

«NON SINT».

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LAS SUCESIONES
NOBILIARIAS «MORTIS CAUSA»:
EXAMEN CRITICO DE LA ARGUMENTACION
CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN LA SENTENCIA
DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 28 DE ABRIL DE 1989

JESUS GARCIA TORRES

SUMARIO: LA SENTENCIA DE LA SALA 1.^a DEL TS DE 28 DE ABRIL DE 1989.—EL DERECHO NOBILIARIO COMO DERECHO DE CREACIÓN JUDICIAL.—«DRITTWIRKUNG» DEL ART. 14 CE, ¿SÍ O NO?—INDICACIONES SOBRE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TC EN MATERIA DE EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.—MASCULINIDAD Y PRIMOGENITURA: SI DISCRIMINATORIA UNA, DISCRIMINATORIA LA OTRA.—LAS TRES OPCIONES.—LA IRRETROACTIVIDAD O CÓMO RAZONAR POR LAS CONSECUENCIAS.—EL ART. 57 CE: ALGUNAS CUESTIONES.

En el número 22 de esta Revista (enero-abril de 1988, pp. 223-236) publiqué un breve comentario —«'Sint ut sunt aut non sint': Pequeña contribución jurídico-constitucional al novísimo Derecho nobiliario de creación judicial»— en el que pretendía examinar algunas cuestiones implícitas en, o derivadas de, aplicar inmediatamente el artículo 14 de la Constitución española (CE) a las sucesiones *mortis causa* en las mercedes nobiliarias, criterio que, como *obiter dictum*, parecían anticipar las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (TS) de 7 de julio de 1986 y de 20 de junio y 27 de julio de 1987. Pues bien, la sentencia de la Sala 1.^a de 28 de abril de 1989 (1) «proclama firme y solemnemente, como *causa decidendi* del recurso y cuestión de fondo en él planteada, que en la sucesión de títulos nobiliarios el principio de masculinidad o preferencia del hombre sobre la

(1) La sentencia se dictó en el recurso de casación 1.990/87, asunto *Conde de Casa Lasquetty*. Fue ponente el Excmo. Sr. Barcala y Trillo-Figueroa. El autor agradece a don Ramón López Vilas, magistrado de la Sala 1.^a, su gentileza en facilitarle fotocopia. No hemos visto publicada esta sentencia en el Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi (Ar.) correspondiente al año 1989. Su doctrina ha sido reiterada por la sentencia de 21 de diciembre de 1989, Ar. 8861.

mujer, en igualdad de línea y grado, ha de estimarse discriminatorio y en consecuencia abrogado por inconstitucionalidad sobrevenida». Las palabras entrecomilladas son cita literal del fundamento jurídico tercero, y con ellas la Sala 1.^a del TS pretende seguramente alertar sobre la importancia de su decisión. Pero la trascendencia de esta sentencia no es meramente jurídico-nobiliaria. Tiene asimismo un claro alcance constitucional, a mi juicio por cuatro razones principalmente: porque presupone una concepción sobre la creación judicial del Derecho (*Richterrecht*) digna de ser meditada; porque es una sentencia extremadamente interesante para la elaboración dogmática del problema de la penetración o aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*); porque sostiene una tesis sobre el régimen intertemporal de aplicación de la CE que conviene elucidar, y, en fin, porque da pie para hacer unas consideraciones sobre el artículo 57 de la CE.

Daremos ante todo una idea del contenido de la sentencia para pasar después a estudiar los cuatro puntos anunciados. Tenga en cuenta siempre el discreto lector que éste es un comentario constitucional, no jurídico-nobiliario. Las consideraciones que sobre materia nobiliaria se hagan (la mayor parte en nota) no pretenden ni ser exhaustivas ni gozar de autoridad alguna; son estrictamente consideraciones *incidenter tantum*. Por otro lado, la sentencia de la Sala 1.^a del TS de que nos ocupamos tiene seguramente más materia comentable que los cuatro puntos aquí tratados.

LA SENTENCIA DE LA SALA 1.^a DEL TS DE 28 DE ABRIL DE 1989

La sentencia se dictó en un recurso de casación promovido a raíz de un pleito declarativo de mejor derecho genealógico. El actor, señor R. de T., sucedido luego por su hijo, ganó la primera instancia y perdió la apelación. El TS desestima la casación y confirma la sentencia de la Sala de alzada. Al parecer, el demandado poseía el título a través de un cuarto abuelo, hermano de padre de la cuarta abuela del actor. Ahora bien, la cuarta abuela era de más edad que el cuarto abuelo; éste fue preferido por ser varón, es decir, en virtud del principio de varonía o masculinidad. Así pues, la casación la perdió el descendiente de la discriminada, pues «en aquella lejana época» de los cuartos abuelos, dice el fundamento segundo de la sentencia, «el mejor derecho correspondía al varón, es decir, a don Francisco Lasquety Lasquety, pese a ser menor que su hermana de vínculo sencillo». Según resulta del antecedente 3 de la sentencia, el cuarto motivo de casación denunciaba la inaplicación de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979

(relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), y el quinto motivo, la infracción del art. 14 y «disposición transitoria tercera» de la Constitución —con seguridad, quiso decirse apartado 3 de la disposición derogatoria— «por haberse concedido un mejor derecho en base exclusiva a una preferencia por razón de sexo, infringiendo con ello también la reiterada doctrina del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de 7 de julio de 1986 y 20 de junio y 27 de julio de 1987».

De la fundamentación jurídica de la sentencia nos interesan algunos pasajes de sus fundamentos segundo y quinto y los fundamentos tercero y cuarto en su integridad (son nuestros los subrayados que figuran en las citas).

El *fundamento segundo* se refiere a la reiterada «jurisprudencia preconstitucional» con arreglo a la cual, «en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer», que es lo que, según la Sala 1.^a del TS, había sucedido con los cuartos abuelos (el motivo tercero del recurso afirmaba que se había concedido «mejor derecho a una línea segundogénita sobre una línea primogénita», según refleja el antecedente 3). La sentencia mantiene la hoy inconstitucional preferencia porque «la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del *principio* de masculinidad no puede tener efecto retroactivo por no existir norma legal que lo autorice (art. 2.3 del Código Civil) y conculcar tal pretensión el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE). El *efecto fundamental* que tal derogación comporta es el hacer fracasar la acción declarativa de mejor derecho a una dignidad nobiliaria, ejercitada después de la entrada en vigor de la Constitución, *fundada en la preferencia del varón sobre la mujer*».

El *fundamento tercero* se abre con la proclamación firme y solemne que transcribíamos al comienzo de este comentario, apoyada en citas del artículo 14 CE, del apartado 3 de su disposición derogatoria y de la Convención de Nueva York, en relación con los artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil (CC). Añade seguidamente una cita de la sentencia de la propia Sala de 7 de diciembre de 1988 (2) (la CE, «norma suprema del propio ordena-

(2) La sentencia de 7 de diciembre de 1988 interpreta de forma «no discriminatoria» diversos documentos nobiliarios para equiparar hijos legítimos e hijos legitimados por subsiguiente matrimonio. La equiparación —«a no ser que [los hijos legitimados *per subsequens matrimonium*] estén expresamente excluidos en la carta fundacional»— era doctrina secular del Tribunal Supremo basada en Partidas 4,13,1. La doctrina mayorazguista se había ocupado del problema de la primogenitura cuando estos hijos legitimados por subsiguiente matrimonio concurrían con legítimos menores en edad o de sexo femenino. Sobre este punto, B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974, pp. 242 y 243. Este excelente libro, del que haré uso constante en este trabajo, ha conocido una segunda edición (junio 1989), que contiene un apéndice —magnífico, a mi modestísimo juicio— titulado «La institución del

miento, [es] de aplicación a las sucesiones nobiliarias»), para hacer luego esta declaración: La sentencia de 7 de diciembre de 1988 viene así a «reafirmar la actual línea jurisprudencial contraria a la aplicación, en materia de títulos nobiliarios, de *normas y criterios tradicionales* que signifiquen vulneración de principios y valores consagrados en la Constitución y opuestos a la realidad social y jurídica del tiempo presente». A continuación, como final de párrafo, transcribe unas palabras de García de Enterría (3).

Prosigue luego el *fundamento tercero* con estas importantes palabras: «La desigualdad que implica el *principio* de masculinidad *no deriva de una relación jurídica privada, sino directamente de la ley*, por lo que no se trata de una simple desigualdad de hecho, sino de derecho ante la ley. El poseedor de una dignidad nobiliaria no puede, en principio, disponer de ella por actos *inter vivos* o *mortis causa*; la sucesión se defiende por ministerio de la ley, y esa ley está, como cualquier otra, integrada en el ordenamiento jurídico.» Sigue la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 21 de marzo de 1986 (4) y luego de la de 2 de febrero de 1981, así como del apartado V de la exposición de motivos y arts. 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (5).

mayorazgo entre Castilla y Europa» (pp. 435-473). Salvo cuando se trate de este apéndice, las citas de Clavero van hechas a la primera edición. Constituye para mí un motivo de asombro el no haber encontrado ni una sola cita del libro de Bartolomé Clavero en la literatura nobiliarista que he examinado.

(3) Sólo hemos podido localizar las seis últimas líneas de las diez mecanografiadas de que consta la cita. Se trata de un pasaje sobre las consecuencias del principio de interpretación conforme: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 102 (= *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático* dirigido por los Profs. A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1981, p. 149, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1983, pp. 131 y 132).

(4) STC 38/86, de 21 de marzo. El pasaje citado se encuentra en el fundamento jurídico (F. j.) 3.º. Era un caso de desigualdad por razón de sexo, en que un trabajador varón se consideraba discriminado por no habersele aplicado una norma (Real Decreto-ley de 15 de agosto de 1927) basada «en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer».

(5) La cita hecha por la Sala 1.ª del TS no la hemos encontrado literalmente en ninguna de las dos SSTC, que llevan fecha de 2 de febrero de 1981 (SSTC 3/81 y 4/81). Expresiones que recuerdan a las empleadas por la Sala 1.ª se encuentran en la STC 4/81, de 2 de febrero, sobre la Ley de Régimen Local, fundamentos jurídicos (FF. jj.) 1.º-B) y 5.º, pero formuladas de manera bastante menos tajante: «La inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas preconstitucionales —aun en el supuesto de que respondan a principios diversos— no pueden interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma» (STC 4/81, F. j. 5.º).

Tras ello se desarrolla el núcleo doctrinal del fundamento tercero y de la sentencia toda. «El orden sucesorio en los títulos nobiliarios, caracterizado por la *indivisibilidad* de lo que se hereda —el título—, obliga a respetar determinados *criterios objetivos* necesarios que permitan decidir, en cada caso concreto, la persona que ostenta el *preferente derecho*. Pero tales criterios selectivos serán admisibles sólo en la medida [en] que no se identifiquen con la específica acepción del término 'discriminación', sinónimo, en esta materia, de *postergar o dar trato de inferioridad a la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo*» (siguen citas de las SSTC de 10 de noviembre de 1981, 10 de marzo de 1983 y 10 de julio de 1985) (6). A juicio de la Sala 1.ª, «de los tres *factores* que tradicionalmente han condicionado al mejor derecho a una dignidad nobiliaria: primogenitura, masculinidad y representación», sólo el segundo es inconstitucionalmente discriminatorio, no así la primogenitura. Para vigorizar retóricamente el carácter discriminatorio del «factor» o «principio» de masculinidad se cita Partidas 4,23,2, «de mejor condición es el varón que la mujer», y una larga lista de artículos contenidos en la redacción originaria del CC, que el lector puede fácilmente imaginar. La Sala resalta que la mejor condición del varón «se mantuvo o consideró a lo largo de los siglos con generalizada aceptación social, tan distinta y contraria a la propia y actual del tiempo presente», e insiste en que las normas *discrimi-*

(6) La STC de 10 de noviembre de 1981 parece ser la número 34/81, que declaró inconstitucional y nula la última parte del artículo 28.2 del texto refundido de derechos pasivos. Este precepto prohibía la mejora de clasificación a los jubilados por incapacidad permanente que luego hubieran vuelto al servicio, previa revisión de la incapacidad. La única STC de 10 de marzo de 1983 es la 16/83, que poco o nada tiene que ver con el propósito para el que se cita (la STC deniega el amparo que solicitaban los integrantes de una candidatura presentada por una agrupación electoral para que se privara de su cargo de concejal a otra persona que formó parte en su día de la candidatura). La STC de 10 de julio de 1985 parece ser la 86/85, el amparo («contra-amparo», según algunos) promovido por el fiscal contra la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, que estimó en parte los recursos contencioso-administrativos dirigidos contra tres órdenes ministeriales relativas a subvenciones escolares. Es notable que la sentencia que comentamos no invoque ninguna de las mejores sentencias del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad y que no cite las específicamente referidas a discriminación por razón de sexo. Entre el 1 de julio de 1987 y el 1 de abril de 1989 se dictaron, entre otras, las siguientes SSTC sobre discriminación por razón de sexo: 128/87, de 16 de julio; 207/87, de 22 de diciembre; 109/88, de 8 de junio, F. j. 2.º-b); 166/88, de 26 de septiembre; 241/88, de 19 de diciembre; 253/88, de 20 de diciembre (esta sentencia sí que declara, en su F. j. 4.º, que la CE «se convierte en contexto al que han de referirse todas las normas a efectos de su integración y aplicación por los órganos judiciales»); 19/89, de 31 de enero, y 45/89, de 20 de febrero, F. j. 7.º, *in fine* (igualdad entre cónyuges).

minatorias del CC «contaban en su día con innegable respaldo legislativo, consuetudinario, tradicional y social».

¿Cuáles son los argumentos con que razona la sentencia que la primogenitura no es discriminatoria, antes bien compatible con el artículo 14 CE? Como posteriormente voy a intentar demostrar que estos argumentos en pro del principio de primogenitura son inaceptables y carecen de solidez desde el punto de vista jurídico-constitucional, creo que lo más respetuoso es transcribir el paso en su integridad (los subrayados, como siempre, son míos):

«En cambio, sí tiene 'justificación objetiva y razonable' la preferencia de edad en cuanto que, *partiendo del carácter indivisible de un título nobiliario, el principio o criterio en favor de quien primero nace o llega al mundo* resulta justificado por las siguientes razones:

1) Se asienta y fundamenta en un orden lógico, elemental y necesario para la *seguridad jurídica* y viene a ser un criterio preferencial que *deriva de la propia naturaleza de las cosas*.

2) Es *puntual expresión* del principio o máxima jurídica '*prior tempore, potior iure*', es decir, 'el primero en el tiempo, mejor en el derecho', que rige y se aplica en numerosos campos del Derecho.

3) Dicho criterio, que es *objetivo y razonable en cuanto contrario a la institucionalización del desorden y de la inseguridad jurídica*, aparece consagrado y avalado, además, por *la propia realidad jurídico-social en numerosas manifestaciones de la vida cotidiana*.

4) El citado principio, sin ninguna otra matización excluyente o postergadora (discriminatoria), es un principio de indiscutible vigencia y reconocimiento, tanto en *tiempos pasados* como en *el Derecho vigente postconstitucional*. En efecto, el orden de primogenitura fue precisamente el que configuraba el derecho sucesorio general del *mayorazgo*, que por ello así se denominaba ('*maior natu*') y cuenta hoy día con reconocimiento legal expreso tanto en el *Código Civil vigente* como, por ejemplo, en el *Derecho sucesorio de Cataluña*. Baste como muestra de lo dicho recordar el texto del *artículo 31 del vigente Código Civil*, según el cual 'la prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito'; y primogénito es, según es bien sabido, el 'primer nacido', sea hombre o mujer.

La justificación objetiva y razonable que tan atinadamente ha proclamado el Tribunal Constitucional para distinguir lo que es discriminatorio de lo que no lo es *resulta patente* en el orden de nacimiento (primogenitura) *sin ningún otro añadido o matización* por

razón de sexo, que sería lo discriminatorio, en cuanto que esta última implicaría hoy día una distinción de trato injustificada, jurídicamente derogada y socialmente rechazada.»

El extenso fundamento continúa con citas de los artículos 1, 2 y 15.1 del Convenio de Nueva York, haciendo notar que la única reserva hecha por España al Convenio se refiere a las disposiciones constitucionales relativas a la sucesión en la Corona, lo que, a juicio de la Sala, «evidencia que la prohibición de discriminar a la mujer rige en todas aquellas materias sometidas a una regulación legal y no se refiere tan sólo al nacimiento y ejercicio de derechos fundamentales», tesis que se dice sostenida por la representación de la parte recurrida en el acto de la vista, y a la que la sentencia opone que «paradójicamente significaría convertir las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española en un derecho fundamental, exigible y reivindicable, por tanto, por todos los ciudadanos españoles» (7).

