



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**MUTACIÓN E INTERPRETACIÓN  
CONSTITUCIONAL: LA CREACIÓN DE NUEVOS  
DERECHOS**

Una comparativa entre las teorías de interpretación constitucional de  
Estados Unidos y Canadá, y su aplicación por el Tribunal  
Constitucional de España

Autor: Lorenzo López Núñez

5º Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales (E-5)

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Derecho Constitucional

Madrid,  
Marzo 2025

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>II.</b>	<b>OBJETO Y OBJETIVO. METODOLOGÍA</b> .....	7
<b>III.</b>	<b>LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL</b> .....	7
	1. LA TEORÍA DE LA <i>LIVING CONSTITUTION</i> .....	7
	2. LA TEORÍA DEL <i>LIVING TREE</i> .....	15
	3. LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	22
	4. LA ACTIVIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	25
<b>IV.</b>	<b>LA REFORMA CONSTITUCIONAL</b> .....	27
	1. LA MUTACIÓN O REFORMA TÁCITA Y LA REFORMA <i>STRICTU SENSU</i> .....	27
<b>V.</b>	<b>LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA</b> .....	30
	1. LA SENTENCIA SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO .....	30
	2. LAS SENTENCIAS SOBRE EL ABORTO Y LA EUTANASIA .....	34
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONES. ¿UNA POSIBLE SOLUCIÓN?</b> .....	43
<b>VII.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA GENERAL</b> .....	47
<b>VIII.</b>	<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	51
<b>IX.</b>	<b>LEGISLACIÓN</b> .....	54

## RESUMEN

En este estudio se abordan, desde la perspectiva del Derecho Comparado, las teorías de interpretación constitucional de Estados Unidos y Canadá, la constitución viva y el árbol vivo, y su uso por parte de la Corte Suprema de ambos países en su jurisprudencia. Una vez expuestas, se analizará la aplicación por parte del Tribunal Constitucional de España de la doctrina del árbol vivo canadiense como recurso interpretativo para resolver sus sentencias sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, el aborto y la eutanasia.

En primer lugar, se introduce brevemente la paradoja a la que se enfrenta el constitucionalismo con la dicotomía entre permanencia e interpretación para dar paso, y establecer, el objeto, objetivo y metodología del estudio. A continuación, se lleva a cabo el análisis de las teorías de interpretación constitucional a la vez que se trata la jurisprudencia sobre las teorías en cuestión, y, seguidamente, se añade un análisis conciso acerca de la reforma constitucional. Tras el citado análisis, se procede a exponer y discutir la aplicación de la interpretación constitucional por parte del Tribunal Constitucional español en sus sentencias. Por último, se aportan las conclusiones jurídicas del estudio junto con una posible solución teórico-práctica al dilema de la interpretación constitucional.

**Palabras clave:** Constitución, originalismo, interpretación, constitución viva, *living constitution*, árbol vivo, *living tree*, Corte Suprema, mutación, reforma constitucional, Tribunal Constitucional, aborto y eutanasia.

## ABSTRACT

This study addresses, from the perspective of Comparative Law, the constitutional interpretation theories of the United States and Canada, the living constitution and the living tree doctrines, employed by the Supreme Courts of both countries in their jurisprudence. After presenting these theories, the research will examine how the Constitutional Court of Spain has applied Canada's living tree doctrine as an interpretative resource in its rulings concerning same-sex marriage, abortion, and euthanasia.

Firstly, the paradox confronting constitutionalism regarding the dichotomy between permanence and interpretation is briefly introduced, in order to present and establish the

subject matter, objective, and methodology of the study. Subsequently, the analysis of constitutional interpretation theories is conducted concurrently with a review of relevant jurisprudence. Additionally, a concise analysis of constitutional reform is included. Following this analysis, the study discusses the application of constitutional interpretation by the Spanish Constitutional Court in its judgments. Finally, the study concludes with legal conclusions and provides a theoretical-practical solution to the dilemma posed by constitutional interpretation.

**Key words:** Constitution, originalism, interpretation, living constitution, living tree, Supreme Court, mutation, constitutional reform, Constitutional Court, abortion and euthanasia.

## **I. 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 la labor de interpretación dispositiva.

## II. OBJETO Y OBJETIVO. METODOLOGÍA

El objeto de este estudio es el de exponer, desarrollar y analizar las teorías de interpretación constitucional derivadas de la tradición jurídica americana y canadiense, apoyándose en la jurisprudencia de ambos países, con los objetivos principales de, primero, discernir la forma y la razón su utilización en las resoluciones, y, segundo, debatir acerca de la idoneidad de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional de España en sus Sentencias sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, el aborto y la eutanasia.

