

1. Introducción

A lo largo de la historia contemporánea, las constituciones han desempeñado el papel central en la configuración de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, al mismo tiempo que se iban produciendo los cambios sociales, políticos y culturales que han marcado la evolución de las sociedades. Su naturaleza dual—como norma jurídica fundamental y símbolo de estabilidad institucional—ha generado una constante tensión entre la necesidad de preservar la continuidad del sistema constitucional y la exigencia de adaptabilidad ante las transformaciones sociales. Esta dialéctica ha dado lugar a dos tradiciones interpretativas claramente diferenciadas en el derecho constitucional: una tradición rígida e inmovilista, y otra dinámica y evolutiva.

La tradición inmovilista defiende una lectura estricta y literal del texto constitucional, priorizando la seguridad jurídica y la fidelidad a la intención original de sus redactores. Desde esta perspectiva, las constituciones deben ser interpretadas conforme al significado que tenían en el momento de su redacción, minimizando la influencia de otros factores como los políticos, sociales y culturales. Esta postura se justifica bajo la premisa de que la estabilidad constitucional es un valor en sí mismo, ya que permite preservar el equilibrio de poderes y evita que las normas fundamentales sean objeto de interpretaciones arbitrarias.

En contraste, la tradición dinámica y evolutiva considera que las constituciones son instrumentos jurídicos dinámicos que deben evolucionar en sintonía con los cambios de la sociedad. Según esta visión, el significado de las disposiciones constitucionales no permanece estático, sino que se enriquece con nuevas interpretaciones que garantizan su eficacia y pertinencia en contextos sociales cambiantes. Este enfoque parte del argumento de que la función primordial de una constitución no es solo la de la preservación del orden establecido, sino también la de su capacidad para responder y adaptarse a los cambios emergentes de la sociedad.

La gran paradoja del constitucionalismo radica precisamente en la tensión entre estas dos concepciones. Por un lado, una constitución debe aspirar a la permanencia y a la estabilidad normativa, ya que su solidez y resistencia a modificaciones arbitrarias constituyen un indicio de su legitimidad y de la fortaleza del sistema democrático en el ordenamiento jurídico del estado correspondiente. Sin embargo, por otro lado, también debe mantenerse en sintonía con la realidad social y política, un desafío particularmente complejo en sociedades contemporáneas caracterizadas por su pluralismo, dinamismo y creciente complejidad institucional. Un marco constitucional excesivamente rígido corre el riesgo de quedar obsoleto, mientras que una estructura demasiado flexible puede erosionar su autoridad y previsibilidad como norma suprema del ordenamiento.

Para resolver esta paradoja constitucional, se han desarrollado distintos enfoques. Entre los más influyentes destacan los interpretativos y mutativos, como la teoría de la *living constitution*, desarrollada en el ámbito del derecho constitucional estadounidense; la teoría del *living tree*, creada por las resoluciones por la Corte Suprema de Canadá; y la actividad de los tribunales constitucionales, como el Tribunal Constitucional español, cuya jurisprudencia ha desempeñado un papel esencial en la legalidad jurídica de figuras como el aborto, la eutanasia o la amnistía. Asimismo, en el ámbito internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido a esta corriente dinámica mediante la interpretación de los derechos fundamentales de los tratados y normas internacionales.

Además de la interpretación o mutación de las disposiciones constitucionales, otro mecanismo es la reforma constitucional *stricto sensu*. A diferencia de los anteriores, que operan mediante la reinterpretación jurisprudencial sin modificar el texto normativo, la reforma constitucional permite una modificación expresa y literal del contenido de las normas o disposiciones constitucionales, sin la necesidad de llevar a cabo una labor de interpretación.

