

# SOBRE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN\*

## Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo

Fabrizio Mastromartino

*Università degli Studi Roma 3*

**RESUMEN.** Este texto propone algunas reflexiones críticas sobre el tema de la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales a partir del examen argumentativo de la sentencia del Tribunal constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Después de una reconstrucción detallada de los argumentos formulados por los solicitantes, de las razones en que la decisión de la Corte está basada y de las objeciones planteadas por los votos particulares, el análisis se centra en las implicaciones teóricas que la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales comporta para el concepto de «constitución» y el papel de la justicia constitucional. La tesis aquí sostenida es que para que el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales pueda juzgarse congruentemente con su rigidez normativa, su aplicación debe dirigirse únicamente a extender la clase de los sujetos tutelados en los derechos y/o de los derechos que son el objeto de esta tutela, compatiblemente con las otras normas del sistema constitucional.

**Palabras clave:** interpretación evolutiva, ideologías de la interpretación constitucional, matrimonio homosexual.

### On Evolutionary Constitutional Interpretation. Some Notes around a Recent Spanish Constitutional Court's Decision on Same-Sex Marriage

**ABSTRACT.** By drawing an argumentative survey of the decision of the Spanish *Tribunal constitucional* on same-sex marriage, this article suggests some critical remarks on the topic of dynamic interpretation of constitutional provisions. The first part presents a detailed description of the arguments submitted by the plaintiffs, of the decision rationale and of the issues raised by the dissenting opinions. Afterwards, the analysis focuses on the theoretical entailments which dynamic interpretation of constitutional provisions involves referring to the very notion of «constitution» and on the part of constitutional justice. The thesis upheld by the author suggests that dynamic interpretation of constitutional provisions ought to be assessed consistently with the normative rigidity of constitutions only if it produces an increase of the subjects protected under the law and/or an increase of the individual rights protected, consistently with the other provisions of the constitutional system.

**Keywords:** dynamic interpretation, ideologies of constitutional interpretation, same-sex marriage.

---

\* Fecha de recepción: 22 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Con la sentencia núm. 198, de 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional español rechazó el recurso presentado el 30 de septiembre de 2005 por más de setenta miembros del Grupo Popular —el grupo parlamentario del Partido Popular, en ese momento parte de la oposición y ahora del gobierno— contra la reforma legislativa, llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que extiende el matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo a través de la modificación de algunas disposiciones del Código Civil.

La Ley, que consta de un sólo artículo subdividido en diecisiete apartados, equipara, sin ningún tipo de diferenciación, las uniones homosexuales con las uniones heterosexuales, reconociendo a ambas los mismos deberes y derechos, no sólo en el limitado contexto del matrimonio, sino también en la disciplina de la adopción<sup>1</sup>. El principal cambio, realizado por el primer apartado de la Ley, es la modificación del art. 44 del Código Civil —«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»— añadiendo un segundo párrafo con el cual se establece que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Los otros apartados de la Ley adaptan otras disposiciones del Código Civil y de la disciplina legislativa del Registro civil (Ley del 8 de junio de 1957) al art. 44 del Código Civil, en los términos de la reforma, reemplazando las expresiones «marido y mujer» con las expresiones «los cónyuges», «los consortes» y la expresión «el padre y la madre» con «los padres» y «los progenitores».

Muchas son las violaciones alegadas por los solicitantes, referidas a los arts. 32, 10 segundo apartado, 2, 14 (en relación con los art. 1 primer apartado y 9 segundo apartado), 39 primero, segundo y cuarto apartado, 53, primer apartado (en relación con el art. 32), 9 tercer apartado y 167 de la Constitución española. El Tribunal ha relacionado todas las cuestiones planteadas en el recurso —con la única excepción de las relacionadas con el art. 39, relativo a la protección de la familia y de los niños, al que es dedicado el último párrafo de la sentencia (§ 12)— a un motivo principal de inconstitucionalidad, referido al art. 32, en el que, a juicio del Tribunal, todas las otras razones resultarían englobadas<sup>2</sup>.

Gran parte de la argumentación desarrollada por el Tribunal examina así —como lo hizo la *Corte costituzionale* italiana en la sentencia núm. 138/2010<sup>3</sup>— la única disposición del texto constitucional relativa a la institución del matrimonio, que somete, al contrario de lo que hizo el Tribunal Constitucional italiano con el art. 29 de la Constitución, a una interpretación de claro carácter evolutivo, dando lugar a las críticas de los votos particulares (dos disidentes y uno concurrente) de tres jueces del Tribunal, basadas especialmente en los posibles (temidos) efectos de su fallo con respecto al concepto de «constitución» y de la rigidez de sus disposiciones.

<sup>1</sup> En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, como resultado de la susodicha equiparación pueden acceder a ellas las parejas, casadas (o convivientes), formadas por dos mujeres. Al respecto consúltese la Ley 14/2006 de 26 de mayo en materia de reproducción asistida.

<sup>2</sup> ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012; aquí se hace referencia a la versión electrónica de la sentencia, consultable en la página web [www.giurcost.org/casi\\_scelti/matrimonioomosexSpagna.pdf](http://www.giurcost.org/casi_scelti/matrimonioomosexSpagna.pdf). Cfr. § II (*Fundamentos jurídicos*), 2, 28-29.

<sup>3</sup> Sobre el punto se remite a F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, espec. caps. I y IV, y a los comentarios allí citados.

A esta parte de la decisión del Tribunal, a las críticas planteadas por los votos particulares y a las implicaciones teóricas y pragmáticas que comporta la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales son dedicadas las páginas que siguen.

## 1. LOS ARGUMENTOS DE LOS SOLICITANTES: LA DISTORSIÓN DEL MATRIMONIO REALIZADA POR LA LEY 13/2005

En relación con el art. 32 y, en particular, con el primer apartado de la disposición constitucional —«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»—, los solicitantes alegan que la reforma realizada por la Ley comporta una alteración radical de la institución del matrimonio, distorsionándolo al punto de reemplazar «una institución con unos contornos tan definidos y universales» por una «institución nueva», «polisémica, borrosa y disponible»<sup>4</sup>.

De acuerdo con la casi unánime doctrina constitucionalista y civilista, los solicitantes identifican en el art. 32 dos tipologías de normas: una norma que confiere un derecho (fundamental) —el del hombre y de la mujer a contraer matrimonio— y una norma que dota a la institución del matrimonio de una garantía institucional constitucionalmente «asegurando su existencia y preservándolo en los términos que lo hacen reconocible»<sup>5</sup>.

En esta segunda acepción, son dos, a juicio de los solicitantes, «las [...] notas principales» del matrimonio: «la igualdad y la heterosexualidad»<sup>6</sup>. Estos —se afirma en el recurso— se pueden deducir por medio de una interpretación de tenor literal y sistemática. El primer apartado del art. 32 representa la única disposición constitucional que incluye una referencia expresa al hombre y la mujer, identificados como únicos sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio: razonando *a contrario*, las uniones homosexuales resultarían de esta manera excluidas de la titularidad del derecho a casarse<sup>7</sup>. En segundo lugar, argumentan los solicitantes, la referencia a los hombres y mujeres debería ser interpretada a la luz del principio de la «plena igualdad jurídica», cuya mención textual implícitamente supone el carácter exclusivamente heterosexual del matrimonio, considerando que de lo contrario «no cabría predicar dicha igualdad entre los cónyuges»<sup>8</sup>, porque «en las llamadas uniones homosexuales la igualdad sería en *re ipsa*, es decir, residiría en la igualdad de sexo de sus miembros»<sup>9</sup>.

Esta interpretación, argumentan los solicitantes, se funda además en un argumento originalista, que citado *ad adiuvandum* de la interpretación literal, muestra que en todas las fases de los trabajos preparatorios nunca hayan sido contempladas las uniones homosexuales, ni el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § I (*Antecedentes*), 1.A), 2 e § I, 1, A) letra a), 3.

<sup>5</sup> *Id.*, § I, 1, B), 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Id.*, letra a), 5.

<sup>8</sup> *Id.*, 6.

<sup>9</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Matrimonio tra persone omosessuali. Il caso della Spagna», *Famiglia, persone, successioni*, 7, 2010, 493.