La metodología empleada es la propia del Derecho Constitucional Comparado, así como la Teoría General de los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales y que son objeto de interpretación por parte de los Tribunales. Se compara el uso de la doctrina de la interpretación viva en las normas y disposiciones constitucionales de Estados Unidos y Canadá, con la aplicación en España de dicha teoría para interpretar los artículos comprendidos en la Constitución Española. Para ello, se ha estudiado la legislación aplicable y examinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema de Canadá, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional de España.

## III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. LA TEORÍA DE LA *LIVING CONSTITUTION*

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, el denominado *original intent*. 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 conformó 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 como Robert Bork, ex-procurador general —*attorney general*— de los Estados Unidos (Montalvo, pendiente de publicación), o Antonin Scalia, ex juez de la Corte Suprema. Así, existe, y se mantiene en la actualidad, una dicotomía clara en la tradición interpretativa constitucional 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 D. 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 los 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 dichos términos, 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 de la Corte Suprema 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 de la Corte Suprema 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 la Corte 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 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 la Corte Suprema 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, desempatado por el juez Samuel A. Alito, en su decisión de *Dobbs* de junio de 2022.

Antes de la Sentencia, 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 fue un hecho extraordinario por la ruptura del tradicional secretismo que rodeaba las deliberaciones de la Corte Suprema (Duignan, 2025). Y es que, desde que se produjo la filtración, empezaron 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 de la Corte Suprema de 1973, o al menos su ideología, no se asemeja a la de la composición 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 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, y la vuelta a que sean los estados los encargados de decidir sobre el aborto.

Visto lo anterior, y volviendo a la Corte de Warren, este Tribunal es considerado como uno de los 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 suerte de activismo político liberal, que se produjo con las resoluciones judiciales de los jueces que componían la Corte en esa época. 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 las actuaciones que llevaban a cabo con sus 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 conllevaba.

La doctrina se erige, por tanto, como una manifestación clara de lo que se ha denominado como *judicial activism*, confiriendo a los jueces de la Corte Suprema 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 a él. La cuestión central radica en cómo un grupo reducido de jueces —nueve, en el caso de la Corte Suprema 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, 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 se expondrá 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, esto es, el número de jueces que componen la Corte Suprema. 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 inaplicándola 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 en 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 concluirse 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 situaciones en las que sus decisiones han 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.

## 2. LA TEORÍA DEL *LIVING TREE*

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 surge con la Sentencia de *Edwards v. Attorney-General for Canada*, del año 1930, conocido en el derecho constitucional canadiense con el sobrenombre de *Persons Case*, en el que se discute acerca de la duda concerniente a si la frase “personas aptas y cualificadas”, utilizada en la legislación canadiense —sección 24 del *British North America Act*— para acotar el espectro de profesionales elegibles para servir en el Senado, incluye, además de los hombres, también a las mujeres. El caso comienza en el año 1927, con la petición al Gobierno canadiense por parte de 5 activistas de los derechos de las mujeres en Canadá de dirigir una carta a la Corte Suprema en la que preguntar al Tribunal acerca de la interpretación de la palabra “personas” en la citada sección 24. Esta estrategia se forjó al amparo de la antigua sección 60 de la Ley de la Corte Suprema de Canadá, a través de la cual se permitía solicitar al Gobierno que dirigiera una suerte de cuestión prejudicial, en términos europeos, en la que se solicitara la interpretación de algún aspecto del *British North America Act*. En la actualidad son las consideradas como *Reference questions*, o Referencias, recogidas en la sección 53 de la actual legislación de la Corte canadiense, a través de las cuales se permite realizar preguntas a la Corte únicamente por un ente gubernamental, acerca de, entre otras cuestiones, la interpretación de la Constitución y las leyes que la conformaron (entre las que se encuentra el actual *Constitution Act*, que sustituyó al antiguo *British North America Act*, y que era el presente en el *Persons Case*).

En una primera decisión en el año 1928, la Corte Suprema interpretó que la palabra “personas” no incluía a las mujeres, negando así la posibilidad de que pudieran ser elegidas para ser miembros del senado canadiense. La decisión se basó en la premisa de que el *British North America Act* debía ser interpretado de la misma manera en el 1928 que en el 1867, año en el que se aprobó dicha ley, adoptando, por tanto, una clara postura originalista. Era generalmente aceptado que la redacción de “personas” en la época se refería a los hombres de forma exclusiva, ya que las mujeres aún no podían desempeñar cargos políticos, por lo que los jueces se apoyaron en esta convicción para argumentar que, de no haber sido así, el *British North America Act* se habría referido específicamente a las mujeres para que también pudieran ser elegidas para el senado (Marshall, 2024). Esta decisión, aunque proviniera de la Corte Suprema, no dejó de ser controvertida porque el consenso social en Canadá, en lo relativo al voto de las mujeres, ya era amplio, debido a que, en 1927, un año antes de la Sentencia del Tribunal, la mayoría de las mujeres canadienses ya podían votar en elecciones provinciales y federales, excepto en aquellas celebradas en Québec (Marshall, 2024).

