

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES MUTANTES¹

CONSTITUTION AS LIVING CONSTITUTION TREE AND MUTANT FUNDAMENTAL RIGHTS

Fernando Rey Martínez²

Profesor Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (UVA, Valladolid, España)

RESUMEN: Es un hecho que la jurisprudencia constitucional innova el ordenamiento jurídico y crea nuevos derechos constitucionales o, quizá, más normalmente, identifica nuevas dimensiones de derechos implícitos en la penumbra de derechos expresamente reconocidos por la Constitución. En este artículo se analiza este fenómeno en relación con una serie de casos de la jurisprudencia constitucional española que han motivado la utilización por parte del Tribunal Constitucional de la doctrina de la Constitución como *living tree*. Se concluye que quizá esta doctrina no tiene mayor sentido en el ordenamiento español y, con carácter más general, se recuerda que es el método teleológico de interpretación de las normas, esto es, el esclarecimiento

de su significado a partir de su sentido y finalidad, el criterio más relevante para reconocer nuevos derechos constitucionales sin modificar el tenor literal del texto constitucional. Por ello, a estos nuevos derechos constitucionales se les denomina en este trabajo como “derechos mutantes”.

PALABRAS CLAVE: constitución como árbol vivo; creación judicial de derechos constitucionales; derechos fundamentales *mutantes*; interpretación constitucional; interpretación jurídica evolutiva o sociológica.

SUMARIO: Introducción: cuatro ideas provocadoras; 1 Primera tesis: a menudo, es difícil distinguir entre *ius dicere* y *ius facere*. 2 Tercer argumento.

¹ Este texto es la Conferencia que su autor pronunció en la Universidad de Valladolid (España) el 15 de noviembre de 2024 en el marco del Seminario de la Red de Constitucionalistas españoles liderados en su momento por el profesor Francisco Rubio Llorente y actualmente por el profesor Manuel Aragón Reyes.

² E-mail: frey@uva.es. Currículo: <https://laup.uva.es/wp-content/uploads/2022/01/Rey.pdf>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5005-9401>.

Tengamos en cuenta el ordenamiento norteamericano *cum grano salis*; 3 Tercera tesis. La doctrina de la Constitución como árbol vivo es una metáfora especiosa, es decir, tan bella como engañosa; 4 Cuarta y última idea: lo decisivo sigue siendo en este campo el criterio teleológico.

INTRODUCCIÓN: CUATRO IDEAS PROVOCADORAS

Es una osadía hablar de interpretación constitucional ante este senado de experimentados intérpretes; porque, en definitiva, ese es nuestro trabajo, eso es lo que todos hacemos, interpretamos textos escritos, como lo hacen, de manera diferente pero próxima, filólogos, filósofos y teólogos. Hermenéutica procede de Hermes, el dios mensajero del resto de dios que desvelaba a los hombres los ocultos designios de la divinidad, el dios intérprete; lo contrario de hermenéutico es hermético, lo peor, por tanto, que puede predicarse de un jurista. El tema es tan relevante y tan vasto que lo concretaré en algunas ideas provocadoras del diálogo, esperando, humildemente, que no se diga de mí lo mismo que un contemporáneo dijera de la obra de Freud: lo cierto no es nuevo y lo nuevo no es cierto. Concretamente, citaré en estrados 4 ideas:

1 PRIMERA TESIS: A MENUDO, ES DIFÍCIL DISTINGUIR ENTRE *IUS DICERE* Y *IUS FACERE*

Y no sólo en los casos ideológicamente inflamables que vamos a analizar en esta conferencia. La creación judicial a través de la interpretación, sobre todo por la justicia constitucional, forma parte del paisaje cotidiano. En estos días, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre si hay que añadir las semanas del permiso de maternidad del padre a las madres biológicas en el caso de las familias monoparentales (en realidad, más monomarentales que nunca); es decir, si en el supuesto de que no conste el padre, la madre puede pasar a disfrutar las 16 semanas que le corresponde, más las 10 del padre ausente, 26 en total. La normativa laboral aplicable nada dice en este sentido. La Sala de lo Social del Supremo (Sentencia de 2 de marzo de 2023) había entendido que no, porque no es misión del Tribunal, sino del legislador, extender, en su caso, ese derecho. Por el contrario, la Sala de lo Contencioso de ese mismo Tribunal (Sentencia de 15 de octubre de 2024) sí había añadido esas semanas a las funcionarias interpretando que los hijos de familias monomarentales no podían ser discriminados por razón de su

nacimiento (art. 14 CE) respecto de los hijos de las familias que no son; además, la legislación no lo reconoce, pero tampoco lo prohíbe y, por último, habría que tener en cuenta el principio de conciliación de la vida familiar y laboral. Pues bien, el Tribunal Constitucional acaba de fallar en un sentido semejante al de la Sala de lo Contencioso del Supremo. El legislador debe regular esta materia, pero en tanto lo hace, debe entenderse que hay que extender ese nuevo derecho a las madres en los casos de progenitor ausente.

