

«SINT UT SUNT AUT NON SINT»: PEQUEÑA CONTRIBUCION JURIDICO- CONSTITUCIONAL AL NOVISIMO DERECHO NOBILIARIO DE CREACION JUDICIAL

JESUS GARCIA TORRES

I

Sólo fruición ha podido deparar la lectura de los trabajos que publicó el *ABC* de Madrid los días 8 y 9 de noviembre de 1987, bajo el título general «Ante un nuevo derecho nobiliario» (1). Entre tales trabajos descuella el de don RAMÓN LÓPEZ VILAS, avisado jurisperito en materia nobiliaria y hoy magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que fue precisamente el ponente de las sentencias de esta Sala de 20 de junio y 27 de julio de 1987, motivo del periodístico debate y pretexto de esa breve nota. Si nuestra memoria no nos traiciona, es la primera vez que un magistrado ponente da amplia razón en un periódico de la doctrina sentada por las sentencias en que lo fue. Y pues así se nos convoca a la controversia pública, cedamos al espíritu del tiempo.

Declaremos ante todo el objeto de nuestro interés. No nos preocupa tanto la cuestión de derecho nobiliario en sí cuanto el uso que de la Constitución hacen las ya célebres sentencias en relación con el criterio de preferencia de los varones, a identidad de línea y grado, en las sucesiones nobiliarias. Trátase, al parecer, de *obiter dicta* (2), pero no erraremos si los consideramos como el anuncio de la futura derrota de la doctrina de la Sala 1.^a

(1) Páginas 61 a 66 del día 8 de noviembre de 1987 (R. LÓPEZ VILAS, «Ante un nuevo derecho nobiliario»); pp. 31 a 34 del día 9 de noviembre de 1987 (M. AMORÓS GUARDIOLA, «El problema de la preferencia del varón sobre la mujer en los títulos nobiliarios»; J. M. OTERO LASTRES, «La corriente irrefrenable de la historia»; I. DÍAZ DE BUSTAMANTE Y DÍAZ, «Nobleza y sucesión»; F. F. DE BOBADILLA, «Precisiones en torno a la no discriminación de la mujer»).

En este trabajo, CE quiere decir Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978; LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

(2) Como manifiesta la sentencia de 20 de junio de 1987, el carácter discriminato-

¿Y por qué esta preocupación? Sea o no consciente la Sala 1.^a, la contras-tación de la constitucionalidad del criterio de masculinidad hecha directa-mente por un órgano judicial ha de ser examinada contra el telón de fondo de una magna cuestión del Derecho constitucional contemporáneo, a saber: hasta qué punto y de qué modo los valores, principios y preceptos constitu-cionales en materia de derechos fundamentales —y la igualdad es, sobre valor y principio, derecho fundamental accionable en amparo constitucional (artícu-los 1.1, 14 y 53.2 CE)—, han de recibir aplicación también en las relacio-nes entre particulares, desbordando así su prístina y original esfera, las rela-ciones entre el poder público y el ciudadano. A este gran problema o grupo de problemas los conoce la ciencia jurídica constitucional alemana con el nombre de *Drittwirkung der Grundrechte*, y en la República Federal Alemana han sido, son y probablemente seguirán siendo objeto de polémica aguda y, a ve-ces, agria (2). Afirmar de forma tajante e irrestricta la aplicabilidad inme-diata y sin reservas, por obra del juez, de los valores, principios y preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede acabar invirtiendo su significación jurídica primaria y hasta llegar a convertirse en instrumento de limitación de la libertad (4). Algunos ejemplos dignos de reflexión nos saltarán en nuestro camino.

Bástenos, empero, por el momento con un llamamiento a la prudencia a la hora de decidir sobre la aplicación judicial de los valores, principios y normas constitucionales sobre derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. No es cosa esta que deba hacerse alegremente, despachándola con algunos tópicos sobre las corrientes o las mareas de la historia o sobre la tradicional opresión en la que, si hemos de creer a nuestros contemporáneos, vivieron nuestras madres y abuelas. Todavía peor sería proceder llevado de un espíritu de *zelote constitucional*. La Constitución es, en el aspecto que aquí importa, una norma jurídica, la suprema y fundamental del ordena-miento; pero una norma, un texto jurídico que hay que interpretar como deben interpretarse las normas y los textos jurídicos. No es un ídolo al que haya de rendirse culto sacrificando el intelecto; tampoco es el libro de una religión de salvación. Nuestra historia contemporánea demuestra, si algo, que

rio de la preferencia del varón sobre la mujer lo había apuntado ya otra sentencia de la misma Sala de 7 de julio de 1986, fundamento 2 (Aranzadi 4414). Volveremos sobre el *obiter dictum* de la sentencia de 7 de julio de 1986.