<sup>10</sup> ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § I, 1, B), letra b), 6.

Por último, los solicitantes invocan en apoyo de su posición la propia jurisprudencia anterior del Tribunal: en particular, la sentencia núm. 222/1994, donde se afirma que «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento»; por el contrario, sigue el pasaje citado, el matrimonio entre hombre y mujer «es un derecho constitucional»<sup>11</sup>.

La existencia de una garantía institucional del matrimonio, así configurado, determina, en la opinión de los solicitantes, la ilegitimidad constitucional de eventuales disposiciones legislativas que —como las contenidas en las enmiendas al Código Civil introducidas por la Ley 13/2005— «sin hacerlo desaparecer, desvirtúan, tergiversan o desnaturalizan su contenido predeterminado por la Constitución»<sup>12</sup>.

## 2. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL: LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Punto de partida de la argumentación del Tribunal es la tesis según la cual el art. 32 es la única disposición que, si fuese verificada su violación, podría dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de la ley objeto del recurso. El análisis del Tribunal por consiguiente se centra en la definición del «contenido y alcance» de esta norma parámetro<sup>13</sup>.

La jurisprudencia constante del Tribunal, se afirma, estableció que el matrimonio consiste, según el art. 32, en una «institución garantizada por la Constitución», y que de la misma disposición se deduce la existencia de un derecho constitucional a contraer matrimonio. De lo anterior se deriva que hay dos cuestiones sobre las que se llama la atención del Tribunal, para que éste verifique la supuesta inconstitucionalidad de la Ley: «Si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio»; y «si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio»<sup>14</sup>.

### 2.1. La garantía institucional del matrimonio en la sociedad española contemporánea

En la jurisprudencia del Tribunal, la noción de garantía institucional tiene la función de prestar una técnica de «protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas». Así que el límite puesto a la actividad del legislador por una disposición constitucional que establece una garantía institucional se encuentra en el «reducto indisponible», en el «núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> *Id.*, letra c), 7-8.

<sup>12</sup> *Id.*, letra d), 10.

<sup>13</sup> *Id.*, § II, 6, 35.

<sup>14</sup> *Id.*, 36.

<sup>15</sup> Como es bien sabido, la noción de «garantía institucional» se remonta a la doctrina alemana de los años veinte del siglo pasado (*vid.* M. WOLFF, *Reichsverfassungund Eigentum*, 1923), que utiliza esta expresión para

Los solicitantes, así como el abogado del Estado, se refieren en particular a la doctrina enunciada por el Tribunal en un antiguo fallo, en el que éste fijó el sentido y el alcance del concepto de «garantía institucional» explicando que «lo que se protege constitucionalmente no es un contenido concreto de la institución, sino su preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de modo que no cabe limitarla privándole en la práctica de sus posibilidades de existencia real para convertirla en un simple nombre»<sup>16</sup>. En una decisión más reciente —citada por el propio Tribunal— la Corte ha precisado que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»<sup>17</sup>. Como bien resume L. Díez-Picazo, «imagen en la cultura jurídica y funcionamiento efectivo de la institución son [...] los dos criterios para la determinación del contenido mínimo constitucionalmente garantizado: el legislador no puede desfigurar la institución constitucionalmente garantizada, ni privarla de significado»<sup>18</sup>.

Pues bien, el Tribunal, consciente de que la Ley objeto del recurso «ha abierto las puertas» de la institución del matrimonio «a las parejas del mismo sexo» y «ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales», procede, bajo la égida de la noción de garantía institucional desarrollada en su jurisprudencia anterior, a determinar si la alteración generada por la Ley «resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio»<sup>19</sup>.

A pesar de que el matrimonio se presente como una institución constitucionalmente garantizada, afirma el Tribunal, esto sólo se menciona en la Constitución, «sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo»<sup>20</sup>. La Constitución por tanto —continúa— no se opone a que al matrimonio se asocie un contenido diferente del tradicional: como señaló el abogado del Estado, ésta simplemente «no contiene un concepto de matrimonio»<sup>21</sup>. Así que el Tribunal considera legítimo formular una definición del matrimonio constitucionalmente orientada, fundada en una diferente interpretación del tenor literal del art. 32, basada en una tesis metodológica («presupuesto inicial») comprometedor: la «lectura evolutiva de la Constitución»<sup>22</sup>.

Según el Tribunal, dos son los elementos estructurales del matrimonio: «la voluntad de *dos personas* para formalizar una unión estable»<sup>23</sup> y que esta unión constituya una formación social «de base asociativa» en la cual sean excluidos «vínculos patriar-

---

distinguir la protección establecida por una disposición constitucional que enuncia un derecho subjetivo de la garantía contenida en la misma para proteger a la institución jurídica a la que se refiere el derecho subjetivo enunciado. En la doctrina española, *vid.* A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991, 646-647.

<sup>16</sup> ATC 32/1981, citada respectivamente por los solicitantes y el abogado del Estado —en la exposición del Tribunal— citada en la 9 y en la 18 de la sentencia aquí examinada.

<sup>17</sup> *Cfr.* ATC 204/2004, de 18 de noviembre, citada en la 30 de la sentencia aquí examinada.

<sup>18</sup> *Cfr.* L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, 58.

<sup>19</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 6, 38.

<sup>20</sup> *Id.*, 37.

<sup>21</sup> *Id.*, § I, 5, F), 27.

<sup>22</sup> *Id.*, § II, 9, 40.

<sup>23</sup> Elemento reconocido en la doctrina, por ejemplo, de E. EXPÓSITO GÓMEZ, «La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola», *Il Foro italiano*, 2005, 271 (cursivas añadidas).

cales y autoritarios»<sup>24</sup>. Es con base en estos elementos que el Tribunal redefine el significado de la institución del matrimonio, «como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre *dos personas* que poseen *idéntica posición* en el seno de esta institución, y que *voluntariamente* deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento»<sup>25</sup>: una definición *gender-neutral*, por supuesto, que el Tribunal fundamenta en la reformulación de la interpretación del art. 32, despojado de su (aparente) connotación sexual.

En la opinión del Tribunal, la disposición contenida en el primer apartado del art. 32, «desde una estricta interpretación literal», «sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse»<sup>26</sup>. Aun —continúa el Tribunal— bajo un perfil de carácter sistemático «resulta claro» que la disposición constitucional «no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales»<sup>27</sup>, y si bien la disposición, cuando fue escrita, «manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones»<sup>28</sup>, por supuesto eso «no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, [...] pero tampoco significa que lo excluyera»<sup>29</sup>.

El distanciamiento del Tribunal de la argumentación *a contrario* desarrollada por los solicitantes, basada en el significado original de la disposición extraído de la (presunta) voluntad del constituyente (*original intent*), es muy claro. Diferente, y en cierto modo opuesta, es la perspectiva argumentativa dentro de la cual se despliega el razonamiento del Tribunal, que éste reivindica en un pasaje de gran alcance teórico-constitucional que merece ser reproducido en su totalidad. La Constitución —afirma el Tribunal citando la famosa expresión utilizada por primera vez, en 1930, en la sentencia del *Privy Council, Edwards vs. Attorney General for Canada*, y retomada por la Corte Suprema de Canadá en una sentencia reciente (9 de diciembre de 2004) sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— debe entenderse como un *living tree* (un «árbol vivo») <sup>30</sup>:

que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no

<sup>24</sup> En estos términos, en la doctrina, J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (coords.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, 891.

<sup>25</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 41-42 (cursivas añadidas).

<sup>26</sup> *Id.*, 8, 40.

<sup>27</sup> *Ibid.* Análogamente, entre los tantos ejemplos en la doctrina, *cf.* M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 123.

<sup>28</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 8, 40. Sobre el significado del principio de igualdad en el contexto de la disposición contenida en el primer apartado del art. 32, *cf.* en la doctrina F. J. GALVEZ MONTES, «Artículo 32», en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2001, 772, por el cual «se trata de una igualdad entre los cónyuges que se manifiesta esencialmente por el reconocimiento de unos mismos ámbitos de actuación a marido y mujer, excluyéndose cualquier tipo de subordinación».

<sup>29</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § 8, 40.