Es un hecho que la justicia constitucional innova el ordenamiento jurídico, nos guste o no, aunque lo haga de diferentes maneras y con mayor o menor intensidad dependiendo de varios factores. Pertenecer, por ejemplo, a un sistema de *common law* o no, o a cualquier país latinoamericano (en el que, en la realidad, las tesis de Atienza ganan por goleada las posiciones neo-positivistas de Toño García Amado), o tener un tribunal ideológicamente más activista que otros en algún periodo... Existe un derecho normativo vigente y un derecho judicial viviente porque en la norma hay, a veces, elementos escondidos, inasequibles de entrada. La interpretación judicial extensiva o restrictiva de la ley es un problema consustancial a la interpretación jurídica. También la restrictiva. Recordemos, por ejemplo, cómo en Tribunal de Estrasburgo, en la Sentencia N.D. y N.T. contra España (2020), interpretó que la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros establecida por el art. 4 del Protocolo 4 del Convenio de Roma tenía una excepción n o prevista expresamente por la disposición: los intentos de entrada en una frontera masivos y coordinados. Más tarde, la STC 172/2020 fue aún más lejos en la restricción porque ya ni exigía ese asalto masivo para validar en algunos casos (es decir, casi siempre) las devoluciones en caliente.

Ya Savigny, en su *Sistema de Derecho Romano actual*, en 1840, se lamentaba de que “si examinamos el uso que los jurisconsultos romanos hacen de sus propias reglas... frecuentemente traspasan los límites de la interpretación verdadera y entran en el dominio de la formación del derecho, de modo que sus interpretaciones extensivas, sacadas del motivo de la ley, corrigen, no la expresión, sino la ley misma, y constituyen verdaderas innovaciones”. La perpetua novedad de los clásicos. En relación con los derechos fundamentales, la idea de los derechos no enumerados o implícitos es de larga data. En algún artículo he sugerido que los derechos fundamentales nacen por parto natural, con la reforma de la Constitución (algo vedado políticamente en nuestro país, lo que produce patologías sin cuento) y nacen también por cesárea

interpretativa judicial. A estos derechos neo-natos me he permitido llamarlos derechos implícitos y derechos transformados o (añado por primera vez en esta charla) *mutantes*.

En el supuesto de los derechos implícitos, habría una expansión natural del contenido de un derecho explícito por su aplicación a supuestos fácticos nuevos en el futuro o por la necesidad de dispensar la máxima efectividad a otros derechos reconocidos de modo expreso previamente. No se estaría en presencia, en realidad, de un derecho nuevo, sino de una ampliación de un derecho ya reconocido en la norma. El ejemplo quizá más notorio sea el de protección de datos (art. 18.4 CE), junto con la constelación de derechos conectados a él, a partir del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Pero hay muchísimos más: pensemos en el desarrollo del contenido del proceso justo (art. 24 CE), de la prohibición de discriminación (art. 14 CE), y en tantos otros. Por ejemplo, recientemente, el Tribunal de Estrasburgo, que ya había reconocido que el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio de Roma (que es la ventana de apertura principal al reconocimiento de derechos implícitos - en nuestra Constitución parece que lo va a ser el derecho a la integridad del art. 15 CE) incluía el derecho frente a los ruidos, olores, etc., acaba de hacerlo también respecto de los efectos adversos del cambio climático, condenando a Suiza por no reducir los gases de efecto invernadero a los niveles a los que se había comprometido. El contenido de la Constitución de 1978 era escuálido comparado con el actual, gracias, sobre todo, a la jurisprudencia constitucional. Algunos podrían llegar a pensar, incluso, que nuestra Constitución corre el riesgo de ser bulímica por la creación judicial de derechos.

