

— Orden 19-10-2004. Requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos de la Consellería de Territorio y Vivienda, las entidades autónomas y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma.

II. Información de actividades

Aragón

Los días 9, 16 y 23 de noviembre en Zaragoza, y el 30 de noviembre en Huesca, se celebraron los DECIMOCUARTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS en el Colegio de Abogados de Zaragoza y en la Diputación General de Huesca.

Organizan:

El Justicia de Aragón.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Facultad de Derecho de Zaragoza.

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza.

Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón.

Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza.

Comisión de Coordinación:

Don FERNANDO GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.

Don FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Don MANUEL ASENSIO PALLÁS, Abogado.

Don ADOLFO CALATAYUD SIERRA, Notario.

Don FRANCISCO CURIEL LORENTE, Registrador.

Don SAÚL GAZO ORTIZ DE URBINA, Abogado.

Doña CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR, Procuradora.

Don HONORIO ROMERO HERRERO, Notario.

Don RAFAEL SANTACRUZ BLANCO, Abogado del Estado.

Don JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil.

Don JOSÉ LUIS SORO DOMINGO, Abogado.

Don IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE, responsable del Departamento del Justicia de Aragón.

Don FRANCISCO J. POLO MARCHADOR, responsable del Departamento del Justicia de Aragón.

Primera sesión: «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial».

Ponente: Don JAVIER FORCADA MIRANDA, Magistrado.

Coponentes: Don JOAQUÍN GUERRERO PEYRONA, Abogado, y doña BELÉN MADRAZO MELÉNDEZ, Registradora de la Propiedad.

Segunda sesión: «Régimen de autorización y visado en la transición de las viviendas protegidas».

Ponente: Don JULIO CÉSAR TEJEDOR BIELSA, Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Coponentes: Don JOAQUÍN ORIA ALMUDÍ, Registrador de la Propiedad y don JUAN PARDO DEFEZ, Notario.

Tercera sesión: «Extinción del Derecho expectante de viudedad».

Ponente: Don EMILIO LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Notario.

Coponentes: Doña ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Profesora titular de Derecho Civil, y doña MARÍA DEL CARMEN LERMA RODRIGO, Registradora de la Propiedad.

Cuarta sesión: «El ruido: La reciente respuesta normativa y jurisprudencial».

Ponente: Don LORENZO MARTÍN RETORTILLO, Catedrático de Derecho Administrativo.

Coponentes: Don JUAN JOSÉ ARBUÉS SALAZAR, Abogado, y don JESÚS OLITE CABANILLAS, Asesor del Justicia de Aragón.

Galicia

Los días 18, 19 y 20 de octubre de 2004 se celebró en Santiago de Compostela el SEGUNDO CONGRESO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

Ponencias:

Comisión Vivienda:

— «Gestión urbanística y Registro de la Propiedad. Herramientas registrales al servicio de la agilidad, seguridad, transparencia y adecuación a la legalidad de los expedientes de equidistribución».

Ponente: JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.

- «Registro de la Propiedad y política de viviendas protegidas: Herramientas registrales para la eficacia del sistema».
Ponente: ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ REYES.
- «Situaciones de prehorizontalidad: Herramientas registrales para la protección de los adquirentes y la lucha contra el fraude».
Ponente: RAFAEL ARNÁIZ EGUREN.
- «Formas de acceso a la vivienda distintas de la compraventa: El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de políticas de promoción del arrendamiento».
Ponente: JOSÉ ANTONIO MIQUEL SILVESTRE.

Comisión Firma Electrónica:

- «Publicidad registral y protección de datos».
Ponente: JAVIER ÁNGULO RODRÍGUEZ.
- «Formalización de la exteriorización de las operaciones registrales».
Ponente: ALFONSO CANDAU PÉREZ.
- «Procedimiento de acceso al Registro de los documentos electrónicos».
Ponente: ANTONIO VILCHES TRASSIERRA.
- «Llevanza electrónica del Registro».
Ponente: JAVIER VALLEJO AMOS.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN PRIMERA: «POLÍTICAS DE VIVIENDA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD»

*«Sobre gestión urbanística y Registro de la Propiedad.
Herramientas registrales al servicio de la agilidad, seguridad y
transparencia en el proceso de transformación del suelo»*

1. El Congreso parte de la necesidad de que todas las instituciones conectadas con el derecho fundamental al disfrute de una vivienda digna, y que tienen encomendada la defensa y promoción objetiva y natural de los derechos y deberes sociales de los ciudadanos, extraigan, desde la misma Constitución, todas las virtualidades necesarias para, de una parte, hacer efectivo el derecho citado y, de otra, facilitar la participación de toda la comunidad en las plusvalías generadas por la actividad de los entes públicos.

En este sentido, el sistema registral español debe mantener y desarrollar su tradicional función de aplicación e interpretación dinámica de las normas, de acuerdo con la realidad social, de forma que ello contribuya a un sistema

equilibrado que permita conjugar el reconocimiento y protección de la propiedad, como derecho subjetivo fundamental, con la plena realización de su función social. Todo ello, apoyado en la garantía que resulta de la inamovilidad de los Registradores y de su responsabilidad personal.

2. El Congreso propone que se intensifique el desarrollo de aquellas herramientas registrales que permitan la consecución conjunta de los fines siguientes:

- a) El fortalecimiento de la protección del territorio y del medio ambiente.
- b) La movilización general del suelo, de acuerdo con el interés de la comunidad.
- c) La garantía de la sujeción a tal interés comunitario del patrimonio inmobiliario público, tanto el de las Corporaciones que participan en el desarrollo urbanístico como, en general, el de los patrimonios históricos correspondiente a los Entes Públicos.

3. Es evidente que el Sistema Registral debe configurarse como instrumento a través del cual se colabore en dar publicidad y garantizar la preservación y eficacia de un planeamiento urbanístico flexible y abierto, elaborado por las Administraciones competentes y legitimado democráticamente como único criterio rector del interés de la comunidad que permita, por un lado, promover la salvaguarda de los valores de todo orden del territorio y, por otro, favorecer y estimular cuantas iniciativas permitan poner el suelo en condiciones suficientes para su utilización urbana.

4. Resulta básico que el Sistema Registral, en cuanto único para todo el territorio nacional, y al mismo tiempo presente en el territorio de todas las Comunidades Autónomas y de la práctica totalidad de los municipios, sirva de herramienta a través de la cual:

- a) Se articule una armonización mínima entre las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas o, en su defecto, un gran pacto entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las instituciones representativas de las Corporaciones Locales que facilite una política de suelo coherente y global.
- b) Se refuerce la ética de medidas directas o inductoras de las iniciativas de las Comunidades Autónomas, establecidas por el Estado en el marco de su título competencial, garantizando su aplicación a través de normas reglamentarias de adaptación del sistema registral, como ya ocurrió con las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística 1093/1997, de 4 de julio.

En este sentido y de acuerdo con la estructura del territorio, el Congreso propone potenciar:

- a) La exigencia de que el fomento de un planeamiento abierto y su flexibilización garantice la articulación con los sistemas generales o redes básicas, imputando su realización a la iniciativa particular, como condición para su desarrollo, a fin de evitar actuaciones incoherentes o arbitrarias generadoras de mayores desequilibrios.
- b) La definición del marco del aprovechamiento patrimonializable por los particulares en tanto se trata de una creación de la propia sociedad, lo que exige el tratamiento homogéneo del problema, sin perjuicio de las peculiaridades de las Comunidades Autónomas.
- c) La previsión de que determinados tipos de suelo destinados a vivienda con algún género de protección formen parte de las nuevas categorías de sistemas generales para su cesión gratuita en la proporción que legalmente se fije o su monetarización en beneficio de la Comunidad Autónoma. Ello dará lugar a la creación de patrimonios destinados directamente a la construcción de viviendas protegidas en régimen de acceso a la propiedad o para su explotación en arrendamiento.
- d) El reconocimiento de la iniciativa de terceros para la redacción y ejecución del planeamiento en los sectores de suelo urbanizable, cuando sus propietarios no hayan presentado y obtenido la aprobación de su iniciativa en el tiempo que legalmente se fije, permitiendo el acceso al Registro del título de prefiguración de la urbanización admitido a trámite, siempre que se acredite su notificación al titular de los bienes, con expresión de la propuesta en orden a la magnitud del aprovechamiento, el número de viviendas, los plazos de ejecución y los demás extremos relevantes de la propuesta.