(3) Véase un balance de la doctrina y jurisprudencia alemanas, debido a la pluma de ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, en las pp. 19 a 38 de la obrita *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, escrita por el citado profesor y el autor de estas líneas.

(4) A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. GARCÍA TORRES, *op. cit.*, pp. 140-146.

muchas veces la idolatría constitucional puede ser el primer paso para el *trágala perro* y, lo que es peor, llegar a convertirse en un criterio para distinguir a los españoles en buenos y malos, tan eficaz como lo fue «*nuestra sancta fee catholica*» en manos de la Suprema.

Pero pasemos ya a nuestro asunto. Nos contentaremos con tres breves apuntes, una reflexión y un remate.

II

Las sentencias de la Sala 1.^a de 20 de junio y de 27 de julio de 1987 consideran abrogada por la Constitución la tradicional preferencia reconocida a los varones sobre las mujeres —a igualdad de línea y grado— para suceder en un título nobiliario. Estos títulos se han venido considerando indivisibles y los diversos criterios de preferencia en la sucesión sirven precisamente para eso: para determinar entre varios quién debe ser el sucesor (5).

Pero la Constitución no prohíbe solamente las discriminaciones por razón de sexo. Prohíbe también, por ejemplo, discriminar por el nacimiento. Discriminación por razón de nacimiento sería el dar tratamiento jurídico diverso a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (cfr. art. 39.2 CE), asunto no sin envidia para las sucesiones nobiliarias (6). Pero discriminación por razón de nacimiento podrá haberla también en la preferencia sucesoria del primogénito frente a los nacidos posteriormente. ¿Puede un mero accidente cronológico dar base objetiva y razonable para un diferente tratamiento jurídico?

(5) Sobre las sucesiones nobiliarias, M. TABOADA ROCA, conde de Borrajeiros, *Las sucesiones nobiliarias y su regulación legislativa después de la Constitución*, Hidalguía, Madrid, 1983. LÓPEZ VILAS, en su trabajo publicado en *ABC*, pp. 62 y 63, critica un pasaje de la p. 11 del libro del conde de Borrajeiros («muchas de sus afirmaciones de la Constitución no pasan de ser declaraciones programáticas, encaminadas a halagar a las masas y a sabiendas de que algunas de ellas son totalmente irrealizables, etc.»). No compartimos ni esta ni otras afirmaciones sobre la Constitución contenidas en el citado libro. La referencia al «halago de las masas», por ejemplo, nos evoca la idea difundida por los *philosophes* de que la religión era un invento de los sacerdotes. Fueran ciertas una y otra cosa, y nada se habría dicho sobre el significado objetivo de la Constitución o de la religión. El dolo del individuo no explica el sentido social de los fenómenos «Constitución» y «religión».

Hago la advertencia por que no se pueda acusar a esta nota de continuar la lucha del conde de Borrajeiros por otros caminos. Además, lo importante es el camino.

(6) Últimamente, STC 155/87, de 14 de octubre, fundamento jurídico 4. El *obiter dictum* de la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1986 afirma que la condición de «ser legítimo y legítimo matrimonio nacido» puede ser «considerada discriminatoria, al igual que la preferencia del varón sobre la mujer».

¿Qué pensar, pues, de un orden de suceder que pospone a un segundogénito sólo por ser segundogénito? (7). Nos hallamos ante criterios determinantes de preferencia sucesoria, es decir, disposiciones que, si quieren cumplir con su íntima finalidad, han de decidir en favor de uno y en detrimento de otro. Pero si el valor, principio y derecho constitucional de igualdad alcanza a impedir que los varones sean preferidos a las mujeres, ¿por qué razón habría de dar abono al privilegio de los primogénitos o de los hijos «legítimos»? ¿Simplemente porque llevamos algunos años hablando de la igualdad de la mujer? ¿Significará esto que una diferencia de trato es o no inconstitucional según que se hable poco o mucho de ella o *venda* mejor o peor en los periódicos? ¿Habrán de «organizarse» segundones y bastardos?