2. Mutación e interpretación: las teorías de la living constitution y del living tree

Comenzando con el caso de los Estados Unidos, la tradición constitucional estadounidense se había caracterizado, hasta bien entrada la década de 1960, por un marcado inmovilismo derivado de una interpretación predominantemente originalista y literal del texto constitucional. La Constitución de los Estados Unidos, norma suprema del ordenamiento jurídico desde su ratificación en 1787—once años después de la independencia de las trece colonias del Imperio Británico—, fue interpretada de manera estricta bajo esta perspectiva, como se evidencia en el caso *United States v. Lovett* (1946), considerado un exponente de dicha corriente. Sin embargo, a partir de la década de 1960, la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó un enfoque interpretativo más dinámico y evolutivo, lo que permitió la ampliación y el reconocimiento progresivo de derechos a través de su jurisprudencia.

La actuación de la Corte Suprema se basó en la teoría de la *living constitution*, o constitución viva, a través de la cual se justificaban las decisiones de los tribunales acerca de cuestiones morales controvertidas por la necesidad de la evolución de la sociedad, en el marco de un contexto creciente de reconocimiento de una mayor democracia y más derechos humanos, adaptando así las previsiones contenidas por el texto constitucional a los sentimientos de justicia y libertad individuales presentes en la sociedad de cada momento (Nuevo López, 2022). Uno de los hitos, y quizá el mayor, de esta teoría de la *living constitution* en la tradición constitucional americana es la sentencia de *Roe v. Wade*, del año 1973, que sentó un precedente sobre la figura del aborto, al interpretar la decimocuarta enmienda de la Constitución americana sentenciando que la disposición permitía a la mujer decidir si abortar o no abortar, dejando de lado las restricciones federales o estatales, y despenalizando así el aborto voluntario. A raíz de esta nueva corriente aperturista en la interpretación de los artículos constitucionales, se produjeron una serie de reacciones que propugnaban una vuelta a la idea originalista, es decir, que la Constitución debe interpretarse de manera que se siga fielmente la intención original de los constituyentes. A pesar de que el originalismo ya existía de forma previa al

nacimiento de la teoría de la *living constitution*, la teoría se desarrolló a lo largo de los años setenta, por parte de autores, intelectuales y jueces, destacando la labor de figuras de Robert Bork, ex-procurador general —*attorney general*— de los Estados Unidos (Montalvo, en imprenta), o Antonin Scalia, ex juez de la Corte Suprema. Así, existe, y se mantiene en la actualidad, una dicotomía clara en la tradición interpretativa de la constitución estadounidense.

Esta realidad es descrita por intelectuales como David Strauss, profesor de la Chicago Law School y Doctor en Derecho por la Harvard Law School. Firme defensor de la *living constitution*, admite que hay dos corrientes de interpretación que son antagónicas y que coexisten a la hora de interpretar las disposiciones y normas constitucionales. Opina que la perspectiva de los originalistas trata de encontrar y recuperar el significado inicial de los textos de los artículos constitucionales, algo que según él, en ocasiones otorga la respuesta a ese dilema ético y moral, pero que la mayoría de veces no sucede, por lo que cree que es una postura que en la práctica no ayuda. En sus propias palabras, considera que la interpretación de la ley debe formar parte de un ejercicio de “prueba y error”, en el que se permita, al menos, tener un discurso sobre la efectividad de las previsiones constitucionales para resolver dilemas éticos y morales, con el fin de que dichas previsiones se vayan adaptando a las crecientes demandas de la sociedad, ya que remitirse únicamente a lo redactado en cartas o textos del período constituyente es un espejismo, una ilusión (Diamond, 2023). Si ni siquiera se permitiera tener ese discurso, y únicamente se atendiera a lo dispuesto por los constituyentes, no se habrían logrado avances y por tanto no se podrían haber ido acumulando todos aquellos logros que personajes históricos como John Marshall, Abraham Lincoln o Franklin Delano Roosevelt trajeron con su actividad en distintas épocas. En suma, interpretar la constitución de forma viva permite resolver los dilemas constitucionales de la manera más sensible y realista posible, ya que se abordan de tal forma que se puedan combinar el uso de todas aquellas respuestas otorgadas directamente por las propias disposiciones constitucionales, junto con el discurso que permita interpretar y juzgar dichas previsiones, adhiriéndose a aquellos precedentes que permitieron adaptarse a la demandas de la sociedad en su momento, para que así

la Carta Magna pueda continuar modelándose y, al final, se haga justicia (Diamond, 2023).

