

Discurso con motivo de la entrega del XXIV Premio Pelayo

Dña. Encarnación Roca Trías

Vicepresidenta del Tribunal Constitucional

La más elemental educación me obliga a empezar agradeciendo a quienes me propusieron y a quienes han formado parte del jurado por el otorgamiento de este premio. Y a todos aquellos que están gastando una parte importante de su tiempo por asistir a esta ceremonia. Muchas gracias por haberme conferido el honor que me permite pasar a formar parte de una ya extensa lista de grandes juristas, con muchos más méritos que yo. Espero que no se arrepientan después de escuchar lo que diré, de acuerdo con la tradición que regula este acto.

Debo recordar en primer lugar, a mi predecesor en este premio, que ha formado parte del jurado de esta convocatoria, mi compañero en la cátedra y en la Academia, Antonio Hernández Gil, abogado de prestigio y excelente jurista, mucho más merecedor de este premio que yo. Le agradezco muy sinceramente que con su voto me haya permitido estar aquí esta noche. Muchas gracias, querido Antonio.

Me molestan los elogios. Me educaron para que siempre tuviera presente que lo primero es cumplir con el deber. Nunca me he sentido como una Juana de Arco y quienes han tenido trato conmigo pueden dar fe de ello. Las razones por las que se me ha concedido este XXIV premio Pelayo son dobles: haber sido catedrática de Derecho civil en mi universidad, la de Barcelona. No creí que fuera un mérito haber sido la primera mujer en obtener la plaza de profesor agregado en 1978, luego transformada en cátedra por obra de la LRU; pero hoy muchos consideran que sí lo fue. La segunda razón fue la de haber sido, hasta mi elección como magistrada del TC, magistrada en la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por iniciativa de los que entonces eran miembros del CGPJ. Este ha sido el mejor periodo de mi vida profesional. Siempre lo he dicho y fue así. Como pueden Uds. comprobar y tal como dije ya en otra ocasión, no he planificado mi futuro. Me he limitado a trabajar en dos profesiones que no interesan a nadie, más que cuando plantean algún problema: la cátedra y la jurisdicción, ya sea ordinaria, como juez del TS, ya sea la constitucional en que ahora me encuentro sirviendo.

Pero ciertamente, mi carrera, la que hoy premian, no es fruto del azar, sino de una larga experiencia en la que he aprendido de muchas personas, a las que quiero recordar ahora:

Aprendí en la carrera y después a lo largo de mi vida académica, de mi maestro, Fco. Fernández de Villavicencio y de mi segundo maestro, D. Luis Diez Picazo, así como,

luego en Oxford, de John Eekelaar y Mavis Maclean, los grandes del Derecho de familia. Aprendí método en el colegio de quien me enseñó latín, Ana Ariño. Aprendí también de quienes me han enseñado el oficio de juez, Francisco Marín, Juan Antonio Xiol; Aprendí de quienes me enseñaron a moverme en la estrategia y la política, Josep M. Bricall y Fco. Pérez de los Cobos. Sigo aprendiendo de quienes me han enseñado a entender la música y el arte, José Luis Vidal, Eugeni Bou, Josep M. Bricall y Fernando Checa. Y aunque no sea lo habitual, he aprendido de mi hijo Toni y de mis hijos intelectuales, mis discípulos Joan, Miquel, Ramon e Isabel que siempre me han aconsejado cosas sensatas. Y también de mis enemigos académicos, de quienes aprendí lo que no se debe hacer. En este punto, recurro a unas palabras de Shostakóvich referidas a críticas recibidas. Entre otras cosas decía: “me ayudaron algunas cosas que aprendí en mi juventud. A trabajar siempre, con independencia de que te insulten o te alaben por ello. A no hacer depender el trabajo del éxito”¹.

Al hacer este examen, me reafirmo en que muy pocas cosas se deben al azar. Ayúdate y te ayudaré decía mi abuela. ¿Por qué estudié derecho? Lo que me gustaba de verdad era la música y el latín, es decir, dos de las 7 artes liberales que formaban en la Edad media la división entre *trivium* y *quadrivium*. Conocimientos generales y capacidades intelectuales, no profesiones. Mis preferencias de chica estudiante del bachillerato, lectora empedernida, y oidora compulsiva de música clásica, no se encontraban tan lejos de lo que finalmente fue objeto de mi elección, el Derecho: el arte de la retórica, el *trivium*.

Y en el bosque que formaban las asignaturas del plan de 1953, hubo una, el Derecho civil que me pareció más atractiva que las demás. Y a ella me he dedicado a lo largo de los últimos 50 años.

2

Permitidme que a partir de ahora cuente un cuento.