<sup>30</sup> *Id.*, § 9, 40.

imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Con un argumento que asume el tono del «manifiesto programático», destinado no sólo a considerar el caso discutido en el presente, sino también los casos que podrían ser dirigidos en el futuro al Tribunal, éste acoge sin dilación la orientación interpretativa sugerida por el abogado del Estado, que en su memorial insistió en la tesis según la cual «es la interpretación evolutiva la que define el contenido de la garantía institucional»<sup>31</sup>: «Lo verdaderamente relevante» en la interpretación del art. 32 —sostuvo el abogado— «es la evolución social de la percepción del objeto y no el contenido histórico que se le hubiere dado»<sup>32</sup>; «el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías institucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar»<sup>33</sup>.

Por otra parte, alega el Tribunal, es necesario considerar el derecho «como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla»<sup>34</sup>; a la construcción de la cultura jurídica, entendida aquí como una empresa interpretativa del ordenamiento constitucional, contribuye por tanto, en opinión del Tribunal, también «la observación de la realidad social jurídicamente relevante», y no sólo «la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos»<sup>35</sup>.

Como corolario de lo anterior, para verificar si la reforma legislativa del matrimonio es compatible con su garantía institucional constitucionalmente establecida, es necesario determinar si el hecho de que «los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo» —a juicio del Tribunal, «única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005»— constituye «hoy por hoy, en nuestra sociedad, un elemento que hace irreconocible el matrimonio o que, por el contrario, se integra en la imagen que permite reconocer la institución matrimonial»<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § I, 5, F), 27.

<sup>32</sup> *Id.*, § I, 5, B), letra a), 19.

<sup>33</sup> *Id.*, letra d), 20.

<sup>34</sup> *Id.*, § II, 9, 40.

<sup>35</sup> *Id.*, 41. Consúltese el muy amplio conjunto de elementos que contribuyen, en la concepción expresada por el Tribunal, a la configuración de la «cultura jurídica»: «La cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición». Similar a la formulada por el Tribunal, me parece el alcance asociado a la cultura jurídica por L. FERRAJOLI, en *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, Roma, Laterza, 1999, 5.

<sup>36</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 42. Análogamente, el abogado del Estado juzgó relevante, para la solución de la cuestión de legitimidad relativa al art. 32 entendido como garantía institucional, «la imagen del matrimonio que en este momento tiene la conciencia social»; *ibid.*, § I, 5, B), letra d), 20.

La respuesta negativa a la interrogación, así formulada, por la cual se rechazan los motivos opuestos por parte de los solicitantes, se basa, a juicio del Tribunal, en dos argumentos distintos pero sustancialmente relacionados. El Tribunal procede en su razonamiento recurriendo, en primer lugar, a un argumento *ab exemplo* de carácter comparatista<sup>37</sup>: aquí el análisis realizado por el Tribunal, mediante referencias puntuales a la legislación y la jurisprudencia, no sólo de los países europeos, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el tema de las uniones del mismo sexo, deduce «una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida», que, «aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme» —es decir, teniendo que reconocer la existencia de una «concepción plural» a este respecto— no obstante, no puede ser ignorada<sup>38</sup>.

El Tribunal Constitucional —explica la Corte— «no puede permanecer ajeno a la realidad social»<sup>39</sup>: por tanto, se debe considerar también ésta para responder a la cuestión sometida a su atención. El Tribunal desarrolla así una argumentación de carácter sociológico, analizando datos estadísticos significativos con respecto al grado de «aceptación social» del matrimonio entre personas del mismo sexo, presente en España antes y después de la entrada en vigor de la reforma legislativa, de los cuales concluye que, aunque los datos examinados «no sean por sí solos un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley», éstos «ofrecen una imagen que refleja el grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que progresivamente se integra la unión entre personas del mismo sexo»<sup>40</sup>.

Así que, concluye el Tribunal, «el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo»<sup>41</sup>. Por el contrario, la reforma legislativa, en lugar de desnaturalizar su contenido esencial, «desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea»<sup>42</sup>.

## 2.2. El derecho a contraer matrimonio en la Constitución española

El discurso que el Tribunal expone en relación con la compatibilidad de la Ley con el derecho a contraer matrimonio, establecido en el primer apartado del art. 32, se desarrolla en sustancial continuidad con las conclusiones a las que llega la argumentación relativa a la presunta distorsión de la institución matrimonial realizada por la apertura del matrimonio a las uniones homosexuales.

<sup>37</sup> *Id.*, § II, 9, 42-44.

<sup>38</sup> *Id.*, 44.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Id.*, 45.

<sup>41</sup> *Id.*, 46. Salvo disposiciones específicas (arts. 116, 117 y 118 CC) —la Corte explica citando la misma exposición de motivos de la Ley llevada a cabo por el legislador— que identifican figuras que «sólo pueden producirse en el caso de matrimonios entre dos personas de diferente sexo» (relativos a la «presunción de paternidad»).

<sup>42</sup> *Ibid.*

El Tribunal trae a colación que, según su propia jurisprudencia anterior, el derecho a contraer matrimonio es un derecho del todo peculiar. Aunque se trata de «un derecho de titularidad individual», sus titulares no pueden ejercerlo «individualmente», ya que el ejercicio del derecho a casarse implica el mismo ejercicio por otra persona, y por tanto el mutuo consentimiento libremente expresado por las dos partes<sup>43</sup>.

La Ley, señala el Tribunal, «permite que el ejercicio del derecho se concrete con una persona del mismo sexo». La reforma legislativa, continúa, pone por tanto ante el Tribunal no «una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual [...], sino ante una modificación de las formas de su ejercicio»<sup>44</sup>: una alteración que está dentro del margen dejado a la acción del legislador por la misma disposición constitucional, la cual, en el segundo apartado establece una reserva de ley según la cual «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Así que del art. 32 se podría deducir —en cuanto al específico nivel constitucional— sólo «un reconocimiento general del derecho al matrimonio»<sup>45</sup>, siendo su ejercicio enteramente dependiente de los requisitos fijados por la ley y por tanto «sujeto [...] al desarrollo legal dispuesto por el art. 32, segundo apartado»<sup>46</sup>.

Hay por tanto sólo un límite impuesto por el art. 32 al legislador, a saber: «la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho» a casarse<sup>47</sup>. Pero, precisa el Tribunal, así como la Ley no prevé una extensión de la clase de los titulares del derecho a contraer matrimonio, tampoco determina «una limitación del derecho al matrimonio», sino sólo «una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatutos jurídicos»<sup>48</sup>. El Tribunal no encuentra aquí ninguna dificultad para demoler, sobre la base de datos estadísticos irrefutables, el incomprensible argumento planteado por los solicitantes, según el cual la alegada inconstitucionalidad con respecto a las nuevas disposiciones legislativas sobre el matrimonio daría lugar a un *vulnus* constitucional equiparable, en principio, a lo que podría generar «una hipotética supresión de la facultad de disponer en el derecho a la propiedad»<sup>49</sup>: «Las personas heterosexuales —explica el Tribunal— no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan

<sup>43</sup> *Id.*, § II, 10, 50. *Vid.* ATC 47/1993, de 8 de febrero, § 4: «No es éste un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. [...] Contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona».

<sup>44</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, 50-51.

<sup>45</sup> *Cfr.* M. CARRILLO, «La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali», *II Foro italiano*, 2005, 265.

<sup>46</sup> *Cfr.* J. URÍAS MARTÍNEZ, «Artículo 32», *cit.*, 890. Esta es, por otra parte, la tesis que subyace a la Ley impugnada y expresamente declarada en la exposición de motivos de la Ley, donde se afirma que «será la ley que desarrolle este derecho dentro del margen de opción abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico». En *BOE* (núm. 157, de 2 de julio de 2005), § I.

<sup>47</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 10, 51.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Id.*, § I, 1, B), letra d), 9.

del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil»<sup>50</sup>.