No obstante, el propio David Strauss también reconoce que algunos originalistas merecen un reconocimiento por su labor transversal de tratar de entender que la realidad es más compleja de lo que puede suponer el entender el significado jurídico del texto constitucional de manera unánime y originalista. Como se ha expuesto *supra*, el juez Antonin Scalia, —*judge Scalia* en la cultura jurídica popular americana— fue uno de lo referentes en lo que a la teoría del originalismo se refiere, representando una postura *contra natura* para la época ante la creciente popularidad de la teoría de la constitución viva. Sin embargo, Scalia, en la famosa e influyente *Taft lecture* del año 1988, en la que enunció su popular discurso “Originalism: The Lesser Evil”, en español “Originalismo: El Mal Menor”, expuso el cambio, ahora ampliamente aceptado en la tradición constitucional americana, de basar la interpretación constitucional en la intención de los redactores en vez de en el significado público original del tenor literal del texto (Barnett, 2006). En este discurso Scalia se denominó a sí mismo como un “faint-hearted originalist” —que vendría a describirse como un temeroso o pusilánime originalista— ya que, a pesar de que fuera originalista y tuviera la intención de juzgar el objeto procesal en los términos originalistas, también estaba dispuesto a adherirse a los precedentes, bien para promover mejores resoluciones en términos puramente jurídicos, bien porque, en algunas ocasiones, no era justo promover el significado original de la norma (Diamond, 2023). Y es en este punto donde David Strauss reconoce el crédito que tiene la postura de Scalia, explicando que a pesar de que el juez es originalista, en ningún caso es ingenuo y sabe que, en ocasiones, se tiene que dejar espacio al precedente, e incluso al juicio personal del juez, y no suscribir el originalismo independientemente de las circunstancias, pues puede incurrirse en injusticias por no querer apartarse, bajo ningún concepto, de la significación o del tenor literal de la disposición o norma constitucional.

Es también el mismo David Strauss el que explicó que la doctrina de la *living constitution* tuvo su verdadero inicio, no con la famosa sentencia del Tribunal Supremo de *Roe v. Wade*, sino con la resolución de *Brown v. Board of*

Education, del año 1954 (Strauss, 2010). El unánime pronunciamiento de la Corte Suprema en esta decisión, liderada por el ex-*Chief Justice*, Earl Warren, acabó con la segregación racial en las escuelas públicas debido a la creciente importancia de la educación para la formación de los ciudadanos y su adaptación a la sociedad, además de por los perjuicios que provocaba la segregación en los niños de raza negra. Esta resolución se enmarcó en un período del Tribunal Supremo presidido por Earl Warren, de 1953 al 1969, denominado en la cultura jurídica americana como la Corte de Warren, o *Warren Court*, que fue una etapa en la que el Tribunal Supremo llevó a cabo una amplia expansión de derechos y libertades civiles a través de la interpretación dinámica de la Constitución, a tenor de la evolución de las circunstancias sociales y políticas, dando lugar así al inicio de la teoría de la *living constitution* con esta primera resolución de Brown. No obstante, se sigue manteniendo en la doctrina que la decisión que ha ejercido una influencia más significativa en el ámbito del Derecho comparado ha sido, sin lugar a dudas, *Roe v. Wade*, en gran medida por el supuesto de hecho específico que constituyó el núcleo del caso, como es el derecho al aborto y su trascendencia en un país como Estados Unidos, más allá de los propios debates teóricos en torno a la figura de la interpretación de la Constitución.