5. El Congreso entiende que el Sistema Registral es un instrumento adecuado para garantizar que la actuación de las Administraciones Públicas se subordine al interés de la Comunidad. Para el desarrollo de esta idea sería conveniente:

- a) Dotar de plena eficacia registral a la vinculación legal de los patrimonios públicos de suelo a la construcción de viviendas protegidas. Para ello, en la inscripción que tenga lugar con ocasión del acceso al Registro de los expedientes de equidistribución, o de cualquier otro instrumento de gestión, debe hacerse constar dicha vinculación legal. Como consecuencia, sobre las fincas registrales resultantes sólo serán inscribibles aquellos actos y negocios jurídicos que se sujeten al destino previsto.

- b) Promover la utilización de aquellas instituciones jurídicas, fundamentalmente el derecho de superficie, que permitan que los suelos incorporados a patrimonios públicos permanezcan en tales patrimonios con carácter permanente.

6. El Congreso parte de la experiencia, ya acreditada a lo largo de los últimos decenios, de que el Sistema Registral permite, en relación con la actividad expropiatoria desarrollada con fines urbanísticos, conjugar la protección del propietario expropiado con la agilidad que exige la gestión urbanística. En este sentido, se propone:

- a) Promover y facilitar actuaciones expropiatorias en las que, previa conformidad del expropiado, se abone el justiprecio mediante la atribución de aprovechamiento urbanístico concretable en la misma unidad de ejecución o en otra distinta. Dicho aprovechamiento debe ser susceptible de existencia como objeto de derecho independiente del suelo sobre el que se haya de concretar mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- b) Promover y facilitar, asimismo, la inscripción de expropiaciones urbanísticas, de suerte que ésta pueda tener lugar una vez acreditado el pago de la valoración señalada por la Administración, dado que la permanencia de su personalidad jurídica y el régimen financiero garantizado asegura, en todo caso, que el expropiado perciba con certeza el importe del justiprecio que resulte y el de sus intereses, posibilidad que ya reconocen las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

No obstante, cuando la expropiación tenga lugar a favor de beneficiarios o cuando se trate, en términos generales, de reconocer a agentes urbanizadores el derecho de adquisición por precio de fincas incluidas en la unidad de ejecución, se propone el establecimiento, como garantía adicional a favor del expropiado, que para inscribir en los términos señalados anteriormente, se incluyan en la inscripción garantías adicionales prestadas por la Administración expropiante que cubran la eventual insolvencia del beneficiario o del agente urbanizador, frente a incrementos de justiprecios o devengo de intereses no calculados que pudiera provocar a largo plazo, por razón de crisis económicas del concesionario, una situación de fraude para los expropiados.

*«Sobre las formas de acceso a la vivienda distintas de la compraventa:
El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de políticas
de promoción del arrendamiento»*

1. El Congreso entiende que es fundamental la adecuación de la legislación arrendaticia urbana a la realidad económica y social. Para ello es necesario suavizar la extraordinaria protección dispensada por la legislación vigente a la posición jurídica del arrendatario, adecuada en momentos en que el parque de viviendas era insuficiente y la situación económica impedía una demanda de adquisición de vivienda en propiedad. Asimismo, es muy importante reforzar los incentivos que lleven a los propietarios de viviendas vacías y a los promotores, a ampliar la oferta de arrendamientos, de suerte que sea competitiva con la oferta de propiedad hacia la que, de modo preferente, se dirige actualmente la demanda.

2. Para la consecución de los objetivos señalados es necesario el desarrollo de herramientas registrales. En este sentido:

- a) La inscripción en el Registro de las titularidades que resultan de la celebración del contrato, tanto a favor del arrendador como del arrendatario, facilitan que tanto uno como otro dispongan de un activo patrimonial protegido, que puede ser objeto de transmisión o de soporte de un derecho de garantía. Para ello resulta imprescindible la adecuada definición del contenido inscribible de los derechos de arrendadores y arrendatarios y su estandarización.
- b) En caso de ejecución de hipotecas, derecho de opción de compra, retractos, o cualesquiera otras cargas que puedan afectar al mantenimiento del contrato, es necesario sujetar la titularidad arrendaticia inscrita al mismo régimen de subsistencia o extinción establecido por la legislación hipotecaria y procesal civil para los demás derechos reales inmobiliarios. De esta forma, se fomentará la diligencia del arrendatario en la comprobación de la situación registral de la titularidad del arrendador y con ello se evitarán posibles actuaciones fraudulentas que entorpezcan el tráfico inmobiliario.
- c) Es necesario facilitar la inscripción de contratos de arrendamiento de viviendas mediante la ampliación de las formas de documentación de tales contratos, de tal forma que se reconozca el acceso al Registro, no sólo de los arrendamientos formalizados en escritura pública, sino también de aquellos que consten en documento administrativo, en documentos tipo adaptados a formularios aprobados por la Administración y visados por ésta, o en documentos privados cuya autenticidad haya sido reconocida por las partes firmantes o cuyas firmas consten legitimadas.

d) La nueva técnica de publicidad-noticia pura que da a conocer el contenido del Registro, sin que ello suponga el nacimiento de efectos especiales de protección, es de conveniente utilización para fomentar la política de arrendamientos:

- Reforzando el conocimiento público de previsiones de planeamiento o de sus instrumentos de ejecución que prevean el destino a su explotación en alquiler de determinadas edificaciones, sean o no protegidas.
- Divulgando los compromisos asumidos por arrendadores y arrendatarios perceptores de ayudas públicas para la celebración de arrendamientos protegidos.
- Coordinando el contenido del Registro de la Propiedad con aquellos registros administrativos de arrendamientos que se puedan crear. En relación con tal objetivo se propone el desarrollo de comunicaciones estandarizadas y realizadas a través de procedimientos telemáticos entre el Registro de la Propiedad y las administraciones gestoras de los registros que se creen, en términos similares a la previsión del artículo 37 del Real Decreto 1093/1997, respecto a los registros administrativos de transferencias de aprovechamientos urbanísticos.

3. El Congreso entiende que es necesario el establecimiento de garantías registrales que aseguren el cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de quienes, como consecuencia de políticas de fomento arrendaticio, hayan percibido ayudas u obtenido beneficios fiscales. A tal fin, cabe considerar la posibilidad de desarrollar notas de afección de los derechos del arrendador y del arrendatario, en cuanto unos y otros figuren inscritos, al cumplimiento de tales compromisos. Tales notas pueden tener un efecto excluyente de la fe pública, de modo análogo a las notas de afección fiscal o, para el caso de que así lo prevea la legislación sustantiva, efectos de prohibición de disponer y cierre registral.

4. Asimismo, parece importante que se promueva la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellos contratos a través de los cuales los propietarios de viviendas cedan éstas a Agencias Públicas de Alquiler para su posterior arrendamiento, y ello como forma de garantizar la plena eficacia de tales contratos, y su protección frente a ulteriores actos dispositivos realizados por el propietario.

5. Se considera también muy importante el fomento de la obtención de información registral previa, recomendando su exigencia a aquellos particulares que soliciten ayudas públicas, como única forma de que la Administración concedente de tales ayudas pueda conocer, de forma suficiente, la existencia y vigencia de las titularidades que justifiquen la concesión de aquéllas.

6. Como ya se ha demostrado en ocasiones, es conveniente el fomento del derecho de superficie para la construcción de viviendas destinadas a arrendamiento, de forma que en la inscripción del derecho del superficiario se hagan constar las condiciones de ejercicio de su derecho, el régimen de garantías constituidas a favor del titular del dominio residual del suelo en caso de incumplimiento del destino, así como la posibilidad de inscripción de los contratos de arrendamiento de las distintas unidades urbanas construidas.

7. El Congreso considera también muy importante, una nueva regulación del arrendamiento con opción de compra en su modalidad unitaria de Leasing Inmobiliario, lo que superaría la actual superposición, en ocasiones confusa, de dos contratos distintos como el arrendamiento y la opción. El Leasing, en cuanto supone la adquisición de una titularidad definitiva a través de una financiación a largo plazo, supera el inconveniente psicológico a que puede dar lugar, en ocasiones, el derecho de superficie por razón de su temporalidad.

