado del Registro Civil de Telde no está facultado 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 art. 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 posclásico 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 art. 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 art. 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 art. 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 misma, caso de ser admitida a trámite y acogida por este Tribunal, vincula a todos los poderes públicos.

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

3. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto del Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6661-2005

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

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

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

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

El segundo —la cuestión de inconstitucionalidad— es indirecto, posible en cualquier momento de la vigencia de la ley, instable por los particulares en el curso de actuaciones en que intervengan los Jueces y solo utilizable por éstos, rigiéndose en su ejercicio siempre y exclusivamente por fundados criterios jurídicos; es, por lo tanto, una función exclusiva y excluyente que se concreta en una facultad, otorgada sólo a los Jueces, como ostentandores constitucionales del Poder Judicial, en beneficio de todos los ciudadanos que, además de facilitar en cualquier tiempo la depuración del Ordenamiento jurídico, garantiza que ninguna norma legal que haya de ser aplicada por un Juez lo sea con duda razonable sobre su constitucionalidad. Cabe decir que las leyes con fundada sospecha de contradecir a la Constitución son “toleradas” por el sistema español, en aras de la seguridad jurídica y también de la estabilidad política, mientras no rebasen la actividad de los particulares y de las Administraciones públicas, pero esa misma duda ha de ser necesariamente despejada por este Tribunal cuando es un órgano de la jurisdicción ordinaria el que se ve obligado a aplicar la norma sospechosa de inconstitucionalidad, porque es la única forma de que los órganos judiciales resuelvan el dilema que se plantea entre su sometimiento al imperio de la ley y su acatamiento a la Constitución que, necesariamente, ha de resolverse prevaleciendo esta última, si bien sólo puede decidirlo el Tribunal Constitucional.

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

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

II.- El Poder Judicial. El Judicial está concebido en nuestra Constitución como un poder personal, profesional y difuso, en cuanto, a parte de las funciones que ejercen los Jueces de Paz, se confia a Jueces y Magistrados de carrera, formando un cuerpo único y que integran el Poder Judicial que reside en cada uno de sus miembros, para ejercer, también de manera exclusiva y excluyente, el poder de decisión, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado y sin que los órganos en que se constituye dicho Poder puedan ejercer más funciones que las jurisdiccionales y “las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho” (art. l17.4 CE).

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

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

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

Por su parte la Ley de demarcación y planta en su art. 27 (Ley 38/1988, de 28 de diciembre, artículo 27: 1. Las plazas de Jueces o Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil serán las del Registro Civil Central de Madrid y las demás previstas en el Anexo VI. En las poblaciones que cuenten con más de 500.000 habitantes y en aquellas otras en que se juzgue conveniente en atención al volumen de población y al alto número de actuaciones de esta naturaleza, podrán establecerse mediante Orden ministerial otras plazas de Jueces o Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil. — 2. En las demás poblaciones en que existan varios Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, ejercerán las funciones de Registro Civil los Juzgados procedentes de la conversión prevista en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las vinieren ejerciendo en el momento de producirse la misma y, en su defecto, el Juzgado número 1. Por Orden ministerial podrá disponerse que asuma las funciones de Registro Civil el Juzgado único que se determine) sigue igual criterio y lo mismo sucede en la legislación del Registro Civil (arts. l0.l y 11).

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

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

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

Sin embargo, otro ha sido el criterio seguido por este Tribunal, que ha llegado a declarar textual y contundentemente en la STC 76/1992, de 14 de mayo (FJ 2), que, “la ratio de este proceso constitucional —como instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación a la que se ha hecho referencia (STC 17/1981)— obliga a concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios” y también que “Así pues, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerciendo un poder de decisión sobre el otorgamiento o denegación de lo instado, es claro que está legitimado para plantear ante este Tribunal las dudas de inconstitucionalidad que le plantee la aplicación de dicha ley siempre que, claro está, de su validez dependa la resolución judicial de que se trata”.

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

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

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

Por la misma razón se explica con igual facilidad que los Jueces y Magistrados que forman parte de las Juntas Electorales carezcan de dicha facultad de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, porque se integran en Instituciones en las que participan otras personas ajenas al Poder Judicial, no se constituyen en órganos del mismo y por lo tanto no pueden ejercen facultades que están reservadas a los Jueces en el ejercicio de aquel Poder.

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

Dicha tesis resulta del retorcimiento de una realidad jurídica, porque no es ya que la existencia de dicho recurso no pueda convertir a los Jueces encargados del Registro Civil en funcionarios de la Administración, sino que es precisamente la existencia misma de esa anómala “alzada”, que viene a permitir la revisión de resoluciones judiciales por órganos de la Administración, la que proyecta una duda de constitucionalidad sobre la Ley del Registro Civil en este aspecto. Así lo ha entendido ya el Tribunal Supremo en Sentencia dictada por su Sala Tercera, Sección Sexta, el 22 de mayo de 2000, que en una cuestión cuya similitud salta a la vista, anuló la nueva redacción que daba a dieciséis artículos del Reglamento hipotecario el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, no sólo por regular materias reservadas a la ley, sino también porque consideró que la actuación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia al revisar la calificación registral (se trataba del Registro de la Propiedad) era jurisdiccional y no administrativa, llegando a declarar que “el que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 de la vigente Ley de enjuciamiento civil), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción y también que “no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado)”.

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

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

Por lo expuesto y partiendo la fundamentación del Auto de la mayoría de otros criterios, de los que, reiterando mi respeto para quienes los sustentan, discrepo y llegando a la decisión de inadmitir la cuestión de insconstitucionalidad planteada considero que por el contrario debió ser admitida a trámite dicha cuestión de inconstitucionalidad, por lo que suscribo el presente Voto particular.

Madrid, a trece de diciembre de dos mil cinco.