En otras ocasiones, el Juez constitucional utiliza la idea del cambio en una determinada parcela de la realidad social (o el cambio de la opinión pública dominante sobre algún asunto) no para ampliar el contenido de un derecho ya reconocido, sino para cambiar de modo radical la interpretación de la disposición constitucional que hasta ese momento venía manteniendo. Es un cambio de reglas o normas bajo la misma disposición literal. Una mutación constitucional. Son derechos cuya interpretación tradicional muta; son derechos expresos, no nuevos, pero es la captación de su sentido la que se transforma en atención a una nueva lectura de la realidad social. Cuando la mutación es total, de 180 grados, estaremos en presencia de un derecho nuevo, aunque no haya cambiado el tenor literal de la norma. Hay acuerdo

general en que la innovación interpretativa tiene un límite: la creación *ex novo*. Sin embargo, no es fácil a veces diferenciar entre innovar o crear una regla, cuándo se interpreta una regla y cuándo se crea una regla. A veces, no es fácil diferenciar entre derechos implícitos y derechos *mutantes*.

2 TERCER ARGUMENTO. TENGAMOS EN CUENTA EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO *CUM GRANO SALIS*

La introducción de la literatura norteamericana en este debate es imprescindible por el enorme desarrollo que tiene en ese país, ya que al ser su Constitución un texto que, realmente, tiene sentido sobre todo para clarificar y limitar los poderes de la Federación frente a los Estados, está desfasado (como su propio sistema electoral, por cierto) y apenas tiene el contenido que cabe ligar a un documento que se llame Constitución. La de Estados Unidos será la primera Constitución del mundo, sí, con permiso de las de los 13 Estados que fueron allí colonias de Inglaterra, pero no es una Constitución como las demás del mundo. Y por supuesto que la Constitución norteamericana descansa, sobre todo, en los tomos y cabalga a los lomos de la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal. Por eso, el debate sobre los límites de la justicia constitucional (junto con el de los poderes de la Federación) es allí el debate por antonomasia, el tema de los temas. Porque en realidad es el tema de los límites del poder soberano.

Pero por eso mismo, también, el debate norteamericano no nos sirve especialmente para examinar los límites de la interpretación por parte de la justicia constitucional en nuestro país (y en la mayoría) ya que contamos con un texto constitucional más completo, con un extenso catálogo de derechos y con una fecha de aprobación dos siglos después. Un ejemplo elocuente es, precisamente, la importación a nuestra latitud de la doctrina de la Constitución como *living tree*, como árbol vivo. Esta no es, ciertamente, una doctrina norteamericana, sino (en contra de lo que suele decirse) inglesa (aunque se refiere, eso sí, a un asunto de Canadá, pero a la Canadá aún colonial: la Sentencia Edwards del Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido en 1929), en todo caso, una doctrina de países del *common law* y que tiene sentido como contraposición al método exegético originalista. Un método este que sólo tiene sentido en esos ordenamientos porque se trata de un intento conservador, formalista y positivista de limitar una libérrima interpretación judicial que carece de parámetro constitucional preciso desde un famélico y trasnochado

catálogo de derechos a partir de la intención de sus creadores. El originalismo es un método, por cierto, positivista desde el punto de vista jurídico porque intenta crear un canon seguro y estable y el formalismo en Derecho siempre es conservador del *statu quo*, como lo demuestra que es precisamente ese método el predominante en la teología protestante (en la que la intención del autor del texto, Dios, siempre prevalece sobre cualquier otra consideración), que es un elemento central del pensamiento conservador estadounidense (donde cabe inscribir al originalismo también). En cualquier caso, todo este debate norteamericano nos resulta a los españoles totalmente ajeno, es un debate exótico aquí. Cuidado con importar acríticamente categorías extranjeras, aunque su nombre suene bien. Juan Durán sostiene que a veces no es que la Constitución sea un árbol vivo con nuevos retoños, sino que, simplemente, hay otro árbol distinto.

3 TERCERA TESIS. LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCIÓN COMO ÁRBOL VIVO ES UNA METÁFORA ESPECIOSA, ES DECIR, TAN BELLA COMO ENGAÑOSA

Veamos cómo ha utilizado nuestro Tribunal Constitucional la doctrina de la Constitución como árbol vivo para descubrir nuevos derechos fundamentales (o, más precisamente, nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos). Hay que partir de la observación de que nuestro Tribunal no utiliza los métodos interpretativos con demasiado rigor ni orden sistemático. Parece evidente que, como se hace normalmente en todas las latitudes, primero determina el fallo y, a partir de ahí, acomoda su razonamiento al método que más le favorezca para ello. El rigor se sacrifica en aras de la solución intuitivamente más justa (desde la mayor o menor cercanía ideológica al gobierno de turno).