(7) «La igualdad reconocida en el artículo 14» —dice la STC 76/83, de 5 de agosto, F. j. 2.º— «no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general.» En efecto, incluso cuando el legislador queda vinculado al principio de igualdad, el examen de si este principio puede o no considerarse infringido se efectúa siempre teniendo en cuenta, ya que no una «concreta relación jurídica», sí el tratamiento jurídico *determinado* que recibe una clase o categoría de destinatarios frente al que recibe otra clase o categoría. Es decir, el principio y derecho de igualdad contiene siempre un elemento relacional, es un principio o derecho «de carácter relacional» (STC 161/89, de 16 de octubre, F. j. 4.º); su operación no puede quedar desprendida del tipo de relación jurídica sometida a examen. Decir que el principio de igualdad rige «en todas aquellas materias sometidas a regulación legal» no es decir realmente nada, porque lo que importa es *cómo y en qué medida* debe regir el principio de igualdad según el tipo de relación jurídica de que se trate. Justamente por eso, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*) plantea tan espinosos problemas; y de ahí también algunas dificultades con que tropieza la doctrina de la *state action* en el constitucionalismo americano (por todos, *TRIBE, American Constitutional Law*, Mineola, 1978, pp. 1147 y ss.).

El final del argumento —la «paradoja» de convertir las disposiciones sobre la sucesión de la Corona en un derecho fundamental— no lo reputo muy logrado. Ni la reserva puede elevarse a criterio de interpretación del tratado (en el mejor de los casos, la reserva exterioriza lo que *una parte cree* que significa o puede significar el tratado, y en otras muchas ocasiones, la reserva responde al designio de excluir toda posibilidad de invocar el tratado en un cierto ámbito o sector); ni cabe excluir *a priori* que un acto de los poderes públicos españoles producido con motivo de la sucesión en la Corona pueda violar derechos fundamentales, de los que, en principio, gozan por igual

Para la Sala 1.^a del TS, «cuestión distinta a la *genérica y sistemática* discriminación de la mujer por el *mero e inevitable hecho de serlo* es la validez y eficacia de determinadas condiciones que en los mayorazgos solían imponerse al sucesor, como fue la de 'casar con persona notoriamente noble', que no ha de considerarse discriminatoria», según la STC 27/82, de 24 de mayo, de la que se citan algunos fragmentos. Al entender de la sentencia que comentamos, «frente a una exigencia residual y anacrónica referida a un *caso singular* (plus añadido como condición), la *total y sistemática* postergación de la mujer al varón, *precisamente por el hecho de ser mujer*», es lo que entraña vulneración de los artículos 1.1 y 14 CE, pues quedan «afectadas y postergadas por tal criterio discriminatorio toda una *entera y mayoritaria categoría de personas*: las del sexo femenino». Mantener la masculinidad es «injusto y discriminatorio (desigualdad irrazonable)», por ser «un principio selectivo que en modo alguno obedece a la necesidad de su empleo para determinar el orden sucesorio» y «representaría la forzada subsistencia de un privilegio reservado a los varones de un determinado sector social integrante de la entera comunidad nacional».

El largo *fundamento tercero* termina señalando que la sucesión en los títulos nobiliarios «no puede confundirse de forma interesada con la relativa a la sucesión de la Corona», lo que la Sala reitera «como doctrina jurisprudencial firme, plenamente consecuente con el carácter de Derecho público constitucional de aquélla». Este «carácter constitucional (Derecho público) no puede hacerse extensivo a las sucesiones *civiles o privadas* de títulos nobiliarios, expresivos éstos de meras distinciones u honores (...) y con distinto origen y regulación legal y otras (sentencias de esta Sala de 20 de junio y 27 de julio de 1987 y doctrina especializada más reciente y posconstitucional)».

El *fundamento cuarto* precisa el ámbito intertemporal de aplicación del nuevo Derecho nobiliario fundado en la igualdad de los sexos. La Sala «proclama y reitera, como *ratio decidendi* del presente recurso (...), que la *derogación* por inconstitucionalidad sobrevenida del antiguo *principio* de masculinidad o preferencia del varón (...) afecta y ha de afectar a las sucesiones en títulos nobiliarios producidos [probablemente 'producidas', refiriéndose a

mendigos y príncipes. Dado el carácter «relacional» del derecho reconocido en el artículo 14 CE, es obvio que pueden invocarlo todos los españoles... *que sean sujetos de la «relación jurídica concreta» en que la discriminación se produjera*, incluso si esa relación es la de sucesión a la Corona; pero, naturalmente, a salvo siempre lo especialmente dispuesto por la Constitución, aunque también es cierto que la interpretación de las cláusulas especiales deberá tener en cuenta las normas y principios generales (acción recíproca o *Wechselwirkung* impuesta por la unidad de la Constitución).

'sucesiones'] a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución, sin que a dicha abrogación por inconstitucionalidad sobrevenida pueda atribuírsele efectos retroactivos». Reconocer estos efectos «supondría la alteración y conmoción de la inmensa mayoría o práctica totalidad de la situación actual de títulos nobiliarios».

A continuación, la Sala 1.^a pretende justificar su opción (*policy*) jurisprudencial. «La Sala interpreta y aplica a las *sucesiones civiles* en las mercedes nobiliarias *principios* y *valores* básicos de nuestro ordenamiento positivo que constituyen *normas* de obligado cumplimiento, al tiempo que reafirma la necesidad de favorecer en la medida de lo posible la jurisprudencia evolutiva en la interpretación y aplicación de las normas (art. 3.1 del Código Civil) como *el mejor modo o sistema para mantener la subsistencia de instituciones seculares*.» Y tras citar las SSTC de 31 de marzo de 1981, 23 de julio de 1981 y 4 de mayo de 1982 (8), afirma que esta «jurisprudencia evolutiva» ha consagrado en los últimos años la nueva doctrina jurisprudencial de «la usucapión o prescripción adquisitiva del título por el transcurso de cuarenta años en el uso y disfrute continuado del mismo, lo que ha supuesto la *derogación* y desaparición de *principios* seculares hasta entonces vigentes y considerados como fundamentales y definidores de la especial singularidad del Derecho nobiliario, cuales eran los de la imprescriptibilidad de los propios títulos y la institución de la posesión civilísima, piedra angular e intemporal del sistema» (9). La Sala 1.^a considera que el auto del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1988 avala esta «jurisprudencia evolutiva» (10).

(8) La invocación de estas sentencias constitucionales se hace, de nuevo, para insistir sobre la necesidad de interpretar desde el ordenamiento a la luz de la Constitución. La cita de la STC 9/81, de 31 de marzo, F. j. 3.º, es correcta. La única sentencia de 23 de julio de 1981, STC 28/81, no trae el pasaje que se le atribuye, como tampoco la única sentencia de 4 de mayo de 1982 (STC 18/82), dictada en un conflicto de competencias entre el Estado y el País Vasco, cuyo F. j. 1.º declara que «los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de la aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste».

(9) Véase, por ejemplo, en este sentido, R. LÓPEZ VILAS, *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios*, Madrid, 1974, pp. 30-31 y 65-76.

(10) Llevan fecha de 23 de mayo de 1988 más de ochenta Autos del Tribunal Constitucional, núms. 594/88 a 675/88, en *Jurisprudencia Constitucional (JC)*, XXI, pp. 871 a 987. El citado debe ser el 674/88, *JC*, XXI, pp. 983-986, recurso de amparo 595/88, interpuesto por don J. A. M. y de la E. (asunto *Conde de Guijas Albas*).

Me parece poco exacto sostener que el TC «avalala» la «jurisprudencia evolutiva» de la Sala 1.º del TS en materia nobiliaria. El TC simplemente considera que la Sala 1.º del TS *no ha violado* el artículo 14 CE al cambiar de criterio sobre la imprescriptibilidad de los títulos («no cabe estimar que exista violación constitucional alguna», dice

El *fundamento quinto* corrige lo que la Sala de casación juzga un error («notorio error») en la argumentación del de apelación: la cita de Partidas 2,15,2, «el señorío del reyno heredasen siempre aquellos que viniesen por liña derecha» (11). Pero como el error de razonamiento «no tiene trascendencia en el fallo», se rechaza el motivo.

El *fallo* de la sentencia es notable, y reproducimos íntegro su principal pronunciamiento:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis R. de T. R., subrogado en los derechos de su fallecido padre, don Luis R. de T. G., contra la sentencia de dos de septiembre de mil novecientos ochenta y siete dictada por la Sala primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, debiendo declarar y declarando que *la antigua preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones en*

el auto). Para llegar a esa conclusión aplica el *test* o criterio de examen que garantiza la mayor *deference* o respeto para con el órgano sometido a control de la jurisdicción constitucional, como jurisdicción suprema de amparo que es (art. 123.1, inciso final, de la CE). En efecto, el TC se limita a observar que la sentencia impugnada en amparo constitucional «aparece suficientemente razonada y argumentada y (...) no puede tacharse por ello de arbitraria». Este es un juicio que se ciñe, casi, a la apariencia o vestidura argumental externa de la sentencia de la Sala 1.^a contra la que se dirigió el amparo, no un juicio sobre el mérito o calidad del razonamiento jurídico con que se pretende sustentar la nueva línea jurisprudencial. Es más: a este último respecto, el TC aparece algo reticente, como lo demuestra el inciso entre guiones «se esté o no de acuerdo con ella» referido a la «nueva interpretación». Entre respetar y respaldar o avalar hay largo trecho.

(11) Advirtamos al lector que se trata de un error no ha mucho descubierto por la doctrina nobiliarista y aún más recientemente enmendado en la jurisprudencia del TS. En 1974 escribía, por ejemplo, LÓPEZ VILAS en su *Régimen jurídico...*, cit., p. 55: entre las normas «de rango y trascendencia fundamental» para la sucesión *mortis causa* en las mercedes nobiliarias, regida por «nuestro Derecho vincular», se encuentra «la Ley II, título XV de la Partida II, que contiene las reglas de sucesión a la Corona y a los mayorazgos regulares (...). Disposición básica habida cuenta de que el orden de suceder en las dignidades nobiliarias se atiene a lo dispuesto en la concesión y, en su defecto, a lo establecido en la sucesión de la Corona española». Similarmente, el mismo LÓPEZ VILAS, «La sucesión en la Corona (Comentarios al art. 57 de la Constitución)», en *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978* (comp. Pablo Lucas Verdú), Madrid, 1983, p. 136: «El orden de suceder en las dignidades nobiliarias será, pues, el que se establezca en la real concesión y, como norma supletoria, lo dispuesto para la sucesión a la Corona, según el orden establecido para los mayorazgos reguladores [debe ser 'regulares'] en la Ley XL de Toro» (luego cita el criterio de Vallterra, contrario a aplicar en las sucesiones nobiliarias el orden de suceder en la Corona).

títulos nobiliarios ha de entenderse actualmente discriminatoria y, en consecuencia, abrogada por inconstitucionalidad sobrevenida con referencia a las sucesiones producidas a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución y sin que a tal abrogación puedan atribuírsele efectos retroactivos referidos a transmisiones y sucesiones operadas antes de dicha fecha.»

Hasta aquí la sentencia.

EL DERECHO NOBILIARIO COMO DERECHO DE CREACION JUDICIAL

Una de las primeras impresiones que provoca la sentencia que comentamos nace de lo variable de su terminología al tratar de las cuestiones capitales. Así, la masculinidad es, por lo general, un «*principio*»; no menos de cinco veces se la nota así. Pero es un «*principio*» que ha sido «derogado» o «abrogado» por inconstitucionalidad sobrevenida (derogación y abrogación son categorías propias de la sucesión de *normas*). Otras veces, a la masculinidad y a la primogenitura se las califica de «*criterios*» o «*factores*» y, en un paso particularmente importante, se apellida de «*principio o criterio*» a la primogenitura. Sin embargo, al citar la sentencia de 7 de diciembre de 1988 se habla de «*normas y criterios tradicionales*». Y, en fin, en otro pasaje relevante se afirma que la sucesión nobiliaria «se defiende por ministerio de *la ley*, y *esa ley* está, como cualquier otra, integrada en el ordenamiento jurídico». Pero, curiosamente, el TS no identifica «*esa ley*»; y no la identifica por buenas razones, ya que —al menos por lo que toca al «*principio*» de masculinidad— la supuesta ley es de dudable existencia.

En mi trabajo anterior sobre esta materia (número 22 de esta Revista) dejé en suspenso «la cuestión de hasta qué punto esa norma [preferencia de los varones] debe entenderse de creación jurisprudencial (*Richterrecht*) o puede aislarse en un cuerpo legal histórico de forma precisa». Creo que la sentencia de 28 de abril de 1989 patentiza que nos hallábamos ante una norma de creación judicial, a la que la sentencia sustituye por otra norma sucesoria (no preferencia sucesoria por razón de sexo) por estimar que sólo ésta se ajusta a los dictados del artículo 14 CE. Es decir, la Sala 1.ª crea una nueva *norma* (la que figura en el fallo de la sentencia) basada en el *principio* constitucional de igualdad. Es más: sólo la afirmación clara de que el Derecho de las sucesiones nobiliarias por causa de muerte es Derecho judicial y no Derecho legal permite reconocer la legitimidad y validez de la llamada

«jurisprudencia evolutiva» (la regla de la «propincuidad» o la prescriptibilidad de los títulos, pongamos por caso) (12). Justificar cumplidamente esta tesis requeriría probablemente escribir un libro, que es tarea para la que el autor no se encuentra capacitado. Me limitaré a indicar sumariamente las líneas generales.

Las dos normas legales (ley *lato sensu*) inequívocamente vigentes para la sucesión *mortis causa* en los títulos nobiliarios son el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 (también citable como Ley de 27 de septiembre-11 de octubre de 1820) (13) y una norma reglamentaria, el artículo 5

(12) La bibliografía sobre la creación judicial del Derecho es absolutamente inabarcable y debería arrancar con la escuela o movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*). Para una panorámica valen las obras de G. ORRÚ, *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milán, 1983, y D. SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, 1985, espec. pp. 71-106 (las páginas 93-106 contienen una orientación bibliográfica). En nuestra patria es cada vez mayor el interés que ofrecen las publicaciones sobre esta materia. Recientemente se ha publicado la obra de A. OLLERO TASSARA *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 1989, que contiene un análisis exhaustivo y fino de la jurisprudencia constitucional. La posición que defiende Ollero, siguiendo a A. Kaufmann, es radical en su apartamiento de la dogmática tradicional de las fuentes del Derecho. Su tesis capital encumbra la creación judicial del derecho, pues «el *derecho* no es el *texto* normativo ni su presunto sentido (...). El texto normativo no impone un determinado sentido a las relaciones sociales, sino que se sirve de instrumento mediador para la captación de su sentido jurídico, descifrado siempre mediante referencias a elementos metatextuales» (*op. cit.*, p. 41).

Indudablemente, la vinculación absoluta del juez a la ley —al texto de la ley— no pasa de ser una construcción o tipo ideal, al que, a veces, se pretende hacer cumplir una función prescriptiva para la actividad judicial. Pero «el juez absolutamente desvinculado» no es más que el contrapolo ideal del «juez absolutamente vinculado» y no un modo exacto de describir la realidad (más bien es una exageración o deformación de ciertos rasgos de lo que los jueces, en realidad, hacen). Cuando hablamos de «Derecho legal» o «Derecho de creación judicial» utilizamos implícitamente, me parece, tipos ideales en antítesis relativa. Hay, así, Derecho legal cuando la ley, por ser más extensa, precisa y sistemática (o haber sido menos aplicada), restringe *más* la libertad judicial; hay Derecho de creación judicial cuando la «ley» es fragmentaria, equívoca o «gastada» por la aplicación y deja *mayor* margen de libertad al juez. La diferencia es más de grado que de cualidad. En este sentido, el Derecho de la sucesión *mortis causa* en los títulos nobiliarios es Derecho de creación judicial, y el Derecho del Impuesto sobre el Valor Añadido es —por ahora— Derecho legal.

Sobre «principio», «norma» y «fuente», la clásica obra de ESSER *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961, espec. páginas 169 y ss.

