

LA ESCASA PRESENCIA DEL DERECHO CIVIL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Encarnación Roca Trías

Catedrática de Derecho Civil

Vicepresidenta Emérita del Tribunal Constitucional

TITLE: *The limited presence of civil law in the Constitutional Court*

RESUMEN: La autora, que ha sido magistrada del Tribunal Constitucional expone algunas de las claves que pueden explicar la escasa presencia de especialistas en Derecho civil en la historia de esta importante institución del Estado.

ABSTRACT: *The author, who has been a magistrate of the Constitutional Court, explains some of the reasons that may explain the scarce presence of civil law specialists in the history of this important State institution.*

PALABRAS CLAVES: magistrados, derechos constitucionales, casos con repercusión civil.

KEY WORDS: judges, constitutional rights, cases with civil implications.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LOS TIPOS DE CASOS. 3. ALGUNOS CASOS CONCRETOS. 4. LA INTERPRETACIÓN: LA TANGENTE ENTRE LOS SISTEMAS.

1. PRESENTACIÓN

Es cierto que en el TC no ha habido demasiados especialistas en Derecho civil. Y ello a pesar de que solo se exige que los candidatos a formar parte del TC como magistrados, sean juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional. El art. 159.2 TC se refiere a «Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados».

Como resulta evidente de la lectura de esta norma, el requisito es el mérito y la capacidad, demostrada durante quince años y nunca ni en la Constitución ni en la ley orgánica del TC se ha hablado de las respectivas especialidades de los candidatos. Pero

* Este trabajo es el texto escrito de la intervención de la autora en la Jornada «REIVINDICANDO EL VALOR DEL DERECHO CIVIL», celebrada en el Congreso de los Diputados el día 11 de febrero de 2022.

es cierto que solo examinando los presidentes del TC entre los que han sido magistrados a lo largo de los años desde su constitución hasta ahora, podemos concluir que no ha habido una gran variedad de especializaciones jurídicas: de los 11 presidentes ha habido

1. 4 especialistas en derecho constitucional, incluyendo al actual presidente: García Pelayo, Pedro Cruz Villalón, Manuel Jiménez de Parga y Pedro González-Trevijano.

2. 2 especialistas en derecho administrativo: Pascual Sala Sánchez y Juan José González Rivas.

3. 3 especialistas en derecho laboral: Manuel Rodríguez Piñero, M^a Emilia Casas y Francisco Pérez de los Cobos.

4. 1 en Derecho financiero: Álvaro Rodríguez Bereijo.

5. 1 historiador del derecho: Francisco Tomás y Valiente.

6. Ningún civilista ni especialista en otra rama del derecho privado, que no sea el Derecho laboral.

Si bien es cierto que el derecho público es mayoritario en la especialidad de los presidentes, lo que parece natural, extraña que haya tres especialistas en derecho laboral y ningún privatista. Tampoco entre los magistrados se encuentran muchos dedicados al derecho privado, en sus vertientes de civil, mercantil y procesal. Según mis cuentas, solo 6 magistrados de todos los que han venido actuando como tales en el TC son especialistas en derecho privado, de los cuales, solo 3 de civil. Uds. pueden pensar que si el Tc ha funcionado más o menos correctamente durante los 41 años de su existencia, tampoco debe ser tan necesario reivindicar la presencia de nuestros colegas entre las filas de los magistrados. Puede contarles mi experiencia, aunque creo más necesario hablarles de los tipos de casos que se presentan. Al final les contaré algunas opiniones sobre la presencia de civilistas.

Empecemos por el principio.

2. LOS TIPOS DE CASOS

Solo tienen que examinarse los tipos de casos que se presentan al Tc en el formato de recursos de amparo. En la última memoria de 2020 se presentaron 6515 Ras, a los que deben restarse 25 RA parlamentarios; por lo tanto y en lo que aquí interesa resultan 1.154 con contenido relacionado con el derecho privado.