Más bien, la reforma legislativa —como también se ha afirmado en la doctrina— ha realizado «la ampliación de un derecho constitucional sin ningún perjuicio por los derechos ya existentes de las personas heterosexuales»<sup>51</sup>: una ampliación que, lejos de parecerle inconstitucional, el Tribunal considera totalmente compatible con los principios enunciados en la Constitución. El reconocimiento de la opción para los homosexuales de casarse con personas de su mismo sexo, inexistente antes de la entrada en vigor de la Ley, implica de hecho, en su opinión, que «el respeto a su orientación sexual encuentre reflejo en el diseño de la institución matrimonial», así reformada. «Su derecho individual a contraer matrimonio —explica el Tribunal— integra [...] el respeto a la propia orientación sexual. De este modo —concluye— se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad»<sup>52</sup>, siendo el ejercicio del derecho a casarse una «manifestación vital» de la autonomía del individuo<sup>53</sup>.

Por otra parte, en cuanto derecho de la persona, el matrimonio, con el fin de encontrar una garantía plena en el ámbito de la Constitución, puede desplegarse, en su desarrollo legislativo, sólo teniendo en cuenta los principios constitucionales<sup>54</sup>. Lo que hace puntualmente la Ley, respetando, más de lo que hiciera el Código Civil antes de las modificaciones introducidas por la Ley, el principio de libre desarrollo de la personalidad, poniendo fin a una irrazonable discriminación basada en la orientación sexual de los titulares del derecho a casarse<sup>55</sup>.

### 3. LOS VOTOS PARTICULARES

Dado el carácter delicado de la cuestión analizada y su indiscutible relevancia constitucional, así como el igualmente considerable alcance ideológico contenido en el presupuesto metodológico enunciado por el Tribunal a inicios de su interpretación argumentativa, no es de extrañar que la sentencia que aquí se discute haya suscitado dudas y ulteriores reflexiones en algunos miembros del Tribunal. Dudas y perplejidades que cuatro jueces del Tribunal han querido expresar en sus votos particulares<sup>56</sup>,

<sup>50</sup> *Id.*, § II, 11, 52. El punto ha sido señalado en repetidas ocasiones por el abogado del Estado, que notó como «después de la entrada en vigor de la reforma los heterosexuales pueden seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que lo hacían antes»; *ibid.*, § I, 5, B), letra d), 20; *Vid.* también *ibid.*, 24.

<sup>51</sup> *Cfr.* E. EXPÓSITO GÓMEZ, «La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola», cit., 271.

<sup>52</sup> *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, par. II, 11, 52.

<sup>53</sup> *Cfr.* F. J. GALVÉZ MONTES, «Artículo 32», cit., 769.

<sup>54</sup> *Cfr.* M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., 126-127 y 203.

<sup>55</sup> J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio express”», en *id.* (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 36.

<sup>56</sup> En el análisis que sigue no se considerará la opinión expresada por el juez J. J. González Rivas en su voto particular.

entre ellos diferentes en muchos aspectos, sin embargo convergentes en la crítica contra la tesis de fondo que anima la sentencia del Tribunal: la interpretación evolutiva de la constitución.

Hay tres cuestiones de las que se ocupan los votos particulares, todas relacionadas con el mismo argumento. Por un lado, se insiste sobre la diferencia sustancial que subsiste entre la interpretación (legítima) de la constitución y su manipulación (ilegítima) dirigida no a realizar una interpretación jurídicamente justificada de las disposiciones constitucionales, sino a producir subrepticamente su transformación por vía judicial. De lo anterior deriva inmediatamente la puesta en discusión de la presunta compatibilidad que existiría entre la particular naturaleza normativa de las constituciones, que se caracteriza por la rigidez de las disposiciones que las componen, y la teoría, adoptada por el Tribunal en su motivación, que considera al texto constitucional un organismo vivo, susceptible, como tal, de evolucionar en el tiempo. La referencia a las mudadas (y mudables) condiciones de las sociedades dentro de las cuales el derecho se realiza es además mirada con recelo y considerada como índice de un impropio vuelco de la relación que subsiste entre la sociedad, en la que germinan siempre nuevas necesidades a las cuales el derecho debe responder, y el propio derecho, que precisamente una sociedad en constante evolución tiene la función de reglamentar.

Representativa, en relación a las dos primeras cuestiones citadas, es la opinión del juez Manuel Aragón Reyes, distinguido constitucionalista. Él, en el que es sin duda el voto particular más penetrante, aunque compartiendo el resultado interpretativo al que llega el Tribunal, desarrolla una crítica radical de las implicaciones que, en su opinión, la argumentación llevada a cabo en la sentencia podría comportar. En su voto concurrente, el juez muestra aprecio por la forma en que el Tribunal verificó la constitucionalidad de la ley impugnada mediante un razonamiento argumentativo dirigido a la identificación de los términos en los que consiste «hoy el núcleo esencial de una garantía institucional», como es la contenida en el art. 32 de la Constitución<sup>57</sup>. Sin embargo, afirma, es incongruente confundir esta (legítima) operación interpretativa con la interpretación evolutiva, cuya evocación, por el Tribunal en relación con la Constitución, le parece problemática bajo muchos aspectos.

La interpretación evolutiva de la constitución, escribe, «consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan». Se trata, continúa, de una operación interpretativa que encuentra un «límite claro» «en el respeto al tenor literal» de las propias disposiciones, de modo que «nuevas interpretaciones del precepto» resultan posibles «sólo [...] si sus términos lingüísticos lo permiten». Por tanto, concluye, «mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma [*rectius*: a la disposición] lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello»<sup>58</sup>.

Los límites que la Constitución impone al legislador, precisa Aragón, también circunscriben el perímetro dentro del cual puede obrar el Tribunal constitucional, que, así como el órgano legislativo, «ha de respetar la rigidez de las normas constituciona-

<sup>57</sup> *Id.*, § 2, 40.

<sup>58</sup> *Ibid.*

les». La Corte, explica, no puede convertirse en «una especie de poder constituyente permanente». Cuando, en virtud de la evolución de la «realidad social», una disposición constitucional resulta obsoleta o se siente la necesidad de que sea cambiada, su alteración debe lograrse a través de una «reforma constitucional»<sup>59</sup>.

Objetivo polémico de la argumentación del juez es la hagiografía de la teoría de la *living constitution*, tan claramente expresada por el Tribunal en uno de los pasajes fundamentales de su motivación, en el que, acusa Aragón, «se hacen afirmaciones generales, aplicables a cualquier precepto constitucional, que parecen dejar reducido a la nada el carácter normativo de la propia Constitución». Declaraciones, alega, fruto de una culpable «inadvertencia» mostrada por el Tribunal, que hubieran tenido que ser por lo menos moduladas, circunstanciadas y precisadas para que «no surtan los efectos perniciosos que [...] podrían provocar»<sup>60</sup>.

Un razonamiento sustancialmente análogo desarrolla el juez Andrés Ollero Tassara, eminente profesor de filosofía del derecho de orientación católica. En su opinión disidente, caracterizada por vibrantes tonos polémicos, el juez expresa su desacuerdo sobre el hecho que «no haya tenido en cuenta la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional»<sup>61</sup>: para reformar el matrimonio, en cuanto institución constitucionalmente garantizada, escribe, «no es posible eludir la reforma de la Constitución»<sup>62</sup>.

En apoyo de esta evaluación son citados los mismos motivos de los que se valieron los solicitantes planteando la cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 167 de la Constitución, donde está disciplinado el procedimiento de reforma constitucional. En el recurso ante el Tribunal, se acusa al legislador de haber comprometido, de hecho, «la integridad y la fuerza normativa del texto constitucional»<sup>63</sup>, por medio de «una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional»<sup>64</sup>. Se trata de una argumentación que ya el abogado del Estado había fácilmente contrastado: exactamente en virtud de la jerarquía de las fuentes a la cumbre de la cual está una constitución rígida, sólo cuando sea verificada la ilegitimidad constitucional, en base a la disconformidad de los contenidos de la ley en relación con la constitución, la disposición que regula la reforma constitucional podría decirse indirectamente violada. La objeción formulada por los solicitantes aparece en suma «sorprendente, puesto que una Ley no puede pretender modificar la Constitución»; más bien, una ley, «si la contradice», «es simplemente inconstitucional»<sup>65</sup>.

Como Aragón, Ollero también invoca el papel fundamental que, incluso en relación con la interpretación de las disposiciones constitucionales, es necesario reconocer a su significado literal. Aunque «el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente» en la interpretación de una disposición normativa, «no quita —afirma— que

<sup>59</sup> *Id.*, 41.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid* (§ 1).