(13) Esta Ley se cita en ocasiones como Decreto de 27 de septiembre de 1820 (así, por ejemplo, en el Nuevo Diccionario de Aranzadi, marginal 29119, y en más de una sentencia). CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 367, aclara que el 27 de septiembre de

del Decreto de 4 de junio de 1948, que, como disposición administrativa, se encuentra subordinado al artículo 13 de la Ley de 1820, clave de bóveda en materia de sucesión nobiliaria. Ahora bien, el artículo 13 de la Ley de 1820 y el artículo 4 del Decreto de 1948 son puras normas de reenvío al pasado, algo parecido a la cláusula de los derechos históricos contenida en la disposición adicional 1.^a de la CE. El artículo 13 de la Ley desvinculadora dice: «Los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutaban como *anejas a ellas*, subsistirán en el mismo pie y *seguirán el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia.*» Y el artículo 4 del Decreto de 1948 dispone: «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión, y en su defecto, *al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia.*» Demos aún otro paso atrás: en la Novísima Recopilación 6,1,25 se recoge la Real resolución de 12 de diciembre de 1803 y la Real cédula de 29 de abril de 1804, por las que el Rey manda que «se tengan por *vinculados* todas las gracias y mercedes de títulos de Castilla que se concedan en lo sucesivo, siempre que no manifieste yo expresamente en las tales gracias o mercedes o posteriores Reales órdenes ser otra mi voluntad».

¿Adónde nos llevan estas normas de 1948, 1820 y 1803-1804? Ante todo, a la preferencia de lo determinado en la concesión, por lo común regia, o en las escrituras de fundación o documentos de institución del mayorazgo, en el que era *pars adnexa* (y supérstite a partir de 1820) la merced nobiliaria. La concesión regia, la escritura de fundación o el documento de su procedencia ocupan en la sucesión *mortis causa* de las mercedes nobiliarias la misma posición que el testamento en las sucesiones comunes. ¿Y en el caso de que la carta de concesión, escritura de fundación, etc., callen sobre el régimen sucesorio? Entonces se aplica —sean las mercedes de creación anterior o posterior a 1820— el llamado «orden regular» de sucesión *en los mayorazgos*, que dentro de las sucesiones nobiliarias corresponde con el abintestato. ¿Y qué es este «orden regular», al que también, a veces, remiten expresamente concesiones y fundaciones? Es una notable creación doctrinal

1820 se leyó ante las Cortes «la minuta de decreto»; al día siguiente se elevó a la sanción del Rey; y el 11 de octubre se dio cuenta del oficio del ministro de Gracia y Justicia notificando la sanción real, y ese mismo día «el presidente de las Cortes, Calatrava, *la publica como ley*, siendo remitida al Rey para su promulgación por el Gobierno». La cita de la Ley desvinculadora como «decreto» aparece en la época de reacción absolutista. Esperemos que se termine con la cita a *la fernandina* de la Ley de 11 de octubre de 1820.

de los mayorazguistas, insignes jurisconsultos que florecieron durante el siglo XVI y en menor medida durante los dos siglos siguientes. La expresión misma «orden regular» proviene, al parecer, del sevillano LUIS DE MOLINA, autor de la cima de la doctrina mayorazguista, el *De hispanorum primogeniorum origine ac natura libri IV* (Cuatro libros sobre el origen y naturaleza de las primogenituras españolas), publicado por primera vez en 1573 y muchas veces reeditado en España y en toda Europa. Estos preclaros juristas españoles construyeron el «orden regular» operando con fragmentos legislativos (especialmente Partidas 2,15,2, es decir, la norma sobre sucesión a la Corona, y la Ley XL de Toro) y sobre todo con la práctica fundacional, que ellos mismos iban moldeando con sus obras (14). La Ley XL de Toro (Novísima Rec., 10,17,5), como dice con gran precisión el fundamento segundo de la sentencia que comentamos, «se limita a regular el derecho de represen-

(14) Uno de los mayores aciertos de B. CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., pp. 123 a 156, y *Apéndice* a la 2.ª ed., pp. 441 y ss., es mostrar cómo evolucionó la doctrina mayorazguista, mucho menos uniforme que lo que la lejanía temporal nos hace creer. Por ejemplo, y resumo a Clavero, dos años antes de las leyes de Toro, Palacios Rubios se preguntaba si pecaba quien fundaba mayorazgo, y concluía que cuando no hay justa causa para fundarlo, el padre *peccat, quia non servat aequalitatem inter filios* (peca porque no guarda igualdad entre los hijos). Unos años después, el mismo Palacios Rubios, que asistió a las Cortes de Toro, revela que se opuso a la Ley XLVI de Toro (Novísima Rec., 10,17,6: las mejoras en bienes amayorzgados se incorporan a éstos, sin que la viuda y los herederos de derecho común tengan derecho a que se computen para el cálculo de la mitad de gananciales o el pago de las legítimas), pues la creía inicua «por razón y por derecho» y «vía de fraude» para el otro cónyuge y los demás herederos, *sed non potui tantum clamare quod essem exauditus* (pero no pude gritar lo suficiente para que se me oyera). A finales del siglo XVI, sin embargo, aparece ya establecido doctrinalmente el *favor maioratus*, el «favor del mayorazgo», que permite interpretar extensivamente sus reglas en perjuicio de la porción de gananciales de la viuda, de las legítimas y de la dote. Esto así porque la «*successio in maioratu*» era de derecho divino, como lo demuestra lo que se dice en las Escrituras sobre el primogénito, amén de responder a causa de utilidad pública (conservación de la memoria y el honor del instituyente, defensa del reino). Al principio del siglo XVI, Rodrigo Suárez había defendido a las legítimas frente «a la vanidad del siglo que se manifiesta en vínculos y mayorazgos»; a mediados del siglo XVI, el gran Vázquez de Menchaca negaba aún el *favor maioratus*; pero ya Molina afirmará que las leyes de Toro han de ser entendidas como declarativas, y no correctivas, del derecho común y que el mayorazgo goza del favor del derecho.

Todos estos datos y muchos más (especialmente la evolución en el tratamiento doctrinal de los *mayorazgos de tercio y quinto*, fundados sin licencia real en virtud de una interpretación de la Ley XXVII de Toro, que Palacios Rubios, coetáneo de la ley, rechazaba) pueden verse en la citada obra de Clavero, que considera la obra de los mayorazguistas de los siglos XVI y XVII como la consolidación doctrinal de «la reacción jurídica de la clase feudal castellana».

tación, tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales», y a proclamar el carácter dispositivo de su regulación («salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó»). En suma: como institución jurídica, el orden regular en la sucesión de los mayorazgos es una creación doctrinal levantada sobre fragmentos legales. Cuando algunos nobiliaristas actuales atacan las innovaciones de la «jurisprudencia evolutiva» (propinquidad, usucapión) utilizan como criterio para su censura, criterio por lo general no expreso, la opinión más o menos común de los mayorazguistas. Antonio Gómez y su comentario «absolutísimo» *ad leges Tauri*, Diego de Covarrubias, Luis de Molina, Marcos Salón de Paz, Melchor Peláez de Mieres o Hermenegildo de Rojas vienen a ser los definidores de la ortodoxia jurídico-vincular frente a las herejías de la Sala 1.^a del TS (15).

¿Qué sucede con el «principio» de masculinidad? Este «principio» no está formulado expresamente en ninguna ley relativa a mayorazgos o mercedes nobiliarias, posiblemente por ser algo «natural», evidente en tiempos pretéritos (la «generalizada aceptación social» de que habla el TS). La Ley XL de Toro dice, es cierto, «fijo mayor», pero sin connotar sexo, ya que la representación se produce tanto si el llamado premuerto era varón o hembra. La masculinidad, de tener fundamento legal, lo tendría en Partidas 2,15,2 —sí, la ley que regula la sucesión en la Corona—, donde dice: «si fijo varón y non oviesse, la fija mayor heredasse el regno». Pero como —según el TS— las normas sobre sucesión a la Corona no son aplicables a la sucesión nobiliaria, Partidas 2,15,2 es inutilizable (al menos directamente, aunque siga influyendo mediatamente a través de su empleo por la doctrina mayorazguista).

Así pues, el Derecho de las sucesiones nobiliarias *mortis causa* es hoy un Derecho de creación judicial y lo seguirá siendo en el futuro de forma creciente, como no se produzca una intervención del legislador en esta materia, que por el momento no parece muy probable. El hábito no nos deja apreciar exactamente el anchísimo margen de libre decisión judicial. En uso de esa libertad, el TS ha proscrito recientemente el uso analógico de las reglas de sucesión a la Corona para las sucesiones *mortis causa* en las mer-

(15) Así, la STS de 2 de julio de 1925, que aduce LÓPEZ VILAS en *Régimen jurídico...*, cit., p. 41, dice que para resolver el recurso han de tenerse en cuenta Partidas 2,15,2, la Ley XL de Toro, la Ley de 1820 y otras normas, así como «toda la doctrina sobre mayorazgos regulares como supletoria de la nobiliaria».

Indicaciones bibliográficas sobre algunos de los mayorazguistas citados: F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979, pp. 312 y ss.

cedes nobiliarias. Por otra parte, las leyes de Toro o las Pragmáticas de 5 y 15 de abril de 1615 (Novísima Rec., 10,17,8 y 9) se referían no propiamente a las dignidades nobiliarias, sino a los mayorazgos. El título nobiliario podía ser «anejo» a un mayorazgo antes de 1820, como resulta del art. 13 de la Ley desvinculadora; pero a los títulos creados después de esta fecha —muchos— se les aplican las reglas de los mayorazgos sólo *ex analogia*, cuya *idem ratio* es el carácter vincular de la sucesión en unos y otros. Y esta analogía tiene límites, o mejor dicho, a esta analogía *pueden* encontrarse límites; y quien ante todo puede hallarlos es la Sala 1.^a del TS. Las creaciones jurisprudenciales de la propinquidad y la prescripción son justamente límites impuestos por el TS a la extensión analógica de reglas o doctrinas mayorazguistas a la sucesión en las dignidades nobiliarias (16).

Desde este punto de vista, la sentencia que comentamos aparece como una muestra consciente de creación judicial del Derecho. No otra es la función retórica (pragmática) de las apelaciones a la «jurisprudencia evolutiva». Nos parece especialmente digno de aplauso que la Sala 1.^a del TS haya llevado a la parte dispositiva de la sentencia la formulación de la *nueva norma judicial* en materia de sucesión nobiliaria. Lo propiamente «derogado» o «abrogado» no es tanto un principio cuanto una *norma*, una norma sucesoria

(16) Para una visión de la *propinquidad* como «corruptela», M. TABOADA ROCA (Conde de Borrajeiros), *Las sucesiones nobiliarias y su regulación legislativa después de la Constitución*, Madrid, 1983, pp. 196 a 220. La propinquidad (proximidad) toma su nombre de la referencia al «más propinco pariente» en Partidas 2,15,2. En el mayorazgo no se sucedía al último poseedor, sino al fundador, lo que se expresa en los brocados *maioratus iure sanguinis, non iure hereditario, deferetur* («el mayorazgo se defiere por derecho de linaje o sangre, no por derecho hereditario») y *maioratus non ab ultimo possessore, sed ab primo instituto, deferuntur* («los mayorazgos se defieren no desde el último poseedor, sino de primera institución»; recordemos que en las sustituciones fideicomisarias es dicho común que el fideicomisario no sucede al fiduciario, sino al fideicomitente). La *herejía* de la propinquidad consiste en tomar en cuenta el parentesco con el último poseedor de la merced, que según la ortodoxia sucesoria vincular es alguien irrelevante (lo decisivo es el parentesco con el fundador o concesionario y el orden regular o irregular de los llamamientos). Me parece que el esfuerzo de muchos nobiliaristas en separar la sucesión a la Corona de las sucesiones nobiliarias puede deberse, en parte al menos, a la necesidad de excluir la aplicación de Partidas 2,15,2 y el «pariente más propinco». También se ha pretendido conservar la propinquidad, debidamente depurada, como «subprincipio» del principio de representación (así, L. VALTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho nobiliario español*, pp. 101-108 y 201 y ss., especialmente 271 y ss.).

La «prescripción» reposa en una clara deformación interpretativa de la Ley XLI de Toro (Novísima Rec., 10,17,1: «modos de probar que los bienes son de mayorazgo»), deformación que se justifica principalmente (seguridad jurídica). Véase VALTERRA, *Derecho nobiliario...*, cit., pp. 323 y ss.

creada judicialmente —mediante recepción de reglas y doctrinas sobre el mayorazgo— que es sustituida por otra norma con el mismo origen. La fijación precisa de la nueva norma de creación judicial en el fallo responde a una exigencia de certeza del Derecho (principio de seguridad jurídica: artículo 9.3 CE). A nuestro modo de ver, es una cuestión totalmente secundaria el que la norma de creación judicial se formule en la *opinio* (fundamentos jurídicos) o en el *decisum* (fallo), y para proclamaciones firmes y solemnes parece más adecuado el fallo. Ante la indiferencia y pasividad del legislador, en Derecho nobiliario español hay, pues, *Common Law* judicial, cada vez más importante, frente a un disperso, enteco y residual *Statute Law*, centrado, además, en los procedimientos administrativos.

«DRITTWIRKUNG» DEL ART. 14 CE, ¿SI O NO?

Al principio de su *fundamento tercero* afirma la sentencia que comentamos: «La desigualdad que implica el principio de masculinidad *no deriva de una relación jurídico-privada*, sino directamente *de la ley*»; pero al final de este largo fundamento tercero —al distinguir sucesión a la Corona y sucesión nobiliaria— se habla de «las sucesiones *civiles o privadas* de títulos nobiliarios». Convenimos con esta calificación: las sucesiones *mortis causa* en las mercedes nobiliarias son hoy de *Derecho privado* (relaciones jurídicas sucesorias privadas), pese a que en el origen mismo del objeto de la sucesión pueda hallarse un acto del poder público, un ejercicio de la potestad pública honorífica (hoy, art. 62.f CE) (17). Nuestro ordenamiento conoce la sucesión (civil) *mortis causa* en derechos reales administrativos y aun en posiciones jurídicas complejas de gestor privado de un servicio público (por ejemplo, artículo 75.5, segundo inciso, de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965; art. 70.2 de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, y art. 98 de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973) (18). En suma: la relación sucesoria *mortis causa* en materia nobiliaria es jurídico-privada.

(17) Aunque no es frecuente verla así calificada en la literatura nobiliarista, es indudable que la concesión nobiliaria puede encuadrarse en la noción jurídico-administrativa de las «concesiones constitutivas». Así, J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. V, p. 699.

(18) La creación no es la única intervención del poder público en las mercedes nobiliarias; pueden existir otras en diversas vicisitudes del título. Pero tampoco hay en ello singularidad alguna: en la sucesión *mortis causa* de las concesiones traslativas (demaniales o de servicio público) pueden existir esas intervenciones igualmente (autorización administrativa de la sucesión; novación, que exige acto positivo del concedente, etc.).

¿Cuáles son las disposiciones que rigen esa sucesión? En primer lugar, ya lo veíamos, la «ley del título», es decir, las determinaciones sucesorias resultantes de la concesión o fundación. «En los mayorazgos [y en las mercedes nobiliarias] todas las reglas ceden a la voluntad del fundador [o concedente]» (19). Estas determinaciones pueden haber sido introducidas por el concedente de la merced (el Rey o Jefe del Estado ordinariamente; en algún caso, las Cortes); pero pueden haber sido creadas en estricto ejercicio de la autonomía privada por el fundador del mayorazgo, a veces con licencia real y a veces sin ella (20). En ocasiones, los títulos declaran expresamente que la sucesión seguirá el «orden regular», *ius dispositivum* de la sucesión en los mayorazgos y en las dignidades nobiliarias (21). Pero, como muy bien afirma López Vilas, «para la interpretación de los títulos de concesión de una merced nobiliaria se aplicarán las reglas generales de interpretación de las normas, atendiendo en primer lugar al sentido literal de las palabras y *teniendo presente el lugar y tiempo en que el título fue fundado, para conjugar y armonizar, en los casos que sea menester, el sentido de aquéllas con las leyes vigentes y los usos acreditados como normas inveteradas*» (22). En efecto, si un fundador de mayorazgo en el siglo XVI, e incluso concedentes y concesionarios decimononos, hubieran sabido que el «orden regular» a finales del siglo XX iba a incorporar la igualdad de varones y hembras, probablemente hubieran incluido una disposición especial sobre el orden de suceder. Y si no obraron así fue en atención a que confiaron en que el orden regular

(19) Regla duodécima de las *doce reglas* de la *Librería de Escribanos* de FEBRERO (CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 222).