Sigfrido era un adolescente, criado en plena naturaleza por un enano feo, ambicioso y malvado. No sabía quiénes eran sus padres ni que su abuelo, Wotan fuera el padre de todos los dioses. Al vivir en la naturaleza, no había tenido ocasión de conocer el miedo. Un día, después de matar a un dragón, y atravesar una barrera de fuego para subir a un

¹ Citado por Feutchner en *Shostakóvich. El arte amordazado por la autoridad*. Turner música, Madrid, 2004, p. 327.

monte en busca de su futura novia, siguiendo los consejos de un pajarillo, se sentó al llegar a la cumbre porque estaba un poco cansado y a la vista del espectáculo del sol entre las nubes, alabó la soledad bañada por los rayos del sol. Entonces el pajarillo aprovechó para explicarle lo que iba a suceder después de que despertara a su novia y se integrara en la sociedad que aun no conocía. Este es el relato de lo que le contó.

Querido Sigfrido. Te voy a enseñar lo que es el Derecho. El Derecho constituye un elemento omnipresente en todas las actividades científicas, lúdicas, deportivas...El Derecho domina prácticamente todos los aspectos de nuestra vida, nos demos cuenta o no y cada uno de nosotros ha tenido y tendrá relación con las materias legales.²

Pero si tuviera que definir a lo que me he dedicado durante todos estos años el Derecho, me hallaría ante un fuerte aprieto. Si yo fuese una profesora tradicional intentaría explicarlo citando la definición que de *ius civile*³ se da en los textos romanos. O bien usaría la descripción que efectuó Durán y Bas⁴, señalando la dignidad y la valoración del derecho privado frente al público. Pero no lo voy a hacer. Si fuera un profesor rompedor me dejaría de historias y pondría el acento en la importancia de la globalización, cosa muy exótica en la actualidad, pero que tampoco es una novedad. ¿Qué fue sino el derecho romano durante el imperio? ¿O el *ius commune*, que se quiso como sistema para regular el imperio romano-germánico hasta muy entrada la Edad moderna? Y esta fue también la finalidad del Código civil francés, ya que se decía que los soldados de Napoleón lo llevaban en sus mochilas para expandirlo en los territorios ocupados.

Sin embargo, todos los intentos de crear un sistema único de leyes civiles que pueda aplicarse a los distintos territorios no han tenido éxito. El Derecho mercantil, derecho más global, deja de ser el propio de los comerciantes, cuando pasa a ser regulado por el Estado por medio del Código, que en palabras de Carlos Petit⁵, “sometió a reglas de *Derecho* la antigua y sólida autonomía de la clase mercantil”. El Derecho laboral, desgajado del Civil, es un ejemplo innegable de la evolución de los tiempos y de que la regulación del Código civil ya estaba obsoleta cuando entró en vigor, en 1889⁶.

² Twining. *Blackstone's Tower: The English Law School*. London. Sweet & Maxwell, 1994, p. 15

³ En Digesto 1.1.1 y 2

⁴ Duran y Bas. “Prólogo” a la traducción de Savigny. *Sistema del Derecho romano actual*. Trad. De Mesía y Poley. 2ª ed. Madrid. Editorial Góngora s/f, T. I, p.7.

⁵ Carlos Petit. *Historia del Derecho mercantil*. Marcial Pons, 2016, p. 493.

⁶ Montoya Melgar. *Derecho del Trabajo*. 39ª ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 32.

Uno de los grandes problemas que tiene el Derecho privado en general y el civil en particular es la existencia de un Código, lo que produce la ilusión de que es Derecho civil lo que éste contiene. Es cierto que los Estados que no tienen Código lo sustituyen por otros sistemas más o menos completos (los *restatements*), y los que lo tenemos, no sabemos qué hacer con él. Corremos el riesgo de caer en un formalismo o un nominalismo, como ocurre en Francia, donde hay Códigos=libros para todo.

El código, los códigos fueron un tema constitucional en el siglo XIX en España, por la necesidad de modernizar el Estado. Pero alcanzada la completa codificación a finales del XIX, en las Constituciones del s. XX ya no se habla de Códigos: se habla de “legislación”, tal como ocurrió en el art. 15,1 de la Constitución de 1931 y el conocido art. 149,1,8 de la actual, a la que hay que completar con el pr. 6 en relación con la legislación mercantil y la procesal.

A partir de aquí:

- A) Las leyes civiles no solo contienen Derecho civil porque pueden existir normas procesales o mercantiles en una ley civil. La regulación de la nacionalidad, norma política por excelencia, se encuentra en el Código civil.
- B) No todas las instituciones civiles se encuentran en el Código civil: la Ley de Propiedad intelectual; la hipoteca, después de una regulación básica en el Código, está regulada en la Ley Hipotecaria.
- C) Las Constituciones del siglo XX dejaron de lado la reclamación histórica de la “unidad de códigos”, que proclamaban desde 1812 las del siglo XIX. La estructura del Estado establecida en la Constitución de 1978 ampara la organización cuasi-federal del derecho civil creada en el tardío Código de 1889. España es un estado plurilegislativo, por decisión constitucional.