<sup>62</sup> *Id.*, § 5, 46.

<sup>63</sup> ATC/14602, § I, 1, A) letra a), 3.

<sup>64</sup> *Id.*, § I, 1, I), 15.

<sup>65</sup> *Id.*, § I, 5, E), 26. Argumentación totalmente compartida por el Tribunal: *vid. ibid.*, § II, 2, letra d), 31.

sea siempre obligadamente el *primero*» al que recurrir en el proceso interpretativo; «sobre todo», añade, cuando el objeto de la interpretación es una disposición constitucional «cuya relevancia se apoya en su postulada *rigidez*»<sup>66</sup>.

Ollero refuta las alegaciones formuladas por el Tribunal sobre la interpretación evolutiva de la Constitución, afirmando que, aunque reconocer la «*historicidad* de las normas jurídicas» parezca sin duda razonable, «no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle [...] cualquier significado»<sup>67</sup>. Arguye, a su vez, que la interpretación a la que el Tribunal ha sometido el art. 32 ha hecho por el contrario de la disposición constitucional «un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna»<sup>68</sup>.

Además, continúa el voto del juez disidente, aceptar acríticamente las declaraciones generales así perentoriamente expresadas por el Tribunal «equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas»<sup>69</sup>. A través de «la apelación reiterada [...] a una presunta presión social» —lo que el juez Ramón Rodríguez Arribas en su opinión disidente ha llamado «clamor de la calle»<sup>70</sup>— el Tribunal «al pretender que determinadas pautas o conductas sociales hayan de condicionar la interpretación constitucional», caería en suma, en opinión de Ollero, en la así llamada falacia naturalista, es decir en la falacia argumentativa con la que se reconoce indebidamente fuerza normativa a los hechos<sup>71</sup>: una acusación de la cual el Tribunal parecía consciente, allí donde, en un pasaje tan asertivo como lacónico, afirmaba, sin desarrollar en ningún modo la argumentación, que «la observación de la realidad social jurídicamente relevante» contribuye a la configuración de la cultura jurídica, «sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico»<sup>72</sup>.

#### 4. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA: UN ANÁLISIS

Las críticas planteadas por los votos particulares formulan importantes cuestiones de orden general que merecerían un análisis más amplio del que será posible desarrollar en las páginas que siguen. En esta parte conclusiva, me limitaré por tanto a discutir los principales nudos problemáticos citados anteriormente, relacionados todos con el tema de la interpretación evolutiva, manteniendo como constante referencia la argumentación del Tribunal en los términos en que ha sido ilustrada en las páginas precedentes.

<sup>66</sup> BOE (núm. 286, de 28 de noviembre de 2012), cit. (*voto particular*, A. Ollero Tassara), § 5, 45.

<sup>67</sup> *Id.*, 45-46.

<sup>68</sup> *Id.*, 46.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Id.* (*voto particular*, R. Rodríguez Arribas), § 3, 37.

<sup>71</sup> *Id.* (*voto particular*, A. Ollero Tassara), § 7, 47.

<sup>72</sup> ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 41.

#### 4.1. Interpretación y vínculos textuales

La reiterada apelación al respeto de la letra de la disposición interpretada, común a las opiniones de Aragón Reyes y de Ollero Tassara, aparece *prima facie* del todo compartible. Como es bien sabido, también en Italia la referencia a la consideración que el intérprete, sobre todo si está dotado de autoridad jurisdiccional, debería prestar al tenor literal de los enunciados normativos ha suscitado fecundas discusiones, en particular con referencia a la interpretación de las disposiciones constitucionales: un debate que ha involucrado ilustres estudiosos, divididos entre sí en la evaluación de lo que hoy representa la orientación constitucionalista tal vez más influyente —sobre todo si se considera la adhesión que ha tenido, y todavía tiene, en el Tribunal italiano—, la así llamada doctrina de la interpretación por valores<sup>73</sup>.

Dentro de este debate, en el cual la cuestión fundamental a la que se intenta responder concierne a los límites de la interpretación llevada a cabo a partir de disposiciones constitucionales con significado más o menos abierto, es frecuente la insistencia en la importancia de los vínculos textuales —interpuestos por la letra de la disposición a la interpretación libre, basada en valores constitucionales no bien definidos— incluso por parte de quien, consciente de participar en una discusión que no va a desaparecer como una moda del momento, observa con cautela que, aún en el fisiológico desarrollo de la incesante «dinámica constitucional», en la actividad hermenéutica deben existir algunos vínculos para evitar que se pase de la interpretación de la Constitución a «una Constitución del intérprete»<sup>74</sup>: una advertencia desde luego apreciable, pero que no resuelve el problema, como demuestra el caso aquí discutido del art. 32 de la Constitución española.

Para nada inequívoca aparece de hecho su interpretación llevada a cabo teniendo en cuenta sólo el elemento literal. El conflicto que ha surgido entre el resultado de la interpretación elegida por el Tribunal y la propuesta por los solicitantes ha reflejado la división de la doctrina, en la que hay posiciones antitéticas pero argumentadas apelando a la misma técnica interpretativa: el uso de la letra de la disposición; lo que muestra que es inequívoco, no el significado literal del art. 32, sino el significado que, *hasta el momento* de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se había venido consolidando en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —puntualmente citada en tono polémico por Aragón en su voto concurrente—<sup>75</sup>. No tendría

<sup>73</sup> A este respecto, *vid.* al menos los ensayos de F. MODUGNO, «Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale», y de A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», los dos en G. AZZARITI (coord.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>74</sup> Cfr. G. AZZARITI, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione», en A. PALAZZO (coord.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, 243. Curiosamente es precisamente M. ARAGÓN REYES que identifica la Constitución con el resultado de la actividad hermenéutica realizada por la Corte. Cfr. M. ARAGÓN REYES, «L'interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal costituzionale e la sua forza vincolante», *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 2007, 65: «La Constitución es lo que su intérprete supremo dice que es». Una tesis que trae a la memoria lo afirmado por otro juez constitucional, Justice W. J. BRENNAN, *Speech given at the Text and Teaching Symposium, Georgetown University*, 12 de octubre de 1985, 2, de la transcripción disponible *on-line* en la página web [www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources\\_document7.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html), según el cual los jueces de la Corte suprema americana «are the last word on the meaning of the Constitution».

<sup>75</sup> Cfr. BOE (núm. 286, de 28 de noviembre de 2012), cit. (*voto particular* M. Aragón Reyes), § 1, 39.

sentido entonces afirmar que la interpretación defendida por el Tribunal no es más que una interpretación equivocada, sólo porque difiere del significado literal comúnmente atribuido a la disposición. Lo que hay que preguntarse es más bien si el resultado de la interpretación a la que llega el Tribunal, aun alejándose de la interpretación consolidada de la disposición, es de manera directa e inequívoca atribuible al texto constitucional<sup>76</sup>.

Pues bien, la interpretación elegida por el Tribunal —según la cual el art. 32, primer apartado, identifica únicamente los titulares del derecho a contraer matrimonio, es decir el hombre y la mujer, y no las formas en que ellos lo pueden ejercitar— puede desde luego ser atribuida al texto de la disposición de la cual es deducida. Como ha sido correctamente afirmado, de hecho, en el enunciado normativo «no se especifica nada». El único sentido que puede acogerse recurriendo al uso de la letra de la disposición es el que reproduce fielmente (e inútilmente) su formulación: así que el único contenido que se puede extraer de la simple «lectura» del primer apartado del art. 32 está representado por el hecho de que los constituyentes han querido reconocer el derecho a contraer matrimonio a los hombres y mujeres, en condiciones de igualdad<sup>77</sup>.

Lo cierto es que la interpretación dada por el Tribunal se encuentra en marcada discontinuidad con el significado tradicionalmente asociado al art. 32, primer apartado, que el Tribunal, con una operación hermenéutica innovadora, reformula en una visión *gender-neutral* con el fin de superar la discriminación, considerada irrazonable, basada en la orientación sexual de las personas. Es precisamente en esta innovación que consiste el resultado interpretativo logrado mediante la interpretación evolutiva realizada por el Tribunal, ya que, como ha sido cabalmente afirmado, ésa «supone que hay un resultado interpretativo [“una interpretación consolidada”] que debe ser corregida en virtud de los cambios producidos» en la realidad social y/o en el ordenamiento jurídico<sup>78</sup>: lo cual lleva nuestro análisis a discutir las otras dos cuestiones problemáticas mencionadas anteriormente.