«Sobre situaciones de prehorizontalidad: Herramientas registrales para la protección de los adquirentes y la lucha contra el fraude fiscal»

1. El Congreso valora como fundamental para evitar situaciones de fraude, que los contratos de compraventa, compromiso, u opción de venta, o simplemente, contratos de intención por los que se transmitan o se prometa la transmisión de porciones concretas de edificios, aún no sometidos a régimen de propiedad horizontal, puedan ser objeto de publicidad registral mediante la anotación preventiva del documento público o privado en el que se formalicen cualquiera de los convenios citados.

2. Los contratos citados deberán reunir los requisitos mínimos para la identificación de las partes, su domicilio, la porción transmitida y el precio.

3. El reflejo en el Registro del contenido de los contratos a que se hace alusión en el número 1 anterior, deberá llevarse a cabo mediante anotación preventiva. El asiento de anotación deberá reflejar las circunstancias esenciales del contrato, que ingresará en el Registro a petición de ambas partes o de una sola de ellas, siempre que el Registrador notifique a la otra parte la solicitud unilateral y no exista oposición, o existiendo se decida judicialmente la práctica de la anotación.

4. El Congreso entiende asimismo, que la entrega de cantidades a cuenta como consecuencia de la celebración de los convenios traslativos a que se refiere el número uno anterior, deberán ser objeto de nota marginal, en cuya práctica se debería tener en cuenta las medidas propuestas en materia de anotaciones.

5. El Congreso considera que la práctica de la anotación preventiva o de la nota marginal no debe impedir:

- a) Que el propietario del inmueble en su conjunto lleve a cabo su enajenación, si bien debería preverse la subrogación del adquirente en los compromisos asumidos por el transmitente.
- b) La constitución de hipotecas por la sola voluntad del dueño del inmueble en su conjunto con la finalidad de financiar la construcción del mismo.
- c) La constitución por la sola voluntad del dueño del inmueble en su conjunto del régimen de propiedad horizontal.

6. Sin embargo, el Congreso entiende que la anotación preventiva no puede facultar a su titular para enajenar la porción adquirida a que se refiere el asiento provisional, hasta el momento de la inscripción definitiva del elemento urbano adquirido, practicada en virtud de título público una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.

7. En la instrumentación del sistema que se propone, el Congreso estima que es fundamental que se determinen los efectos registrales de las anotaciones y de las notas marginales practicadas en régimen de prehorizontalidad, especialmente en relación con los créditos destinados a financiar la edificación. En este sentido:

- a) Los créditos hipotecarios inscritos o los créditos anotados con anterioridad a la práctica de anotaciones y notas de prehorizontalidad deben tener carácter preferente, de tal forma que en caso de ejecución se cancelen todos los asientos posteriores, incluidos los de prehorizontalidad, de acuerdo con el sistema previsto en la Legislación Hipotecaria.
- b) En caso de créditos ordinarios anotados preventivamente con posterioridad a los asientos resultantes de prehorizontalidad, deben aplicarse las reglas generales resultantes del principio de prioridad y, por tanto, la ejecución no impedirá la subsistencia de las anotaciones y notas a que se refiere esta ponencia como derechos preferentes. El rematante deberá subrogarse, por tanto, en las obligaciones de entrega de la porción vendida una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.
- c) Cuando se trate de créditos hipotecarios inscritos con posterioridad, por la sola voluntad del propietario del inmueble en su conjunto, aunque una posibilidad, quizá la más técnica desde el punto de vista registral sería la de mantener los asientos practicados con anterioridad, el Congreso entiende que ello no resulta conveniente, puesto que impediría la necesaria financiación de las edificaciones y por tanto supondría la paralización del tráfico inmobiliario.

Por ello, se inclina a proponer como medida, una alteración concreta de los principios de prioridad y tracto en aras de una protección equilibrada de los intereses en juego, de forma que en estos casos tenga carácter preferente la hipoteca, sin perjuicio de las acciones tanto civiles como penales que puedan ser ejercitadas por el comprador anotante, como consecuencia del incumplimiento del promotor.

8. Dadas las características del sistema propuesto, se cree fundamental el establecimiento de un régimen de notificaciones, incardinado, dentro del principio de la publicidad noticia-pura a que se ha hecho referencia en otros apartados de la ponencia. De acuerdo con este criterio se propone que el Registrador de la Propiedad notifique en todo caso al titular de los derechos objeto de anotación o nota marginal, la iniciación de procedimientos ejecutivos dirigidos contra el titular registral del inmueble, la adjudicación del inmueble en su conjunto como consecuencia de procesos de ejecución y los actos dispositivos realizados por el titular del inmueble en su conjunto.

9. Deberá regularse la cancelación automática de las anotaciones y notas como consecuencia de la constitución de régimen de propiedad horizontal y de la inscripción definitiva del piso o local en que se concrete la porción transmitida.

10. El Congreso recomienda que con la finalidad de construcción de viviendas se admita la inscripción registral del régimen de comunidad de bienes constituido con la finalidad de construir.

11. La comunidad de construcción debe constituirse con una duración determinada no superior al período razonable que tarde en levantarse el edificio y debe concluir por su extinción o por su conversión en comunidad en propiedad horizontal.

12. La comunidad de construcción debe gobernarse de acuerdo con los estatutos que específicamente se redacten y se incorporen al título constitutivo. El régimen de decisión de sus acuerdos debe someterse al régimen de mayoría simple o cualificada y de sus órganos de gobierno debe formar parte la Administración Pública en cuanto facilite ayudas para la construcción de viviendas protegidas en cualquiera de sus modalidades.

*«Sobre el Registro de la Propiedad y políticas de vivienda protegida:
Herramientas registrales para la eficacia del sistema»*

1. Los beneficios de todo orden (fiscales, expropiatorios, cesión de suelo público, subvenciones, etc.) que conlleva la promoción de viviendas de protección en todas sus modalidades, unido a la finalidad social y de política económica a que están destinadas dichas viviendas, justifica plenamente las restricciones a la facultad de disponer a que tradicionalmente se

las ha sometido y los efectos rigurosos que a su incumplimiento se atribuyen legalmente.

2. Desde el punto de vista registral, la diversidad de regímenes de protección oficial existentes, la variada regulación de sus efectos en cada Comunidad Autónoma, la regulación vigente sobre préstamos cualificados que afectan incluso a viviendas libres, pues se conceden atendiendo a la persona y no a la vivienda, y la coexistencia de normativas estatales con otras autonómicas, hacen que las propuestas normativas que se realicen deban ser necesariamente de carácter general, y ello con la finalidad de posibilitar el acceso al Registro de la Propiedad de los efectos civiles de trascendencia real de todos los tipos de régimen de protección, ya sea estatal o autonómico, y con independencia de la denominación de cada régimen y del alcance de sus efectos.

3. El Congreso propone la utilización de la técnica registral de la publicidad, noticia pura como medio de colaboración del Registro de la Propiedad en el suministro de información al público relativa a la sujeción de determinadas fincas registrales, al desarrollo sobre las mismas de actuaciones protegidas de construcción de viviendas de protección pública o privada, destinadas a propiedad o alquiler. Ello permitiría hacer constar en el folio registral el destino previsto por el plan o por sus instrumentos de ejecución sobre una finca determinada, reforzando la eficacia y publicidad de la previsión urbanística.

4. El Congreso considera esencial la constancia en el Registro de la Propiedad del contenido de la Calificación Definitiva, pues siendo ésta el documento administrativo que certifica que la edificación de que se trate ha cumplido cuantos requisitos son exigidos por la Ley para dotar a la misma de la calificación de protegida, dicha constancia registral proporcionará al Registrador la base legal para ejercer su función calificadora en relación con los negocios posteriores relativos a viviendas acogidas a algún tipo de protección.