(20) Sobre la licencia real para fundar mayorazgo, los mayorazgos de tercio y quinto (Ley XXVII de Toro) y problemas conexos, incluida la sanación de los mayorazgos *de facto* por el otorgamiento de la licencia, CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., pp. 34-36, 45-50, 125-146 y 222-230, espec. 225-230. En la página 227 leemos: «Se llegará a considerar que en la concesión de título de Castilla va comprendida, aunque no se exprese, facultad de fundación». La nota 27, incluida en esa misma página, tras citar un paso de las *Observationes illustrae* de CRISTÓBAL CRESPI DE VALDAURA (*Dignitatum regalium concessionibus includit fundatio maioratus, etiamsi non exprimat*): la fundación de mayorazgo se incluye en las concesiones de dignidades reales, aunque no se exprese), añade: «Por real cédula de 9 de julio de 1663 se declararía el principio de que en todos los títulos de nobleza se sucede por orden de mayorazgo, lo cual no se entiende en el orden regular si el mayorazgo al que está anexo el título no lo sigue.»

(21) CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 214, cita a MOLINA, *De hispanorum*, 3,4,13, y GALEOTA, *Controversiarum iuris illustrorum libris*, 1,48,6: *Maioratus institutor censetur se conformare secundum leges de illo loquentes, nisi expresse aliter disposuerit* (se entiende que el fundador del mayorazgo se conforma con las leyes que de él tratan, salvo que expresamente dispusiera de otro modo).

(22) *Régimen jurídico...*, cit., p. 54.

sucesorio que regía al tiempo de fundar o conceder regiría *in perpetuum*, en todos los llamamientos «por siempre jamás».

A la vista de todo ello, me parece a mí que la apelación que se hace a «la ley» por cuyo ministerio se defiere la sucesión nobiliaria se acerca al subterfugio. No ya porque «la ley» sea más o menos identificable en tratándose de masculinidad, sino porque, a los efectos que aquí interesan, es indiferente que la sucesión se defiera según el orden regular o según el irregular que fundador o concedente hayan modelado. El orden regular se aplica muchas veces porque así lo determinó de forma expresa el instituyente (palabra con que englobamos a fundadores y concedentes). Y cuando falta esa manifestación expresa hay un ineliminable factor volitivo: no se dijo nada, a la vista lo que significaba «orden regular» cuando se hizo la fundación o se creó la merced. Notemos el elocuente silencio de la sentencia a la hora de diferenciar los tipos de llamamiento.

Pero es que además, y desde otro punto de vista, la decisión misma de que el artículo 14 CE opere sólo en los casos de orden regular, y no cuando el título se aparte de él, es una típica decisión sobre el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones «inter privados». Tan *inter privados* es la sucesión testada como la intestada. El verdadero problema es aquí muy otro, a saber: si hay justificación objetiva y racional para dar un trato diverso, desde el punto de vista de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, a un mismo fenómeno sucesorio (sucesión en mercedes nobiliarias) por razón del tipo de llamamiento (por voluntad del instituyente o por «voluntad de la ley»). Porque pudiera suceder que el tipo de llamamiento no fuera un fundamento objetivo y razonable para que, ¡nada menos!, operen inmediatamente o no operen inmediatamente derechos fundamentales en una sucesión *mortis causa*.

No sólo el legislador está vinculado a los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE), entre los que se halla el derecho de igualdad. El Rey, el Gobierno, el Ministro de Justicia y el jefe de la Sección de Títulos de este Ministerio, decíamos en nuestro anterior trabajo, están igualmente vinculados (23); el Rey y el Príncipe heredero han de jurar, especialmente, «respetar

(23) Dicho sea de paso, los órganos administrativos están vinculados a los derechos fundamentales según la interpretación judicial que prevalezca, salvo que el intérprete supremo de la Constitución desautorizara esa interpretación judicial. La subordinación de los órganos administrativos al Poder Judicial en la interpretación y aplicación de normas constitucionales sobre derechos fundamentales es constantemente afirmada por el Tribunal Constitucional, como consecuencia del principio de Estado de Derecho. Así, entre muchas, STC 73/88, de 21 de abril, F. j. 4.º («el debido sometimiento, en nuestro ordenamiento, de la Administración a los pronunciamientos jurisdiccionales»), cuya

los derechos de los ciudadanos» (art. 61 CE). Por tanto, en todos los actos de creación de mercedes nobiliarias posteriores a la Constitución el Rey estaba vinculado al derecho de igualdad, y, de este modo, sería inconstitucional y nula toda cláusula de sentido o alcance discriminatorio incluida en el decreto de concesión (24). Pero, a mi entender, el efecto vinculante del artículo 14 CE se producirá cuantas veces, tras la entrada en vigor de la CE, se solicite o impetre a un órgano administrativo o judicial que tome en cuenta para decidir un procedimiento administrativo o fallar un litigio una cláusula o determinación contenida en una escritura de fundación o acto de concesión que viole el art. 14 CE. Si el artículo 14 CE debe operar en las sucesiones nobiliarias, habrá de operar en *todas*; no sólo en aquellas en que la escritura fundacional o la carta de concesión nada digan o se hayan limitado a remitirse al «orden regular» —expresándolo así o empleando términos que lo signifiquen: «para vos y vuestros sucesores», por ejemplo—, sino en *todas* las sucesiones, que en *todas* pueden producirse discriminaciones por razón de sexo. Sostener lo contrario sería introducir una infundada discriminación según que la vocación sucesoria siguiera el orden regular o el irregular, por *bon plaisir* regio o albedrío fundacional.

Por tanto, *Drittwirkung* del art. 14 CE en todas las sucesiones nobiliarias *mortis causa*. Pero la sentencia que comentamos se limita a declarar discriminatoria la preferencia del varón sobre la mujer, a igualdad de grado y dentro de la misma línea, negando que la preferencia por primer nacimiento o primogenitura sea discriminatoria. ¿Son constitucionalmente correctas estas tesis? A nuestro juicio, no. Para demostrarlo hay que comenzar por una sucinta referencia al problema general de la *Drittwirkung* en nuestra jurisprudencia constitucional.

doctrina reiteran las SSTC 122/88, de 22 de junio, F. j. 4.º, y 130/88, de 4 de julio, F. j. 4.º, o la STC 144/88, de 12 de julio, F. j. 1.º Las SSTC citadas se refieren todas al derecho de igualdad.

(24) Quede para mejor ocasión examinar la constitucionalidad de la cláusula de agnación contenida en los decretos creadores de los marquesados de Salobreña y Bradomín. Véase TABOADA, *Las sucesiones nobiliarias...*, cit., pp. 159 y 160; y VALLTERRA, *Derecho nobiliario...*, cit., pp. 180 y ss.

INDICACIONES SOBRE LA ULTIMA JURISPRUDENCIA DEL TC
EN MATERIA DE EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Si queremos describir, aunque sea a trazo grueso, las líneas generales dentro de las que se mueve la jurisprudencia constitucional, conviene tener en cuenta que, en nuestro Derecho constitucional, el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares tiene una faceta procesal y otra sustantiva (25).

En cuanto a la *faceta procesal*, el dato de partida es que el recurso de amparo constitucional se da contra ciertos actos de *los poderes públicos* (art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC; asimismo, artículos 42, 43.1, 44.1, 51.1 y 54 o 56.1 de esta Ley), no contra actos de los particulares. Pero el TC conoce de las vulneraciones sufridas por los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante el artificio de considerar que se ha producido un deficiente cumplimiento del deber de proteger o tutelar los derechos fundamentales que deriva para los poderes públicos de la cláusula de vinculación a los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE). Esto se predica fundamentalmente de los órganos jurisdiccionales, pues son los que resuelven los litigios *inter privados*. A ellos se imputa, pues, el *déficit* de protección como acto u omisión lesivos del derecho fundamental (así, entre otras, SSTC 177/88, de 10 de octubre, FF. jj. 3.º y 4.º; 231/88, de 2 de diciembre, F. j. 1.º, y 129/89, de 17 de julio, F. j. 2.º).

La *faceta sustantiva* del problema suele seguir tres líneas de pensamiento. Primera: la vigencia plena e inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* engendra un serio riesgo para la autonomía privada y para la fuerza vinculante de los productos de su ejercicio. Segunda: la *Drittwirkung* inmediata afecta a la seguridad jurídica; la ley vería drásticamente reducida su función de medida y criterio de las relaciones entre particulares para ser sustituida por operaciones casuísticas de ponderación de los derechos fundamentales de las partes en litigio. Tercera: los derechos fundamentales, aplicados directamente en las relaciones entre particulares, pueden alterar la función y estructura de las instituciones jurídico-privadas recibidas e incluso amenazar su existencia; al menos existiría un grave peligro de desfiguración o deformación, que haría irreconocibles las instituciones heredadas (26).

(25) Sobre las dos facetas, J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.

(26) Mediante esos enunciados ya se echa de ver que quien muestre reservas

En relación con esta faceta sustantiva, la jurisprudencia constitucional se ha mostrado hasta el momento bastante cauta y prudente. Prescindiendo de examinar a esta luz la STC 27/82, de 24 de mayo, caso *marqués de Cartagena*, ha reconocido la STC 6/88, de 21 de enero, F. j. 4.º y ss., que la «naturaleza» (estructura, carácter, función) de la relación jurídico-privada alcanza un poder configurador de los derechos fundamentales, que pueden quedar así limitados. Ha de examinarse, afirma esta STC, «si se acomodó tal restricción al ámbito de los derechos [fundamentales] mismos, según quedan éstos *configurados* en la relación jurídico-laboral (...), pues las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de lealtad, confianza y buena fe, y que aquí se aplicaron) pueden ser objeto de examen por este Tribunal (...) cuando tales nociones sirven para *delimitar* (...) el ámbito que corresponde a un derecho fundamental», toda vez que para éste, el derecho fundamental, existen «límites (...) en el seno de la relación laboral en que se encontraba inmerso» (F. j. 5.º). En efecto, prosigue el F. j. 6.º de la STC 6/88, el derecho fundamental de libre información (art. 20.1.d CE) debe «*enmarcar(se)* ... en el específico ámbito de derechos y obligaciones correspondientes a la relación jurídico-laboral», y aquel derecho fundamental «*no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas*», aunque tampoco los principios de éstas puedan invocarse, «más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato», para impedir el ejercicio del derecho fundamental (27).

La STC 177/88, de 10 de octubre, F. j. 4.º, afirma que «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato». A continuación precisa las «matizaciones»

hacia la *Drittwirkung* inmediata, fácilmente puede ganarse el marbete de conservador. Para una consideración menos superficial, se trata de un problema sumamente complejo en que se alcanzan muy graves cuestiones, que van desde las consecuencias de optar por una Constitución que pretende incorporar un «sistema de valores» —vale decir: que no es valorativamente agnóstica, porque pretende ser algo más que un puro *Instrument of Government*— hasta ciertas inversiones de sentido que se producen cuando los derechos fundamentales se aplican fuera de su matriz originaria (las relaciones entre Estado y ciudadano). No de los menos importantes es el peligro de degradación retórica de los derechos fundamentales.

(27) Véase el comentario a esta sentencia de J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Libertad de expresión, información y relaciones laborales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, pp. 165 a 179.

que el principio de igualdad ha de sufrir en las relaciones privadas: los derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad, «han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica». Así pues, acción recíproca (*Wechselwirkung*): los derechos fundamentales penetran en las relaciones privadas, pero sufren a su vez una configuración o modelación derivada de la estructura, función y valores específicos de éstas.

La STC 108/89, de 8 de junio, F. j. 1.º, parece apartarse de esta línea: «El respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el artículo 14 CE.» (Asimismo, en similar sentido, la STC 183/89, de 3 de noviembre, F. j. 3.º). En realidad, la separación es menor de lo que parece. Las cláusulas legales limitativas de la autonomía privada —y especialmente «la moral» y el «orden público» del art. 1.255 CC— pueden convertirse en «puntos de irrupción» (*Einbruchstellen*) de los derechos fundamentales. Lo que viene a conducir a una «acción recíproca» de tipo similar, en el fondo, a la que hemos registrado al tratar de la STC 177/88.

En fin, la STC 129/89, de 17 de julio, F. j. 3.º, niega que «los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador constituyan un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral, pues, sin perjuicio de que por contraste con las normas constitucionales puedan ser invalidadas las normas legales o estipulaciones convencionales rectoras de la relación laboral, los derechos fundamentales no añaden a éstas contenido determinado ninguno, ya que no constituyen por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por el trabajador de sus deberes laborales». Es decir, los derechos fundamentales no pueden ser ejercitados para quebrantar o desfigurar una relación jurídica privada.

Frente a esta prudencia del Tribunal Constitucional, contrasta la contundente nitidez con que la Sala 1.ª afirma la «abrogación por inconstitucionalidad sobrevenida» del principio de masculinidad. Pero la decisión ha sido tomada dentro de la esfera de libertad que el vigente Derecho nobiliario deja a los Jueces y Tribunales civiles, y nuestra tarea debe ser exclusivamente esclarecer las consecuencias de la línea jurisprudencial solemnemente proclamada por la Sala 1.ª del TS. Convendrá, en primer término, ver hasta dónde penetra la interdicción de discriminaciones por razón de sexo, y des-

pués examinar si el principio de primogenitura, cuya función axial en las sucesiones nobiliarias revigora la sentencia, es o no discriminatorio.

MASCULINIDAD Y PRIMOGENITURA:
SI DISCRIMINATORIA UNA, DISCRIMINATORIA LA OTRA

En su fallo, la sentencia de la Sala 1.^a del TS de 28 de abril de 1989 refiere la inconstitucionalidad sobrevenida a «la antigua preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de títulos nobiliarios». En la firme y solemne proclamación del fundamento tercero precisa más: es inconstitucional por discriminatorio «el principio de masculinidad o preferencia del hombre sobre la mujer *en igualdad de línea y grado*». ¿Es ésta que menciona el fundamento tercero la única discriminación posible por razón del sexo en las sucesiones nobiliarias *mortis causa*? Aunque no se afirme expresamente, la argumentación de la sentencia parece presuponer el «orden regular». A él nos ceñimos en lo que seguidamente se expone.

A nuestro modesto entender, hay otra discriminación por razón de sexo *distinta* de la que operaba para conceder preferencia al varón en la misma línea y grado. En efecto, la selección o determinación de *la línea* anterior o preamada se efectúa también mediante una discriminación por el sexo. Dice Taboada Roca (28): «En el orden de los descendientes [preferido al de los ascendientes, como éste a su vez lo es a los colaterales] tendremos inicialmente tantas líneas como hijos hayan sobrevivido al fundador o concesionario. Cada hijo o hija que haya dejado descendencia constituye cabeza de su línea; y a su vez, cada hijo de él que tenga descendencia constituye otra línea que él mismo encabeza, y así sucesivamente. La primera de aquellas líneas, llamada también preamada o preferente, es la formada o encabezada por el primogénito, que es el *primer varón* nacido —o primera hembra, *si no hubiere varones*— y por los que de él vayan descendiendo, unos detrás de otros, respectivamente, siempre con las preferencias que otorgan la primogenitura, *la masculinidad* y la representación (...). *La línea que encabeza una hembra quedará postergada ante la del varón*, y sólo dentro de cada línea habrá que atender al grado de parentesco para determinar la preferencia» [y a igualdad de grado, al sexo y a la edad antes; ahora sólo a la edad]. De esta postergación de la mujer al determinar la línea preferente ofrece un ejemplo el caso resuelto por la sentencia que comentamos, y quizá por ello el motivo segundo de la casación defendiera que se había concedido mejor derecho a una línea «segundogénita», aunque encabezada por varón, respecto a una línea primogénita («primogénita» si se hace abstracción del sexo y se

considera sólo la prioridad en el nacimiento). Como ya sabemos, la sentencia sortea el obstáculo apelando a la irretroactividad de la Constitución, cuestión que luego examinaremos. Pero, aun reduciéndonos a las sucesiones abiertas después de regir la Constitución, se produce discriminación por razón de sexo *no sólo* porque, dentro de una misma línea y grado, se prefiera al varón, sino porque la línea anterior preferente quede determinada por aplicación *conjunta* de los criterios de *masculinidad* o *varonía* y *primogenitura*. Si contradice a la Constitución discriminar por razón de sexo a igualdad de línea y grado, también la contradirá la postergación de una línea simplemente por el sexo femenino de quien la encabezaba (29).

Por otra parte, ha sido frecuente sostener que el artículo 31 CC no se aplicaba en las sucesiones nobiliarias porque en ellas rige Partidas 7,33, 12 (30), de lo que Hermenegildo de Rojas se mostraba bien ufano (31). Partidas 7,33,12 («Nacen a la vegada [vez] dos criaturas de una vez del vientre de alguna mujer...») dispone que si nacen dos criaturas, varón y hembra, «debemos entender que el varón salió primero», aunque de hecho haya sido alumbrado en último lugar. Es decir: aun suprimida la discriminación por sexo en la determinación de línea o a igualdad de línea y grado, Partidas 7,33,12 haría *mayor* al varón que a la mujer cuando nacidos en parto doble. Esta *fictio* de mayor edad por razón de sexo es, sin duda, otra discriminación inconstitucional.