Tal vez alguien pueda pensar que no es difícil responder a las precedentes reflexiones: si resultara inconstitucional la preferencia sucesoria del primogénito, se vendría abajo con estrépito toda la sucesión *mortis causa* en las mercedes nobiliarias, tal y como hasta el momento ha venido produciéndose. Ciertamente es. Mas poco o nada deben importarnos las tradiciones y otras minucias frente a la perfecta realización del valor, principio y derecho constitucional de igualdad, tal y como lo entiende la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Acaso la Constitución impone un derecho nobiliario no discriminatorio, uno de cuyos pilares podría ser el carácter no indivisible sino compartido o común de los títulos nobiliarios. Se alumbraría así un derecho nobiliario progresivamente democrático, con el que al cabo de pocas generaciones todos o casi todos los españoles serían nobles en una suerte de resurrección de la hidalguía universal, otrora limitada a contados territorios peninsulares. Esta democratización de los títulos nobiliarios representaría una excelente manera de acabar con el elemento de privilegio, insito e inmanente, se quiera o no, en la idea misma de nobleza.

III

Vamos ahora a fijar nuestra atención en otra faceta del poliedro nobiliario. ¿Qué es lo que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha entendido abrogado por la Constitución? En principio una norma, la norma en cuya virtud, a falta de previsión expresa en la concesión o institución nobiliaria, se prefiere a los varones. Dejemos en suspenso la cuestión de hasta qué punto esa norma debe entenderse de creación jurisprudencial (*Richterrecht*) o puede

(7) Sobre la edad como posible fuente de discriminación: SSTC 75/83, de 3 de agosto, y 31/84, de 7 de marzo.

aislarse en un cuerpo legal histórico de forma precisa (derecho legal), pues las Leyes de Toro no regulan propiamente la sucesión en las dignidades nobiliarias sino la sucesión en los mayorazgos (8). Preguntémosnos sólo ahora: ¿*quid* si la concesión o institución del título prevén expresamente la preferencia masculina?

Parece la evidencia misma que, según las premisas de las dos sentencias de la Sala 1.^a, la cláusula de preferencia será inconstitucional por discriminatoria si la concesión tuvo lugar después de la entrada en vigor de la Constitución. El Rey, el Gobierno, el ministro de Justicia, el jefe de la Sección están todos vinculados por los derechos fundamentales declarados por el capítulo II del título I de la Constitución (art. 53.1 CE); y el primero de los derechos de ese capítulo es justamente el de no ser discriminado por razón de sexo o nacimiento. Nótese además que el artículo 61.1 CE obliga a que el Rey jure «respetar los derechos de los ciudadanos». La conclusión es llana: si alguna concesión nobiliaria posconstitucional la contuviera, la cláusula de preferencia de los varones deberá reputarse inconstitucional y nula o no puesta.

Pero ¿y las concesiones nobiliarias preconstitucionales? A éstas no se las puede aplicar la Constitución *pro praeterito*, pero sí *pro futuro*. Luego toda cláusula expresa de preferencia de los varones o cualquier otra contraria al artículo 14 CE contenida en concesiones o instituciones preconstitucionales no podrá aplicarse, por ser inconstitucional y nula, en sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución (9). Mejor dicho: los jueces y Tribunales, vinculados por los derechos fundamentales (arts. 53.1 LOPJ y 7.1 y 2 LOPJ), no podrán aplicar y, en su caso, deberán declarar inconstitucionales y nulas semejantes cláusulas expresas de preferencia contenidas en la concesión o institución cuando se trate de sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Constitución.

Llegados a este punto, ¿por qué detenerse en la sucesión nobiliaria? El valor, principio y derecho constitucional de igualdad debe penetrar en todo el derecho de sucesiones. Se abre así un ancho campo a la medición judicial de la constitucionalidad de las disposiciones testamentarias. No hay razón de peso para que el valor, principio y derecho constitucional de igualdad

(8) TABOADA ROCA, conde de Borrajeiros, *Las sucesiones nobiliarias*, cit., pp. 41 y ss. Véanse asimismo las sentencias de la Sala 1.^a que comentamos, de 20 de junio y 27 de julio de 1987, que afirman que el orden tradicional de suceder en los títulos nobiliarios, al que se refiere el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1984, «no es otro que el que rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes de Toro (1505)».