5. El Congreso estima que resulta imperativo el desarrollo de un sistema de intercomunicación fluido entre el Registro de la Propiedad y las Administraciones Públicas que tienen atribuidas las competencias de policía en relación con cada uno de los regímenes de protección de viviendas, aprovechando al efecto las nuevas tecnologías, que permiten el intercambio seguro de información, y ello con las finalidades siguientes:

- a) El conocimiento por parte de dichas Administraciones del hecho de haberse producido la inscripción de transmisiones o de otros negocios jurídicos sobre viviendas protegidas, a fin de que aquéllas puedan actuar las consecuencias que para tales casos establezca la legislación aplicable, ya se trate del ejercicio de derechos de adquisición preferente, imposición de multas, extinción del régimen, etc.

- b) La comprobación, por parte de tales Administraciones, del cumplimiento de los requisitos de legalidad administrativa a los que el acto dispositivo de cuya inscripción se trata pueda estar sujeto. A tal efecto, cabría establecer un sistema análogo al previsto por los artículos 79 y 80 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

6. Fomentar la utilización del Registro como herramienta a través de la cual se refuerce la eficacia de las limitaciones de disponer que, con eficacia real, establezca la legislación reguladora del régimen de protección. La constancia de tales limitaciones en el Registro permitirá al Registrador calificar los negocios jurídicos cuya inscripción se pretenda, de conformidad con las previsiones ya inscritas, exigiendo el cumplimiento de los requisitos que por aquéllas se establezcan, ya se trate de autorizaciones, notificaciones previas, constitución de garantías o cualesquiera otros que se hayan previsto.

7. Se debe facilitar la inscripción de las expropiaciones de carácter sancionador siempre que estén expresamente establecidas por la legislación aplicable, en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad, tanto por el primer adquirente como por los sucesivos. Ejemplos típicos del incumplimiento deberían ser la alteración del destino de la vivienda a domicilio habitual, su explotación mediante usos no autorizados o falsedad del adquirente en cualquier hecho determinante de la adjudicación. En estos casos, el justiprecio podría fijarse en el precio máximo de venta aplicable al tipo de vivienda protegida de que se trate, en el momento que se decrete la expropiación sanción.

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN SEGUNDA: «PROCEDIMIENTO DE ACCESO
AL REGISTRO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS»

«Sobre el acceso telemático de documentos electrónicos al Registro»

1. El Congreso entiende que las actuales tecnologías permiten la creación de nuevas formas documentales susceptibles de acceso directo al Registro y de inscripción en el mismo. Asimismo, entiende que corresponde al poder público la definición de los requisitos y garantías que han de rodear tales formas documentales para que se mantenga, en todo caso, el nivel actual de seguridad jurídica.

2. El Congreso afirma que en los actuales momentos la organización de los Registros de la Propiedad y Mercantiles en España está en condiciones de garantizar con plenitud el tratamiento registral de las nuevas fórmulas documentales electrónicas.

3. Es fundamental la comprobación de vigencia del certificado de firma en el momento de firmar un documento electrónico; automáticamente mediante conexión con el directorio de certificados del prestador de servicios de certificación, para evitar que circulen en el tráfico documentos firmados con certificados revocados y que sin embargo, producen apariencia de validez, y para evitar la imposibilidad de comprobar la vigencia de los certificados de los documentos electrónicos de más de 15 años de antigüedad.

4. También es fundamental que se reconozca la diferencia entre firmar electrónicamente un documento (esto es, conformar la autoría o manifestación de conformidad con el contenido del mismo) y enviar con firma electrónica (asegurar la procedencia del envío de la documentación, como mera gestión de la misma y sin asumir autoría o conformidad con el documento).

5. Por último, también es básico que el sistema conecte directamente, sin intermediarios, al remitente telemático con el Registro de destino, y viceversa. Así se garantiza, de un lado, que el sellado de tiempo y la prioridad registral la determina el Registro receptor de la documentación, y no un servidor intermedio, y de otro lado, que el destinatario recibe efectivamente las notificaciones electrónicas que le sean remitidas por un Registro.

6. El Congreso destaca la importancia de que los formatos de archivo de los documentos electrónicos sean abiertos, de dominio público, para garantizar su compatibilidad y su archivo en los Registros y que permitan el tratamiento estructurado de la información, para facilitar la integración de los datos en las aplicaciones de gestión de los Registros. A estos efectos se propone como formato en la actualidad el XML, sin perjuicio de ser cambiado por el que pueda sustituirle en el futuro.

7. Debe reconocerse, como única fuente de tiempo, la distribuida por el Real Observatorio de la Armada en San Fernando (suministrador de la hora oficial en España) al Colegio de Registradores, que a su vez la distribuye a todos los Registros, con plena y absoluta eficacia jurídica, correspondiendo al Registro receptor de la documentación en exclusiva determinar el momento exacto de acceso del documento y fijar, por tanto, la prioridad en su despacho.

«Sobre la entrada de documentos»

1. Es determinante la regulación de la entrada de documentos fuera de las horas de apertura del Libro Diario, estableciendo la presentación en el momento inmediato siguiente de apertura del Diario, por el orden de recepción marcado en el libro de entrada y con constancia en el asiento de presentación de la fecha y hora (con expresión incluso de milisegundos) en que tuvo lugar la entrada al Registro.

2. También lo es la supresión de la presentación por fax, por motivos de seguridad, sustituyéndolo por los medios telemáticos basados en firma electrónica, más seguros.

3. Para ello será necesario admitir el uso del terminal de autoentrada instalado en los Registros para que los propios usuarios puedan llevar a cabo la presentación de títulos físicos en el Registro.

4. La solución futura conduce al sistema a la llevanza exclusivamente electrónica de los libros diario y de presentación, con firma electrónica reconocida, siendo innecesaria la impresión y firma manuscrita del mismo.

5. También nos encaminamos directamente al uso de firmas electrónicas para procesos automatizados de la Oficina Registral (la firma de procedimientos registrales) instalada en los servidores del Registro.

6. En materia de prioridad, ésta debe resultar del acceso de los documentos al Registro, que debe entenderse realizado cuando el último bit de información identificativa del documento accede al libro de entrada.

«Sobre la llevanza electrónica del Registro»

1. El Congreso entiende que las exigencias derivadas de la implantación, por mandato legislativo, de las nuevas tecnologías de firma electrónica en el ámbito de los Registros de la Propiedad, así como el proceso de implantación en los Registros de nuevas aplicaciones de gestión y la digitalización de los archivos abren las puertas del establecimiento del Registro de la Propiedad Electrónico.

2. Resulta indispensable la conexión de los tres grandes proyectos informáticos iniciados por separado: escaneo, firma electrónica y aplicación de gestión que, junto a los ya conectados a ésta, es decir, Geobase, Floti y Programa de Liquidadora, forman el núcleo del proyecto informático de los registradores.

3. La llevanza electrónica del registro, como instrumento para la mejora en la prestación del servicio, exige que las aplicaciones de gestión sean capaces de conseguir los siguientes objetivos:

- a) Asegurar la recepción, despacho y remisión de documentación electrónica.
- b) Facilitar y simplificar las tareas registrales.
- c) Permitir un mayor control de esas tareas por el Registrador.

4. La utilización de procedimientos de Firma Electrónica ha de concretarse en una doble situación:

- a) La utilización de Firma Electrónica reconocida del Registrador en aquellos casos en que actúe generando un documento público registral (asientos, cierres del Diario, expedición de certificaciones).

- b) La utilización de firma de procedimientos registrales en los demás casos.

5. El sellado de tiempo tomado de una fuente única para todos los registros deberá hacerse cualquiera que sea el soporte documental utilizado, en la forma y con las características que ya se han hecho constar.

6. Todos los documentos registrales, sin perjuicio de su traslación al formato papel de los libros registrales, deberán generarse en formato electrónico, con sellado de tiempo, código de barras que identifique al Registrador firmante y Firma Electrónica reconocida del mismo.

7. Los documentos así generados deberán archivar-se tanto en la base de datos de la aplicación de gestión, como en una base independiente de datos de archivos firmados (archiving).

8. Estos archivos estarán almacenados en ordenadores bajo la custodia del Registrador, y serán accesibles a través de aplicaciones informáticas que permitan una visualización inmediata del documento, nombre del firmante y sello de tiempo. Tales ordenadores estarán colocados en un lugar cerrado y seguro del registro, alejado de campos magnéticos y de alta tensión y con acceso controlado y restringido. Además se realizarán copias de seguridad de tales datos por los procedimientos que se determinen.