¿Y qué sucede con las discriminaciones por razón de sexo resultantes de disposiciones que establecen un «orden irregular» en una determinada merced? La Sala 1.^a del TS parece dar a entender que la inconstitucionalidad nacida de la discriminación se limita a la preferencia del varón sobre la mujer nacida de reglas *generales*. Así, en un importante pasaje del fundamento tercero contraponen «la *genérica y sistemática* discriminación de la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo» con «la validez y eficacia de determinadas condiciones que en los mayorazgos solían imponerse al sucesor» y con

(28) *Las sucesiones nobiliarias...*, cit., p. 162 (y similarmente en pp. 43-44).

(29) La diferencia estriba sólo en que la discriminación contra las hembras, a igualdad de línea y grado, hace de peor derecho a una mujer que aspira a convertirse en poseedora del título, mientras que la discriminación en la determinación de línea perjudica a un sucesor de la discriminada, que tanto puede ser varón como hembra. Discriminaciones por razón de sexo lo son ambas, pero es prudente que, al menos en una primera fase, la Sala 1.^a haya limitado su pronunciamiento de inconstitucionalidad sobrevenida a los casos de, por llamarlo así, discriminación «directa», es decir, directamente sufrida por una mujer.

(30) Así lo afirma DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, Madrid, 1952, pp. 110 y 111 (reproducción facsimilar, Madrid, 1984).

(31) Según CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., pp. 247 y 248.

«una exigencia eventual y anacrónica referida a un caso singular (*plus* añadido como condición)», en relación con lo cual cita la STC 27/82, de 24 de mayo. Pero, desde el punto de vista constitucional, la distinción entre discriminaciones por norma general y discriminaciones por acto individual o singular es irrelevante: tanto unas como otras violan el artículo 14 CE. Si la preferencia del varón sobre la mujer es discriminatoria e inconstitucional cuando se produce en aplicación del orden regular de sucesión, igual de discriminatoria será la preferencia derivada de un orden irregular. Si el artículo 14 CE se aplica a las sucesiones nobiliarias, se aplica a todas, regulares e irregulares; y de éstas tanto si la irregularidad resulta de la carta de concesión (acto del poder público, que, cuando postconstitucional, queda comprendido expresamente en la cláusula de vinculación a los derechos fundamentales del art. 53.1 CE) como si dimana de una disposición del fundador, que hoy debería estimarse contraria al orden público constitucional, razón por la cual todo Juez, Tribunal u órgano administrativo está obligado a denegarle aplicación (*enforcement*), según se infiere de la doctrina del TC que hemos expuesto (32).

Dejemos el sexo y pasemos a la *primogenitura*. Esta puede ser tan factor de discriminación, y tan contraria al art. 14 CE como el sexo. No es óbice, desde luego, que la edad no aparezca expresamente catalogada en el artículo 14 CE. *Primero*, porque sí lo está el *nacimiento*, y entre las discriminaciones por nacimiento pueden perfectamente incluirse las derivadas de la prioridad temporal en el nacer. Pero, *segundo*, es que, como bien ha declarado —por ejemplo— la STC 23/89, de 2 de febrero, F. j. 2.º, la prohibición constitucional de las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión «no agota el contenido del derecho a la igualdad jurídica en su sentido positivo, y (...) el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en otras condiciones personales o sociales».

La forma tradicional de justificar la primogenitura como razón de preferencia sucesoria en mayorazgos y dignidades suele seguir modelos de argumentación bastante estables mientras duró el Antiguo Régimen. Uno de los mejores ejemplos es Partidas 2,15,2, que estudiaremos seguidamente.

La primacía del primogénito es, ante todo, *iure divino*, lo que se fundamenta con argumentos bíblicos. Para el Rey Sabio, la primogenitura es «muy grant señal de amor que muestra Dios a los fijos de los reyes» respecto a los hermanos «que nascen después dél», pues el «nacer primero» es como expresión de la divina voluntad de preferir al primogénito («bien da a enten-

(32) Véase la STC 108/89, F. j. 1.º

der quel adelanta et le pone sobre los otros por que lo deben obedescer et guardar así como a padre et a señor»). La voluntad divina coincide además con el orden de la verdad, por «tres razones: la primera naturalmente, la segunda por ley [bíblica], la tercera por costumbre». «*Segunt natura*», porque, para el hijo de San Fernando, el padre y la madre desean tener «linage que herede lo suyo», y «aquel que primero nace et llega más aína para cumplir lo que ellos desean, por derecho debe ser más amado dellos y él lo debe haber». Es decir, «*segunt natura*», el primogénito tiene derecho a mayor amor de sus progenitores y, por tanto, a suceder con preferencia.

La segunda de las razones —«*segunt ley*»— es bastante curiosa. Alfonso X recuerda primero el relato bíblico del sacrificio de Isaac, y con gran penetración confirmada por la moderna investigación bíblica, relaciona el episodio con la consagración a Yahvé de «todo másculo que naciese primero» (33). Invoca luego la bendición que Isaac dio a Jacob «cuidando que era el mayor» («tú serás señor de tus hermanos...») (34).

(33) La «consagración» a Yahvé entraña el sacrificio del animal primogénito [Deuteronomio 15,19-23: «Todo primogénito macho que nazca en tu ganado mayor o tu ganado menor lo consagrarás a Yahvé, tu Dios (...). En presencia de Yahvé, tu Dios, lo has de comer, año por año, tú y tu casa en el sitio que Yahvé haya elegido»]. La moderna investigación suele entender que el relato del sacrificio de Isaac recoge el recuerdo del sacrificio de los primogénitos (S. G. F. BRANDON, *Diccionario de religiones comparadas*, II, Madrid, 1975, p. 1175). Véase también Exodo 13,11-15; 22,28; 34-20.

Según uno de los más eminentes especialistas, el padre DE VAUX, *Historia antigua de Israel*, I, Madrid, 1975, pp. 236-237 y 249-251, «parece que el patriarca puede escoger a su primogénito», y «en varios documentos de Arrapkha o de Nuzi aparece con claridad la facultad que tenía el padre (o la madre viuda) de designar cuál de sus hijos gozaría del derecho de primogenitura». Del mismo autor, *Instituciones del Antiguo Testamento*, Barcelona, 1985, pp. 77-79 y 91-93.

(34) Es bastante irónico que SIR JAMES G. FRAZER, *El folklore en el Antiguo Testamento*, Madrid, 1981, pp. 230-272, haya considerado que el relato de la bendición de Jacob (Génesis 27,27-29) oculta una costumbre sucesoria que prefiere a los *ultimogénitos*, lo cual se preocupa de documentar en multitud de tiempos y pueblos, desde la Inglaterra de Eduardo III hasta los lushai o los yukaghir. Por cierto que Sir James sí ofrece un fundamento objetivo y razonable para la preferencia de los ultimogénitos: «Por fin sólo queda con los padres en la casa familiar el más joven de los hijos; él es, por consiguiente, el báculo natural de sus padres y el que los cuida en su vejez» (*op. cit.*, p. 269).

Aún más irónico si cabe es que, según CLAVERO, *Apéndice...*, cit., pp. 435 y ss., comenzara a hablarse de la primogenitura en Europa continental —siglos XIII y XIV— como *consuetudo anglicana* (costumbre inglesa); costumbre, por demás, «inicua», según Cino de Pistoya. Revela FRAZER (*op. cit.*, p. 234) que, en realidad, la *consuetudo anglicana* era más bien la práctica de los señores normandos (*borough* francés), con la que se enfrentaba una opuesta costumbre de ultimogenitura (*borough* inglés).

La tercera de las razones —«*segunt costumbre*»— se basa, algo contradictoriamente con la primera, en que los padres, por «piedad de los otros hijos», no quisieron que el mayor tuviese todo, sino cada uno su parte. Pero «los homes sabios y entendidos, catando el pro comunal de todos», pensaron que «partición no se podría facer en los regnos que destroidos no fuesen, segunt Nuestro Señor Iesu Cristo dixo que todo regno partido astragado sería» (35), y por eso «tovieron por derecho quel señorío del regno no lo hubiere sinon el fijo mayor después de la muerte de su padre». Y esto fue costumbre «en todas las tierras del mundo» y «mayormente en España» (36).

Argumentos del mismo corte que los de Partidas 2,15,2 serían posteriormente reiterados y exagerados. El arquetipo bíblico sería aducido por el Abad panormitano en el siglo xv y por Le Cirier y Tiraqueau en el siglo siguiente, llegando el último a afirmar que «Cristo fue el hijo primogénito de Dios» (37). El argumento *segunt natura* acabó despeñándose en el más falso biologismo («los mejores, más hermosos y más robustos son los primogénitos; peores por más deteriorados los que nacen después»: TIRAQUEAU) (38), cuando no en «antropología de linaje» (39) o antropología nobiliaria rayana a veces con lo ridículo. Y el último argumento —la indivisibilidad del reino— se adaptó a la sucesión en mayorazgos, primogenituras y *fideicommissa familiae relicta*, normalmente haciendo hincapié en la necesidad de preservar a la nobleza como estamento —asegurándole la riqueza mediante la vinculación de una masa patrimonial indivisible y con un régimen jurídico privilegiado y excepcional— o en la conveniencia de conservar la «Casa» o el patrimonio familiar de generación en generación (40). Un argumento político de gran peso (la indivisibilidad del reino) se convirtió así en un argu-

(35) Mt 12,25 (Mc 3,24; Lc 11,17). Al parecer, «reino dividido» significa en esas pericopas evangélicas «reino con discordias intestinas o guerras civiles», no simplemente «reino partido por herencia».

(36) Afirmación histórica errónea, como es evidente. Véase B. GONZÁLEZ ALONSO, «La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978», en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 19, pp. 9 a 21.

(37) CLAVERO, *Apéndice...*, cit., págs. 438 y 444-446; *Mayorazgo...*, cit., p. 142. ANDRÉ TIRAQUEAU (ANDREAS TIRAQUELLUS) es autor de los *Comentarii de nobilitate et iure primogeniorum*, París, 1549.

(38) CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 142.

(39) Expresión que tomo de CLAVERO, *Apéndice...*, cit., p. 458, por ejemplo. Sobre este punto, J. A. MARAVALL, *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Madrid, 1979, pp. 41-61 [«El papel de la sangre (teoría y crítica de la nobleza heredada)»]. La sangre es un «mito con sentido ritual, no moral», pues el honor y sus manifestaciones (entre ellas, los títulos) no tienen más que un «fundamento social»: son «instrumento (...) para mantener el orden jerárquico de la sociedad [ésta mental]» (MARAVALL, *op. cit.*, p. 79).

(40) CLAVERO, *Apéndice...*, cit., pp. 458-463.

mento de Derecho de familia, aunque, eso sí, al servicio de la «reseñorialización» o reacción señorial, nobiliaria o feudal.

En cuanto «cláusula general de razonabilidad», el artículo 14 CE obliga a fundar racionalmente cualquier diferencia de trato jurídico, correspondiendo la carga de justificación a quien defienda el trato diverso. «Racionalmente» significa aquí varias cosas: primero, un cierto tipo de racionalidad *material*, es decir, concordancia o cuando menos respeto de los valores en que se funda la Constitución; después, un cierto tipo de racionalidad *formal*: si la diferencia de trato jurídico persigue un cierto fin (constitucionalmente lícito), el régimen diferencial concretamente establecido debe ser el adecuado y proporcionado a esa finalidad.

De aquí se infiere, ante todo, que un examen a la luz del art. 14 CE no puede partir de ninguna premisa que no sean las internas a la propia Constitución. En otras palabras: la mera existencia de una institución social no es de por sí un argumento en pro de su constitucionalidad. La Constitución reconoce positivamente ciertas instituciones (entendiendo esta palabra en un sentido amplio que abarca desde las Fuerzas Armadas, los partidos políticos o los sindicatos a la familia, la propiedad o la libertad de empresa). Nada dice sobre la nobleza titulada: su mera existencia —arrastre del pasado— es un «hecho» en principio «lícito» (STC 27/82, de 24 de mayo, F. j. 2.º), salvo que otra cosa se deduzca de un examen jurídico constitucional más detenido. Una institución reconocida constitucionalmente tiene su pervivencia asegurada mientras rija la norma suprema; una institución no reconocida necesita justificarse constitucionalmente. Su mera existencia *de facto* no puede servir de premisa, expresa o tácita, para fundar su perdurabilidad.

Pues bien, el razonamiento de la sentencia en pro de la primogenitura incurre ante todo en esta especie de «positivismo social y cultural»: *puesto que* la nobleza titulada existe («para mantener la subsistencia de instituciones seculares»), y *puesto que* los títulos se heredan como un *quid* indivisible («partiendo del carácter indivisible del título nobiliario»), *entonces* ha de considerarse que el principio de primogenitura, única base posible para las sucesiones nobiliarias, proscrito ya el sexo como razón de preferencia, tiene «justificación objetiva y razonable». Pero el razonamiento correcto es el inverso: *sólo si* la primogenitura es un principio no discriminatorio —concorde *en sí mismo* con el art. 14 CE—, podrá concluirse que es compatible con la Constitución la sucesión de los primogénitos en una merced nobiliaria indivisible. Pero si la primogenitura no pasa el *test* de constitucionalidad, entonces o bien habrá que buscar un principio no discriminatorio que permita la sucesión *mortis causa* en las dignidades nobiliarias indivisibles (por ejemplo: el mérito, según el cual sucedería en la merced aquel de los llamados

del mismo grado que, con abstracción del sexo y edad, contara con mayores méritos), o bien las dignidades nobiliarias dejan de ser «indivisibles» (y se convierten en algo parecido a los apellidos), o bien deberá desaparecer por inconstitucional el carácter perpetuo de las mercedes, es decir, su transmisibilidad hereditaria. Veamos ante todo los argumentos que da la Sala 1.^a del TS en pro de la primogenitura *en sí misma considerada*, y una vez criticados y demostrado así el carácter discriminatorio del principio de primogenitura, estudiaremos más detenidamente las tres opciones que nacen de la inconstitucionalidad de ese principio.

a) El *primer argumento* de la Sala 1.^a dice así: la primogenitura «se asienta y fundamenta en un orden lógico, elemental y necesario para la seguridad jurídica y viene a ser un criterio preferencial que deriva de la propia naturaleza de las cosas». El argumento carece de fuerza, porque *cualquier* criterio de preferencia que conduzca a identificar *un* sucesor en la merced satisface la seguridad jurídica. Este argumento podría justificar la discriminación por sexo o por raza, ya que ellos podrían servir también a la «seguridad jurídica» y a la «naturaleza de las cosas», en cuanto son aptos para excluir a unos sucesores y preferir a otros hasta llegar a uno solo. Pero la seguridad jurídica y la naturaleza de las cosas son *topoi* (lugares comunes de la retórica jurídica) meramente formales: expresan la necesidad de que haya un criterio o unos criterios para hacer posible la sucesión *mortis causa* en una merced indivisible, pero no sirven para determinar cuál haya de ser ese criterio *in concreto*. Por otro lado, el argumento —como suele suceder en tantas ocasiones cuando anda en danza la «naturaleza de las cosas»— tiene una parte de petición de principio, es decir, hace supuesto de la cuestión, por emplear una expresión cara a nuestro Tribunal de casación civil. La *naturaleza de las cosas* sólo coopera a justificar la primogenitura, dando por descontado que la sucesión *mortis causa* en las mercedes indivisibles se ajusta a la Constitución y que, además, la primogenitura no es discriminatoria (41).

b) El *segundo argumento* dice que el principio de primogenitura es «puntual expresión» de la máxima *prior tempore, potior iure*, «que rige y se aplica en numerosos campos del Derecho».

Prior tempore, potior iure puede ser razón de preferencia en la adquisición de una ventaja jurídica tratándose de *conductas* humanas. Pero un *hecho* jurídico —la prioridad cronológica en el nacimiento— no puede constituir, por sí mismo, base suficiente para un trato de preferencia. Decaido el valor de la argumentación mítico-religiosa (arquetipos bíblicos de conducta) y del

(41) La primogenitura pretende fundamentarse *ex natura rei* ya en Paulo de Castro (primera mitad del siglo xv): CLAVERO, *Apéndice...*, cit., p. 436.

craso y falso biologismo nobiliario, un trato preferente sólo deja de ser discriminatorio si tiene fundamento racional. Y por sí sola, la mera precedencia cronológica de un hecho biológico no es base racional para ningún trato de ventaja. Sólo si esa prioridad temporal expresa un valor jurídico con racionalidad sustantiva (v. gr., premio a la mayor diligencia), podría alcanzar eficacia justificante (42).

c) El tercer argumento de la sentencia es doble: el principio de primogenitura es razonable «en cuanto contrario a la institucionalización del desorden y de la inseguridad jurídica» y aparece «consagrado y avalado (...) por la propia realidad jurídico-social en numerosas manifestaciones de la vida cotidiana».