Antes de examinar la que parece la pregunta decisiva entre las planteadas por los votos particulares, la que, a saber, pretende poner en duda la (presunta) compatibilidad de la interpretación evolutiva con el particular carácter normativo de las disposiciones que pertenecen a una Constitución rígida, es necesario librarse de la objeción, en realidad muy poco centrada, que estigmatiza la interpretación evolutiva rebajándola de manera simplista a una clásica falacia argumentativa: la falacia naturalista.

#### 4.2. ¿Una falacia naturalista? Una crítica errónea

La expresión «falacia naturalista», traducción corriente de la locución anglosajona *naturalistic fallacy*, se utiliza para indicar un tipo de razonamiento, considerado en efecto falaz, con el que se pretende lógicamente deducir conclusiones prescriptivas de

<sup>76</sup> Síganse aquí las oportunas indicaciones señaladas por G. AZZARITI, «Interpretazione e teoria dei valori», cit., 239-240.

<sup>77</sup> Cfr. M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., 118.

<sup>78</sup> Cfr. V. VELLUZZI, «Argomenti interpretativi», en G. PINO, A. SCHIAVELLO y V. VILLA (coords), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 366.

premisas descriptivas. Aunque la expresión con la cual se denomina haya sido acuñada sólo a comienzos del siglo pasado por el filósofo G. E. MOORE, su censura, como vicio argumentativo, se remonta, por supuesto, a un famoso pasaje del *Treatise of human nature* (1739-1740), del filósofo escocés D. HUME, donde, con el fin de criticar cualquier variante del objetivismo ético, se afirma la tesis por la cual «ninguna proposición ética (que expresa evaluaciones y normas morales, políticas, ideológicas, etc.) es derivable de un conjunto de premisas constituidas únicamente por proposiciones aléticas (que expresan un acto de conocimiento factico, científico, meta-teórico, etc.)»<sup>79</sup>.

En la opinión del juez disidente Ollero, como hemos visto, el Tribunal está acusado de incurrir en esta falacia clásica, habiéndose dejado condicionar, en la interpretación de las disposiciones constitucionales pertinentes para determinar las cuestiones de legitimidad planteadas por los solicitantes, por «reglas o conductas sociales». El Tribunal, en otras palabras, habría doblegado su autonomía de juicio ante una «supuesta presión social», deduciendo de la mera «observación de la realidad social» una interpretación de la disposición constitucional que no tiene en cuenta su dato literal ni la interpretación tradicionalmente acreditada en la doctrina y en la jurisprudencia del propio Tribunal.

Esa es una acusación errónea. Primero porque el Tribunal junto con la «observación de la realidad social» incluye, entre los elementos que contribuyen a la «configuración» de la cultura jurídica, otros factores, mucho más importantes en el contexto de la argumentación desarrollada por el Tribunal, como «las opiniones de la doctrina jurídica» española, «el derecho comparado», así como «la jurisprudencia de los órganos internacionales»<sup>80</sup>. Además porque el Tribunal declara expresamente que sólo tiene en cuenta la realidad social «jurídicamente relevante», lo cual señala la dependencia de las conductas sociales observadas respecto a la disciplina jurídica que las ha hecho materialmente posibles<sup>81</sup>. Por último, porque, para verificar la imagen que del matrimonio tiene la sociedad española contemporánea, con el objetivo de averiguar lo que es hoy el núcleo esencial de la garantía institucional establecida por el art. 32 de la Constitución, el Tribunal no podía hacer más que sondear el nivel de «aceptación social» del matrimonio entre personas del mismo sexo presente en la sociedad española antes y después de la entrada en vigor de la ley impugnada en el recurso.

A continuación se podría añadir una consideración de carácter más general, destinada a privar de fundamento la acusación sostenida por Ollero, en cuanto dirigida al intérprete con el único propósito de censurar una operación hermenéutica de carácter evolutivo. Como ha sido acertadamente afirmado, cuando se realiza una evaluación de una disposición normativa en relación con la realidad social —como la realizada por el Tribunal— no se plantea «un problema de adecuación directa de la norma a los hechos. El problema es más bien la relación entre una norma históricamente puesta y las valoraciones y voliciones actuales»<sup>82</sup>: una relación, en otras palabras, que involucra

<sup>79</sup> Cfr. G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, Giuffrè, 1969, 14.

<sup>80</sup> Cfr. ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 41.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Cfr. T. ASCARELLI, «Norma giuridica e realtà sociale» (1955), en *id.*, *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, 70. El pasaje aquí citado continúa así: «Es sólo porque estas dependen de los «hechos» actuales

sólo las proposiciones «éticas», y que por tanto no puede dar lugar a una falacia naturalista.

Por otra parte, que estas «valoraciones» cambien con el tiempo es un hecho indiscutible, del que toda nueva ley y toda reforma legislativa que modifica una legislación preexistente —como la Ley 13/2005— constituye una prueba. Existe entonces una innegable necesidad de «un derecho que se adapte en concreto a la realidad social en su historicidad», manteniéndose así «adherente a la conciencia social»<sup>83</sup>: «El jurista» —escribió P. CALAMANDREI—, sea él legislador o intérprete, «no es [...] un conservador de viejas fórmulas fuera de uso [...]: es un intérprete vivo y vigilante de los tiempos, que sabe cumplir con su función en la medida en que alcanza a sentir las necesidades humanas de la historia y a traducirlas en fórmulas adecuadas de ordenada convivencia»<sup>84</sup>.

#### 4.3. La interpretación evolutiva de la Constitución: problemas e hipótesis de solución

Habiendo así verificado que la interpretación evolutiva de una disposición normativa no puede ser simplemente rebajada a mero resultado de una falacia argumentativa, surge la pregunta de cuáles problemas podría presentar, en aquellos casos, como el aquí discutido, en los que sea aplicada a disposiciones normativas dotadas de rigidez constitucional. Para examinar esta cuestión, de manera inevitablemente resumida, considerando el poco espacio del cual aquí disponemos, es necesario acudir a una observación preliminar respecto a la naturaleza peculiar de la llamada «interpretación evolutiva».

Como bien lo aclaraba E. BETTI hace algo más de siglo y medio, con esta expresión se indica ya no «un particular método o criterio para ser utilizado en concurso con otros» en la actividad interpretativa, sino un «carácter que la interpretación jurídica lógicamente asume, en cuanto adopta en vez de una dirección estática y conservadora, una dirección dinámica y evolutiva»<sup>85</sup>.

Se hace una interpretación evolutiva, explica P. CHIASSONI, cuando «el intérprete sustituye la interpretación histórica, considerada anacrónica, por una interpretación (que el mismo intérprete considera) más adecuada a la realidad política, económica, tecnológica y/o social del momento, o bien a los dictámenes de la “conciencia social” o de la “conciencia jurídica”»<sup>86</sup>. Como es evidente, la característica principal de la interpretación evolutiva es, por tanto, la inclinación del intérprete hacia predeterminadas opciones valorativas, atribuibles a «ideologías dinámicas de la interpretación de las disposiciones, que optan por el valor de la justicia en el caso concreto»<sup>87</sup>.

---

que se puede hablar de adecuación de la norma a lo fáctico, en vez de modificación de una norma en función de nuevas evaluaciones, a su vez, eventualmente motivadas por la constatación de nuevos hechos».

<sup>83</sup> Cfr. G. FASSÒ, «Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale» (1972), en E. PATTARO, C. FARALLI y G. ZUCCHINI (coords.), *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1982, 1001 y 1033.

<sup>84</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente» (1955), en *id.*, *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano editore, 1965, 599.

<sup>85</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, 833.

<sup>86</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, 134.