Los asuntos objeto de las demandas en estos casos se refieren a las siguientes materias:

Igualdad (art. 14 CE) 901 13.83%;
Tutela judicial (art. 24 CE) 4.890 75,06%;
Vida e integridad (art. 15 CE) 166 2.55%;
Libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) 32, 0,49%;
Libertad y seguridad (art. 17 CE) 348, 5,34%;
Honor, intimidad e imagen (art. 18 CE) 233 3,58%;
Libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) 43, 0,66%;
Libertades de expresión (art. 20 CE) 80, 1,23%; Reunión (art. 21 CE) 18, 0,28%;
Asociación (art. 22 CE) 15, 0,23%;
Participación en los asuntos públicos (art. 23 CE) 85, 1,30%;
Legalidad penal (art. 25 CE) 588, 9,03%;
Educación (art. 27 CE) 10, 0,15%;
Libertad de sindicación y huelga (art. 28 CE) 21 0,32%;
Petición (art. 29 CE) 18 0,26%;
Objeción de conciencia (art. 30.2 CE) 2 0,03%¹.

Es cierto que, dentro de todos ellos, la reclamación por violación del derecho a la tutela judicial efectiva resulta ser el más importante, pero es que el contenido de muchos de los recursos está escondido bajo la vulneración del art. 24 CE, como veremos en algunos asuntos a los que me voy a referir a continuación a título de ejemplo. Y hay que resaltar que el número de RAs se mantiene bastante estable: en 2020 y a pesar de la pandemia, se presentaron 6515 recursos y en los últimos cinco años no se baja del número de 6.000 RAs por año.

A ello deben añadirse las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por jueces en relación con problemas de constitucionalidad de leyes, en este caso civiles, aplicables. En 2020 fueron 27 las cuestiones presentadas, bajando el número desde 44 en 2016. No hay necesidad de reivindicar más presencia de civilistas: los números hablan por sí mismos.

¹ Fuente. Tribunal Constitucional. Memoria 2020. P. 233.
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2020.pdf>

3. ALGUNOS CASOS CONCRETOS

No quiero que mi intervención sea solo numérica. Quiero poner de relieve a los componentes de esta necesaria y útil reunión que los asuntos materiales tratados en algunas importantes sentencias y referidos al ámbito civil se refieren entre otras materias a filiación e investigación de la paternidad; a la atribución de la guarda y custodia y derecho de visitas del progenitor no custodio; la naturaleza jurídica de las cajas de ahorro; la aplicación del convenio de La Haya en los casos de sustracción internacional de menores; la naturaleza del arbitraje y su constitucionalidad; igualdad entre parejas de hecho y parejas constituidas mediante matrimonio en relación a la subrogación en los arrendamientos urbanos; igualdad entre parejas matrimoniales y no matrimoniales en relación a la pensión de viudedad, así como pensión de parejas del mismo sexo; protección de la libertad de personas con enfermedades mentales e ingresos forzosos, al que se ha el habeas corpus y un largo etcétera. Merecen una mención especial la STC 198/2012, de 6 de noviembre que declaró que no se oponía a la Constitución la ley 13/2005 que reconoció la validez del matrimonio de personas del mismo sexo y la STC 93/2013, de 23 de abril, sobre la necesidad de proteger la autonomía de la voluntad de quienes deciden constituir una pareja sin contraer matrimonio y anuló la ley foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra para igualdad jurídica de las parejas estables. Es verdad que no se trata de cuestiones «exclusivamente» civiles, pero a eso voy: también lo son.