Sin embargo, en octubre del año 1929, el *Privy Council*, o Consejo Privado de Reino Unido, la máxima instancia judicial canadiense de la época debido a la pertenencia de Canadá a la *Commonwealth*, optó por una interpretación distinta. El Consejo, que cesó como mayor instancia judicial del país en el 1949 por una enmienda al *Supreme Court Act* que transfirió la jurisdicción para conocer de los últimos recursos a la Corte Suprema de Canadá (Farr, 2020), llevó a cabo un ejercicio de interpretación mucho más abierto que el originalista de la Corte en el que concluyó, tras una larga deliberación, que la palabra “personas” de la sección 24 incluía a las mujeres, revocando así la decisión anterior. Una de las afirmaciones más contundentes de la resolución del *Privy Council*, liderada por *Lord Sankey* quién dictó la Sentencia en nombre del Consejo, fue que “*the exclusion of women from all public offices is a relic of days more barbarous than ours [...] and to those who ask why the word [persons] should include females, the obvious answer is why should it not*” (Marshall, 2024), que traducido significa que la exclusión de las mujeres de los cargos públicos es una práctica de días más antiguos a los actuales, y que para todos aquellos que se preguntan que porque la palabra “personas” debe incluir a las mujeres, la respuesta obvia es que por qué

no. De esta manera, se abría el camino de las mujeres al parlamento, ya que se empezaba a incluir a las mujeres como elegibles para los cargos públicos.

No obstante, el argumento del juez Sankey que realmente supuso el acceso de las mujeres al Senado, y a través del cual se dió lugar también a la doctrina del *living tree*, fue el siguiente: *The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a constitution to Canada. “Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention” (...) Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board—it is certainly not their desire—to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation so that the Dominion to a great extent, but within certain fixed limits, may be mistress in her own house, as the Provinces to a great extent, but within certain fixed limits, are mistresses in theirs* (Borrows, 2012). Con ella, quiso subrayar la idea de que interpretar la constitución de forma estrecha y técnica —haciéndolo así se estaría en la tesis de que la palabra “personas” de la sección 24 no estaría incluyendo a las mujeres— no se corresponde con la semilla con la que se plantó la idea del constitucionalismo en Canadá, concretado en el *British North America Act*, que es la de un árbol capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales, lo que supone que, para lograrlo se interpreten las normas y disposiciones constitucionales de manera amplia y liberal. Como resultado, se determinó que las mujeres eran consideradas personas que podían ser elegidas para el Senado, ya que la interpretación adoptada por la Corte Suprema respecto al significado público del término “personas” en 1867 era, por tanto, demasiado restringida y de carácter excesivamente técnico. Así, una interpretación amplia y liberal siguiendo la doctrina del árbol vivo exigía que cualquier ambigüedad en cuanto al significado de la palabra “personas” se resolviera mediante la inclusión de las mujeres.

Desde entonces, la Corte Suprema canadiense fue desarrollando la metáfora de la Constitución como un árbol vivo enunciada por el Consejo Privado, hasta acabar siendo considerada como la interpretación constitucional más adecuada (Borrows, 2012), siendo el recurso habitual con el que la Corte satisfacía las

demandas de la sociedad moderna, atendiendo a sus crecientes y diferentes necesidades. Ello ha supuesto que esta interpretación se haya convertido en la forma más dominante de análisis del Tribunal del significado de las normas y disposiciones de la constitución canadiense, rechazando la tesis originalista de que el significado de las palabras se fija en el momento de su promulgación (Hogg, 2007) —aunque con algunas excepciones, como se comprobará más adelante— y se permita así a la Corte superar esa significación histórica para darle un sentido más acorde a las circunstancias sociales contemporáneas (Borrows, 2012).