En este punto, y con carácter previo a abordar el papel de la Corte de Warren en la figura del constitucionalismo vivo, conviene recordar de forma concisa la situación reciente que han vivido los ciudadanos americanos con el precedente de *Roe v. Wade* ya que, como se ha expuesto, es uno de los mayores exponentes de la teoría de la *living constitution*. La sentencia de Roe se enunció por parte del Tribunal Supremo en el año 1973, en una decisión de 7 a 2, liderada por el Juez Harry A. Blackmun en la que, como ya se ha mencionado *supra*, se despenalizaba el aborto voluntario argumentando que las regulaciones estatales que prohibían el aborto suponían una violación del derecho a la privacidad, derecho que se encuentra implícito en la cláusula de la decimocuarta enmienda de la Constitución americana sobre el debido proceso, o *due process clause*. Así, el derecho al aborto pervivió en el ordenamiento jurídico americano durante casi 50 años, en concreto, 49, hasta el año 2022, en el que el Tribunal Supremo decidió revocar la sentencia de *Roe v. Wade*. A diferencia de la votación del año 1973, el resultado de la votación fue muy ajustado, siendo de 5

a 4, desempateado por el juez Samuel A. Alito, en su decisión de *Dobbs* de junio de 2022. Antes de la sentencia del Tribunal Supremo, se produjo un hecho sin precedentes en la historia del Alto Tribunal norteamericano que fue la filtración un mes antes, en mayo de 2022, del borrador a través del cual se argumentaba la opinión mayoritaria del Tribunal de revocar la sentencia de *Roe v. Wade*, al portal de prensa POLITICO —artículo que sigue estando disponible en su página web— en lo que supuso un hecho extraordinario por la ruptura del tradicional secretismo que rodeaba las deliberaciones del Tribunal Supremo (Duignan, 2025). Y es que, desde que se produjo la filtración, empezaría las movilizaciones por todo Estados Unidos, principalmente en estados demócratas como Nueva York, California, Oregón o Minnesota, oponiéndose a la revocación de *Roe v. Wade*, y más aún sabiendo que el principal valedor de la decisión con su voto de desempate fue el ya citado juez Alito, nombrado por el ex-presidente republicano George W. Bush. En este punto, conviene recordar que los miembros del Tribunal Supremo de 1973, o al menos su ideología, no se asemeja a la de la composición de la Corte Suprema actual, artífice de la sentencia *Dobbs* de junio de 2022, en la que Donald Trump ha ejercido una enorme influencia, estructurando una amplia mayoría conservadora en el tribunal con la designación de tres jueces durante su mandato de 2017 a 2021, dando lugar a un total de 6 jueces republicanos, por 3 jueces demócratas. A partir de esta decisión de *Dobbs*, y hasta el día de hoy, el aborto ha vuelto a cobrar una especial relevancia en la opinión pública estadounidense, y es un asunto que ambos partidos, demócratas y republicanos, han utilizado en las recientes elecciones de noviembre de 2024 para movilizar a sus respectivas bases: Kamala Harris, con la vuelta al sistema de *Roe v. Wade*, y el potencial reconocimiento del aborto como derecho constitucional, y Donald Trump con el apoyo a la decisión de junio de 2022 de “su” Corte Suprema, respectivamente.

Visto lo anterior, y volviendo a la Corte de Warren, este Tribunal es considerado como uno de los tribunales más liberales —en sentido americano, lo que quiere decir que difiere del concepto de liberalismo, más conservador, que se asume en Europa— que se han vivido en la historia de la *Supreme Court*, de forma que, el nacimiento de la doctrina de la constitución viva durante tal período, se enmarcó en una especie de activismo político, de corte liberal, que se

produjo con las resoluciones judiciales de los jueces que componían en ese período la corte. Así, aunque la *living constitution* se constituyera en su inicio como un mecanismo de limitación de la intervención judicial, la Corte Warren la instrumentalizó para justificar sus actuaciones que llevaban a cabo con resoluciones más liberales (García y García Huidobro, 2024), a efectos de poder desplegar plenamente un programa político y una ideología en la institución con el mayor poder judicial federal de los Estados Unidos, con las consecuencias que eso suponía.