«Sobre la formalización de la exteriorización de las operaciones registrales»

1. El Congreso entiende que la regulación legal debe reflejar la necesidad de que la nota de calificación desestimatoria quede unida al documento que le sirve de base.

2. Por el contrario, la exteriorización de la calificación estimatoria debe revestir la forma de certificación, incluyendo el estado en que queda inscrito el derecho de que se trate y el contenido del Registro, una vez producida la alteración de su contenido. Por ello, el Congreso propone que la resolución estimatoria de alteración del contenido del Registro sea un documento independiente del título presentado, con forma y contenidos homogéneos respecto de las calificaciones desestimatorias, y que puedan ser emitidas en soporte papel o electrónico, con los necesarios requisitos de seguridad que imposibiliten su manipulación o alteración. Todo ello sin perjuicio de hacer constar en el documento inscrito una somera reseña de los datos de inscripción.

3. En caso de calificaciones parcialmente estimatorias, se propone conjugar los dos procedimientos anteriores, añadiendo al documento presentado la nota de calificación desestimatoria y una somera reseña de lo inscrito, y expidiendo por separado el documento independiente que refleje, con valor de certificación, la resolución estimatoria de alteración del contenido del Registro.

4. Debe regularse la publicidad de los índices y ficheros informatizados mediante la nota simple de valor simplemente informativo, la cual garantizará su correspondencia con los datos existentes en los archivos informáticos, pero no con los asientos existentes en los Libros del Registro, reservando para este último propósito la certificación registral. Debe igualmente regularse la certificación registral electrónica.

5. La solicitud y expedición de información registral a través de Internet, ya se trate de notas simples de los archivos informáticos, ya de certificaciones electrónicas de los asientos de los Libros del Registro, debe centralizarse en el portal único del Colegio de Registradores mediante el uso de los ficheros localizadores, homogeneizando los sistemas a través de los que se verifica.

6. La ponencia sostiene que la información registral a expedir con motivo de la preparación de documentos inscribibles, debe estar al alcance de los distintos operadores jurídicos, así como del titular registral, y que debe revestir la forma de certificación, estableciéndose un marco adecuado para su tramitación electrónica.

7. El sistema deberá dar sellado de tiempo seguro, en la forma y con las características que va se han hecho constar.

«Sobre la publicidad registral y la protección de datos»

1. El Congreso entiende que debería regularse legalmente el carácter público de los Registros, pero permitiendo que, mediante la calificación, el Registrador aprecie si existe o no un legítimo interés en el solicitante, de manera que quien desee obtener información de los asientos o de los datos incorporados a los ficheros informáticos de los Registros, deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo en ello.

2. Asimismo el Congreso sostiene la necesidad de regular los derechos del titular de los datos de carácter personal que consten en los ficheros registrales, conjugando las normas hipotecarias con las establecidas en materia de protección de datos.

3. Es fundamental la necesidad de establecer legalmente que el titular registral pueda conocer pormenorizadamente las solicitudes de información que se hayan cursado en relación con los derechos inscritos a su favor, así como a pedir que se le notifiquen las que se realicen en adelante. Igualmente, debería arbitrase la posibilidad de que el Registrador notifique a los titulares registrales determinadas solicitudes de información, cuando lo juzguen conveniente para los intereses de aquéllos.

4. El Congreso afirma que la información registral debe quedar restringida por razones de seguridad de las personas y los bienes, mediante el procedimiento que legalmente se establezca.

5. Por otra parte, el Congreso sostiene que la información registral no debe ser literal, salvo en caso de mandato judicial o de consentimiento del titular, por lo que habrá de eliminarse de la misma a través de la calificación del Registrador, el contenido que por razones de protección de datos, o por su falta de trascendencia real, no deba comprenderse en la información a facilitar. Por tales razones y, además, por elementales motivos de seguridad, no debe admitirse el uso de la fotocopia, ni de medios similares ni la exhibición de los libros.

6. Por último, el Congreso afirma que deben regularse las medidas de seguridad físicas y lógicas a aplicar a los ficheros de datos de los Registros y del propio Colegio, así como el Sello de Transparencia Registral.

Madrid

El día 8 de noviembre, en las JORNADAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO que se celebraron en el Colegio de Registradores de la Propiedad, don ROBERT ALEXY, Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad de Kiel, pronunció la conferencia *Constitutional Rights to Positive State Action*, que reproducimos:

Constitutional Rights to Positive State Action (*)

ROBERT ALEXY

I. THE EXPANSION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

The history of constitutional rights in Germany in the second half of the twentieth century is a history of expansion. This expansion is characterized by three, closely related aspects. First, constitutional rights have gained influence that goes far beyond the relation between the citizen and the state. They have acquired a 'radiating effect' (1) over the entire legal system. The result is the ubiquity of constitutional rights. Second, constitutional rights have been intrinsically tied to the principle of proportionality. The applicability of this principle presupposes that constitutional rights have the structure of principles or optimization requirements (2). Owing to this structure, ubiquity is combined with optimization. Third, the subject-matter of constitutio-

(*) I should like to thank STANLEY L. PAULSON for help and advice on matters of English style.

(1) BVerfGE 7,198 (207).

(2) ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford 2002), 66-9.

nal rights has been considerably expanded over and above that of the classical liberal rights. The subject-matter of the classical liberal rights consists only of negative state action or omission. To this, rights to positive action on the part of the state have been added. In this way, the traditional defence rights (*Abwehrrechte*) have been supplemented by entitlements (*Leistungsrechte*). It is this triad of ubiquity, optimization, and entitlement that defines what constitutional rights in Germany are today. The development in many other countries is similar. One view of 'The Charter of Fundamental Rights of the Union' teaches that the expansion has been set down in writing as an European project, at least in so far as rights to positive state action are concerned.

The expansion of constitutional rights has always been accompanied by objections, and criticism today is stronger than ever before. The common point of all objections is the reproach of overconstitutionalization. Ernst-Wolfgang Böckenförde has presented this reproach in an especially powerful form. According to Böckenförde the expansion of constitutional rights alters the character of the constitution in a fundamental and dramatic way. The constitution is no longer merely a framework (*Rahmenordnung*) for the democratic process of will-formation. It becomes the foundation (*Grundordnung*) of the community (3). A constitution *qua* foundation of the community already contains the whole legal system (4), at least 'in nuce' (5). The task of the democratic political process is reduced to merely implementing what has already been decided by the constitution. The carrying out of this task is monitored by the constitutional court, which acquires, by this means, all real power. A 'shift from the parliamentary legislative state to a constitutional adjudicative state' would be irresistible (6). The only way to avoid this is to return to the 'conception of constitutional rights as subjective rights to freedom that are defensively directed against the state' (7).

Is this objection sound? It would be, if the expansion of constitutional rights defined by ubiquity, optimization, and entitlement did indeed imply that each and every legal norm and decision is already contained in the constitution, with the result that parliamentary legislation would lose its autonomy altogether, and, thereby, all real competence, too. This would be incompatible with democracy.

The question of whether or not the expansion of constitutional rights reduces the competence of the parliament to an unacceptable degree, is therefore a touchstone that makes it possible to decide whether or not the history

(3) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, 'Grundrechte als Grundsatznormen' in id., *Staat, Verfassung, Demokratie* (Frankfurt a. M., 1991), 198.

(4) *Ibid.* 189.

(5) *Ibid.* 198.

(6) *Ibid.* 190.

(7) *Ibid.* 198. See also 194.

of the expansion of constitutional rights amounts to the history of an error. The rights to positive state action have been a central and indispensable element of this development. Our view will be focused on them.

II. THE CONCEPT OF A RIGHT TO POSITIVE STATE ACTION

The concept of a right to positive state action comprises a diversity of rights which lend themselves to rather different classifications. One possibility is to divide them into three groups: [1] protective rights, [2] rights to organization and procedure, and [3] entitlements concerning social rights (8). The structure and content of these rights is rather different, but there is a common denominator that justifies grouping them together. They all demand positive action. In order not to violate them it is not enough that the state forbear from interfering in the spheres they protect, especially in life, freedom, and property. The state must *do* something.