Nuestro Tribunal está constantemente improvisando y, por ello, resultaría imposible intentar discernir líneas maestras. Por supuesto, algunas hay y no son precisamente halagüeñas, como, por ejemplo, el uso del principio de proporcionalidad en asuntos de relevancia, donde el esquema suele ser siempre el mismo: la Sentencia anuncia que va emplearlo, pero, finalmente, se detiene en la valoración de la finalidad perseguida por la medida limitativa del derecho de que se trate, casi siempre positiva, lo que le exime de aplicar las reglas de la idoneidad, la indispensabilidad o el cálculo coste/utilidad. Esto significa que, normalmente, aprecia un juicio de proporcionalidad absolutamente desdentado pero que le exime, eso sí, de mayor esfuerzo

argumentativo y le presta cierto aire de respetabilidad intelectual. En nuestra jurisprudencia, la proporcionalidad suele ser decisionismo judicial con disfraz (siendo la clave, en los supuestos más controvertidos, la cercanía o distancia de cada magistrado respecto del gobierno de turno). ¿Alguien duda, por ejemplo, de que si se decidiera hoy la cuestión de la validez constitucional de la amnistía el fallo sería estimatorio de la validez a partir de la deferencia judicial hacia el legislador penal y, fundamentalmente, de una supuesta utilización del juicio de proporcionalidad en la que la mayoría del Pleno fundamentalmente va a considerar que la normalización democrática de Cataluña es suficiente argumento como para justificar la amnistía, esto es, de la valoración positiva de la finalidad constitucional perseguida por la norma impugnada? ¿Qué desalmado puede negarse a normalizar democráticamente nada y menos a Cataluña?

En este contexto de interesado más que interesante marco conceptual, pues, el Tribunal ha utilizado la doctrina del árbol vivo en los casos en los que era consciente de que estaba realizando su mayor interpretación creativa, todos ellos casos inflamables ideológicamente, sobre los que se produce un cambio de criterio, una transformación o una sospecha, incluso, de mutación y todos ellos susceptibles de una posible reforma constitucional expresa, pero de eso ya ni hablamos porque en nuestro país, por nuestra secular *impotentia reformandi*, hemos naturalizado las mutaciones. Casos en los que el propio Tribunal no tenía claro si se trataba de *ius dicere* o de *ius facere*. Casos de derechos *mutantes*.

El uso expreso de la doctrina de la Constitución como árbol vivo para legitimar la creación de un nuevo derecho fundamental sólo se ha producido en la Sentencia sobre matrimonio entre personas homosexuales (STC 198/2012), en las dos Sentencias sobre eutanasia (STC 11 y 94/2023) y en la Sentencia sobre el aborto de 2023 (STC 44/2023). El Tribunal Constitucional aún no ha perfilado del todo tal construcción teórica de modo que lo hará de modo parcialmente diferente y con mayor o menor relevancia en cada uno de los tres asuntos. Desde luego, ha sido decisiva para validar el matrimonio entre personas del mismo sexo en la STC 198/2012; las SSTC 11 y 94/2023 la han invocado con vehemencia respecto de la eutanasia y el suicidio asistido, aunque, en realidad, ha jugado un peso menor; y la relevancia de la doctrina en examen no ha tenido apenas densidad en la STC 44/2023 en relación con el aborto.