Pero quizá vale la pena que nos fijemos en cuatro sentencias muy significativas en este sentido:

a) La primera es la STC 26/1981, de 17 de julio, de la que fue ponente D. Luis Díez-Picazo y cuya doctrina aun no se ha modificado, porque, además, no se ha ni tan solo aprobado la ley que regule el ejercicio del derecho de huelga. Se trataba de un recurso de amparo en relación con la convocatoria de una jornada de huelga de RENFE durante el transcurso de una negociación colectiva. El TC estimó parcialmente el recurso con una serie de razonamientos que les ahorro y que fueron objeto de crítica por una parte de la doctrina laboralista, que ahora reconoce el valor de esta primera sentencia. Uds. se preguntarán: ¿Un civilista enfrentándose al derecho de huelga, cuestión laboral por excelencia? ¿Una doctrina que se mantiene por su calidad y precisión en la argumentación? En resumidas cuentas, ¿qué hace un civilista en mi corralito diría y en realidad dijo un laboralista?

b) La segunda sentencia es la 31/2019, de 28 de febrero. Se trata de un RA interpuesto invocando la existencia de un préstamo con cláusula abusiva, lo que, según

el recurrente, vulneró su derecho a la tutela judicial. Aplicando la doctrina del caso *Banco Primus*, del TJUE, la sentencia declaró que «En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017, no haber entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado objeto del incidente de nulidad, ni haber planteado cuestión prejudicial de haberse encontrado en alguno de los supuestos ya descritos en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia: (i) infringió el citado principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante; (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y (iii) consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE). Por ello es procedente el otorgamiento del amparo, con declaración de la nulidad de la resolución que lo ha vulnerado y retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido». Hay que destacar que, en base al voto particular de un magistrado utilizando el problema procesal planteado respecto al tiempo transcurrido entre la demanda de ejecución y la alegación sobre el examen de la abusividad de la cláusula, se ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE, aun no resuelta.

c) La STC 178/2020, de 14 de diciembre, de la Sala 2ª, que resuelve de forma favorable a la menor demandante, dos puntos planteados en el recurso: el primero, el problema procesal de la preclusión de las demandas en los procesos de familia, que se resuelve en el sentido de que no se debe aplicar la *perpetuatio iurisdictionis* en dichos procesos, dada la naturaleza cambiante de las circunstancias personales de los implicados en ellos, y respecto al orden de los apellidos de la menor en un procedimiento de reconocimiento de la filiación. La conclusión consiste en la aplicación del principio del interés del menor, dado que según el art 53.2 CE, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán [...] la práctica judicial». Estando incluido este principio en el art. 39. 4 CE, con remisión a los Tratados internacionales (Convenio de Nueva York de 1989), debe aplicarse este y al no hacerlo, se produjo una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la propia imagen y la protección integral de los hijos, porque «desde la perspectiva constitucional, en las resoluciones impugnadas en este recurso de amparo debió resolverse la cuestión de fondo planteada relativa al orden de los apellidos de la menor y ponderarse especialmente su mayor beneficio, teniendo en cuenta que el derecho al nombre integra su personalidad. Por todo ello,

este tribunal no puede más que concluir reconociendo la vulneración del contenido constitucional del art. 18.1 CE, invocado por la parte recurrente [...]».

d) Finalmente, la STC 99/2019, de 18 de julio, relativo a un caso de rectificación del Registro civil por cambio de sexo de una persona menor de edad. Este caso se resolvió por entender que era una norma desproporcionada: «De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad” y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad.»

4. LA INTERPRETACIÓN: LA TANGENTE ENTRE LOS SISTEMAS

El Digesto contiene una regla muy conocida cuando al encabezamiento define el contenido del derecho diciendo que es la técnica de lo bueno y de lo justo y que «rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito.... Dos son las posiciones: el público y el privado». No voy a reproducir aquí todo el contenido del Lib I, tit 1, que incluye textos de Ulpiano y otros juristas conocidos de la época que PETER BROWN llama «la antigüedad tardía»². Pero ello me sirve para introducir la idea de que todo el sistema jurídico, que está formado por diferentes ramas dependiendo de los aspectos regulados, tiene como base principal de actuación la interpretación, que constituye la principal tarea de los juristas, todos, independientemente de cuál sea el ámbito profesional en que se desarrolle su especialización.