La doctrina se erige, por tanto, como una manifestación clara de lo que se ha denominado como *judicial activism*, confiriendo a los magistrados del Tribunal Supremo un papel jurídico-político de suma trascendencia. Este rol supera con creces la función tradicional de un legislador negativo dentro del marco de un sistema político-constitucional de contrapesos, o *checks and balances*, que regulan la interacción entre los tres poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial. El juez, mediante la interpretación de la Constitución y la resolución de los conflictos que se sitúen en su ámbito de aplicación, no se limita a ejercer como árbitro de la constitucionalidad sino que, en la práctica, asume el papel de reformador implícito de la misma (Montalvo, pendiente de publicación). De esta manera, no solo define qué disposiciones resultan contrarias al texto constitucional, sino que también establece qué preceptos son conformes con él. La cuestión central radica en cómo un reducido grupo de jueces —nueve, en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos— puede erigirse como intérprete último de la Constitución, incluso en circunstancias en las que sus decisiones pudieran contradecir la voluntad de la mayoría (Montalvo, pendiente de publicación). En un Estado de Derecho, esta dinámica de que un grupo de personas pueda decidir sobre la voluntad del pueblo plantea inevitablemente un dilema que ha calado, y sigue haciéndolo, en la sociedad americana, y que se encuentra asimismo profundamente arraigado en el Derecho norteamericano a partir del célebre precedente de *Marbury v. Madison*, del año 1803, sentencia que supuso el nacimiento e introducción en el derecho constitucional americano de la doctrina del *judicial review* (Urofsky, 2024), principio de las tradiciones interpretativas de la Constitución, y que expondremos a continuación.

La trascendencia jurídica de la *judicial review* radica en cómo la expresión de la voluntad popular americana concretada en la decisión que había tomado el Parlamento podía verse anulada por una decisión de 9 personas, que son el número de jueces que componen el Tribunal Supremo americano. La sentencia de *Marbury v. Madison*, del año 1803, muy extensa en su argumentación, dedica la parte final para explicar cómo la Corte tenía autoridad para decidir que una ley del Congreso viola la Constitución, considerándola por tanto como nula e inaplicable en el caso oportuno, conformando así la facultad de la revisión judicial. El Juez que presidía la Corte Suprema en el año en que se dictó la sentencia era John Marshall, y los cuatro rasgos configuradores que estableció en la redacción de la sentencia acerca de la *judicial review* fueron los siguientes: el rechazo de la discrecionalidad política, la Constitución como documento sustantivo, la regla del caso dudoso o *doubtful case rule*, y la limitación del poder de anular las leyes o *voiding power* (Fernández Segado, 2011).

El primero de ellos supone que la *judicial review* es entendida como un ejercicio comparativo entre principios jurídicos y no como una facultad discrecional de los jueces, estableciendo John Marshall que la revisión judicial no implicaba, por tanto, ejercer discreción política, sino simplemente comparar las leyes con la Constitución para determinar su validez; el segundo rasgo se refiere a que la Constitución no es solo una colección de ideales, sino un texto jurídico con un significado preciso que debe ser interpretado con rigor, siguiendo con la línea de que los jueces deben ser fieles a la Constitución y no actuar conforme a sus preferencias políticas; el tercer rasgo establece que la revisión judicial solo debe ejercerse en casos en los que la inconstitucionalidad de una ley sea clara y evidente, y no como regla general, evitando la interferencia excesiva del poder judicial en las decisiones legislativas y garantizando la deferencia hacia los órganos políticos; y, con el cuarto y último rasgo, Marshall profundizó en esa limitación de la intervención judicial en el poder legislativo, restringiendo la anulación en sí de las leyes por parte del poder judicial a aquellos casos en los que el legislativo o el ejecutivo interfirieran con las funciones judiciales (Fernández Segado, 2011). En base a todo lo expuesto por John Marshall en su opinión *Marbury*, puede desprenderse que su intención inicial fue la de separar la facultad de revisión judicial de la influencia política