(9) STC 155/1987, de 14 de octubre, fundamento jurídico 4.

haya de ceder ante, por ejemplo, la libertad de testar. Aclaro esto: no hay razón que impida sostener que un juez o Tribunal pueda invalidar cualquier disposición testamentaria que discriminara indebidamente por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. Supongamos un testador que distribuye los tercios de mejora y libre disposición de forma igual entre todos sus hijos, con la excepción de uno de ellos, al que deja sólo la legítima estricta; y sigamos suponiendo que el testamento declara —o aunque nada diga, se prueba posteriormente— que el trato desigual se debió a que el hijo que recibió menos era afiliado a Alianza Popular, piadoso mulsumán o notorio bujarrón o bardaje (véase el Diccionario de autoridades). ¿Deberá el juez o Tribunal abstenerse de reaccionar contra una discriminación de este porte? Ha de notarse además que, con arreglo a la jurisprudencia constitucional sobre reparto de la carga de la justificación en los casos de discriminación, corresponde justificar lo razonable y no discriminatorio de la diferencia de trato a quienes la defiendan (en nuestro ejemplo, a los hermanos favorecidos): SSTC 68/1982, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 4; 81/1982, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 2; 103/1983, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 5; etc.

Saque cada cual las conclusiones que se le ofrezcan y bástenos a nosotros con destacar que el carácter normativo de la Constitución es compatible —al menos así lo han entendido algunos en la República Federal Alemana— con la *Drittwirkung* mediata. O dicho en cristiano: el artículo 14 CE vincula primariamente al legislador cuando emprenda la reforma del derecho de sucesiones (en general o sólo de la sucesión nobiliaria), pero no autoriza al juez a limitar la libertad de testar sin intervención legislativa y por aplicación directa del principio de igualdad (10).

(10) Al legislador corresponde primordialmente la *mediación* de la eficacia de los derechos constitucionales en la esfera jurídico-privada. Cuando el legislador omite esta *mediación*, es lícito que la cumplan los órganos encargados de la aplicación del derecho, los judiciales por sobre todos. En una reciente e importante STC (6/88, de 21 de enero, caso del periodista CRESPO), el Tribunal Constitucional ha perfilado muy pulcramente el criterio general de *mediación*: el derecho fundamental de libre comunicación de información [art. 20.1 d) CE] ha de enmarcarse «en el específico ámbito de derechos y obligaciones correspondientes a la relación jurídico-laboral» y «no podrá invocarse para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas» (fundamento jurídico 6). ¿Podrá invocarse el derecho de igualdad del artículo 14 CE para «romper» institucionalmente las sucesiones nobiliarias? La respuesta podrá ser afirmativa si se defiende la eficacia plena e *inmediata* de los derechos constitucionales en las sucesiones nobiliarias; podrá no serlo si se adopta la más templada tesis de la *mittelbare Drittwirkung*, hacia la que —según mi modesto entender— parece orientarse la STC 6/88.

IV

El tercer y último apunte se refiere a la calificación que merece el segundo inciso del artículo 57.1 CE, en que se establece la preferencia del varón sobre la mujer —a igualdad de grado— en la sucesión a la Corona, constitucionalizando así los criterios sucesorios tradicionales. Algunas sentencias del Tribunal Supremo habían echado mano de las normas constitucionales de sucesión a la Corona para elaborar la norma de decisión de litigios nobiliarios. Desde el punto de vista del procedimiento hermenéutico, se hacía así un uso analógico de las normas de sucesión en la Corona. Pues bien: para cerrar la posibilidad de usar analógicamente el artículo 57.1 CE (segundo inciso), se le califica de «ley excepcional», a la que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 4.2 del Código Civil (11). Se ha llegado a decir que «por patentes y poderosas razones, exclusivas y excluyentes, (...) la Corona es y merece ser excepción única a aquel principio» (el constitucional de igualdad) (12). La tesis no me parece sólida y expongo a continuación por qué (13).

El argumento principal en pro de la *excepcionalidad* del inciso segundo del artículo 57.1 CE (o mejor dicho, de la preferencia para suceder del varón sobre la mujer contenida en aquel inciso) descansa en la reserva española a la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, según la cual «la ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española» (14). En mi opinión, interpretadas debidamente la Constitución y la Convención, la reserva no era jurídicamente necesaria, aunque pudiera ser más o menos conveniente u oportuna, lo que no puedo juzgar. La Convención, en su art. 7 c), obliga a suprimir toda discriminación contra la mujer en la «vida política» y a garantizar, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a

(11) ASÍ LÓPEZ VILAS y AMORÓS GUARDIOLA en los trabajos citados en la nota 1.