Por todo ello, la presencia del *living tree* en los casos del Tribunal es muy numerosa, incluyendo no solo aquellos casos que enfrentan a dos partes entre sí, sino también las *Reference questions*, como la que originó el *Persons Case* citado *supra*. Los casos más paradigmáticos en los que la Corte recurre a esta doctrina del *living tree* son los siguientes: en primer lugar, la Referencia sobre el Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo (*Re Same Sex Marriage*), del año 2004, en el que la Corte Suprema sostuvo que la doctrina de los *frozen concepts*, o “conceptos congelados”, es contraria al principio de que la Constitución es un árbol vivo que, mediante una interpretación progresiva, acomoda y aborda las realidades de la vida moderna. Esto llevó a la Corte a concluir que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba prohibido por la Constitución, aún cuando “hace varios siglos se habría entendido que el matrimonio solo debía estar disponible para parejas de distinto sexo” (Borrows, 2012). Esta interpretación fue la utilizada por el Tribunal Constitucional de España, en el año 2012, para incorporar una interpretación similar en la Constitución Española sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En segundo lugar, se encuentra la *Reference Provincial Electoral Boundaries*, al señalar que “la doctrina de la Constitución como un árbol viviente exige que se descarten enfoques técnicos restrictivos” (Borrows, 2012), lo que hace que se quiera primar, en la determinación del contenido de los derechos y libertades, el papel abierto y cambiante del texto constitucional, relegando la significación original a un papel crítico, pero no exclusivo. En este sentido, la Corte afirmó que “el árbol está arraigado en instituciones pasadas y presentes, pero debe ser capaz de crecer para enfrentar el futuro” (Borrows, 2012). Estas

consideraciones llevaron a la Corte a concluir que el derecho al voto no podía considerarse congelado por anomalías históricas particulares, sosteniendo que lo que debe buscarse es la filosofía más amplia que subyace al desarrollo histórico del derecho al voto, una estrategia con la que se fuera capaz de explicar el pasado, a la vez que mira hacia el futuro, dando así cabida al *living tree*.

En tercer lugar, y dejando las *reference questions*, se encuentra el caso de *British Columbia (Attorney General) v. Canada Trust Co.*, en el que la Corte reafirmó la naturaleza evolutiva de la Constitución de Canadá, declarando que “no hay nada estático o congelado, ni estrecho o técnico, en la Constitución de Canadá” (Borrows, 2012). Con ello, el Tribunal rechazó la idea de que la Constitución haya creado categorías históricamente fijas, al afirmar que, si la Constitución canadiense ha de considerarse un árbol vivo y la competencia legislativa como esencialmente dinámica, “entonces la determinación de categorías existentes en 1867 tiene, en el mejor de los casos, un interés meramente histórico” (Borrows, 2012). Esta Sentencia conformó la doctrina acerca de las categorías históricas, que se utilizó en la *Reference Provincial Electoral Boundaries* para descartar una interpretación histórica en lo relativo al derecho al voto.

En cuarto y último lugar, la Corte Suprema sostuvo un argumento similar en *Canada (Combines Investigation Act, Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, en relación con la interpretación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades —la cual forma parte del actual *Constitution Act* de 1982— cuando estableció que un texto constitucional tiene la intención cuando se redacta de subrogarse al futuro y, por tanto, no se deben “leer sus disposiciones como si fueran un testamento, pues de lo contrario, se convertiría en uno” (Borrows, 2012). En virtud de los casos comentados, queda suficientemente demostrado que el enfoque dominante en Canadá a la hora de llevar a cabo la interpretación constitucional es el del árbol vivo.

Al igual que ocurre con la interpretación constitucional en Estados Unidos, con la presencia de un originalismo que es contrario a la interpretación de la *living constitution*, en Canadá también hay presente una perspectiva originalista en su

interpretación constitucional, distinta de la doctrina del *living tree*, que se denomina *abnormal originalism*. Esta denominación, “originalismo anormal”, tiene su justificación en que la perspectiva del *living tree* en la interpretación constitucional no opera en los casos de los derechos de los aborígenes, a pesar de ser la doctrina habitual de la Corte Suprema canadiense. La razón se encuentra en que la Corte ha establecido que estos derechos están limitados por las intenciones históricas de los pueblos aborígenes y el significado público que se atribuyó en ese momento histórico (Borrows, 2012), lo que conlleva que se tenga que atender a su significado inicial, conformando así un originalismo muy marcado en la corriente de los derechos de los pueblos aborígenes. Resulta comprensible que para que estos derechos aborígenes puedan perdurar en el tiempo, es necesario que se pueda mantener ese significado histórico que se otorgó en un principio, y, para ello, se tenga que utilizar una interpretación originalista, en vez de una abierta y viviente, en el sentido de que se pudiera llegarse a olvidar, con la evolución de la sociedad actual, la existencia de estos pueblos que habitaron y estuvieron presentes en el territorio de Canadá antes de la llegada de los europeos. Actualmente, habitan en Canadá cerca de dos millones de aborígenes, lo que supone el 5% del total de la población (Government of Canadá, 2023), por lo que la interpretación originalista de los derechos constitucionales llevada a cabo por la Corte Suprema no es en vano, sino que representa a un porcentaje de la población que, aunque sea pequeño, merece reconocimiento.