Böckenförde's problems with rights to positive action stem from the structural difference between positive action and omission, and he is, indeed, correct in maintaining that rights to positive action are more complex than rights that only demand an omission. The question, therefore, can only be this: Does this complexity necessarily involve the consequences Böckenförde attributes to it? This question concerns all three kinds of rights to positive state action. I will concentrate on the protective rights.

The problems of protective rights can again be divided into three groups: into those that regard [1] their substantiation, [2] their content, and [3] their structure. The problem of substantiation concerns the question of whether protective rights should be included in the list of constitutional rights at all, either by those who make or amend the constitution or by those who interpret it. The problem of content relates to the classical tension between security and freedom on the one hand and to the financial expenditure connected with protective rights, as with other rights to positive action of the state, especially with social rights. The cost of protection is measured in freedom, or money, or both. The solution of the problem of substantiation as well as that of problem of content presupposes clarity about the structure of protective rights. For that reason their structure will be the centre of interest here.

(8) SEE ALEXY, 'A Theory of Constitutional Rights', 296, 300-48.

III. PROTECTIVE RIGHTS AND THE PROBLEM OF OVERCONSTITUTIONALIZATION

Protective rights are constitutional rights that a right-holder has against the state, namely, that the state protect him from interference by third parties. Protective rights can have a great variety of objects. The spectrum extends from homicide, to insult to protection from the dangers associated with the peaceful use of atomic energy. The main source of the problems of protective rights is that protecting the one side means interfering with the other. Protection from disparaging utterances presupposes interference with freedom of speech. This dialectics of protection and interference gives rise to the notation that there can always be only a single right solution if both rights - the protective right and the defensive right - have to be optimized according to the rules of proportionality. This one right solution would be something like an ideal and highest point (9).

This highest point objection speaks to the same problem as Böckenförde's foundation objection: the problem of overdetermination and, thereby, over-constitutionalization. There can be no doubt that overdetermination is unacceptable. For this reason, there are only three solutions. The first consists in abandoning protective rights. Böckenförde's appeal to return to defensive rights comes close to this. But there are strong reasons for having protective rights. Would the state not be violating the right to life if, say, it were to abolish criminal liability for manslaughter? The second solution is to relinquish proportionality, and with it optimization, at least in so far as protective rights are concerned. The adherents of this solution tend to substitute, for proportionality, the idea of a minimum standard or level of protection (10). But how is the minimum level to be determined? If this is to be done without proportionality, no rational criteria exist. If it is to be done by proportionality, the second solution is not really the second solution at all, but the third solution.

The third solution attempts to show that the combination of protective rights and proportionality does not lead to overdetermination or even total determination. It is compatible with the idea of a framework that leaves room

(9) SEE PETER LERCHE, 'Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?', in Joachim Burmeister (ed.), *Festschrift für Klaus Stern* (Munich, 1997), 205; *id.* 'Facetten der 'Konkretisierung' von Verfassungsrecht', in Ingo Koller, Johannes Hager, Michael Junker, Reinhard Singer, and Jörg Neuner (eds.), *Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken* (Munich, 1998), 21; Rainer Wahl, 'Der Vorrang der Verfassung', in *Der Staat*, 20 (1981), 504; Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und 'Eingriffsintensität'* (Berlin, 1989), 174.

(10) See JOSEF ISENSEE, 'Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht', in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5 (Heidelberg, 1992), 232.

for the autonomy of parliamentary legislation. This solution shall be proposed here. The argument proceeds in three steps. The first concerns the structure of defensive rights, the second, the structure of proportionality, and the third, some elements of the theory of discretion (*Spielraum*).

IV. ALTERNATIVITY

The structure of protective rights is in one point fundamentally different from that of defensive rights. Defensive rights are prohibitions on destroying, adversely affecting, and so on. Protective rights are commands to protect, support, and so on. When there is a *prohibition* on destroying or adversely affecting something, then *every* act that represents or brings about destruction or an adverse effect is prohibited. By contrast, if there is a *command* to protect or support something, then *not every act* that represents or brings about protection or support is required. The prohibition of killing implies, at least *prima facie*, the prohibition of every act of killing, whereas the command to rescue does not imply a command to carry out every possible act of rescuing. It may be possible to save a drowning man by swimming to him, or by throwing him a life raft, or by sending out a boat, but it is not the case that all three acts are simultaneously required. Rather, what is required is that *either* the first act, *or* the second, *or* the third be performed. Thus, protective rights have an *alternative* or disjunctive structure, and defence rights, a *conjunctive* structure. Unconstitutional action of the state has a definitive counterpart, which consists in the omission of just that unconstitutional action. The alternative structure implies that unconstitutional omission has no definitive counterpart (11), but as many possible counterparts as alternatives exist. All structural differences between defensive and protective rights stem from this difference. This becomes clear once we connect the alternative structure of protective rights to the principle of proportionality.

V. THE EASIER QUESTION: VIOLATION OF THE DEFENSIVE RIGHT

Alternativity and proportionality have to be connected inside the dialectical structure defined by the collision of protective and defence rights. This dialectical structure implies that it is always possible to put two questions. The first is, whether the defensive right is violated, the second, whether the

(11) See GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte* (Baden-Baden, 1988), 40.

protective right is violated. The first question is much easier to answer. Therefore, we will begin with it.

The question whether a defensive right is violated triggers several sub-questions. Here only the question of proportionality is of interest. The decisive point is that in so far as the violation of a defensive right is at stake, no logical differences exist between the examination of an infringement justified by a protective right and an examination of an infringement justified by a collective good or a policy.

The principle of proportionality consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrow sense. All three principles express the idea of optimization (12). To apply the principle of proportionality to constitutional rights means to treat them as optimization requirements, that is, as principles (13). For that reason, the term 'principle' in what follows will often be used instead of the term 'right'.

1. SUITABILITY AND NECESSITY

The first two sub-principles of the principle of proportionality are the principles of suitability and necessity. The principle of suitability excludes the adoption of any means that infringe upon a constitutional right without promoting any right or goal for which these means were adopted. If a means *M*, adopted in order to promote a protective right, is not suitable for this purpose, but infringes upon a defensive right, then it is unproportional and therefore unconstitutional. The same is the case if the unsuitability concerns the relation of *M* to any other goal. The situation is similar in the case of necessity. The principle of necessity requires that of two means promoting the protective right that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively with the defensive right ought to be chosen. The same applies when the two means are equally suitable for any other goal or a collective good.

2. PROPORTIONALITY IN THE NARROW SENSE

Things become more interesting in the case of proportionality in the narrow sense. Here, an aspect comes into play that retains its impact when the direction of the examination of proportionality is reversed, that is, where the question is raised as to whether the protective right has been violated.

(12) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 66-9.

(13) *Ibid.* 47.

The principle of proportionality in the narrower sense is identical with a rule that might be called the 'Law of Balancing' (14). This rule refers to constitutional rights as principles. It states:

The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other.

The Law of Balancing expresses the most important aspect of the complex structure of balancing. A complete description of what balancing between two principles means is found in the Weight Formula. In the postscript to *A Theory of Constitutional Rights* it is presented in a rather clumsy notation, using three capitals to express one factor (15). There it runs as follows:

$$W_{P_i, j} C = \frac{IPC \cdot WPA \cdot RPC}{SPC \cdot WP_j A \cdot RP_j C}$$

Since then, I have tried to simplify the Weight Formula in the following way (16):

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

The Weight Formula is an attempt to illustrate the structure of balancing with the help of a mathematical model. ' W_{ij} ' ($WP_{ij}C$) represents the concrete weight of principle P_i , that is, the weight of P_i in the circumstances of the case to be decided, *relative* to P_j , the colliding principle. ' I_i ' (IP_iC) stands for the intensity of interference with P_i by the means or measure M , the proportionality of which is to be examined. The most important factor with respect to protective rights is I_j . ' I_j ' (IP_jC) represents the intensity of negative effects that the omission of the interference with P_i that is, $\neg M$, would have for the colliding principle P_j , that is, the intensity of interference with P_j by non-interference with P_i . ' W_i ' (WP_iA) and ' W_j ' (WP_jA) stand for the abstract weights of P_i and P_j . In many cases the abstract weights are equal, which is

(14) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 102.