Ciertamente, los tres casos son diferentes porque en la sentencia del matrimonio igualitario no se llega a fundamentalizarlo, algo que sí se hace después respecto de la eutanasia y el aborto. Resulta particularmente vulnerable a la crítica que, a partir de la STC sobre matrimonio homosexual, el Tribunal parece conformarse con repetir la doctrina expuesta en su FJ 9, como si todos los casos fueran idénticos, como si dicha doctrina no requiriera mayor esfuerzo argumental o como si el asunto fuera claro. En la última Sentencia en el tiempo, la STC 44/2023, sobre el aborto, se reitera la doctrina de la STC 198/2012 aún de modo más simplificado, tipo invocación ritual sacramental que produce una suerte de *ex opera operato*. Si en la Sentencia sobre matrimonio homosexual se argumenta a partir de cuatro criterios de “cambio de la cultura jurídica” para demostrar que había nacido un nuevo retoño al árbol constitucional (recuerden: el derecho comparado (mostrando la tendencia creciente al reconocimiento del matrimonio homosexual en varios ordenamientos de la cultura jurídica occidental - se cita a México, por ejemplo, pero el derecho comparado no es derecho en España y además la norma española estuvo a la vanguardia mundial), el derecho internacional de los derechos humanos, a cuya luz se deben interpretar los derechos fundamentales españoles según el art. 10.2 CE (que en ese momento no era concluyente), las estadísticas oficiales que confirman que en España existía una amplia aceptación social del matrimonio homosexual (desde 2005 hasta finales de 2011 se celebraron 22.124 matrimonios entre personas homosexuales - pero se obvia la pregunta por la adopción conjunta y en todo caso los derechos fundamentales no son cuestión de estadísticas) y la doctrina científica, en la que, se dijo, la tendencia creciente es favorable al reconocimiento de la validez jurídica del matrimonio homosexual (afirmación sin demostrar), en la STC sobre el aborto tan sólo se cita la doctrina del árbol vivo, sin ninguna demostración, para que el lector entienda que ya se ha producido el cambio. La simple mención al árbol vivo es una fórmula de encantamiento a lo Harry Potter. La sede de Domenico Scarlatti se convierte en Hogwarts.

Obsérvese que la “nueva realidad social” no es fuente del Derecho. Sí lo es la costumbre (art. 1.1 Código Civil), pero incluso la costumbre debe ser probada si alguna de las partes no la aceptan, es decir, si no es notoria. Pues bien, sucede que la nueva realidad social se suele alegar en el escenario de los derechos *mutantes* precisamente cuando dicha realidad es todo menos notoria porque converge sobre ella una intensa conflictividad ideológica y política. Así

pues, se corre el peligro de que la simple apelación a la realidad social nueva, que es todo menos pacíficamente notoria, se convierta en fuente directa del derecho, incluso con menos exigencias de las que se requieren a la costumbre, Consiguiendo, por otro lado, que una parte de la ciudadanía, que puede ser la mayoritaria, imponga sus criterios ideológicos a todos al obligar a leer una Constitución en principio pluralista desde ellos.

Pero, en cualquier caso, la mágica invocación por parte del Tribunal de la doctrina de la Constitución como “árbol vivo” en los tres casos no se corresponde, en realidad, con su utilización precisa. Sí, quizá, en la primera, la del matrimonio entre personas del mismo sexo, porque el texto literal del art. 32.1 CE se refiere al “hombre y la mujer”, ciertamente no para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino para garantizar la plena igualdad jurídica entre mujeres y hombres en el seno de la institución matrimonial, pero es evidente que ello implica una imagen maestra de dicha institución en el texto constitucional en la que la heterosexualidad de los contrayentes (una tradición de milenios) es fundamental. Es decir, en este asunto, se invoca la doctrina del árbol vivo, que se intenta probar con algunos datos, más o menos discutibles, lo que no ocurre en las sentencias posteriores, porque el tenor literal e histórico del precepto jugaba, en principio, como un muro (más bien una valla o un seto) que sólo una interpretación evolutiva podía horadar. En los dos otros casos, el uso de la interpretación evolutiva resultaba notoriamente más sencilla porque no concurría esta limitación exegética inicial, de modo que ha sido fácil incluir en un concepto tan *abstracto* como el de “integridad” personal del art. 15 CE (y no hablemos ya de la dignidad humana o del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE) conductas como el aborto o el suicidio asistido y la eutanasia, aunque sea de modo limitado.

Por supuesto, es inevitable recordar la opinión concurrente del profesor Aragón en la STC del matrimonio homosexual. Él rechaza el concepto aplicado de “cultura jurídica”, al que califica de “sociologismo jurídico” y discrepa de la utilización por la mayoría del concepto de “interpretación evolutiva”, ya que mediante ella “no se puede hacer decir a la norma lo contrario de lo que dice” (puesto que la imagen maestra del matrimonio en la Constitución de 1978 es la de la unión entre hombre y mujer). El maestro Aragón reconoce, sin embargo, un cambio en la conciencia social que permite justificar que la opción legislativa elegida (equiparar el matrimonio homosexual al heterosexual) no es inconstitucional, pero discrepa de un uso de la interpretación evolutiva que

lleve no a interpretar la Constitución, sino a cambiarla, eludiendo el proceso de reforma y convirtiendo al Tribunal Constitucional en dueño de la Constitución y en el poder constituyente permanente. “La Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir sin límites su Supremo intérprete”. En definitiva, Aragón observa que la Sentencia llama interpretación evolutiva a lo que, en realidad, no lo es y que, además, su uso pone en jaque el carácter normativo de la Constitución. Varios autores, entre ellos Javier Matia, coinciden en esta tesis, que es la adoptada, mecánicamente por los magistrados discrepantes de las sentencias posteriores sobre eutanasia y aborto (por cierto, sin citar al profesor Aragón, del que procede el argumento - si bien tengo dudas de que coincidan en la misma opinión).