No obstante, el *abnormal originalism*, aunque sea coherente con la historia de estos pueblos, en términos de la tradición constitucional canadiense representa una ruptura significativa con las tradiciones constitucionales dominantes de Canadá. Y es que es la propia Corte Suprema, a pesar de haber sido la encargada de conformar esta doctrina originalista para los derechos de los pueblos aborígenes, la que se ha distanciado de forma explícita del originalismo en numerosas ocasiones, estableciendo que la posición del originalismo en el derecho constitucional canadiense es incongruente (Binnie, 2004). A la opinión del Tribunal se suman, además, los comentarios de los académicos y catedráticos constitucionales canadienses, que han establecido que el originalismo no ha tenido nunca un apoyo significativo en Canadá (Hogg, 2007), siendo la interpretación

viviente que encarna la doctrina del *living tree* la que sí que ha tenido un verdadero reconocimiento.

Esta dominancia en la interpretación constitucional de la teoría del árbol vivo en Canadá deriva, sin duda, de su popularidad entre la población. Al permitir que la evolución constitucional responda a las necesidades sociales, que son muy variadas y que van cambiando a lo largo de los años, se invita a la participación de los ciudadanos en el desarrollo de la Carta Magna. De esta forma, la población estará más decidida a involucrarse en el desarrollo de su propia Constitución si asumen que esta labor responde a sus propias y variadas demandas que van evolucionando en el seno de la sociedad (Post, 2009). Además, la perspectiva que aporta el árbol vivo coincide con la circunstancia de que Canadá no tiene un momento fundacional único. A pesar de que, como se ha expuesto, el *British North America Act* de 1867 puede considerarse como el inicio de la tradición constitucional en Canadá, el artículo 52(2) de la Ley Constitucional de 1982 deja claro que la Constitución de Canadá incluye otras leyes, además del citado. Esto significa que la Constitución de Canadá se basa en siglos de experiencia acumulada, y fue evolucionando gradualmente (Hogg, 2007), para reflejar los cambios en los valores sociales y políticos que se han ido produciendo a lo largo de su historia, sin que un único evento predomine como momento fundacional (Borrows, 2012). Considerar la Constitución como un árbol vivo tiene más sentido en un país como Canadá que, en palabras de la Referencia sobre la Secesión de Québec, *Re Secession of Quebec*, siempre ha estado comprometido con un “proceso continuo de desarrollo constitucional”, sin que posea un momento fundacional claro.

Esta situación invita inevitablemente a presumir la dominancia de esta doctrina de interpretación del árbol vivo en la tradición legislativa y constitucional canadiense. Paradójicamente, si bien se ha escrito mucho sobre la interpretación constitucional del árbol vivo en Canadá, dicha doctrina sigue estando poco desarrollada o sistematizada jurisprudencialmente (Miller, 2009). Algo similar ocurre con la *living constitution* que, al igual que el *living tree*, es un recurso que ambas Cortes Supremas circunscriben a casos muy específicos, como son los del reconocimiento de nuevos derechos o libertades, que van de la mano de la

evolución de la sociedad en ambos países, y que se da la circunstancia de que, en los dos textos constitucionales, esos derechos o libertades no aparecen reconocidos explícitamente. No obstante, aunque ambas teorías del *living* puedan parecer similares, presentan algunas diferencias. Canadá contrasta con la experiencia de los Estados Unidos en que este último ratificó un texto constitucional único en un período histórico particular, lo que, naturalmente, ha derivado en una gran influencia e importancia en la interpretación constitucional, ya que el poseer una Constitución única, a diferencia de Canadá, hace que se sea más tendente a interpretar conforme a ella.

Profundizando en el origen, la diferencia entre la constitución viva y el árbol vivo es que la norteamericana se desarrolla, en esencia, dentro del contexto de la proclamación de nuevos derechos que no están explícitamente reconocidos en el texto constitucional, mientras que la canadiense, aunque también posee esa característica, tiene su verdadero origen en la interpretación del lenguaje utilizado en la norma constitucional en relación con su parte orgánica, aunque posteriormente también se ha aplicado a la parte dogmática, como ocurrió en el debate sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (Montalvo, pendiente de publicación). Por último, la diferencia que, probablemente, sea más destacable entre ambas doctrinas es que el originalismo, en el caso de Estados Unidos, está, como se ha expuesto, mucho más implantado y desarrollado en la tradición interpretativa de la Constitución, en contraste con Canadá, que solo presenta el originalismo en los derechos de los pueblos aborígenes, por lo que el originalismo es única y verdaderamente un rival interpretativo del método vivo en Estados Unidos.