(12) OTERO LASTRES en el trabajo citado en la nota 1. La idea del merecimiento («merece») para ser «exceptuado» del principio de igualdad, como vulgarmente se dice, *se las trae*. Esperemos que la Corona no vaya mereciendo más excepciones a valores o principios constitucionales.

(13) Me refiero sólo a la calificación de «excepcional». No discuto si la «equiparación de la sucesión nobiliaria con la sucesión a la Corona» era o no una «corruptela», como defiende el conde de Borrajeiros (*op. cit.*, pp. 185 y ss.). Véanse a este respecto las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que aquí comentamos.

(14) Cita la Convención la sentencia de la Sala 1.ª de 27 de julio de 1987, pero no la de 20 de junio.

«ocupar cargos públicos y ejercer funciones públicas en todos los planos gubernamentales». Nada distinto, pues, de lo que resulta de los artículos 14 y 23.2 CE. Basta con entender que el oficio regio no es meramente un cargo público; que sus funciones son más que «funciones públicas en un plano gubernamental»; y que el Rey o la Reina no son meros participantes en la «vida política». En cualquier caso, no creo que, con arreglo a la doctrina más solvente sobre interpretación de los tratados, el significado exclusivo de una reserva sea el de reconocer una *excepción*, y menos aún que toda norma interna mencionada en la reserva a un tratado merezca *eo ipso* la consideración de derecho excepcional (15). Pero hay aquí una capital cuestión de principio. Una cuestión estrictamente jurídico-constitucional.

Con todos los respetos, me parece arduo justificar que la calificación de una norma constitucional (en nuestro caso como *excepcional*) pueda depender de un texto externo a la propia Constitución (en nuestro caso, un tratado internacional). No olvido el canon hermenéutico del artículo 10.2 CE; pero el artículo 57.1 CE no es una norma relativa a derechos fundamentales, sino a la sucesión en la Corona, y una regla de interpretación de ciertas normas constitucionales (las relativas a los derechos fundamentales) no puede determinar razonablemente la calificación de una disposición constitucional ajena a su ámbito propio. No nos engañemos: si afirmamos que la preferencia masculina en la sucesión a la Corona es *excepcional*, lo que pretendemos significar es que, al regular la sucesión a la Corona, el propio constituyente se apartó del principio de igualdad. Ahora bien, la igualdad no es sólo un principio al que el constituyente pueda renunciar *ad casum*. Es también un valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De modo que si el artículo 57.1 CE es *excepcional* en este sentido, de lo que se acusaría al constituyente es de haber incurrido en una *contradicción axiológica* palmaria. Un importantísimo punto del régimen constitucional del supremo oficio de la Monarquía representaría una quiebra del sistema constitucional de valores, acaso una disposición «inconstitucional» contenida en la propia Constitución, un atentado a la unidad axiológica de la norma suprema.

Quizá tan grave conclusión pueda evitarse. La clave de todo el asunto es ésta: ¿Prohíbe la igualdad que la Constitución garantiza formular reglas sucesorias de preferencia que utilicen la diferencia sexual para decidir en pro de uno entre varios iguales en grado? Nótese que preguntamos tanto si

(15) Así E. MARESCA, *Il diritto dei trattati*, Milán, 1971, pp. 279 y ss. y 331 y ss. P. M. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, 1979. A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público, II (Derecho de los tratados)*, Madrid, 1987, p. 233, parece defender la tesis contraria, es decir, que la reserva a la Convención se produjo «no sólo por razones de oportunidad sino de estricta legalidad».

es lícito preferir el varón a la mujer como la mujer al varón. Dos respuestas posibles parecen dibujarse. Dice así la primera: la igualdad prohíbe tomar el sexo como criterio de preferencia. Dice así la segunda: la igualdad no prohíbe tomar el sexo como criterio de preferencia, sino que se limita a hacer igualmente lícitas la preferencia del varón sobre la mujer que la de la mujer sobre el varón; la igualdad se satisface con que esté abierta la posibilidad de cambiar el criterio de preferencia en beneficio de cualquiera de los sexos por el procedimiento constitucional adecuado según los casos (que será, en la hipótesis del artículo 57.1 CE, el del artículo 168 CE).

A nuestro modo de ver, cabe sostener perfectamente que de las dos maneras se realiza el *valor* constitucional de igualdad, siquiera no con idéntica intensidad. Desde este punto de vista, el artículo 57.1 CE, en el extremo que debatimos, no podría ser considerado *excepcional*, o más exactamente en antítesis axiológica con el valor superior de igualdad.