(15) *Ibid.* 419. fn. 97.

(16) ROBERT ALEXY, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris* 16 (2003), 446. For the most detailed presentation see ROBERT ALEXY, 'Die Gewichtsformel', in JOACHIM JICKEL, PETER KREUTZ, and DIETER REUTER (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlin 2003), 771-92.

to say that they neutralize each other. This makes it possible to reduce them. 'R_i' (RP_jC) and 'R_j' (RP_jC) refer to the reliability of the empirical assumptions concerning what the measure *M* in question means for the non-realization of *P_i* and the realization of *P_j* in the circumstances of the concrete case. There are many cases in which the decision depends essentially or even solely on *R_i* and *R_j*, but there are also many cases in which *R_i* and *R_j* are equal, such that both can be reduced. If *W_i* and *W_j* can also be reduced, the decision solely depends on *I_i* and *I_j*. The Weight Formula can then be applied in the reduced form:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

In order to explain what this means, the Titanic Judgment of the Federal Constitutional Court shall be considered (17). This case is a defence vs. protection decision, in which the Weight Formula has been applied in its reduced form. The decision concerns the classic conflict between freedom of expression and personality rights. A widely-published satirical magazine, Titanic, described a paraplegic reserve officer who had successfully carried out his responsibilities, having been called to active duty, first as a 'born Murderer' and in a later edition as a 'cripple'. The Düsseldorf Higher Regional Court of Appeal ruled against Titanic in an action brought by the officer and ordered the magazine to pay damages in the amount of DM 12,000. Titanic brought a constitutional complaint. The Federal Constitutional Court undertook 'case-specific balancing' (18) between the freedom of expression of those associated with the magazine (*P_i*) and the officer's general personality right (*P_j*). To this end, the two readings of intensity of interference with these rights are set out in relationship to each other. There are, in general, two ways to proceed. The first has us proceeding without any ranking of the intensity of interference as such. It confines itself to saying that *I_i* is either stronger or weaker or equally as strong as *I_j*. The Court, however, follows the second way of proceeding. It consists in ranking the intensity of interferences as such or in isolation, and then deriving the conclusion from this. Whether this second way can be carried out is one of the most important questions of the theory of balancing.

Ranking one act or measure as such is impossible without a scale. Very different scales are conceivable. The extremes are an infinitesimal scale on the one hand and a scale with only two stages on the other. Naturally, one

(17) BverfGE 86,1.

(18) BverfGE 86,1 (11).

could also conceive of a scale with only a single stage. But this would not be a scale that could be used in balancing. If everything is equal, rational preference is impossible.

Balancing in law is based on argument, and not on some kind of measurement that is possible without argument, say, by observation, instruments, or intuition. This means that the intensity of interferences must be expressed by means of propositions that can be substantiated by argument as well as refuted. In order to be able to put forward an argument for or against a proposition about the intensity of an interference, the proposition must be intelligible. Intelligibility of the propositions about the degrees of intensity is therefore a necessary condition for the adequacy of any scale in law.

A scale that is intelligible, giving rise to no difficulties on this score, is the scale 'light', 'moderate', and 'serious', which can be represented by '*l*', '*m*' and '*s*'. This triadic scale can easily be refined by transforming it into a double-triadic scale, which works with nine stages. These can be represented as follows: [1] '*ll*', [2] '*lm*', [3] '*ls*', [4] '*ml*', [5] '*mm*', [6] '*ms*', [7] '*sl*', [8] '*sm*', [9] '*ss*'. But this shall not be elaborated here (19). The only point of interest in the present context is that the condition of intelligibility sets limits to the refinement of the scale. It is not difficult to understand what a minor interference in the upper ranges (*ls*) comes to, but, how, for example, is one supposed to understand 'seriously lightly moderate' (*mls*)? Only in the areas of the extremes do the classes of the threefold-triadic model, for instance '*sss*' seem to be comprehensible.

The Weight Formula does not attempt to substitute balancing as a form of argument by calculation. It is merely a formal device to express the inferential structure of the balancing of principles, just as logic is a formal device to express the inferential structure of subsumption under rules. In order to apply the Weight Formula as an analytical instrument, numbers must be assigned to the three values of our triadic model, *l*, *m*, and *s*. There are various possibilities. A rather simple assignment - at the same time highly instructive - consists in taking the geometric sequence 2^0 , 2^1 , and 2^2 , that is, 1, 2, and 4. In the Titanic Judgment the Federal Constitutional Court considered the intensity of infringement (*I_i*) with the freedom of expression (*P_i*) by imposing damages in the amount of DM 12,000 (*M*) as serious (*s*). This is proportional only if the concrete importance to be attached to the requirement of protecting the personality right of the officer is at least as high. Concrete importance here consists in the intensity of infringement (*I_j*) with the officer's right to protection. The Court considered the intensity of infringement upon the officer's right to protection of his personality (*P_j*) by not imposing damages

(19) See ALEXY 'On Balancing and Subsumption', 445.

($\neg M$) differently in the case of describing him a 'born murderer' from the case of calling him a 'cripple'. In the first case it considered the intensity as moderate (m), perhaps even as light (l). If we insert the corresponding values of our geometric sequence for s and m , the concrete weight of P_i (W_{ij}) is in this case $4/2$, that is, 2. In this way, the priority of P_i over P_j is expressed by a concrete weight greater than 1. The description of the officer as a 'cripple' was considered as serious (s), because it was humiliating and disrespectful. This gave raise to a stalemate, expressed by the value 1. To this extent, the order to pay damages was not unproportional.

As our example shows, in a case in which the question is whether a protective measure M violates the defensive right for reason of unproportionality, the collision of a defensive and a protective right has a rather simple structure. One has only to ask whether, by adopting M , the intensity of interference with the defensive right (I_i) is higher than the intensity of interference with the protective right (I_j) would be by not adopting M , that is, by adopting $\neg M$.

VI. THE MORE DIFFICULT QUESTION: VIOLATION OF THE PROTECTIVE RIGHT

Things become far more difficult if one looks in the reverse direction, asking the question whether a protective right is violated by denying protection at all or by failing to give enough protection. The classical example in constitutional law is abortion. Here only the structure of the relationship between the protective right and proportionality is of interest. Therefore, I will confine myself to a greatly simplified constellation, which consists of four alternative means or measures of protection concerning the first three month of pregnancy. The first measure, M_1 , is a strict prohibition, which allows abortion only if the life of the mother is in danger. M_2 consists of a weak prohibition which allows abortion on social grounds. M_3 abandons the system of prohibition and exception and demands only counsel, which is, however, connected with the possibility of granting financial support. M_4 , finally, simply consists of providing for free abortion in the first three month. This can count as protection only in the sense that abortion is free only during the first three months. It is not our purpose to solve the constitutional problem of abortion here. The attachment of values to the four measures M_1 - M_4 only reveals the structure of the connection of proportionality with alternativity. This structure would remain the same if other values were correct, and it would not change if on the side of the *nasciturus* it were not a right to life that is to be considered but only an obligation of the state to protect the unborn life.

The first important point is that on the side of the protective right, two lines of values always have relevance, whereas on the side of the defensive right only one is normally worthy of consideration. The first line represents the degree of protection. If one connects it with the line of the intensity of interference with the defensive right, in our case the right of the mother to personality, a double sequence like the following emerges:

P_i	P_j	
degree of protection (D_i)		intensity of interference (I_j)
s	M_i	s
m	M_2	m
m	M_3	$M(P_k)$
l	M_4	l

This looks like a sequence of statements and it would mean, according to the Weight Formula, that all measures would be equally proportional and thereby, constitutional, too. This impression, however, only arises because the double sequence fails to present the whole picture. The analysis of the Titanic Judgment has shown that a further element is relevant. It is the impact that the omission of the protective measure has for the protective right. This element has been described as the infringement upon the protective right by $\neg M$. Its intensity is represented by I_i . I_i refers to the intensity of non-protection, D_i , to the degree or intensity of protection.