### **3. LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Otro exponente de la interpretación viva en el marco de los derechos y libertades fundamentales es el Tribunal de Estrasburgo —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o TEDH—, que ha acogido la idea de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es un “instrumento vivo” que debe adaptarse a las demandas y necesidades sociales contemporáneas. Su labor se ciñe

al contenido del Convenio, realizando un ejercicio de interpretación evolutiva, adaptando sus normas y disposiciones a la realidad actual, con el objetivo de salvaguardar la efectividad de los derechos humanos y libertades contenidos en el Convenio, en el contexto de globalización cambiante que se vive en la actualidad.

El Tribunal de Estrasburgo trató, por primera vez, al Convenio como un “instrumento vivo” en el caso de *Tyrer contra Reino Unido*, del año 1979. El caso se centró en un menor de 15 años que fue sometido a un castigo corporal judicial (tres azotes con una vara) en la Isla de Man. El Tribunal concluyó que esta práctica constituía un trato degradante en violación del artículo 3 del Convenio, señalando que no se podía justificar por las tradiciones locales, siendo este último el argumento del fiscal general, que decía que este tipo de actividades no llegaban a molestar a la opinión pública de la Isla de Man (*Tyrer contra Reino Unido*, 1979). A pesar de ello, esta práctica ya había quedado abolida, no solo en el Reino Unido, sino en la gran mayoría de estados del Convenio, por lo que el Tribunal declaró que una práctica, aunque fuera aceptada en el pasado, podía llegar a ser incompatible con los valores actuales de dignidad humana, justificándolo a través del argumento de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un “instrumento vivo” que debe interpretarse a la luz de las condiciones y valores actuales de las sociedades democráticas (*Tyrer contra Reino Unido*, 1979).

Desde la citada resolución acerca de la prohibición a recibir torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes —artículo 3 del CEDH—, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha utilizado la doctrina del Convenio como instrumento vivo para interpretar multitud de otras prohibiciones o derechos, entre las que cabe destacar la prohibición de la esclavitud —artículo 4 del CEDH—, que lo ha aplicado en la actualidad a la explotación laboral (*Siliadin contra Francia*, 2005) y a la trata de personas (*Rantsev contra Chipre y Rusia*, 2010); el derecho a un proceso equitativo —artículo 6.1 del CEDH—, utilizando este derecho para reconocer otros derechos menos explícitos en los procedimientos judiciales como el derecho a conocer los documentos u observaciones sometidos al juez (*Kress contra Francia*, 2001); el derecho a la vida privada y familiar —artículo 8 del CEDH—, con sendas resoluciones que han incluido en su ámbito de aplicación otras figuras como el aborto (*A, B y C contra Irlanda*, 2010) o la vida sexual

(Dudgeon contra Reino Unido, 1981), y también otras situaciones como el cambio de sexo (Christine Goodwin contra Reino Unido, 2002) o el deseo de formar una familia (E.B. contra Francia, 2008); el derecho de asociación —artículo 11 del CEDH—, llegándolo a utilizar para justificar la situación contraria, es decir, cuando está prohibido ejercer el derecho de asociación (A. Sigurjonsson contra Islandia, 1993); y, por último, la prohibición de discriminación —artículo 14 del CEDH—, que también ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en base a las circunstancias y condiciones actuales, con los respectivos cambios en las condiciones de vida y en la percepción de las cuestiones que rodean a la sociedad (Kozak contra Polonia, 2010), como también en aquellos conceptos, términos y figuras que dominan los esquemas sociales en los Estados democráticos en la actualidad (Caso B. contra Suiza, 2020).

El entendimiento del Convenio como un instrumento vivo, y con ello, la utilización por parte del TEDH de un criterio interpretativo similar a los expuestos con anterioridad acerca de la *living constitution* estadounidense y del *living tree* canadiense se justifica por tres razones. La primera de ellas es que los Estados Miembros, cuando firmaron el Convenio, no pretendían que se interpretara de manera originalista, como si el compendio de derechos que se engloban solo pudiera retrotraerse para su interpretación a 1950, el año de su firma, sino que se dejaron abiertas numerosas cláusulas y disposiciones para que el Convenio no quedara fosilizado (Prebensen, 2000).

La segunda radica en la eficacia normativa del Convenio, ya que para que esta se produjera, la utilización de una interpretación viva supondría que el CEDH se fuera adaptando a la realidad presente, que va evolucionando a tenor de los cambios culturales y tecnológicos, y que es la realidad que el Convenio pretende regular, mientras que una interpretación estática acabaría degradando su eficacia normativa (Bilbao Ubillos, 2018).