¿Podría decirse, en cambio, que, ya que no el valor, el artículo 57.1 CE lesiona el *derecho* constitucional de igualdad de la infanta primogénita? La pregunta carece de sentido. La igualdad como *derecho* fundamental (ya no como *valor*) vincula sólo a los poderes públicos «constituidos», pero no al constituyente. Y el artículo 57.1 CE es obra del constituyente. A diferencia de lo que sucede con el *valor* superior de la igualdad, no es posible afirmar con sentido que el constituyente vulnera el *derecho* fundamental de igualdad en el punto de que tratamos (16).

El artículo 57.1 CE no puede, pues, ser tachado de *excepcional*. Pero esto no le convierte, sin más, en susceptible de uso analógico en los litigios nobiliarios, porque el *derecho* de igualdad no vincula al constituyente, pero sí a todos los poderes públicos constituidos, entre ellos los jueces y Tribunales. El artículo 57.1 CE podría no ser excepcional y, sin embargo, estar impedido su uso analógico en los litigios nobiliarios por obstar a ello, si no el *valor*, sí el *derecho* constitucional de igualdad. Porque, como queda implícito en lo que precede, este derecho fundamental sí que puede prohibir tomar el sexo como base de una diferencia de tratamiento jurídico. Con esta reserva, naturalmente: sólo allí donde sea el caso de entender de aplicación inmediata el artículo 14 CE, es decir, la norma constitucional que reconoce el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo y otras condiciones o circunstancias personales o sociales.

(16) Cfr. STC 199/87, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 2.

V

Y éste el momento en que conviene reflexionar sobre la doctrina de la célebre *STC 27/1982, de 24 de mayo, fundamentos jurídicos 2 y 3*, muchas veces aducida parcial e interesadamente (17).

Comienza el fundamento jurídico 2 de esta sentencia recordando que los títulos nobiliarios sólo tenían sentido en la sociedad estamental del Antiguo Régimen, en que «no regía el principio de igualdad ante la ley, sino cabalmente el contrario, ya que las personas tenían más o menos derechos según pertenecieran o no a alguno de los estamentos privilegiados». Con la «implantación del Estado liberal y de la sociedad burguesa», la existencia de títulos nobiliarios se convierte en un «hecho contingente». Donde sobrevivieron, como en España, fue sólo «como una de tantas supervivencias feudales, esto es, como instituciones residuales de la sociedad anterior que se incrustan en la nueva y logran persistir en ella, bien es cierto que con un contenido jurídico y una función social enteramente otras y menores de las que tuvieran antes».

El legislador constituyente de 1978, prosigue la sentencia, «pudo prohibir hacia el futuro la concesión de nuevos títulos, al menos de títulos hereditarios, e incluso pudo prohibir o mitigar la subsistencia de los antiguos». Lo cierto es que «la Constitución no los menciona», y los títulos existen en sus dos formas: «los antiguos y los de nueva creación». Y así por ejemplo, «se transmiten viejos títulos *con arreglo a su propio orden de sucesión*» (subrayado nuestro) o se crean otros nuevos, «los más con carácter perpetuo y *con indicación de su respectivo y variable orden sucesorio*» (subrayado, de nuevo, nuestro).

(17) A esta *STC* se refiere el conde de Borrajeiros en su obra citada, pp. 240 y ss.

Sobre ella, asimismo, A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. GARCÍA TORRES, *Derechos fundamentales*, art., pp. 114-115, en las que ya entonces se hacía una sumaria referencia a la tesis que ahora se desarrolla. La crítica a esta sentencia, contenida en el citado trabajo, se dirigía sobre todo a un ejemplo con que el Tribunal pretendió ilustrar su razonamiento: el de la licitud de exigir prueba de nobleza para ser miembro de un club o asociación privada. «¿*Quid* —decíamos entonces—, si el ingreso en el club o asociación deportiva estuviera sujeto a prueba de pureza racial o de procedencia étnica, territorial o social o de profesión de determinada religión o de determinada adscripción política?» La razón de la crítica nada tiene que ver con la *Drittwirkung*. Apunta a otra dirección: no es posible considerar legítimo y protegible el ejercicio de un derecho *fundamental reconocido por la Constitución* (asociación) con infracción de otro derecho fundamental constitucional (no discriminación por razón de nacimiento, sexo, etc.). Este argumento requeriría un buen número de precisiones, distinciones y ahondamientos que no es del caso hacer. Sólo pretendemos indicar una orientación.