Sin embargo, no llego a entender del todo la tesis del profesor Aragón porque sostiene a la vez que el legislador cambia la Constitución empleando un criterio de cambio de la cultura jurídica inadecuado e insuficiente, pero, al mismo tiempo, defiende en su voto la constitucionalidad de la ley apelando a “un cambio en la conciencia social” que no se demuestra de modo alguno pero que en ese momento no parecía tan indubitable (muchacha gente era partidaria, por ejemplo, de una unión civil como parejas de hecho homosexuales). En algún otro seminario he dicho que su voto me evoca un combate de boxeo donde uno de los contrincantes golpea sin piedad al otro, le lleva hasta las cuerdas, está a punto de caer... pero en vez de rematarle, finalmente se abraza a él. En cualquier caso, he escrito en otros lugares que no comparto en absoluto el enfoque de esta Sentencia porque ignora por completo el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual del art. 14 CE y al hacerlo, al no leer el art. 32.1 de la Constitución, el derecho a contraer matrimonio libremente, desde el art. 14 CE, se auto-impide poder hacer una lectura amplia e innovadora, transformadora sin llegar a ser una mutación, del instituto matrimonial. Yo hubiera dicho que el art. 32 CE debe comprender, evolutivamente, el matrimonio homosexual porque desde 1978 a la fecha de la Sentencia se habría densificado el significado de la prohibición de discriminación por orientación sexual (en 1978 la homosexualidad era catalogada como enfermedad mental por la O.M.S.), es decir, la prohibición de tratar de manera diferente y peor a las personas homosexuales, en este caso, respecto del acceso al matrimonio. Algo así hizo José Castán cuando acuñó en vía judicial el concepto de interpretación evolutiva, por cierto, como luego veremos. Pero además de eso, también habría argumentado sobre el cambio de significado jurídico de la institución

matrimonial a partir del sentido y finalidad que pretende en el momento de la Sentencia, esto es, hubiera profundizado más en el canon teleológico, que, como señala el art. 3.1 del Código Civil, ha de ser el preferente, mostrando el cambio de cultura jurídica en la legislación autonómica que había ido reconociendo las parejas de hecho homosexuales e incluso las numerosas resoluciones judiciales que habían ido extendiendo a las parejas homosexuales algunas de las ventajas derivadas del régimen matrimonial.

Creo que la doctrina de la interpretación evolutiva en su máximo rango de creación de derechos transformados o mutantes es aplicable al caso del matrimonio homosexual con la mayor dificultad porque concurría la presencia del muro literal, aunque no fuera de todo concluyente. En el resto de supuestos, la interpretación evolutiva es más sencilla porque el derecho nuevo puede derivarse sin mayores problemas del que ahora se ha ido convirtiendo en nuestro derecho de libertad en general, nuestro *right of privacy*, el derecho de integridad personal del art. 15 CE (leído desde la dignidad y libertad del art. 10.1 CE: nuestra cláusula general de libertad como derecho fundamental).

Esto, sin embargo, no convierte a la eutanasia o al aborto en simples derechos implícitos a deducir fácilmente de tal derecho fundamental, ya que hasta que el Tribunal no se pronunciara sobre la nueva legislación, el ordenamiento constitucional prohibía ambas conductas y después ya no. Es obligado entender esto salvo que sostengamos que la legislación anterior a las últimas leyes sobre el aborto o la eutanasia eran inconstitucionales. De modo que es aplicable el método evolutivo, pero con la facilidad de no tener que sortear un muro literal. Por cierto, eso mismo es lo que pasaba en la Sentencia Edwards que en 1929 utiliza la doctrina del árbol vivo: a una mujer no se la dejaba presentarse como candidata a senadora en Canadá porque se venía entendiendo que la norma electoral reconocía el sufragio pasivo a las “personas” y se venía entendiendo (porque esa era la voluntad de los redactores de la norma en 1867) que por “personas” sólo había que entender “varones”. El tribunal inglés simplemente tuvo que decir que por “personas” también había que entender a las mujeres: “La exclusión de las mujeres de todos los cargos públicos es una reliquia de días más bárbaros que los nuestros”. Decisivo me parece que esta operación intelectual supone optar por un método exegético que no concede relevancia determinante a la tradición histórica ni a la intención de los autores de la norma en 1867, es decir, se rechaza el originalismo, la *voluntas legislatoris*, y se elige, más bien, el criterio de la *voluntas legis*, esto es, el significado que