Si usamos la definición de TARELLO³, interpretar en el uso moderno, consiste en dar sentido a los documentos en que se contienen las normas, es decir a aquellos documentos que constituyen las fuentes de conocimiento, lo que se llama «el derecho». Por ello, interpretación va directamente ligada a la aplicación del derecho y

² BROWN, Peter, *El mundo de la Antigüedad tardía. De Marco Aurelio a Mahoma*. Trad. Antonio Piñero. Taurus, 4ª reimpresión, junio 2021. Ver la justificación del título en el prólogo de Ruiz Domènc, p. 11.

³ TARELLO, Giovanni, «L'interpretazione della legge», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano Giuffrè editore, 1980, pp. 7 ss.

los legitimados para interpretar son aquellos que son llamados a aplicarlo. Este es lo que POSNER⁴ va a llamar un debate eterno.

Pero hay que dejar de lado los distintos métodos de interpretación, según las escuelas jurídicas. Lo que quiero que quede claro es que todos los juristas tienen como función propia «interpretar». Lo que a veces, en sentido muy elemental, he dicho que nosotros, cuando enseñamos en clase, lo que hacemos es enseñar a «leer y escribir» en un sentido distinto del que se concibe entre la generalidad de las personas. Leemos las leyes, entre ellas, la Constitución, y escribimos nuestras opiniones en las sentencias, sean del TC, del TS o de los Tribunales competentes. ¿Quieren Uds. decirme qué diferencia hay entre un constitucionalista y un civilista? Ambos deben buscar el sentido de la ley que les corresponde interpretar, sea la Constitución o el Código civil, porque el procedimiento para resolver el conflicto será siempre el mismo: voy a examinar el caso, interpretaré las leyes a mi alcance para determinar, mediante la interpretación, cuál es la aplicable y a continuación daré sentido a sus preceptos para poder proporcionar una solución. El jurista es capaz de interpretar la norma correspondiente porque la técnica de la interpretación no difiere en las diferentes ramas del derecho. Pero cuando se trata de derecho constitucional, lo que hay que interpretar y a lo que hay que dar sentido es al bosque que contiene los diferentes árboles, que todos van a proporcionar el sentido del sistema. No hay reglas independientes de otras.

Algunas veces existen conceptos en el derecho civil que tienen un claro matiz constitucional. Lo que en mi época de estudiante se llamaba «la parte general», que consistía en el estudio del título preliminar del Código civil, lo que los italianos llaman las «preleggi» en su Código civil, proporcionaba conceptos utilísimos que, la verdad, en la vida de 9 años en el TC he echado de menos. Me estoy refiriendo, entre otros, a la división entre leyes generales y leyes especiales; derecho normal y derecho excepcional y otros que aquí creo más útil dejar de lado. Pero volviendo a la última distinción, entre derecho normal y excepcional, me sorprendió mucho que en las discusiones sobre la constitucionalidad del Decreto del estado de alarma, se hicieron poquísimas referencias a esta división: el estado de alarma debido a la pandemia fue una situación excepcional y las reglas que se adoptaron para afrontar la pandemia debían examinarse desde este punto de vista porque van contra *tenoren rationem* de la organización general y no tienen por ello fuerza expansiva. Como dijo en su día FEDERICO DE CASTRO, ilustre civilista, el efecto de la distinción está en que en el derecho excepcional no se

⁴ POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*. Trad. de Victoria Roca Pérez. Marcial Pons 2011, p. 216.

producen consecuencias más allá del caso concreto⁵. ¿Es esto tan extraño para un civilista?

Para mí hay algunas reticencias en la introducción de civilistas en el TC que derivan de las siguientes circunstancias:

1.^a La tradicional distinción entre derecho público y derecho privado ha dejado de ser útil, aunque sigue utilizándose. Un ordenamiento fundado en una Constitución aplicable que no es un texto político, puede y debe ser interpretada por todos los juristas, con independencia de su especialidad. Las reglas generales son las mismas para todos y la forma de interpretarlas y las reglas para ello están en la base de nuestra actividad. Como decía DIEZ-PICAZO cuando le preguntaban cómo se las arregló en los inicios de su actividad en el TC, respondía: no hay allí Derecho civil, penal, laboral, etc. Hay Constitución y todos somos capaces de hacer el razonamiento adecuado para interpretarla, aunque quizá sean los civilistas los que en determinados casos tengan instrumentos más apropiados.