Hasta aquí la STC 27/82 pretende *describir*. Dos cosas interesa destacar. Es la primera el carácter de «*supervivencia feudal*» de los títulos, esto es, de supervivencia de una sociedad en que no regía la igualdad ante la ley, precisamente por causa de los privilegios nobiliarios; esta supervivencia se produce sólo con pérdida de contenido jurídico y transformación absoluta del significado social de los títulos. Y segundo punto: la Constitución no menciona expresamente a los títulos, que subsisten sólo a título de «hombres y distinciones que el Rey puede conceder con arreglo a las leyes» (art. 62.f CE).

A partir de aquí, la STC comienza a establecer sus *conclusiones*.

La primera es que, bajo la Constitución, «ser noble» (en el sentido de «poseer un título nobiliario») es simplemente un «hecho lícito», un «hecho admitido por el ordenamiento jurídico actual», que «ampara constitucionalmente su concesión por el Rey a cualquier español» (arts. 62.f y 14 CE), como acto de gracia o merced en cuanto a la decisión última, pero en todo caso *con arreglo a las leyes* (nótese la cita del art. 14 CE para fundar la tesis de que «cualquier español» es agraciable; la titulación queda abierta a todos los españoles, sin acepción de personas o categorías sociales). El ser noble no indica ya la pertenencia a un estamento privilegiado: es sólo un «hecho lícito».

Pero ¿cuál es el «contenido jurídico» de este «hecho lícito»? Dice el Tribunal: «Su esencia o consistencia jurídica se agota en su existencia.» Es decir: el contenido jurídico del título nobiliario «se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente terceros de modo semejante a como sucede con el derecho al nombre»; «en el uso del título adquirido por concesión directa o por vía sucesoria agota el título su contenido jurídico». En suma, «es —y no es más que eso— una preeminencia o prerrogativa de honor».

Pero no es «irrelevante para el Derecho». Por eso, éste, el Derecho, «puede y debe controlar la legalidad y aun la constitucionalidad de determinados aspectos de las nuevas concesiones (...), de las transmisiones, de las rehabilitaciones o del uso de los mismos, pues lo constitucionalmente inadmisibles es que el hecho diferencial (tener título o no tenerlo) se convierta en ningún caso en hecho discriminatorio». Este pasaje es importante: el control de la constitucionalidad de «determinados aspectos» de las nuevas concesiones, de las transmisiones, de las rehabilitaciones o del uso del título tiene por única finalidad impedir que el «hecho diferencial» (tener título o no tenerlo) se convierta «en ningún caso» en hecho discriminatorio. Es decir: la Constitución prohíbe toda diferencia de trato jurídico por razón de la condición nobiliaria; prohíbe dar tratamiento diverso a los nobles (= poseedores de títulos nobiliarios) y a los que no lo son por razón de esa condición.

Esta tesis general recibe una aplicación concreta para resolver el caso del Marquesado de Cartagena. Se trataba de enjuiciar si vulneraba o no el artículo 14 CE la condición para suceder consistente en casar con noble. El Tribunal admite que esta condición «podría ser ilícita (...) como condición para heredar y, desde luego, si a ella se quisiera vincular el nacimiento o el ejercicio de un derecho público subjetivo habría que tenerla como nula o no puesta»; y «ésta (...) habría de ser nuestra resolución si, como se dice en la demanda, un título nobiliario conservara su naturaleza de *función pública* en el sentido del artículo 23.2 de la Constitución. Pero (...) esta afirmación es insostenible por lo ya expuesto al analizar el contenido jurídico de los títulos», es decir, que su esencia se agota en su mero existir, etc. Por esto precisamente deniega el Tribunal su amparo. Como «tan anacrónico y residual» es el hecho condicionante (casar con noble) como el hecho condicionado (adquirir la condición de noble), no siendo inconstitucional esto último no puede serlo lo primero: no siendo inconstitucional ser noble, no puede serlo supeditar la adquisición de esta condición a casar con noble. Suponer que quien no casa con noble «es o está *mal casado*» resulta, de raíz, inadmisibles por ir contra la idea de igualdad «proclamada en el artículo 1 de nuestra Constitución como uno de los valores supremos del ordenamiento». «No se es más o menos bueno o malo, digno o indigno por el hecho de casar con noble, siendo como son dignas todas las personas.»