deba concederse al concepto “persona” en 1929. Pero más determinante todavía es el hecho de que esto se puede hacer porque, en definitiva, la nueva interpretación no quebranta el tenor literal del concepto “persona” que es lo suficientemente *abstracto* como para incluir en su seno a las mujeres junto con los varones. Si en la Ley se hubiera utilizado expresamente la palabra “varones” como condición de elegibilidad, estoy seguro de que la metáfora del árbol vivo no habría nacido en esa ocasión.

4 CUARTA Y ÚLTIMA IDEA: LO DECISIVO SIGUE SIENDO EN ESTE CAMPO EL CRITERIO TELEOLÓGICO

Hay que “civilizar” un poco al Derecho Constitucional y prestar atención a su tratamiento general de la interpretación jurídica (aunque la constitucional sea singular). Es interesante recordar, por ejemplo, cómo nace el criterio evolutivo en España. Lo acuña el Juez José Castán en una Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934. El problema de fondo debatido era si unas cartas y unas fotografías en las que el presunto padre biológico designa como hijos a dos niños puede entenderse como reconocimiento de filiación que exigía el art. 140 del Código Civil en orden a ejercitar una acción de paternidad y pago de alimentos en favor de hijos ilegítimos. El art. 43 de la Constitución republicana permitía la investigación de paternidad, pero el art. 140.2 del Código Civil sólo permitía la investigación de la paternidad en caso de delito o reconocimiento indubitado del padre. La cuestión litigiosa era si podría considerarse esas pruebas aportadas como ese “reconocimiento indubitado”. La jurisprudencia del Supremo anterior no lo hubiera hecho, pero en esta Sentencia se cambia el criterio utilizando por primera vez el criterio “histórico-evolutivo”. Y como prueba de esa evolución se presenta, precisamente el art. 43 de la Constitución que “no es una norma jurídica completa mientras no se dicte la oportuna legislación complementaria”, pero que “revela un estado de conciencia en la comunidad política... para derogar o amputar el Derecho civil en vigor, ha de ejercer influencia sobre él en el terreno meramente interpretativo, a los fines de sustituir, dentro del respeto debido a los textos, el rígido criterio del Código Civil”. El Supremo califica el nuevo elemento histórico-evolutivo como “doctrina prudente y de muy general aceptación” que complementa los criterios gramatical y lógico y que está integrado “por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada

momento". Tales factores no autorizan a "modificar o inaplicar la norma" y requiere su uso "mucho tino y prudencia" porque "envuelve grave riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo". Por ello, su aplicación es más segura "cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosa o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de legislación positiva" (como en el caso era, precisamente, el art. 43 de la Constitución).

Así pues, la primera vez que se utiliza el canon sociológico en España ;se hace para aplicar la Constitución no como norma vinculante, sino como principio interpretativo en cuanto exponente de un cambio de concepción de la realidad social en materia de filiación no matrimonial! Se recurre al canon evolutivo para aplicar la Constitución frente al Código Civil. Realmente curioso. Pero resulta más curioso aún que, en puridad, no se utiliza para extender derecho alguno (en este caso, la investigación de paternidad), sino para cambiar una línea jurisprudencial (haciendo más flexible el reconocimiento de paternidad de los hijos ilegítimos - adulterinos, en este caso) y, además, no hubiera hecho falta acuñar en este caso el elemento evolutivo porque el criterio que en realidad se emplea es el sistemático (que en la Sentencia ni siquiera se menciona) al leer el Código Civil a la luz de otra norma, la Constitución. El debut del elemento sociológico o histórico/legislativo en el ordenamiento español no ha sido, por tanto, especialmente brillante. Pero sí resulta nutritivo observar que la evolución se intenta demostrar de modo objetivo con cambios normativos (el art. 43 de la Constitución) y no por la simple apreciación subjetiva del tribunal.