Y la tercera es una salvaguarda de la codificación del Convenio, en el sentido de que, aunque sea necesario que los derechos se vayan adaptando a las circunstancias sociales y políticas actuales, no se puede permitir la utilización del Convenio como un instrumento vivo para justificar la creación de nuevos derechos

que no hayan sido previstos por el propio CEDH, permitiendo al Tribunal de Estrasburgo llevar a cabo un total ejercicio legislativo a través del “estandarte” que supone considerarlo como un instrumento vivo (Hoffman, 2009). Ahondando en esta salvedad, el Tribunal en sí también realiza un ejercicio responsable de limitación de la creación de nuevos derechos cuando interpreta el Convenio como un instrumento vivo a través de la interpretación evolutiva. Esta interpretación permite al Tribunal apoyarse, no solo en el principio del instrumento vivo a la hora de interpretar los derechos y libertades contenidos en el Convenio, sino también en otros principios como el principio de la efectividad de los derechos, o el principio consensual —consenso de que las necesidades actuales sean comunes o compartidas entre los Estados firmantes del CEDH— (Letsas, 2013). La utilización de esta figura de la interpretación evolutiva permite al TEDH, por tanto, invocar en las resoluciones que considere necesario la consideración del CEDH como instrumento vivo para su interpretación, pero en otras ocasiones, si igualmente deviene oportuno, realizar una interpretación evolutiva invocando cualquiera de los otros dos principios, logrando así que, sin dejar de lado la labor de interpretar, no se abuse de la utilización del instrumento vivo y se eviten, con ello, potenciales situaciones de creaciones de derechos no previstos por el Convenio.

#### **4. LA ACTIVIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Por último, conviene destacar en esta labor de interpretación viva como respuesta a la paradoja constitucional, además de la teoría de la *living constitution* o constitución viva en Estados Unidos, la teoría del *living tree* o árbol vivo en Canadá, o la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo relativo al contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La interpretación evolutiva es una doctrina con amplia presencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que, de forma similar a las ya expuestas, consiste en la interpretación dinámica y en consonancia con las circunstancias

sociales, políticas y culturales de las normas y disposiciones contenidas, en este caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La Corte Interamericana ha ido señalando en su jurisprudencia que los derechos humanos tienen una naturaleza especial, ya que su principal objetivo es la protección de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido la interpretación, en todo caso, debe ser *pro homine*, es decir, favorecer en todo momento la máxima protección de los derechos humanos, tal y como señala el artículo 29 de la Convención, acerca de las normas de interpretación del mismo, que enuncia que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). Se establece así una cláusula global que impide interpretar apartándose de los derechos y libertades humanas generalmente reconocidos, independientemente de estar presentes o no en la CADH.

Además del artículo 29 de la Convención, la base jurídica de la interpretación evolutiva de la CIDH se encuentra en las reglas de interpretación del Convenio de Viena, contenidas en sus artículos 31 y 32 que enfatizan la interpretación conforme al objeto y fin del texto, que han sido incluso directamente aplicadas por la Corte Interamericana en casos como el de la Opinión Consultiva 22/2016, de 26 de febrero, donde se utilizaron las reglas interpretativas del Convenio de Viena para interpretar el artículo 1.2 de la CADH y establecer qué personas jurídicas no podían ser consideradas como titulares en los derechos establecidos en la Convención americana (Opinión Consultiva 22/16, 2016).

Acerca de la jurisprudencia y actividad de la Corte Interamericana sobre la interpretación evolutiva, pueden destacarse, entre otros, los siguientes casos: sobre los derechos de las personas indígenas y tribales, el de Pueblo Indígena Yakye Axa contra Paraguay, del año 2005, en el que la Corte amplió el concepto de propiedad para incluir el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, adaptando el texto de la CADH a los principios del derecho internacional de los pueblos indígenas (Pueblo Indígena Yakye Axa contra

Paraguay, 2005); sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, el de Atala Riffo y Niñas contra Chile, del año 2012, en el que la Corte reconoció los derechos de las personas LGBTIQ+, argumentando que el concepto de familia no es estático y debe ser interpretado en función de las transformaciones sociales (Atala Riffo y Niñas contra Chile, 2012); y sobre el derecho a un medio ambiente sano, la Opinión Consultiva 23/2017, de 15 de noviembre, en la que la Corte amplió el alcance del derecho a la vida y a la integridad personal para incluir la protección del medio ambiente, considerando los desafíos globales como el cambio climático (Opinión Consultiva 23/17, 2017).