Estas son las palabras que cierran el razonamiento del Tribunal Constitucional (los subrayados son, una vez más, nuestros):

«La condición [casar con noble] no es contraria, por discriminatoria, al artículo 14, porque de otorgarse el amparo resultaría *la insalvable contradicción lógica* de ser *la nobleza causa discriminatoria y por ende inconstitucional a la hora de valorar la condición para adquirir el título*, pero no a la hora de *valorar la existencia misma y la constitucionalidad del título nobiliario en cuestión.*»

En forma de dilema: o la diferenciación entre nobles y no nobles es inconstitucional o, si no lo es, las diferenciaciones *internas al derecho nobiliario* por razón de la condición de noble o de plebeyo tampoco son contrarias a la Constitución. Pero nótese dónde señala el Tribunal la linde de la esfera de protección contra las discriminaciones. *El ordenamiento general* no puede diferenciar tomando como base la condición nobiliaria [tesis general del fundamento jurídico 2 *in fine*: «Lo constitucionalmente inadmisibles es que el hecho diferencial (tener título o no tenerlo) se convierta en ningún caso en hecho discriminatorio»]. Pero lo que sería inconstitucional en el

ordenamiento general no es contrario a la Constitución en el seno del derecho nobiliario. Paralelamente, está constitucionalmente prohibido discriminar por razón de sexo en el ordenamiento general; pero el derecho nobiliario no es sino «supervivencia feudal», un *quid* anacrónico, y tal vez en su seno pueda sobrevivir lo anacrónico. Pues ¿no es sin sentido «modernizar» una «supervivencia feudal»? Modernizarla ¿no es desfigurarla, falsearla, pervertirla? «Antes muerto que deshonrado.»

VI

Rematemos. A nuestro modesto entender —ya ha quedado insinuado—, si el constituyente de 1978 no abolió los títulos nobiliarios, tampoco los garantizó frente al legislador: las Cortes Generales podrían prohibir la concesión de nuevos títulos y decretar la extinción de los subsistentes, una vez fallecidos sus actuales poseedores. El artículo 61.f CE sólo dispone que corresponde al Rey «conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes». «*Con arreglo a las leyes*» significa que compete a la representación del pueblo español (art. 66.1 CE), en quien reside la soberanía nacional (art. 1.2 CE), establecer y regular los honores y distinciones que convienen a los ciudadanos de un Estado social y democrático de Derecho; un Estado que propugna la igualdad como valor superior de su ordenamiento (art. 1.1 CE) y que se basa en la desnuda dignidad humana (art. 10.1 CE; cfr. la STC 27/1987, de 24 de mayo, fundamento jurídico 3). Las Cortes Generales podrán, pues, abolir aquellos honores y distinciones que, por tradicionales que sean, estimen que han dejado de cuadrar con nuestra forma actual de Estado y con el sistema de valores en que se cimenta; o podrán transformarlos drásticamente, por ejemplo, disponiendo que todo honor y distinción sea *ad personam* e intransmisible. Los títulos nobiliarios podrán no ser incompatibles con la Constitución; pero ésta no los garantiza y no impone al legislador democrático su conservación. Los deja, en una palabra, al arbitrio del legislador. Algunos opinamos, como ciudadanos, que los títulos nobiliarios deberían abolirse y que ésta debería ser la palabra del legislador democrático sobre la cuestión.

Pero, aun así, no puedo hallarle gusto al novísimo derecho nobiliario que bosquejan las dos sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 20 de junio y de 27 de julio de 1987. *Sint ut sunt aut non sint*: «Sean como son o no sean.» Esta frase la pronunció el Papa Clemente XIII —o, según otros, el prepósito general de los jesuitas, padre Lorenzo Ricci— cuando le propusieron la modificación de las Constituciones ignacianas. *Sint ut erant*

aut non sint cabría decir de los títulos nobiliarios. Creo honradamente que ése era el sentido último de la STC 27/1982, de 24 de mayo. Me es difícil evitar la impresión de que las dos sentencias de la Sala 1.^a van por muy otro camino. Con ello, de ninguna manera quiero dar a entender que en el futuro el Constitucional vaya a corregir al Supremo en este punto. No me siento llamado a vaticinar. He creído de cierto interés exponer algunas implicaciones posibles del novísimo derecho nobiliario y reflexionar sobre una sentencia constitucional resonante; y a ello me he limitado.