En las sentencias del aborto y de la eutanasia, la mayoría del Tribunal habla, a veces, de nuevos derechos y no, como debería ser más precisamente, de nuevas dimensiones de un derecho ya existente y los votos discrepantes conceden una importancia a la creación por parte del Tribunal de nuevos derechos que no se compadece con la realidad. El argumento del árbol vivo, que, como dice Juan Durán, a veces parece ser otro árbol diferente, no es, ni mucho menos, la *ratio decidendi* de esas sentencias, aunque lo parezca. Lo cual induce a confusión conceptual. Si leemos con atención todas estas sentencias, comprobaremos que lo verdaderamente determinante no es el criterio evolutivo o sociológico del art. 3.1 del Código Civil, según el cual, las normas habrán de ser interpretadas de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, sino el teleológico, lo que, por otra parte, es adecuado.

Por supuesto que se aplica también el criterio sistemático (para comprender constitucionalmente la eutanasia o el aborto no basta el deber estatal de proteger la vida del art. 15 CE, sino también el derecho de integridad del art. 15 CE).

La alusión a la doctrina del árbol vivo en la Sentencia sobre el aborto es esquemática, superficial y rutinaria y el verdadero criterio exegético que se toma en consideración es, en realidad, el teleológico (el ejercicio del derecho a la integridad personal de la gestante incluye la maternidad libremente asumida), reforzado (aunque no con la contundencia que se produce en relación con la eutanasia) por el canon internacional de interpretación de nuestros derechos. En la de la eutanasia, al pretender identificar cuál es la razón de ser del derecho de integridad personal del art. 15 CE, el Tribunal Constitucional lo hace desde un entendimiento contemporáneo de la idea constitucional de la libertad/ autonomía personal. Y tal entendimiento no se prueba por unas estadísticas traídas de modo descontextualizado o de opiniones doctrinales que no se citan, como en la STC 198/2012, ni apelando, como se hace en el fundamento jurídico cuarto de la STC 19/2023, a una evanescente “evolución cultural, moral y jurídica” de la sociedad que se da por obvia y ni siquiera se intenta demostrar con alguna prueba, sino, en realidad, de dos fuentes, que son, a mi juicio, y esta es la tesis principal de esta charla, las que permiten utilizar razonablemente el canon evolutivo en el caso de los derechos transformados o mutantes:

una interna, ligada al desarrollo de la idea de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, del art. 10.1 CE, que permite esclarecer el elemento teleológico, la *ratio legis* de la disposición, y otra internacional, vinculada al canon internacional del art. 10.2 CE. Por ambas vías parece razonable entender que el sentido y finalidad del derecho de integridad personal del art. 15 CE incluye un nuevo sentido que no había sido previsto inicialmente: el derecho a recibir ayuda para morir en contexto eutanásico. El Tribunal arroja luz sobre una parte de la Constitución no escrita y lo hace porque emplea el criterio evolutivo, que es también un criterio de interpretación histórico, pero que no mira al momento de creación de la norma, sino

al momento de su aplicación, pero lo emplea de modo absolutamente instrumental o ancilar del teleológico.

En conclusión, el Tribunal podría haber alcanzado el mismo fallo sin haber traído la extraña doctrina del árbol vivo, que en nada ayuda a comprender lo ocurrido. Las sentencias acumulan argumentos válidos y los fallos son razonables, pero sin pies ni cabeza. Sobre todo, sin cabeza. Propongo, como primera medida, desterrar la especiosa metáfora del árbol vivo porque puede dar a entender que, concediendo un papel central y no ancilar o de modulación al criterio evolutivo, la justicia constitucional puede atribuir nuevos significados, por cambios de moralidad colectiva, a la Constitución incluso en contra de su significado a partir de los otros criterios. Pues no. La cuestión es que hay que interpretar su significado a la luz del momento de su aplicación y no de su aprobación, hace 46 años. El breve análisis de la jurisprudencia constitucional española ha intentado demostrar que, en realidad, el Tribunal, a partir del uso de dicha doctrina, trata como derechos nuevos en los casos de matrimonio homosexual, aborto y de eutanasia, derechos a los que he llamado aquí *mutantes*, a lo que en realidad no lo es, sino que son ampliaciones del contenido de un derecho fundamental ya reconocido y para ello utiliza de modo central los elementos sistemático y, sobre todo, teleológico y no, en contra de lo que se dice, el evolutivo.

Submissão em: 17.11.2024

Aceito em: 19.11.2024