En su primera parte, el argumento es reiterativo del ya examinado en el apartado a). Como allí dijimos, el argumento da por sentado que las mercedes nobiliarias perpetuas son ajustadas a la Constitución, y que la sucesión *mortis causa* en dignidades nobiliarias indivisibles no merece reproche de inconstitucionalidad. Por otro lado, la eliminación del desorden y la inseguridad jurídica justificará, como mucho, que existan criterios de preferencia para identificar un sucesor en la merced indivisible, pero no que este criterio haya de ser la primogenitura o cualquier otro criterio contrario a la Constitución por discriminatorio.

La apelación a la «realidad jurídico-social» y a la «vida cotidiana» es, una vez más, claudicación ante las vigencias valorativas del momento («positivismo cultural»). Pero el principio constitucional de igualdad no puede medirse por la «realidad jurídica y social» y la «vida cotidiana», sino que la «realidad jurídica y social» y la «vida cotidiana» deben medirse por el principio constitucional de igualdad. La «realidad social» y la «vida cotidiana» están llenas de conductas discriminatorias por razón de raza y sexo, y la «realidad jurídica» ha de estar bajo la Constitución y no sobre ella.

d) El cuarto argumento de la Sala 1.^a remite a los «tiempos pasados» («derecho sucesorio general del mayorazgo») y al «Derecho vigente preconstitucional» (art. 31 del CC y Derecho civil catalán).

El artículo 14 CE no puede ser interpretado ni por los tiempos pasados ni por el Derecho preconstitucional. Es el artículo 14 CE quien debe ser la norma para juzgar de lo que se practicó en los tiempos pasados y de lo que establecía el Derecho preconstitucional, que sólo sigue válido y vigente en cuanto no se oponga a la Constitución.

(42) Por eso *prior tempore potior iure* premia a quien es más diligente en inscribir o en tomar posesión.

En los tiempos pasados, la preferencia del primogénito se fundó en la antropología nobiliaria o en la Biblia. Contra la antropología nobiliaria siguen valiendo, en el plano del discurso moral, las palabras de la exposición de motivos del Decreto de 25 de mayo de 1873, firmado por don Estanislao Figueras, presidente del Gobierno de la República, y refrendado por don Nicolás Salmerón, que es el autor del Preámbulo: «¿Cómo, ante el principio de igualdad humana, mantener que puede serse más o menos hombre?» (43).

(43) La exposición de motivos del Decreto de 25 de mayo de 1873 comienza afirmando que, proclamada la República por las Cortes, deben desaparecer, «o a lo menos dejar de tener representación en el Estado», aquellas instituciones «que, sólo dada la regia, tienen sentido y fundamento». Y «¿qué tiene en nuestra patria un carácter más pronunciadamente monárquico ni más contrario a los principios democráticos (...) que la existencia de prerrogativas y títulos de nobleza?». Tras calificar a la nobleza de «ciudadanía de artificio» y reconocer sus méritos históricos, se la reputa «institución sin vida». Razona luego el preámbulo la contradicción entre nobleza titulada y principios democráticos: «Reconocen y garantizan hoy por fortuna nuestras leyes todos los derechos inherentes a la persona humana; ordenan que las cargas y funciones del Estado sean distribuidas entre todos los ciudadanos según el mérito y la capacidad (...); fúndase en la justicia, que a todos ampara y considera, el régimen establecido: ¿cómo pronunciar delante de ellas nombres que significan distinción de castas? ¿Cómo, entre la ciudadanía universal y legítima, fundada en la naturaleza, ha de quedar esa otra de concesión más o menos arbitraria [recordemos: ciudadanía de artificio] (...)? ¿Cómo, ante el principio de igualdad, mantener que puede serse más o menos hombre?»

En su parte dispositiva, el Decreto prohibía conceder títulos y expedir cartas de sucesión de los existentes, «ni podrán inscribir ni incribirse con ellos en el Registro Civil los que los posean, como tampoco emplearlos en documentos oficiales o cualesquiera otros escritos, actos o ceremonias que se relacionen con funciones propias del Estado» (art. 3), pero sin impedir su uso «en las relaciones privadas y sociales». (No es posible detenerse ahora a considerar si la constancia del título nobiliario en el Registro Civil, en el documento de identidad o en documentos oficiales es o no es constitucionalmente justificable; véase TABOADA ROCA, *Las sucesiones nobiliarias... cit.*, pp. 92 a 104.)

A esta exposición de motivos pretendió dar respuesta doctrinal el preámbulo del Decreto de 25 de junio de 1874. Este Decreto va firmado por el General Serrano (Duque de la Torre, como se sabe) y refrendado por don Manuel Alonso Martínez, «varias veces Ministro de la Corona» después de 1874, según quedó dicho al crearse el marquesado de Alonso Martínez el 12 de junio de 1891 (*Grandezas y títulos del reino, Guía Oficial*, Madrid, 1988, pp. 150-151). El Decreto de 1874 reservaba la concesión de los títulos a las Cortes para «evitar prodigalidades deplorables». Su preámbulo alegaba que «grave error sería (...) imaginar que sólo en las Monarquías pueden existir títulos nobiliarios por ser únicamente compatibles con esta institución las distinciones honoríficas», para aseverar luego, con notoria injusticia si pensamos en el pobre don Nicolás Salmerón, que «esas distinciones sólo ofenden a las pasiones demagógicas que, empezando por negar la patria y queriendo privar a la personalidad humana de sus nobles

Para que valieran los argumentos bíblicos sería preciso que la Constitución se fundara no en la libertad religiosa (art. 16.1 CE), sino en la Biblia (es decir, que se fundamentara en el reconocimiento de que Dios se revela en el particular conjunto de libros que conocemos como Biblia, que todos deben aceptar y obedecer), y que, además, fuera vinculante la interpretación bíblica de Alfonso el Sabio, Tiraqueau o los mayorazguistas.

Respecto al Derecho preconstitucional, es dudoso si el artículo 31 CC se aplica a las sucesiones nobiliarias, y nada garantiza no ya la conformidad del artículo 31 CC con el artículo 14 CE, sino la corrección constitucional de que la ley reconozca derechos al primogénito sólo por serlo (44). Excede de este trabajo el examen del Derecho catalán de sucesiones; pero no deja de ser muestra de debilidad argumental el que, al parecer, se entienda que los *hereus* van a justificar constitucionalmente a la nobleza titulada.

Los argumentos, pues, carecen, a nuestro juicio, de toda solidez. De la preferencia sucesoria que beneficia a los primogénitos cabe decir exactamente lo mismo de lo que la Sala 1.^a dice de la preferencia por masculinidad. Si no se puede postergar o dar trato de inferioridad a la mujer «por el mero e inevitable hecho de serlo», tampoco se puede postergar a los segundogénitos o terciogénitos, etc., «por el mero e inevitable hecho» de haber nacido después. Nada justifica la «total y sistemática postergación» de los hijos de menor edad al primogénito, «precisamente por el hecho» de haber nacido después, pues de ese modo quedan afectadas y postergadas «toda una entera y mayoritaria categoría de personas» (los de menor edad frente al de mayor edad), lo que conduce a «la forzada subsistencia de un privilegio reservado» a los primogénitos. En resumen: si el régimen de las sucesiones nobiliarias ha de ser *sex-blind*, no menos habrá de ser *age-blind*, pues tanta o tan poca

atributos y aspiraciones generosas, pretenden fundar en el general rebajamiento la grandeza común de los ciudadanos».

Los dictámenes del Decreto del Duque de la Torre recibirían contestación en el preámbulo del Decreto del Ministerio-Regencia de 6 de enero de 1875. Tras calificar al régimen del Duque de la Torre como Gobierno «que, si bien conservaba el título de republicano, no manifestaba tener la misma fe en la bondad de esta forma política», añade que, restablecida «la Monarquía legítima, exige imperiosamente la conveniencia pública que desde luego aparezca adornada de esta prerrogativa [conceder grandezas de España y títulos del reino]», pues estas distinciones son «*natural cortejo de la institución monárquica*».

(44) Véase nota 30. Recordemos el tenor del artículo 31 CC: «La prioridad en el nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito». Los problemas de constitucionalidad se plantearán más respecto a la ley que reconozca derechos a los primogénitos que frente a la regla interpretativa establecida por el artículo 31 CC para determinar quién es primogénito en el caso de partos dobles o múltiples (el *prior natus*).

razón hay para un tipo de preferencia como para otra y tan discriminatorio es diferenciar por el sexo como por el hecho fortuito e inimputable de nacer antes o después. Innecesario será decir que el artículo 14 CE no distingue entre discriminaciones más o menos admisibles o tolerables, y que la atención periodística a unas discriminaciones y no a otras no pueden sepultar a estas últimas en el olvido ni justificar su perpetuación simplemente porque no estén de moda o porque los mismos discriminados no sean conscientes de su discriminación e incluso la acepten, cosa que ha pasado y pasa con muchas discriminaciones, comprendidas las que derivan del sexo.

El principio de primogenitura es, pues, tan discriminatorio como el de masculinidad. Como éste, discrimina tanto cuando se aplica dentro de la misma línea y grado como cuando determina la línea preamada, e incluso cuando da preferencia en los partos múltiples, y tanto en el orden regular como en el irregular.

LAS TRES OPCIONES

Si el sexo y la primogenitura discriminan inconstitucionalmente, se suscita un nuevo problema. Lo que hay que indagar es si existe un criterio no discriminatorio que sirva para hacer compatible con la Constitución la perpetuidad de las mercedes nobiliarias y, por tanto, la sucesión *mortis causa* en ellas. Para ello es necesario reflexionar sobre el sentido actual de la sucesión en los títulos nobiliarios.

No existe en nuestro ordenamiento vigente la condición jurídica de *noble*. En el Antiguo Régimen, dentro de la nobleza, se distinguía la titulada y la «baja nobleza» o hidalguía. La nobleza no titulada desapareció, y con ella, creo, la nobleza como condición jurídica (45). Sobreviven sólo los títulos nobiliarios. Ni siquiera debería hablarse de *nobleza titulada*, expresión que hoy día no puede significar otra cosa que «conjunto de personas físicas que tienen en común el poseer un título nobiliario». Ahora bien, ¿qué es un tí-

(45) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La legalidad sobre grandezas y títulos nobiliarios*, Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1948, p. 1371, espec. nota 7. Véanse las consideraciones —bienhumoradas— de TABOADA ROCA en *Las sucesiones nobiliarias...*, cit., pp. 242 a 248. La doctrina de la STC 27/82, F. j. 2.º, es rotundamente ésta: el título nobiliario «no es, como en el Antiguo Régimen, signo definitorio de *un status o condición jurídica estamental y privilegiada*». Lo prohíbe el artículo 14 CE; por eso cita expresamente al «nacimiento» este precepto constitucional.

Según MARAVALL, *Poder, honor y élites*, cit., p. 80, la sociedad estamental llevaba consigo «un principio de cierre», que se traducía en un «repertorio de reservas». Característico de esta sociedad es el «régimen de reserva de primacía social por primogenitura».

tulo nobiliario cuando no puede ser «signo definitorio de un *status* o condición jurídica estamental y privilegiada»? «Es —y no es más que eso— una preeminencia o prerrogativa de honor» (STC 27/82, F. j. 2.º). Pero una «prerrogativa de honor» en que se sucede por causa de muerte y que proporciona ventajas sociales bien tangibles. «Las mercedes nobiliarias», escribe Taboada Roca, conde de Borrajeiros, constituyen un «signo de preponderancia social y de distinción entre los ciudadanos» (46). Ahora bien, ¿puede admitir un Estado social y democrático que unos honores de creación estatal que dan preponderancia social y distinguen a unos ciudadanos de otros se cimenten en algo que no sea el mérito? Y sobre todo, ¿se transmite el mérito por herencia? ¿Qué justifica que, en el honor ganado por un padre o antepasado ilustre y meritorio, suceda —y obtenga así la ventaja social inherente al título— quien carece de todo mérito? A esto no se puede dar contestación con arreglo al sistema constitucional de valores. Nuestra Constitución garantiza la herencia en «la propiedad», esto es, en la esfera patrimonial (art. 33.1 CE); pero nada más. Las leyes pueden legitimar a los sucesores para ejercitar o accionar derechos o posiciones no patrimoniales correspondientes al causante. Pero es difícil de fundamentar constitucionalmente la sucesión en los méritos y, menos aún, su heredabilidad *perpetua*. Aun si se admite la sucesión en ciertos honores y distinciones, parece que una sucesión de este tipo tendrá que justificarse constitucionalmente en algo más que en un puro nexu biológico de parentesco (47). Y aquí es donde podría encontrar

(46) *Las sucesiones nobiliarias...*, cit., p. 64. Residuo, pues, del «régimen de reserva de primacía social por primogenitura» que, como propio de la sociedad estamental, vemos en la nota anterior («la sangre que se transmiten aquellos que poseen y se pasan en herencia una situación privilegiada»: MARAVALL, *Poder, honor y élites*, cit., p. 81).

(47) Es conocida la célebre carta de B. FRANKLIN a su hija sobre la proyectada «orden de Cincinato» (*El libro del hombre de bien*, Madrid, 1964, p. 105): «Una distinción merecida (...) es por su naturaleza personal y no puede comunicarse a los que nada han hecho para obtenerla. En la China, nación la más sabia de todas por su larga experiencia, el honor no *baja*, sino que *sube*. Si un hombre, en recompensa de su valor, es elevado por el emperador al rango de mandarín, sus padres tienen derecho por esto sólo a todos los honores y consideraciones de respeto debidas al mandarín, porque se supone que a la buena educación, a la instrucción y a los buenos ejemplos que ha recibido de ellos debe la dichosa oportunidad de servir a su país. Este *honor ascendente* es, pues, ventajoso al Estado porque excita a los padres a dar a sus hijos una buena y virtuosa educación. Pero el *honor descendente*, transmitido a una posteridad que nada ha hecho por merecerlo, es no tan sólo injusto y absurdo, sino muchas veces nocivo a la misma posteridad porque le inspira el orgullo y desdén de las artes útiles, etc.»

Como es bien sabido, el artículo I, sección 9, párrafo octavo, de la Constitución de

acomodo la idea de que el mayor mérito sirviera de criterio único de preferencia para determinar el sucesor. Pero este criterio es sumamente difícil de articular. Ante todo, ¿quién apreciaría el mérito? ¿El poseedor anterior, al que no se sucede según la ortodoxia vincular? ¿Debería apreciarlo el Rey, pues al Rey corresponde conceder honores y distinciones con arreglo al artículo 62.f) CE? Y aun llegando a una solución en este punto, ¿qué méritos han de apreciarse? ¿Deben ser del mismo tipo de los que justificaron la concesión o podrían ser de otro tipo? Si profundizamos en el mérito resultará al final que la idea misma de sucesión se evapora. Estimar los méritos de cada nuevo poseedor equivale a conceder el título de nuevo, con lo que propiamente desaparecería la sucesión.

La segunda opción es hacer de los títulos algo parecido a los apellidos, es decir, reforzar su función de identificación familiar, acaso poniendo fin a la indivisibilidad de las mercedes y moderando así las ventajas sociales inherentes a la titulación nobiliaria. Pero un título *cognomizado o apellidificado* deja de ser un verdadero título nobiliario (48).

Así, las dos primeras opciones llevan a la tercera. *Sint ut sunt aut non sint* (sean como son o no sean) era el lema de nuestro anterior trabajo. *Non sint* es lo que parece imponerse (49). El hilo de la discriminación por el sexo nos lleva al ovillo del *non sint*. Y es que, como alguna vez he recordado, a propósito de la *Drittwirkung* precisamente, *der Wert hat seine eigene Logik* (el valor tiene su propia lógica) (50). ¿Y qué son las discusiones sobre derechos fundamentales sino discusiones sobre valores?

los Estados Unidos de América dispone: «Los EE. UU. no concederán ningún título nobiliario. Y ninguna persona titular de cargos retribuidos o discernidos por ellos podrá aceptar, sin el consentimiento del Congreso, ningún presente, emolumento, cargo o título del tipo que sea de un Rey, Príncipe o Estado extranjero.»