<sup>87</sup> *Ibid.*

La elección de la interpretación evolutiva de una disposición normativa se presenta por tanto radicada siempre en una orientación de carácter ideológico, frecuentemente declarada por el mismo intérprete (como correctamente lo hizo también el Tribunal constitucional en nuestro caso): una orientación ideológica que, cuando se refiere al texto constitucional, encierra notables implicaciones teóricas que —como exactamente había hecho notar el juez Aragón en su opinión concurrente<sup>88</sup>— toca el concepto mismo de constitución, además del rol de la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, puede servir como ejemplo una rápida referencia al debate italiano. Aquí la contraposición teórico-constitucionalista (y, obviamente, entre las diversas posturas ideológicas subyacentes), se manifiesta entre quienes, como G. ZAGREBELSKY, partidario de una ideología dinámica de la interpretación constitucional, condicionan la «legitimidad de la constitución [...] a la capacidad de dar respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, a la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar aquellas respuestas en la constitución»<sup>89</sup>, y quienes, como R. GUASTINI, defensor de una ideología estática de la interpretación constitucional, parecieran afirmar que, frente a una realidad incesantemente en transformación que no puede ser comprendida en la mirada dirigida al futuro proyectado por un visionario texto constitucional, deben en todo caso prevalecer los valores «de la estabilidad de la disciplina jurídica, de la certeza del derecho, de la previsibilidad de las decisiones judiciales»<sup>90</sup>.

La distancia entre los dos abordajes es evidente; por consiguiente es igualmente diverso el papel asignado a la jurisprudencia y particularmente a la justicia constitucional. Una posición crítica relativa a la interpretación evolutiva, como la asumida por GUASTINI, implica inevitablemente un redimensionamiento de la actividad del tribunal constitucional sobre la base de la idea que le «toqu[e] al poder de revisión y no a los intérpretes adaptar un viejo texto constitucional a la transformación de las circunstancias»<sup>91</sup>. De opuesto parecer es ZAGREBELSKY, según el cual «quien [...] considere que cada nueva exigencia constitucional deba manifestarse no a través de respuestas renovadas a los nuevos interrogantes, sino sólo a través de enmiendas para que así puedan garantizarse la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia, como la importancia de la duración de la vida constitucional. Desconoce entonces la función de la constitución»; «una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones —prosigue el presidente emérito de la Corte constitucional italiana— es degradada a ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana [...]. El instrumento normal —concluye— es la jurisprudencia; la enmienda es un instrumento excepcional»<sup>92</sup>.

Esta contraposición, aquí simple y esquemáticamente ejemplificada, que, como resulta evidente, involucra cuestiones de fundamental importancia para la teoría (y la ideo-

<sup>88</sup> Cfr. BOE (núm. 286, de 28 de noviembre de 2012), cit. (*voto particular* M. Aragón Reyes), § 2, 40.

<sup>89</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, «Storia e costituzione», en *id.*, P. P. PORTINARO y J. LUTHER (coords.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 79.

<sup>90</sup> Cfr. R. GUASTINI, «Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 760.

<sup>91</sup> *Id.*, 759.

<sup>92</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY (2006), *Discurso del prof. Gustavo Zagrebelsky con ocasión de los 50 años de Corte Constitucional*, el cual puede consultarse *on-line* en la página web [www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_959.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_959.do), 7 de la transcripción.

logía) del derecho constitucional, no se ha manifestado al interior de un debate (ni siquiera lejanamente) parangonable al que, como es notorio, en los Estados Unidos, enfrenta desde hace más de veinte años a los teóricos de la *living Constitution* con los defensores de la doctrina originalista de la interpretación de la constitución<sup>93</sup>; por un lado aquellos que invocan las opiniones expresadas por el juez de la Corte Suprema W. J. Brennan, en el cargo desde 1956 a 1990, según el cual «*the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs*»<sup>94</sup>; y por otra parte aquellos que, según un modelo interpretativo opuesto, eruditamente representado por el actual juez de la Corte A. Scalia, en el cargo desde 1986, tienden a «estabilizar las posibles interpretaciones del texto constitucional», radicando «este efecto de estabilización en un dato histórico», que se presenta como empíricamente verificable<sup>95</sup>.

Común a todas las versiones de la doctrina originalista es el objetivo de estabilizar el significado de las disposiciones constitucionales con la finalidad de «evitar que la interpretación constitucional se transforme en una revisión constitucional ilegítima»<sup>96</sup>, evitando «el riesgo de que la Constitución termine por significar simplemente lo que los jueces cada vez consideren que la misma deba significar»<sup>97</sup>.

Por otro lado, prescindiendo de una evaluación sustancial de la doctrina originalista, que la posibilidad por ésta temida pueda realizarse (y se haya concretamente realizado) es ciertamente innegable. Hasta el punto de que, también en la doctrina constitucionalista italiana, se ha llegado a indicar el fenómeno haciendo referencia a una «progresiva modificación tácita de la Constitución escrita», efectuada a través de «una incisiva obra de interpretación desarrollada primordialmente por los jueces (máxime por el Tribunal Constitucional)»<sup>98</sup>; o sosteniendo, aún más claramente, que sería «más apropiado hablar de transformaciones en vez de interpretaciones de la Constitución»: transformaciones que nos devuelven una constitución «diferente de la de ayer», que «[ha] venido adecuándose a la evolución de la sociedad» a través de un «procedimiento» diferente de aquel previsto por el art. 138 de la Constitución<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> Para un excelente encuadre del debate, *vid.* C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione: la Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011, en particular cap. V.

<sup>94</sup> *Cfr.* W. J. BRENNAN, *Speech given at the Text and Teaching Symposium*, cit., 4.

<sup>95</sup> *Cfr.* G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 133.

<sup>96</sup> *Id.*, 134.

<sup>97</sup> *Cfr.* B. CASALINI, «Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America», en P. COSTA y D. ZOLO (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, 238-239. Sobre el papel desarrollado por la Corte Suprema en el «progreso constitucional» relacionado con la Constitución americana, hace más de 50 años se pronunció P. CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente», cit., 616: «La constitución norteamericana, compuesta originalmente por poquísimos artículos escritos, fue reforzada, desarrollada, perfeccionada día tras día por la obra fervorosa y valerosa de la jurisprudencia de la Corte Suprema: hasta el punto que puede decirse que en América la constitución se convirtió, a través de un trabajo de casi dos siglos, en un monumento creado por los jueces».

<sup>98</sup> *Cfr.* F. RIMOLI, «Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori», *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3778, que no ahorra críticas a esta tendencia hacia el derecho jurisprudencial, habiéndose «verificado en el presente caso, inicialmente sobre el plano de la distinción ya común entre norma y disposición, que multiplicó los instrumentos decisivos de la Corte, y después con la tendencial y completa desvinculación de la dimensión textual de la Carta, y, por ende, con la final devaluación concreta de su carácter escrito».

<sup>99</sup> *Cfr.* S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, 13-15.

Ahora bien; teniendo en cuenta la seriedad de las problemáticas presentadas por la adopción de una ideología dinámica de la interpretación constitucional, aquí planteadas, ¿cómo debe juzgarse la operación hermenéutica realizada por el Tribunal constitucional respecto al art. 32 de la Constitución española?

En todo caso, es necesario recordar que, a diferencia de lo establecido por el art. 12 de las *Preleggi* italianas, el art. 3, inciso 1.º del Título preliminar del Código Civil, incluye entre los elementos que deben ser considerados en la interpretación de las disposiciones normativas, «la realidad social del tiempo en el cual [estas] deben ser aplicadas»<sup>100</sup>.

A pesar de que en la doctrina española no es del todo pacífico que el art. 3 sea también aplicable a la interpretación del texto constitucional, siendo el código español, análogamente al italiano, más antiguo que la Constitución, la Corte, al colegir y argumentar la interpretación escogida, sin lugar a dudas hizo referencia a la realidad de la sociedad española contemporánea.

En segundo lugar, no hay duda de que el Tribunal, para verificar la presunta inconstitucionalidad de la ley controvertida, haya sometido a interpretación evolutiva, no la ley sino la disposición constitucional, siguiendo una ruta diferente y opuesta respecto a la que se sigue en la interpretación conforme de la ley (a la constitución). En este último caso, se adapta de hecho el objeto al parámetro (la ley a la constitución), atribuyendo a la disposición objeto de la cuestión de legitimidad un significado constitucionalmente acorde a la/las norma/s parámetro. En el caso de la interpretación evolutiva, por el contrario, se adapta el parámetro al objeto, atribuyendo a la disposición constitucional un significado en relación al cual la norma objeto resulte constitucionalmente acorde.