The problem in our case is that more than one measure is under consideration. The alternative structure implies that the negations of the different measures, say $\neg M_2$ have no definitive counterpart. $\neg M_2$ can mean M_1 as well as M_3 or M_4 . In case of M_1 , the protective right surely would not be violated, in case M_3 , however, it is possible to assume a violation. The concept of violation, however, contains the key to the solution. Our question is whether the protective right is violated. It is violated if the protection afforded, in relation to the intensity of interference with the defensive right, is not enough. This makes it possible to consider the intensity of infringement upon the protective right by $\neg M_n$ as simply the intensity of non-protection by not adopting M_n but, rather, the measure with the next lower degree of protection (D_i) on the list, that is, M_{n+1} . One can call this the Rule of Chain Negation. Chain negation is not an absolute negation that has no counterpart, but a relative negation. The relativity is provided by the list. On this basis, a more complete picture can be given by means of the following three sequences:

P_i			P_j
I_i	D_i		I_j
$\neg M_1:l$	s	M_1	s
$\neg M_2:m$	m	M_2	m
$\neg M_3:m$	m	M_3	$m (P_k)$
$\neg M_4:s$	l	M_4	l

M_1 and M_4 , according to the values given to them, are unproportional. In the case of M_1 , the principle of proportionality appears as a prohibition of too much (*Übermaßverbot*), in the case of M_4 as a prohibition of too little (*Untermäßverbot*). This shows that these two prohibitions are elements of proportionality and not independent rules. M_3 achieves the degree of protection (D_i) m because it includes not only counsel but also financial support. Public funds are available only to a limited degree. The principle of the financial capacity of the state precludes the notion that all infringement upon constitutional rights which could, in principle, be avoided by financial means, must be avoided in this way. Perhaps many crimes could be avoided and, by these means, many infringements upon the freedom of the delinquents, too, and, at the same time, a great deal of protection could be achieved if each potential criminal offender were to receive a grant of financial support from the state equal in amount to a middle class income. Still, no one up until now seems to have maintained that this is required by the constitution. The principle of financial capacity of the state *qua* substantive principle (20) can justify not adopting a less intensively interfering means if the more intensively interfering means leads to considerably higher costs (21). In our constellation the principle of financial capacity of the state is represented by P_k . M_3 interferes less intensively in P_j than M_2 . If one considered only M_3 and P_j , the value would be l . But if one combined the intensity of interferences in P_j and P_k , the additive value is m (22). For this reason we have in the case of M_2 and M_3 stalemates on the same level. This means that the legislator has discretion to decide for either M_2 or M_3 . In our constellation the only alternatives to M_2 and M_3 are M_1 and M_4 , and both are prohibited. Therefore, the legislator must choose either M_2 or M_3 . Real life provides for more possibilities, which is to say that the number of problems increases. But the structure of the problems remains the same. This structure stems from the combination of proportionality and alternativity.

(20) WOLFRAM CREMER, *Freiheitsgrundrechte* (Tübingen 2003), 323.

(21) BverfGE 77,84 (110).

(22) See on this ALEXY, 'Die Gewichtsformel', 791.

VII. DISCRETION

The discussion of abortion has shown that the idea of protective rights does not exclude all discretion of the legislature, as the highest point objection maintains. The question is, how far this can be generalized. In order to show how an answer to this question might be given, a glance shall be cast, in closing, on some elements of the theory of discretion.

There exist two kinds of legislative discretion: substantial or structural (23) on the one hand, and epistemic on the other. Substantial discretion of the legislature consists of everything what constitutional norms neither command nor prohibit. Epistemic discretion consists in the competence of the legislature to determine, in cases of uncertainty, what constitutional norms command or prohibit, and what they leave free. The scope of this competence or power is equivalent to the scope of a corresponding disability on the part of the constitutional court. Substantial discretion is considerably less problematic than epistemic discretion. That the legislature is free where the constitution contains no relevant obligations needs no justification. That it has the competence to decide where questions arise about whether or not it is free, is by contrast less obvious. In order to reply to the reproach of overconstitutionalization, it is enough to consider substantive discretion.

There are three kinds of substantive discretion: [1] means-selecting discretion, [2] end-setting discretion, and [3] discretion in balancing. Discretion in balancing stems from stalemates that occur frequently owing to the fact that only relatively rough scales are applicable in law. This kind of substantive discretion has already been taken up in the abortion example. For this reason, only means-selecting and end-setting discretion shall be considered here.

1. MEANS-SELECTING DISCRETION

Means-selecting discretion appears in direct connection with constitutional rights only in the case of rights to positive state action. It stems from nothing other than their alternative structure. This structure has already been described. The only thing that shall be added here is that means-selecting discretion is the only kind of discretion that is peculiar to rights to positive state action. All other kinds of discretion may also be present in the case of defensive rights. Only a difference of degree is conceivable here. This is a corollary of the thesis that the only structural difference between protective and defensive rights is that of alternativity.

(23) In ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 310, 393, 395, only the term 'structural' is used.

2. END-SETTING DISCRETION

The second kind of substantive discretion, end-setting discretion, is of special importance for the understanding of protective rights. End-setting discretion is well known where limitations of defensive rights are at stake. Many defensive-rights provisions contain an authorization of the legislature to limit its enjoyment. Such an authorization gives the legislature the constitutional power to decide for itself whether and on the basis of which goals and policies it wishes to limit the enjoyment of the right. This power of limitation is, naturally, again limited by the principle of proportionality, but within these limits it is an instance of discretion.

All this is relevant not only with respect to defensive rights, but also with respect to protective rights. Protective rights definitively prohibit the legislature from going below the level at which unproportionality begins. Above this level, protective rights as principles continue to demand *prima facie* that more protection be granted. Owing to the colliding defensive right, however, this demand as such might well (24) not be strong enough. In this case, the protective right is relevant but not determinant. At this point the authorization of the legislature to limit constitutional rights in order to promote goals and policies comes into play. Naturally, there exists no discretion with respect to the decision of whether protection be granted at all. The protective right as such is not left to the disposition of the legislature. But end-setting discretion includes discretion with respect to the degree to which a goal is promoted, and this applies to protective rights, too. The legislature can decide in favour of a protective policy, and this can, in connection with the protective right, justify a more intensive infringement with defensive rights than the protective right, taken alone, could justify. The same, however, applies on the side of the defensive right. The legislature can not only adopt a policy that favours protective rights, it can also decide to favour defensive rights - both, naturally, to the limits of proportionality.

An example of this is the 1998 decision of the Federal Constitutional Court on protection from redundancy. It concerned the question whether businesses with fewer than five employees could be exempted from the relatively strict redundancy provisions of the employment law, with the result that employees in such businesses being made redundant would only enjoy the relatively weak general protection of private law. Here the employer's freedom of profession, guaranteed by article 12 [1] German Basic Law as a defensive right, competed with the state's protective duty, also arising from

(24) On this distinction see ROBERT ALEXY, 'Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit', in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 61 (2002), 26.

article 12 [1], towards employees. The Federal Constitutional Court required that these be optimized: 'The competing constitutional-rights positions are to be understood in the context of their effect on each other, and are to be limited in such a way that they become as effective as possible for all concerned' (25). At the same time, the Court granted the legislature a 'broad liberty of lawmaking', that embraced not only empirical assessments but also 'the evaluation of the range of interests, in other words, weighting opposing requirements and determining their need of protection' (26). Here, the decision becomes rather unclear, as it is often the case in judgments concerning discretion and protection. One can interpret this quotation in two ways: [1] as granting normative epistemic discretion and [2] as pronouncing an end-setting discretion. Here only the second possibility is of interest. An end-setting discretion is expressed most clearly when the Court justifies the constitutionality of the legislature's decision against the interests of the employees with the argument that the interests of business were seen '*by the legislature* as particularly worthy of protection' (27). To consider relevant that the legislature looks upon something as worthy of protection is to acknowledge its competence to decide this question, that is, its discretion. This shows that end-setting discretion exists not only when defensive rights are restricted but also when protective rights are not protected.

What has been said about substantive discretion seems to be sufficient for rejecting the reproach of overdetermination or overconstitutionalization. A consideration of epistemic discretion would corroborate this.

(25) BverfGE 97, 169 (176).

(26) *Ibid.*

(27) BverfGE 97, 169 (180), emphasis added.