(48) La disposición transitoria XIV de la vigente Constitución de la República italiana dispone: «No se reconocen los títulos nobiliarios.» Sin embargo, añade: «Los elementos (*predicati*) de los que existían antes del 28 de octubre de 1922 valdrán como parte del nombre.» Es de interés la sentencia de la Corte Costituzionale núm. 101/67, que probablemente influyó en algunas formulaciones de la STC 27/82. La citada sentencia italiana niega toda relevancia jurídica a los títulos nobiliarios («*in una parola, essi [los títulos] restano fuori del mondo giuridico*»). En consecuencia, los Jueces y Tribunales tienen prohibido «dirimir controversias respecto a pretensiones a las que la Constitución niega carácter jurídico»; y esto incluso cuando, a los efectos de la *apellidificación (cognomizzazione)*, se pida al juez que valore las vicisitudes del título con arreglo a las reglas propias del *regime successorio nobiliare*.

(49) *Non sint* limitado a la perpetuidad o la sucesión *mortis causa* en las mercedes nobiliarias, claro está.

(50) La frase es de C. SCHMITT (y de su discípulo E. FORSTHOFF). Véase *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...*, cit., pp. 144 y 145.

Aquí pediría la retórica punto final, y no reprocharé al paciente lector que acabe aquí sus trabajos. Pero me comprometí a tratar de dos puntos más: la «irretroactividad» de la nueva norma jurídico-nobiliaria y algunos problemas de interpretación que suscita el artículo 57 CE en puntos relacionados con los que veníamos tratando.

LA IRRETROACTIVIDAD O COMO RAZONAR POR LAS CONSECUENCIAS

A la proclamación judicial solemne del carácter discriminatorio del principio de masculinidad no pueden atribuírsele efectos retroactivos respecto a las sucesiones producidas antes de entrar en vigor la Constitución, y así lo recoge en su fallo la sentencia de 28 de abril de 1989. No sólo eso: la misma sentencia da ejemplo y aplica su propia doctrina sobre la irretroactividad en el punto de los «cuartos abuelos» negándose a privar de carácter preferente a la línea encabezada por el cuarto abuelo del demandado, pese a reposar esa preferencia en una discriminación por sexo.

Es cierto que la Constitución no contiene ninguna cláusula de retroactividad. Pero la sentencia que estudiamos no ha tenido demasiado en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la norma suprema a situaciones jurídicas duraderas de origen preconstitucional. Para la jurisprudencia constitucional han tenido importancia decisiva las últimas palabras de la disposición transitoria 2.^a, 1, LOTC, esto es, la cuestión del agotamiento o no agotamiento de efectos de las situaciones de origen preconstitucional, lo que en más de una ocasión ha llevado a consagrar una retroactividad de tipo mínimo (y aun medio), por seguir la clasificación de tipo de retroactividad hecha por De Castro, que el TC a veces ha parecido acoger (51). Algunas de las SSTC que tratan del problema de la retroactividad de la Constitución se refieren precisamente al principio de igualdad. Bastará con algunas indicaciones someras.

La *STC 110/87, de 1 de julio, F. j. 2.º*, resume la jurisprudencia constitucional más común: «Es doctrina ya reiterada de este Tribunal que no puede aplicarse la Constitución retroactivamente a situaciones que, planteadas antes de su entrada en vigor, *habían agotado sus efectos cuando se pro-*

(51) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 649. En la jurisprudencia constitucional, véanse, por todas, las SSTC 6/83, de 4 de febrero, FF. jj. 2.º y 3.º, y muchas de las que luego se citan. La importante STC 126/87, de 16 de julio, FF. jj. 9.º y ss., parece, en cambio, recibir la distinción jurisprudencial alemana entre retroactividad genuina y retroactividad impropia. Muy recientemente: STC 97/90, de 24 de mayo, FF. jj. 4.º, 5.º y 6.º.

dujo aquella.» Para la STC 35/87, de 18 de marzo, F. j. 3.º, asunto Pablo Serrano, en ningún caso cabe admitir una «retroactividad de grado máximo», es decir, la aplicación de normas constitucionales a los efectos consumados —antes de entrar en vigor la norma suprema— de una situación preconstitucional; pero, siguiendo la doctrina de las SSTC 9/81, de 31 de marzo, y 43/82, de 6 de julio (véase su F. j. 2.º especialmente), declara la STC 35/87 que «la Constitución tiene la significación primordial de establecer un orden de convivencia, *singularmente en relación con derechos fundamentales y libertades públicas*, debiendo por ello reconocerse que *puede afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad*, ya que, además, la disposición transitoria 2.ª, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo contra actos o resoluciones anteriores que no hubieran agotado sus efectos» (52).

En relación con el principio y derecho de igualdad —y precisamente en un caso de discriminación por sexo—, la STC 8/83, de 18 de febrero, sostuvo en su F. j. 3.º: «La igualdad se configura como un valor superior que (...) se proyecta con eficacia trascendente, de modo que *toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma preconstitucional* deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema proclama. Aquí están (...) las claves para la respuesta que en este punto se nos pide: la de la eficacia derogatoria de la Constitución de todas aquellas disposiciones que no son susceptibles de reconducirse por vías interpretativas al marco constitucional y *la de extensión del amparo que el principio de igualdad reclama a todas aquellas situaciones de desigualdad que persistan a la entrada en vigor de la Constitución.*» Esta doctrina había sido anticipada por la STC 7/83, de 14 de febrero, y fue confirmada por las SSTC 13/83, de 23 de febrero, y 86/83, de 26 de octubre (cuyo F. j. 2.º declara: «No hay aquí, pues, un problema de aplicación retroactiva de la Constitución, sino una cuestión concerniente a la *aplicación inmediata* de los preceptos constitucionales»). Por su parte, la STC 42/84, de 23 de marzo, F. j. 3.º, afirma que «la denegación con efectos posconstitucionales [de la pensión de viudedad a un viudo] *estaría perpetuando, vigente la Constitución, un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional*»; y la STC 80/82, de 20 de diciembre, F. j. 2.º, ya había proclamado que «todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, por lo

(52) La STC 9/81, F. j. 3.º, llega a decir que la inconstitucionalidad sobrevenida «produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación».

cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria nacida al amparo de la legislación preconstitucional». Pesa sobre los órganos judiciales el deber de eliminar la perpetuación posconstitucional de situaciones discriminatorias de origen preconstitucional (STC 59/82, de 28 de julio, F. j. 10.º), pues, como mantiene la STC 91/86, de 2 de julio, F. j. 1.º, «el respeto a la Constitución exige, sin duda, que se hagan desaparecer situaciones jurídicas (v. gr., la de excedencia forzosa impuesta por razón de sexo) nacidas de actos jurídicos contrarios al orden constitucional», si bien la Constitución carece de eficacia retroactiva para «crear *ex novo*, por su imperio, situaciones jurídicas que antes de su promulgación no llegaron a nacer». Creo que bastan estas citas para dar una idea de la jurisprudencia constitucional en el punto que ahora nos ocupa. Debe, sin embargo, recordarse que la STC 17/81, de 1 de junio, F. j. 4.º, parece considerar que, por imperio del artículo 758 del CC, la aptitud para suceder ha de determinarse en el momento de abrirse la sucesión («al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate»), por lo que una incapacidad especial de carácter discriminatorio —desde el punto de vista de la Constitución— surte todos sus efectos excluyentes («discriminatorios») si la sucesión se abrió antes de regir norma suprema y no puede invocarse ésta para redistribuir el as hereditario.

Volvamos ahora a nuestra sentencia. Ha de notarse, en primer lugar, la asimetría con que opera, desde el punto de vista intertemporal, la inconstitucionalidad del principio de masculinidad. Sirve para hacer fracasar (da razón para desestimar) acciones declarativas de mejor derecho genealógico de carácter *masculinista*, es decir, en que el demandante invoca a su favor el principio de masculinidad como base de su mejor derecho; pero no sirve para hacer triunfar acciones declarativas *feministas* o antidiscriminatorias que se basen justamente en la inconstitucionalidad del principio de masculinidad para fundar su mejor derecho genealógico. Es claro que con la primera tesis (el «fracaso» de las acciones masculinistas emprendidas después de regir la Constitución) es constitucionalmente exacta: el artículo 53.1 CE vincula a los Jueces y Tribunales a desestimar las pretensiones de quienes invoquen un principio —el de masculinidad— contrario al artículo 14 CE, precepto aplicable a estas relaciones jurídicas privadas. En síntesis, si el artículo 14 se aplica inmediatamente a las sucesiones nobiliarias *mortis causa*, entonces deben desestimarse las acciones que hemos llamado *masculinistas*.

Menos claro parece el caso de las acciones *feministas*. Con arreglo a los principios de la sucesión vincular, el artículo 758 del CC (y la doctrina de la STC 17/81 que lo invoca) es difícilmente aplicable, ya que no se sucede por derecho hereditario, sino de sangre. El litigio de mejor derecho genealógico

aparece como una disputa entre un poseedor *de facto* y otra persona que afirma un mejor derecho a poseer (*ius possidendi*) y un mejor derecho de posesión (*ius possessionis*) en virtud de la civilísima (Ley XLV de Toro, Novísima Rec., 11,24,1), de manera que el poseedor *de facto* es, según la jurisprudencia y la doctrina nobiliaria, un puro precarista. Es así bastante dudoso que la fecha de iniciación del precario, antes o después de la Constitución, pueda ser decisiva. El precario posesorio del título es típicamente una situación que se perpetúa y a la que no parece imposible aplicarle la línea jurisprudencial representada por las SSTC 8/83 y su progenie o 42/84. Juzgo perfectamente sostenible que la posesión precaria de un título nobiliario, asentada en una discriminación inconstitucional, no deba seguir perpetuándose después de la Constitución. En mi opinión, el art. 53.1 CE vincula a *estimar* las acciones que he apellidado *feministas*, con tal de que no haya transcurrido el plazo de prescripción.

La tesis de la Sala 1.ª del TS que restringe la prosperabilidad de las acciones declarativas *feministas* por consideraciones de irretroactividad, constituye en el fondo un razonamiento justificable por motivos de prudencia, pero no por razones de estricto Derecho. Tiene razón la sentencia al temer «la alteración y conmoción de la inmensa mayoría o práctica totalidad de la situación actual de títulos nobiliarios». Pero la Sala 1.ª del TS se conduce aquí como lo haría un Tribunal Constitucional que tomara en cuenta el impacto político, económico o social de sus decisiones cuando controla la constitucionalidad de las leyes. Para Larenz (54), toda decisión judicial que se orienta por las consecuencias es una «resolución política», por lo que, a su juicio, «en la actividad resolutoria normal, particularmente de los Tribunales civiles, la pregunta por las consecuencias ulteriores que, por ejemplo, sobrevengan de la resolución pensada —por ejemplo, la cuestión de las consecuencias económicas no deseadas de una apertura de quiebra legalmente preceptuada o de la nulidad de un contrato— no juega en general de modo alguno», a diferencia de lo que sucede con el Tribunal Constitucional, que «no puede proceder según la máxima: *Fiat iustitia; pereat res publica*». Ahora bien, la tesis de Larenz puede ser correcta en la esfera del Derecho legal, es decir, cuando el legislador ha optado claramente en ejercicio de su libertad política de configuración; pero lo es menos en la creación judicial del Dere-

(53) LÓPEZ VILAS, *Régimen jurídico...*, cit., pp. 72-74; TABOADA ROCA, *Las sucesiones nobiliarias...*, cit., pp. 39, 65-66 y 198 y ss.; VALLTERRA, *Derecho nobiliario...*, cit., pp. 287 y ss.

El poseedor es precarista, a condición, claro, de que no sea el poseedor óptimo.

Sobre el juicio de tenuta, CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., pp. 251-254.

(54) *Metodología del Derecho*, «Epflogo», 2.ª ed., definitiva, Barcelona, 1980, p. 504.

cho, en la que el margen de libertad lo disfruta el Juez o Tribunal. Por tanto, es apropiado que, en Derecho nobiliario, los Jueces y Tribunales civiles usen de consideraciones de oportunidad, ponderando los efectos prácticos de sus soluciones, aunque esa ponderación debería ser expresa y razonada. Hay límites, sin embargo, a este «razonar por los efectos», y entre ellos se cuentan los derechos fundamentales según el contenido que les haya atribuido el intérprete supremo de la Constitución, cuya jurisprudencia en esta materia vincula a todos los Jueces y Tribunales del Poder Judicial (arts. 5.1 y 7.2 LOPJ). Por esta razón, creo pueden mantenerse serias reservas a la restricción de las acciones declarativas *feministas*.

Pasemos ya a nuestro último punto: el art. 57 CE.

EL ART. 57 CE: ALGUNAS CUESTIONES

No puede decirse que el artículo 57 CE se cuente entre aquellos que se han beneficiado de una mayor atención doctrinal, lo que no deja de ser algo sorprendente en un país que ha padecido guerras civiles por cuestiones sucesorias.

Por razones del todo evidentes, el artículo 57 tampoco ha podido ser aclarado interpretativamente por el Tribunal Constitucional, y es poco probable que alguna vez lo sea. Los órganos constitucionales que, normalmente, habrán de interpretar este precepto serán las Cortes Generales, el Rey y el Gobierno. Y, sin embargo, el precepto ofrece algunas cuestiones dignas de interés.

La sentencia que comentamos niega que las normas sobre la sucesión a la Corona, pretéritas (Partidas 2,15,2) y, *a fortiori*, vigentes, sean aplicables a las sucesiones nobiliarias *mortis causa*. «La sucesión a la Corona es de Derecho público constitucional», carácter que «no puede hacerse extensivo a las sucesiones civiles o privadas de títulos nobiliarios». Tesis, desde luego, exacta, pero sobre la que conviene reflexionar con más amplia perspectiva histórica.

Hoy, es cierto, las sucesiones nobiliarias son «civiles o privadas», pero no siempre fue así. En el Antiguo Régimen, el Derecho de las sucesiones nobiliarias era *ius publicum*, o al menos «derecho privado de interés público», como sostiene Clavero (55). Bien dice este grave autor que, en el orden de la sucesión nobiliaria, «se apreciaba una utilidad, bien o *ius publicum* (...); con *jurisdicción* y *dignidad*, era público el interés de la propia familia que

(55) *Apéndice...*, cit., p. 471.

así constituía entidad política, *quasi civitas*» (56). No puede extrañar que nuestros mayorazguistas concibieran el reino como un mayorazgo: *Regnum Castellae est caput omnium Hispanorum primogeniorum* (el reino de Castilla es cabeza de todas las primogenituras españolas), pues *Regnum ipsum maioratum est* (el reino mismo es un mayorazgo), dirá Molina. Para Asso y De Manuel, «en la semejanza de los mayorazgos particulares con la Corona se fundan los siguientes principios: 1.º, que todo mayorazgo sea indivisible (...); 2.º, que esta indivisibilidad siga cierto orden de sucesión; 3.º, que los mayorazgos sean perpetuos» (57). Al tratar de la cláusula de armas y apellidos, ilustra Molina la excepción de que el mayorazgo más moderno —pero de mayor calidad y excelencia— preceda al más antiguo con el ejemplo de los reinos de Castilla y León, en que la *magnitudo* (grandeza) del primero prevalece sobre la *vetustas* (antigüedad) del segundo (58). La consecuencia de que *Regnum ipsum maioratum est* no puede ser otra que la aplicación de Partidas 2,15,2 a las sucesiones de los mayorazgos. Según Molina, *legem Partitarum non solum in regni successione sed in aliis primogeniis disponere pluribus rationibus probatur* (esto es: por varias razones se prueba que la ley de Partidas rige no sólo en la sucesión del reino, sino en otras primogenituras) (59).

Todo esto pertenece irrevocablemente al pasado por lo que toca a las sucesiones nobiliarias. Pero ¿y la sucesión en la Corona de España? Pues

(56) *Apéndice...*, cit., p. 468. *Quasi civitas* es calificación de P. KNIPSCHILDT, autor de *Tractatus de fideicommissis*, según CLAVERO, *Apéndice...*, cit., p. 460.

(57) CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., pp. 91 y ss., espec. nota 95.

(58) CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 257, nota 100.

(59) CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 212, espec. nota 3. «La Couronne, qui était le grand fief» [feudo], dirá MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XXXI, 33.