En este sentido, la operación hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal puede ser adecuadamente representada haciendo uso de una distinción conceptual dirigida a determinar mejor el funcionamiento de la interpretación evolutiva. Esta se realiza en caso de «superveniencias tangibles» (*sopravvenienze effettuali*) y/o «superveniencias normativas», según si la adecuación del significado de la disposición interpretada refleja las mutaciones de la realidad regulada, las cuales «son [de este modo] atraídas en la órbita de normas no pensadas para ellas», o bien, si la adaptación refleja las mutaciones intervenidas luego de la integración de nuevas disposiciones en el sistema normativo, de manera que, desde la entrada en vigor de nuevas disposiciones en el ordenamiento, se derivan como consecuencia mutaciones de significado de las disposiciones que le pertenecen<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Acerca del significado de la referencia a la «realidad social», se remite a las precisiones que se extraen de las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 y de 18 diciembre del mismo año, sintetizadas en *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*, Bologna, Colex, Madrid, 2009, 33-34: «Es la realidad social un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndola en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad. Como tal elemento de interpretación no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria»; «el elemento sociológico en la interpretación de las normas, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto».

<sup>101</sup> La distinción es mencionada por A. D'ATENA, «Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione», en F. GIUFFRÈ e I. NICOTRA (coords.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della*

Ahora bien, el caso aquí discutido pareciera corresponder a ambas condiciones de esta compleja mecánica interpretativa: si por una parte la Corte ha valorado el peso de la aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo con base en la imagen que del mismo se tiene en la conciencia social de la España contemporánea, integrando así en el concepto de «matrimonio» las uniones homosexuales, por otro lado, la adecuación del derecho al cambio social había sido efectuado, aún antes de la intervención de la Corte, por la misma ley controvertida, a cuyo contenido normativo el Tribunal quiso adaptar el significado del art. 32 de la Constitución con el fin de rechazar la cuestión de legitimidad constitucional interpuesta por los solicitantes.

En todo caso, las críticas aducidas por los votos particulares se concentraron en la primera dimensión de la interpretación evolutiva realizada por el Tribunal, estigmatizando la importancia que la Corte quiso indebidamente atribuir a la mutación social. En efecto, es este el vicio de fondo en el cual pareciera caer la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales, justificada apelando a la noción (a decir verdad no bien determinada) de «conciencia social».

Se ha observado que el uso de este criterio, por así decirlo mayoritario, implicaría el debilitamiento de las garantías institucionales y de los derechos fundamentales establecidos por la constitución, en fuerza del hecho que los mismos «serían interpretados exactamente a la luz de aquello contra lo cual [...] pretenden erigirse como garantía»: resultaría «así erosionado, por vía interpretativa, el significado de la rigidez constitucional» por su naturaleza contra-mayoritaria<sup>102</sup>. Pero, a pesar de encontrarse indudablemente fundado, este argumento no resulta decisivo, por lo menos si se aplica a los acontecimientos jurisprudenciales que aquí se ha tratado de reconstruir, y que por tanto constituyen un válido contra-ejemplo.

La interpretación a la que llegó el Tribunal recurriendo a la conciencia social, es decir apelando a la imagen que la mayoría absoluta de la sociedad española contemporánea tiene del matrimonio, arrojó el resultado exactamente opuesto, ya que permite, decretando la no inconstitucionalidad de la ley controvertida, tutelar una minoría discriminada en razón de su orientación sexual, reconociéndole derechos hasta ahora negados.

Por otro lado, es este el motivo de fondo que anima la normativa impugnada, tal como fue expresamente afirmado en la exposición de motivos de la Ley<sup>103</sup>, con la cual, observó la Abogacía del Estado, se realiza la «normalización social de la homosexua-

---

*Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 391-392, el cual por otra parte excluye que pueda considerarse aceptable «que la Constitución sea sometida a la interpretación evolutiva por *superveniencias normativas* (a menos que, obviamente, éstas no se deban a fuentes de grado constitucional)», no pudiendo afirmarse que «la evolución de la legislación ordinaria [...], modificando el sistema en el cual la Constitución está inmersa, induzca correspondientes modificaciones a cargo de los significados de los cuales ella es portadora».

<sup>102</sup> Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 138.

<sup>103</sup> «La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta trata de dar respuesta». En *BOE* (núm. 157, 2 de julio de 2005), § II.

lidad» en España, en línea con una tendencia en todos los países más avanzados en el tema del reconocimiento de los derechos civiles<sup>104</sup>.

Y es precisamente por esto —antes de que el Tribunal, después de siete años desde la presentación del recurso, tomara su decisión— que en este caso fue invocada la interpretación evolutiva de la constitución, para que, mediante una flexibilización por vía interpretativa, la misma pudiese reflejar «la mutación experimentada por la sociedad europea»<sup>105</sup>: una mutación perfectamente compatible con la inspiración liberal e igualitaria que distingue el constitucionalismo democrático actual, cuyos defensores «no pueden sino pretender alcanzar la máxima garantía de los derechos y la máxima extensión en su reconocimiento»<sup>106</sup>.

Por otro lado, se presentan compatibles las perplejidades expresadas por el juez Aragón con respecto a las declaraciones con carácter de «manifiesto» expresadas por el Tribunal en relación con la interpretación evolutiva de la Constitución, que la Corte hubiera debido precisar y sobre todo circunstanciar: para evitar, no sólo la adopción en un futuro de una ideología dinámica de la interpretación constitucional por parte del Tribunal, sino principalmente que bajo el manto de la interpretación evolutiva encuentre legitimación *cualquier* operación hermenéutica a ella atribuible, cualesquiera que sean sus presupuestos y sus finalidades. Por el contrario, para que el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales pueda juzgarse congruentemente con su rigidez normativa, su aplicación debe dirigirse únicamente a extender la clase de los sujetos tutelados en los derechos, además de los derechos que son el objeto de esta tutela, compatiblemente con las otras normas del sistema constitucional.

Si es verdad que cada doctrina (o ideología) de la interpretación constitucional debe ser evaluada en virtud de las consecuencias que su aplicación produce en el ordenamiento constitucional<sup>107</sup>, debe serle entonces excluido al intérprete, que invoca una ideología dinámica dirigida a adecuar el dictado constitucional a las mutaciones sociales y/o normativas producidas, secundar tendencias recesivas tendentes a redimensionar, comprimir o cancelar la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos<sup>108</sup>. Por otro lado, si la constitución es un *living tree*, «*the tree is rooted*»<sup>109</sup>

<sup>104</sup> ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, 21.

<sup>105</sup> Cfr. M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., 137.

<sup>106</sup> *Id.*, 193-194.

<sup>107</sup> Cfr. C. S. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton University Press, 2009, 19.

<sup>108</sup> Es lo que fue en cambio propuesto por A. DERSHOWITZ, *Rights from wrongs. Una teoria dell'origine dei diritti* (2004), Torino, Codice edizioni, Torino, 2005, 226, según el cual es posible imaginar una tercera vía con respecto a las dos principales doctrinas de la interpretación constitucional, la doctrina de la *living Constitution* y el originalismo: un tercer acercamiento al problema que supone «una Constitución viviente que sea capaz de adaptarse al cambio de las circunstancias y que no se mueva necesariamente en una sola dirección. No debe necesariamente «extenderse» o «evolucionar» siempre, porque la capacidad de adaptarse al cambio de las circunstancias puede también exigir, en determinadas situaciones, cualquier restricción, retroceso o involución». Con relación a la Constitución italiana, una interpretación evolutiva de carácter recesivo, es la que, en años recientes, involucró el art. 11 de la Constitución sobre la cual, *vid.* C. DE FIORES, «Costituzione e guerre di globalizzazione. Interpretazione evolutiva o violazione dell'art. 11 della Costituzione?», *Questione giustizia*, 1, 2003, en particular 84, y G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi*

(Véase nota 109 en página siguiente)

y sus raíces se hunden en la dignidad inviolable de la persona, en su libertad y en sus derechos fundamentales.

---

*conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, esp. 43-46 e 142, el primer crítico, el segundo defensor.

<sup>109</sup> Cfr. A. BARAK (juez de la Corte Suprema de Israel) «Constitutional interpretation», en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (coord.) *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 114.