Pero no hay ninguna novedad en lo que he dicho hasta aquí. Y es posible que tanto Sigfrido como los miembros del jurado del Premio no estén muy satisfechos con esta explicación. Es necesario ir más allá. Si Juan Antonio Xiol en la intervención que

realizó con ocasión de la entrega de su premio, señaló que el siglo XXI sería el siglo del derecho, voy a intentar dar un paso más para reflexionar sobre unos temas que me preocupan especialmente y que creo que hacen que volvamos al viejo sistema de estatutos.

A)*Derechos fundamentales y derechos de la persona.* Es cierto que, como consecuencia de la influencia ejercida por el Código francés, el español trató el derecho de la persona a base de reglas abstractas, intentando borrar las diferencias sociales entre los sujetos de derecho, aplicando así una regla primigenia relativa a la igualdad. Pero esta regla originaria debe reexaminarse cuando entran en escena los derechos fundamentales. En la actualidad, el derecho de la persona se construye a partir de reglas constitucionales⁷. Los civilistas tardaron en darse cuenta que, después de las sucesivas declaraciones de derechos fundamentales, no podía separarse el derecho de la persona de dichos derechos, porque ser persona implica ser titular de los derechos humanos. Solo las normas constitucionales, aplicables directamente, producirán una protección integral de la persona, teniendo en cuenta la cláusula de la dignidad del art. 10 CE. Existe un único derecho de la personalidad, casi una cláusula general, como señala Alpa, por lo que la regulación del Código civil constituye un desarrollo del derecho de la persona contenido en la Constitución⁸. Y aquí surge el primer plano de intersección entre sistemas: la que podríamos llamar “codificación de los derechos fundamentales” por la vía de las Declaraciones universales de Derechos humanos, a partir de la aprobada por la ONU en 1948, que ha producido en el ámbito del derecho codificado de la persona diversas consecuencias: (i) la primera, el desplazamiento de la protección, que ya no se centra exclusivamente en los tribunales nacionales, sino que se extiende más allá, hasta llegar a aquellos tribunales especialmente encargados de velar por la efectividad de las concretas declaraciones; (ii) las declaraciones que contienen resoluciones vinculantes para los estados signatarios, como la Convención sobre los Derechos del niño, de 1989 (ratificada en 1990) y la de los Derechos de las personas con discapacidad, de 2006 (ratificada en 2008), que, a partir de la ratificación, forman parte del derecho interno y obligan a su

⁷ Hattenhauer. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. Trad de G. Hernández. Ariel, Barcelona, 1987, p.26. Algunos piensan que la construcción del derecho de la persona bajo estos parámetros se produce en Alemania después de la II Guerra mundial, como un proceso purificador, porque el art. 1 de la Constitución alemana proclama la dignidad de la persona y la declara una cláusula inderogable.

⁸ Alpa, Guido. *Istituzioni di Diritto privato*. 2ª Ed. UTET. Torino, p. 293.

aplicación; (iii) el importante Convenio europeo de Derechos humanos, de 1950, con su corolario, el Tribunal europeo, y los problemas de ejecución de sus decisiones en los estados condenados, y iv) la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al art. 6 del tratado de Lisboa y su aplicación por el TJUE en aquellas materias que son de su competencia.

La realidad es insistente: no es que el Derecho de la persona no continúe codificado; lo que ocurre es que el núcleo de dichos derechos, en toda su extensión, ya no se encuentra en el Código. Se ha desplazado a las Constituciones y a textos internacionales, que proclaman derechos mediante principios generales y, por tanto, se produce una intersección de los planos donde se contienen las respectivas reglas. El Código civil que nació con la idea de ofrecer a la persona la protección basada en la libertad y la igualdad, ha cedido el terreno a unas declaraciones, nacidas con la finalidad de protección del individuo frente al Estado y que se han convertido en el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos. El derecho de la persona se ha globalizado y aun no nos hemos enterado.

B) Globalización y derecho económico. Cuando empiezo a ver El oro del Rhin, este prólogo a la inmensa obra “El anillo del Nibelungo”, siempre me ha venido a la mente que el incumplimiento del contrato para la construcción del Walhalla que los “simpáticos y amables gigantes” han edificado para el padre de los dioses es el inicio de la tragedia. Al no haber bancos ni hipotecas, Wottan no puede pagar y como no puede de pedir un préstamo, robará el oro de los nibelungos, única forma de evitar males mayores. Al oír esto, Sigfrido que sigue descansando, empieza a darse cuenta de lo que es el miedo.