2.^a La marginación de los civilistas en la composición del TC tiene también mucho que ver con la propia actitud de mis colegas. Hemos transformado el derecho civil en un derecho administrativo elemental, en el que lo único que se va a discutir es la naturaleza del contrato de compraventa, por poner un ejemplo, pero no los grandes problemas de las instituciones tradicionales. Nos hemos transformado en glosadores, en críticos de sentencias de todo pelaje y no somos capaces de ir más allá: ¿por qué no nos atrevemos a estudiar si la legítima es una institución útil en este momento? ¿Por qué hay que mantenerla cómo está y no vamos más allá? Y no digamos de lo relacionado con la institución de la propiedad, uno de los problemas históricos del constitucionalismo. Hacemos derecho comparado, bien hecho, pero olvidamos los grandes problemas constitucionales que hay detrás de la prohibición del trust, por ejemplo. Hacemos derecho civil estudiando los requisitos del arrendamiento de vivienda, pero no vamos al fondo.

No sigo. Entiendo que en esta situación, es difícil integrar a un civilista en un Tribunal que debe resolver los asuntos teniendo en cuenta no el párrafo 4 del artículo XXX de acuerdo con la interpretación que le ha dado el F. J. 4, a) de la STC.... Sino su ajuste a la Constitución.

⁵ CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Vol. I, Tomo I*, ed. Facsímil. Thomson Civitas, 2008, pp. 112-113.

3.^a La Constitución es una norma directamente aplicable en muchos de sus aspectos. Seamos originalistas, expansionistas o restrictivos, hay que integrar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con los principios constitucionales y las disposiciones que conforman todos los derechos fundamentales que deben integrarse en todas las instituciones. ¿Por qué un civilista no tiene la misma legitimidad que un penalista o que un laboralista? Excluyo a los constitucionalistas porque ellos tienen una cierta legitimidad adicional, pero tampoco sería conveniente que un TC estuviera formado solo por constitucionalistas.

En definitiva, creo que los civilistas aportamos un modo de trabajar útil para un TC. Como he dicho al principio, solo se requiere que los magistrados se elijan entre juristas de reconocido prestigio acreditado durante quince años. No se establecen preferencias de ningún tipo.

POSNER⁶ dijo en 2008, que el Tribunal Supremo estadounidense es un tribunal político y por ello, señalaba, que «cuanto más manifiestan los jueces su poder, mayor es la presión para poner freno a su independencia»⁷. Un Tribunal constitucional es una institución judicial extraordinaria, POSNER dixit, que resulta muy influenciado por la opinión pública por el mayor impacto de sus decisiones. Ello afecta a todos los jueces, tengan el origen que tengan. Posiblemente los órganos que deciden sobre quién es el mejor para acceder a estas situaciones deba tener en cuenta las profesiones jurídicas y los civilistas no hemos hecho un mal papel en el Tribunal.

Porque, en definitiva, vale la pena recordar aquí una frase que he visto atribuida sea a VASSALLI que a ANTONIO SCIALOJA: «il diritto, civile; il fatto, penale; il nulla, costituzionale».

BIBLIOGRAFÍA

BROWN, P., *El mundo de la Antigüedad tardía. De Marco Aurelio a Mahoma*. Trad. Antonio Piñero, Taurus, 4^a reimpresión, junio 2021.

CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Vol. I, Tomo I*. ed. Facsímil. Thomson Civitas, 2008.

⁶ POSNER, *ob. cit.*, p. 297.

⁷ POSNER, *ob. cit.*, p. 302.

POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces*. Trad. de Victoria Roca Pérez. Marcial Pons 2011.

TARELLO, G., «L'interpretazione della legge» en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano Giuffrè editore, 1980.

Fecha de recepción: 07.03.2022

Fecha de aceptación: 28.03.2022