que se pudiera ejercer con estas decisiones, dejando clara la diferenciación entre los ámbitos del Derecho y la acción política. Sin embargo, el paso del tiempo ha supuesto que esta potestad de la Corte Suprema se haya desligado en cierta manera de estos rasgos configuradores iniciales, encaminando su actuación hacia una mayor arbitrariedad, infundada en argumentos políticos de una u otra ideología, llegando al punto de que incluso se hayan dado circunstancias en las que sus decisiones hayan podido contradecir la voluntad de la mayoría. Así, aunque *Marbury v. Madison* fuera la semilla de la situación que ha llevado en la actualidad a los debates en torno a cómo las decisiones del poder popular pueden verse anuladas por la opinión de 9 jueces, la sentencia, en realidad, enseña que la cuestión de fondo es que se ha corrompido la manera en la que debería ejercerse esta facultad de revisión judicial, y que son esos rasgos configuradores iniciales que abogan por una separación clara entre Derecho y acción política los que deberían seguir ejerciendo una mayor influencia en la aplicación de la doctrina en la actualidad.

Como veníamos exponiendo anteriormente, la respuesta a la paradoja constitucional con la teoría de la *living constitution* también ha tenido su variante en otros países como Canadá, con la teoría del árbol vivo o *living tree*, o con la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La teoría del *living tree* de Canadá...

3. Reforma

A veces no siempre es interpretación o mutación sino directamente reforma, (o no, dar mi opinión).

Las dos posibilidades coexisten como alternativas que permiten optar, bien por la reforma stricto sensu para aquellas partes de la Constitución cuyo contenido más cerrado pretende modificarse, bien por la adaptación mediante interpretación de las que tienen uno más abierto. Es decir, reforma y mutación son dos mecanismos complementarios de adaptación del texto a la realidad en

garantía de su perdurabilidad. La mutación o reforma tácita sería la modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma expresa del texto constitucional (página 3 doc Federico).

4. Aplicación en España

En España, con las recientes sentencias del Tribunal Constitucional, del año 2023, sobre las figuras del aborto y la eutanasia, además de la amnistía, que serán objeto de análisis a lo largo del presente documento.

Bibliografía (momentánea):

Barnett, Randy E. (2006). Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, pág. 841.

Diamond, M. (Presentador). (2023, 19 de abril). What is the Living Constitution? A conversation with Professor David Strauss (Núm. 25) [Episodio de pódcast de audio]. *Harvard Law and Philosophy Society Podcast*. Spotify. Recuperado de: <https://open.spotify.com/episode/7DhrXEZX76KKQA3uXBWuLX>

Duignan, B. (2025, 24 de junio). Roe v. Wade. *Encyclopedia Britannica*. Recuperado el 27 de enero de 2025 de: <https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade>

Fernández Segado, F. (2011). La sentencia Marbury v. Madison. *Revista De Las Cortes Generales*, (83), págs. 7-133

García, J.F. y García-Huidobro, L.E. (2024). Vigencia y legado del pensamiento constitucional de Alexander Bickel en su centenario (1924-1974). *Estudios Públicos*, julio 2024, pág. 25.

Montalvo Jääskeläinen, F. (Pendiente de publicación). La interpretación evolutiva de la Constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿una suerte de *Deus Ex Machina* argumentativa?

Strauss, D. A. (2010). The living Constitution. *Oxford University Press*, Nueva York, págs. 77, y 92 y 93.

Urofsky, Melvin I. (2024, 17 de diciembre). Marbury v. Madison. *Encyclopedia Britannica*. Recuperado el 29 de enero de 2025 de: <https://www.britannica.com/event/Marbury-v-Madison>