El derecho económico aun está más sometido a la globalización que el derecho de la persona. Y esto también es tan antiguo como el comercio internacional. En su momento, la creación de la categoría del *negocio jurídico*, que pretendió una reducción a unidad de las posiciones subjetivas del contrato⁹, fue ya un intento de

⁹ Galgano, Voz “Negozio giuridico”. *Enciclopedia del Diritto*. Vol XXVII, GiUffrè, Milan, p. 945.

buscar unas reglas únicas para obtener una uniformidad en la aplicación del derecho, sobre todo, los contratos¹⁰.

La creación del derecho correspondía en exclusiva al Estado; sus órganos de creación de normas se encuentran identificados y ello proporciona seguridad jurídica. Pero lo que se denomina “privatisation of law-making”¹¹, domina ahora uno de los problemas que la globalización plantea porque son dificultades que no pueden resolverse con criterios tradicionales.

El proceso de globalización económica se desarrolla interactuando en las estructuras de decisión políticas y económicas. Se puede ver como un proceso de intensificación de las relaciones a escala global, seguido por el incremento de interconexiones e interdependencia de la sociedad humana. Se manifiesta en diversas esferas de la vida social, como la economía, la tecnología, la cultura, etc. Y en la esfera de la organización social, como la ideología, la política o el derecho. Si bien es cierto que la globalización afecta fundamentalmente al mercado, debe estarse de acuerdo en que hay que reconsiderar el papel que el Derecho juega en esta liga, porque la desregulación del mercado se va a producir a nivel global. Algunos pueden pensar que un caso de globalización se produce en Europa, cuando la UE establece las normas relativas a sus competencias. Este es un caso de globalización a pequeña escala, dado que, además, existen poderes políticos legitimados para dictar las normas de la UE. El problema planteado en este caso es otro: ¿cómo compaginar a nivel interno las regulaciones propias con las establecidas por el organismo al que cada Estado ha cedido parte de su soberanía? El verdadero problema no se produce en Europa, sino a nivel mundial y aquí es donde se van a enfrentar dos métodos para la solución de este importante conflicto.

Si seguimos las tendencias ultraliberales que utilizó Galgano¹² en su día, diremos que al no existir una autoridad superior y no haber fuentes de producción del derecho, debemos acudir a la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato, pero esta

¹⁰ Cassesse. *La globalización jurídica*. Traducción de Luis Ortega, Isaac Martín Delgado, Isabel Gallego Córcoles Editorial : Marcial Pons Madrid 2006, p pone de manifiesto que el tema siendo reciente aparece ya en el manifiesto comunista.

¹¹ Callies, Graf-Peter; Zumbansen, Peer. *Rough Consensus and Running Code. A theory of Trnsnational Private Law*. Hart Monographs in Transnational & International Law, 2010, p. 17.

¹² Galgano. *La globalización en el espejo del derecho*. Traducción de H. Roitman y María de la Colina. Rubinzal-Culzoni Editores. Talcahuano, etc. 2005.

solución es falsa. Véase sino la problemática que se plantea en la protección de los consumidores y usuarios Y ello porque en una sociedad global, sin fuentes objetivas de creación del derecho, regida solo por la autonomía de la voluntad de los operadores económicos, la democracia habría dejado de existir. Entonces, la única posibilidad que se ofrece a los operadores jurídicos va a consistir en la regulación por medio de la aplicación directa y efectiva de los derechos fundamentales, que van a ser el común denominador, las únicas reglas jurídicas seguras que van a proporcionar al juez las pautas para sus decisiones. Como afirma recientemente Xiol, “democracia no significa solamente elecciones periódicas, sino también el reconocimiento de los derechos humanos”¹³.

Siempre, por tanto, en este momento y en el futuro van a aparecer los derechos humanos como único elemento común, al que todos los juristas y los jueces en especial, debemos atender.

Sigfrido nota que está empezando a conocer el miedo que la exclusiva relación que mantenía hasta ahora con la naturaleza nunca consiguió provocar. Por ello decide deshacerse del pesado pajarillo. Sin embargo, llegados a este punto, Sigfrido ya podrá identificar cuál es la naturaleza del sol que brilla por encima de las nubes de la incertidumbre que le han llevado a escalar el monte: la nueva era ya no será la de las viejas reglas de su abuelo, astuto incumplidor de contratos, sino las aun más antiguas que vienen rigiendo desde 1789, en que la Revolución francesa abrió la puertecita a los derechos humanos que ahora nos va a permitir reclamar nuestros derechos como personas y como ciudadanos.

El sol de la libertad no ha sido nunca cómodo, Sigfrido.

Muchas gracias.

Madrid, 15 noviembre 2018.

¹³ Xiol. *“La democracia global y el mercado global. La democracia como principio jurisdiccional.* Comunicación presentada en The Judicial Conference of the G20. 8-10 october 2018. Buenos Aires. Argentina. Inédita. Agradezco a su autor la consulta.