Es digno de resaltar lo que refiere GONZÁLEZ ALONSO en *La historia de la sucesión en el trono*, cit., pp. 26 y 27. Al reunirse Cortes en 1789 para tratar de la derogación del Auto acordado de 1713, los obispos del reino emitieron un dictamen que decía así: «Señor, el fundador de un nuevo mayorazgo puede sin duda establecer el orden de sucesión de una manera irregular, y por agnación rigurosa, porque los bienes con que funda el mayorazgo son libres y le pertenecen, mas el que hereda un reino o mayorazgo en que la sucesión es regular y no por agnación rigurosa no tiene el derecho que tuvo el fundador para alterar una parte esencial del mismo; podrá renunciar para sí personalmente a la posesión del mayorazgo, mas en ningún caso podrá hacer cosa perjudicial a los derechos de sus hijos y descendientes llamados a la sucesión por la ley, la fundación y la costumbre inmemorial.»

La *constitucionalización* hace indisponible el régimen sucesorio de la Corona para el Rey, para las Cortes (salvo allí donde la propia Constitución las habilite) y para los demás órganos públicos (así, con referencia al monarca, GONZÁLEZ ALONSO, *La historia de la sucesión en el trono*, cit., p. 30).

acontece que si la sucesión en los mayorazgos (en lo que de ellos sobrevive: algunos títulos) se ha separado de la sucesión en el trono, la sucesión en el trono no se separa tan fácilmente de la sucesión en los mayorazgos. El inciso segundo del artículo 57.1 CE comienza así: «La sucesión en el trono seguirá el *orden regular* de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.» Y ya nos consta de dónde viene la expresión «orden regular», empleada, por cierto, en todas las Constituciones monárquicas que España ha tenido al regular la sucesión al trono (art. 174 de la Constitución de 1812, art. 51 de la de 1837, art. 50 de la de 1845, artículo 77 de la de 1869, art. 60 de la canovista de 1876). También, pues, el «orden regular» del artículo 57.1 CE parece contener una remisión al pretérito.

El apartado 1 del artículo 57 CE debe siempre interpretarse en estrecha relación con los apartados 3 y 5 del mismo artículo, dos apartados objeto de crítica no siempre justa. Estos dos apartados se caracterizan por dar intervención a la representación popular en la sucesión a la dignidad regia, atribuyendo a las Cortes el «proveer a la sucesión» si se extinguen todas las líneas llamadas en Derecho (apartado 3), y el resolver por ley orgánica sobre las abdicaciones, renunciias y «cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona».

El artículo 57.1 CE, inciso segundo, se distingue de la mayor parte de las Constituciones monárquicas anteriores en que *no ha limitado* los llamamientos a suceder en la Corona. El precepto llama, en efecto, a *todos* «los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón», esto es, descendientes, después ascendientes y luego colaterales. Las Constituciones del pasado —salvo una— eran todas más cautas: solían llamar a los «descendientes legítimos» y luego a *algunos* colaterales (60). Así, el artículo 50 de la Constitución de 1837 declaraba «Reina legítima de las Españas» a Isabel II; el artículo 51 establecía el orden regular en la sucesión «al Trono de las Españas», y el 52 decía: «Extinguidas las líneas de los *descendientes legítimos* de

(60) La salvedad se refiere a la Constitución de 1869, cuyo artículo 77, párrafo segundo, es de idéntico tenor al inciso segundo del artículo 57.1 CE. Pero lo que era explicable en un momento en que España buscaba Rey (o don Juan Prim se lo estaba buscando), es bastante menos lógico cuando ya se tiene Rey y además se le menciona *nominatim* en el inciso anterior. Por lo menos, el artículo 78 de la Constitución de 1869 limitaba los llamamientos a «la dinastía que sea llamada a la posesión de la Corona». Si esta dinastía se extinguiera, «las Cortes harán nuevos llamamientos como más convenga a la nación» (cf. art. 57.3 CE).

doña Isabel II de Borbón, sucederán, por el orden que queda establecido [el «regular»], su hermana y los tíos hermanos de su padre, así varones como hembras, y sus legítimos descendientes, si no estuviesen excluidos» (61). El artículo 57.1 CE habla, en cambio, genéricamente «sucesores», *todos* los sucesores: descendientes, ascendientes o colaterales (62). Ahora bien, el orden regular de suceder es un formidable mecanismo que no cesa de «producir» llamamientos; teóricamente llama *in infinitum*. Por tanto, el modo en que está redactado el artículo 57.1 CE haría más remota la posibilidad de que se produjera el supuesto del artículo 57.3 CE (es decir, la decisión de las Cortes proveyendo a la sucesión), sencillamente porque, al no haberse limitado los llamamientos a colaterales en el artículo 57.1 CE, sería difícil que se extinguieran «*todas* las líneas llamadas en Derecho». Esta conclusión es políticamente inaceptable porque llega a hacer ilusorio el poder de proveer

(61) Otros ejemplos: artículo 180 de la Const. de 1812; art. 51 de la Const. de 1845 (idéntico tenor que el art. 52 de la de 1837); art. 61 de la Const. de 1876. Es bastante exacta la tesis patrocinada por M. ARTOLA (cf. GONZÁLEZ ALONSO, *La historia de la sucesión...*, cit., pp. 30 y 31, nota 49) de que, «en el fondo, no existió entre 1837 y 1931 más que un texto constitucional»; esto es aún más verdadero si se comparan las Constituciones de 1837, 1845 y 1876 en el punto que nos ocupa.

(62) El artículo 59.1 CE se refiere al «*pariente* mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución».

Es digno de nota que el artículo 57.1 CE no exige expresamente la legitimidad de la descendencia regia, a diferencia de las pasadas Constituciones monárquicas (arts. 175 y 180 de la Const. de 1812, art. 52 de la Const. de 1837, art. 51 de la Const. de 1845, art. 61 de la Const. de 1876; de nuevo es excepción la Const. de 1869).

Podría entenderse que el requisito de legitimidad va implícito en la referencia al «orden regular». Pero no es forzoso que este concepto haya de ser entendido con arreglo a los cánones (incluidos los morales y políticos) de los mayorazguistas del siglo XVI, sino que debería ser interpretado bajo el principio de unidad de la Constitución, aunque parece excesivo sostener que en la descendencia real opere la no discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (arts. 14 y 39.2 CE). Me inclino a pensar que, por las razones que luego daré, nos hallamos ante una duda sucesoria de derecho que pueden y deben resolver las Cortes por ley orgánica (art. 57.5 CE), sea con carácter general y abstracto, sea con carácter individual y concreto, en casos particulares que pudieran plantearse.

LÓPEZ VILAS, *La sucesión en la Corona...*, cit., pp. 140-141, entiende que por el principio de «limpieza genealógica o pureza de sangre» quedan excluidos los hijos ilegítimos y los adoptivos. Pero es difícil demostrar, sin cometer petición de principio, que pueda entenderse claramente recibido ese principio en el artículo 57.1 CE. No es concluyente el argumento de que en la sucesión regia no se aplican los artículos 14 y 39.2 CE porque no hay derecho fundamental a «ser rey o príncipe», argumento que recuerda al que criticamos ya en la nota 7 por no tener en cuenta el carácter «relacional» o relativo del derecho de igualdad, como derecho a no ser discriminado.

a la sucesión que el artículo 57.3 CE atribuye a la representación del pueblo español, en quien reside la soberanía nacional (63).

Para limitar los llamamientos por vía interpretativa, es necesaria una base en la Constitución. Ofrece en parte esta base la aposición: «Legítimo heredero de la *dinastía histórica*.» Estas palabras, que no envuelven apelación a ninguna fuente de legitimación trascendente a la Constitución (64), alcanzan un sentido jurídico-constitucional preciso si se las hace cumplir la función de limitar los llamamientos a «los sucesores» del actual monarca: éstos deberán pertenecer a «la *dinastía histórica*», entendiendo por tal *los Borbones españoles y sólo ellos*. Quien no pertenezca a la Casa española de Borbón no será «sucesor» de Don Juan Carlos I en el sentido y a los efectos del artículo 57.1 CE.

Por otro lado, sería, a mi juicio, lícito que las Cortes dictaran una ley

(63) Artículo 66.1 CE en relación con el art. 1.2 CE. Hay en esta forma de hablar una cierta licencia retórica: en cuanto poderes constituidos, el pueblo (si cabe hablar del 'pueblo' como poder constituido y no, v. gr., de cuerpo electoral) y la representación nacional no son soberanos. Cf. M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980, espec. pp. 149 y ss.

Esta tesis y las posteriores que la concretan pretenden hacer aplicación de un criterio general de interpretación cuya formulación más acabada se debe a M. ARAGÓN REYES, «La Monarquía parlamentaria», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI, *La Constitución española de 1978*, pp. 452 y ss., y es el de que el artículo 1.3 CE ha de descomponerse en «dos enunciados perfectamente discernibles: uno de carácter político y otro de carácter jurídico. El primero: la forma política del Estado español es la Monarquía; el segundo: la Monarquía española es una Monarquía parlamentaria. El primero enuncia la forma política del Estado, o mejor dicho, la forma del Estado desde el punto de vista político; el segundo enuncia la forma de Gobierno con indudable trascendencia jurídica». Y es que «la Monarquía parlamentaria no es una forma de Estado, sino de Gobierno, máxime cuando, como en nuestro caso (...), la soberanía no reside en el monarca, sino en el pueblo, que tiene como único y directo representante al Parlamento, y por lo mismo, más que de una Monarquía parlamentaria clásica se trata de una Monarquía parlamentaria democrática». Una crítica a esta interpretación, en M. FERNÁNDEZ-FONTECHA y A. PÉREZ DE ARMIÑÁN, *La Monarquía y la Constitución*, Madrid, 1987, pp. 134 y ss.

(64) Una explicación sensata de la razón política de estas palabras, en GONZÁLEZ ALONSO, *La historia de la sucesión al trono...*, cit., pp. 38 y 39.

No comparto la tesis de FERNÁNDEZ-FONTECHA y PÉREZ DE ARMIÑÁN, *La Monarquía...*, cit., p. 203, que pretenden utilizar la cláusula para limitar la libertad de apreciación política que el artículo 57.3 CE atribuye a las Cortes.

Desde luego, a la referencia a la «*dinastía histórica*» le es aplicable la doctrina constitucional sentada a propósito de los «derechos históricos» (véase especialmente STC 76/88, de 26 de abril, FF. jj. 1.º y 2.º). Esa referencia no supone el reconocimiento por la Constitución de una fuente de legitimación «anterior y superior» a ella.

orgánica regulando limitativamente los llamamientos a colaterales, considerando —con arreglo al artículo 57.5 CE— que el régimen sucesorio de éstos es —*todo él*— una gran duda de derecho (65). En general, la cláusula «cualquier duda de hecho o derecho» debe interpretarse con la *máxima* amplitud, de manera que abarque desde las lagunas que las Cortes aprecien en el régimen de la sucesión en la Corona (v. gr., exclusiones, porque es ridículo pensar que la *única* causa constitucionalmente lícita de exclusión sucesoria sea la del artículo 57.4 CE: contraer matrimonio contra la prohibición del Rey y de las Cortes) (66), hasta la decisión de cualquier punto controvertido, que, si se produjera en una sucesión de Derecho privado habrían de resolver los tribunales (v. gr., carácter matrimonial o extramatrimonial de un llamado si

(65) La cláusula de resolución por las Cortes de las dudas de hecho o de derecho en el orden sucesorio real es constante en nuestra tradición constitucional: art. 131.3.º de la Const. de 1812, art. 40.2 de la de 1837, art. 53 de la de 1845, art. 58.2 de la de 1869 y art. 63 de la de 1876.

A mi entender, no hay base ninguna para limitar la función que a las Cortes atribuye el artículo 57.5 CE a la regulación *general* de abdicaciones, renunciaciones y dudas, concibiendo la ley orgánica como ley de «desarrollo» del régimen sucesorio real (así, FERNÁNDEZ-FONTECHA y PÉREZ DE ARMIÑÁN, *La Monarquía...*, cit., p. 214, por ejemplo). No existe razón de peso para ceñir la potestad conferida en el artículo 57.5 CE por el constituyente a leyes orgánicas que sean al tiempo leyes formales y materiales. Los antecedentes históricos y el sentido primero del precepto obligan, por el contrario, a entender no sólo que son constitucionalmente *posibles* leyes orgánicas formales que autoricen una concreta abdicación o renuncia o solventen una duda particular de hecho o de derecho, sino que estas leyes orgánicas meramente formales son el *supuesto normal* del artículo 57.5 CE (coincidente, A. MENÉNDEZ REXACH, en su excelente *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid, 1979, pp. 378 y 380).

(66) El artículo 57.4 CE no debe interpretarse como si regulara la *única* causa constitucionalmente lícita de exclusión sucesoria, sino todo lo contrario: como un supuesto *excepcional* en que la exclusión se produce como consecuencia de infringir una prohibición de matrimonio *impuesta conjuntamente por las Cortes y el Rey*, y no sólo por las Cortes. Por lo demás, el artículo 57.4 CE debe interpretarse en «acción recíproca» con el artículo 32.1 CE (así lo apuntan FERNÁNDEZ-FONTECHA y PÉREZ DE ARMIÑÁN, *La Monarquía...*, cit., p. 228) y con otros preceptos constitucionales como los artículos 14 y 18.1 CE. El Rey y las Cortes pueden prohibir el matrimonio por razones de interés político general, pero no, v. gr., por razones de nacimiento o raza.

Así interpretado, el artículo 57.4 CE no impide que las Cortes regulen las causas de exclusión sucesoria o incluso que excluyan a una persona o personas *in concreto* (v. gr., por atacar contra la independencia nacional o contra la integridad del territorio español, por propugnar la subversión violenta del régimen constitucional, etc.). No comparto el temor de A. MENÉNDEZ REXACH, *La Jefatura del Estado...*, cit., p. 379, acerca de la «desnaturalización» de la cláusula de las dudas que contiene el artículo 57.5 CE, única palanca para remediar una regulación constitucional imperfecta y lagunosa.

sólo han de serlo los descendientes legítimos, típica «duda de hecho») (67). Porque, en efecto, la cláusula «cualquier duda de hecho o de derecho» entraña también una sustracción de materias ordinariamente reservadas a la jurisdicción. En la única sucesión *mortis causa* de Derecho constitucional no hay lugar para Jueces y Tribunales del Poder Judicial. El juez es el Reino mediante sus representantes: «cualquier duda de hecho o de derecho» encierra, desde luego, cualquier *res dubia*, disputa o conflicto sucesorio.

En fin, la separación entre sucesión constitucional en la Corona y sucesión civil en los títulos nobiliarios, rotundamente afirmada por la Sala 1.^a del TS, permite justificar, v. gr., que, en la interpretación del artículo 57.1, segundo inciso, de la Constitución no haya por fuerza que seguir a la jurisprudencia civil en la delimitación del concepto «orden regular». Incluso la noción misma de «orden regular» y todas sus implicaciones, de la que la legitimidad de la descendencia es sólo una (68), podría ser considerada como una gigantesca duda de derecho que las Cortes Generales podrían resolver, si lo juzgaran necesario o conveniente, por ley orgánica (69).

Muy lejos nos ha llevado la sentencia de la Sala 1.^a del TS de 28 de abril de 1989, y aún cabría ir más allá. Quédese esto para quien sepa y pueda hacerlo mejor.

(67) LÓPEZ VILAS, *La sucesión en la Corona...*, cit., p. 147, parece dudar de que puedan producirse «dudas de hecho» en la sucesión a la Corona. Un ejemplo histórico demostrará que pueden existir esas dudas. En el tratado de Troyes (1420), el que sería Carlos VII de Francia (*le roi de Bourges*) fue motejado de *soi-disant Dauphin*, «supuesto Delfín». Su propia madre, Isabel de Baviera (Isabeau), reina de Francia y esposa de Carlos VI, había declarado que el «supuesto Delfín» era «un bastardo, producto del adulterio» (E. PERROY, *La guerra de los cien años*, Madrid, 1982, p. 212). He aquí una «duda de hecho»: ¿quién fue el verdadero padre del Delfín?

A propósito del mayorazgo, discutió la doctrina si en la sucesión vincular debe regir una excepción al principio general de no prestar crédito —«*neque in foro contentioso (...) nec etiam in foro conscientiae*»: ni en el foro procesal (...) ni tampoco en el foro de la conciencia— a la declaración de la madre viuda sobre el carácter adúltero de sus hijos (CLAVERO, *Mayorazgo...*, cit., p. 243).

(68) Sobre la legitimidad de la descendencia, véase *supra*, nota 62.

(69) El modelo de argumentación propuesto, que amplía al máximo la «cláusula de las dudas» contenida en el artículo 57.5 CE, reposa —es patente— en el supuesto de que las Cortes no pueden regular las materias relativas a la sucesión en el trono más que en los puntos en que la Constitución así lo prevea. El supuesto no es indiscutible, aunque siempre debe tenerse presente el significado último de la *constitucionalización* de la sucesión real (véase nota 59, *in fine*).