Así, la interpretación evolutiva es la herramienta hermenéutica que la Corte Interamericana utiliza, de forma general, para dar cabida a la interpretación viva y abierta en la Convención, y de forma concreta, para garantizar que los derechos humanos sigan siendo efectivos y aplicables, respondiendo a las necesidades y realidades del mundo contemporáneo.

#### **IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

##### **1. LA MUTACIÓN O REFORMA TÁCITA Y LA REFORMA *STRICTO SENSU***

La interpretación es una herramienta que con su uso permite que, en la mayoría de los casos, las normas y disposiciones de los textos constitucionales con carácter abierto se vayan adaptando de forma satisfactoria a las necesidades y realidades cambiantes que se van produciendo con la evolución de la sociedad. En un principio, si bien la solución que parecería más efectiva para encarar las novedades es la de directamente reformar las disposiciones constitucionales para que las incluyan, o incluso el aprobar nuevas normas que las ordenen, ello no siempre es posible, y además, en ocasiones, puede que no sea necesario, por lo que, en este punto, los Tribunales, mediante la figura de la interpretación, les extienden aquellos criterios que ya presentes en el ordenamiento jurídico (Lucas Murillo de la Cueva, 2018). No obstante, el hecho de que la interpretación sea la opción más común a la hora de lograr dicho objetivo no significa que la citada figura de la reforma constitucional haya desaparecido, o no sea necesaria cuando

se esté ante normas o disposiciones de textura abierta. En ocasiones, a través de la interpretación, no siempre se consigue ese objetivo de adaptación a las nuevas realidades, por lo que la opción de la mutación o de la reforma constitucional devienen necesarias para lograrlo.

La dicotomía entre la mutación y la reforma, al fin y al cabo, se conforma como una alternativa a la interpretación, que a su vez permite elegir entre dos posibilidades que, en todo caso, son bastante más expeditivas que la figura de la interpretación constitucional. Por un lado, la mutación o reforma tácita sería la modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma expresa del texto constitucional, mientras que la reforma *stricto sensu* supone un cambio pleno y expreso para todas aquellas partes de la Constitución cuyo contenido más cerrado pretende modificarse (Montalvo, pendiente de publicación). Así, la mutación actuaría como una interpretación mucho más estricta en la que se modifique la norma, pero sin llegar a reformarla, teniendo el Tribunal correspondiente que se encargue de interpretar la Constitución un papel mucho más destacado y relevante. Esto, no obstante, conlleva un grave peligro para el texto constitucional, ya que puede terminar por liquidarlo si cada vez que el Tribunal debe interpretarlo se excede en su actuación, desconfigurando el tenor con el que fue redactado y aprobado por el pueblo, creando una especie de “Constitución B”, y pudiendo llegar a una mutación tal que el texto pierda todo su significado y valor jurídico en beneficio de la argumentación y las palabras del que es, precisamente, su garante, no su redactor (Montalvo, pendiente de publicación). Por ello, si eso ocurriera, se estaría más bien ante una reforma que ante una mutación, de tal forma que se puede afirmar que el límite de la mutación se encuentra en el tenor literal de la propia constitución (Liern, 2014), de manera que cuando se traspasa se entra en el campo de la reforma constitucional.

Con anterioridad se ha citado que la función que cumple la figura de la interpretación se ciñe a todas aquellas normas de contenido abierto de la Constitución, y que la reforma se enfoca hacia todas aquellas disposiciones con un contenido mucho más cerrado que pretende modificarse —de ahí que el límite entre la mutación y la reforma sea el propio tenor del texto constitucional porque es la diferencia entre que se no se quebrante la norma, y se permita un método

más liviano, o se quebrante, requiriendo un proceso más estricto de reforma—, pero esto no significa que la reforma no pueda operar de forma plena y efectiva en el campo de las disposiciones de carácter abierto, un campo en el que aunque la reforma no sea indefectible como en el de las normas de contenido más cerrado, se permite su actuación (Montalvo, pendiente de publicación). No obstante, la propia razón de ser de la reforma constitucional, mucho más estricta que el resto de procesos por todo lo que conlleva el cambiar plenamente una norma o disposición, desaconseja que se utilice para cuestiones o supuestos en los que se pueden aplicar los otros dos métodos previos, ya que la interpretación y la mutación quedan en manos del Tribunal correspondiente, mientras que la reforma precisa de mayores controles, como se verá a continuación.

La Constitución Española, en su Título X contiene los procedimientos de reforma constitucional estableciendo el artículo 167, por un lado, un procedimiento de reforma parcial ordinaria para todas aquellas modificaciones que no versen sobre el contenido esencial, o más cerrado, de la Constitución, exigiendo una mayoría cualificada de tres quintos en el Congreso y Senado (a diferencia de procedimiento legislativo ordinario, en que se exigen mayorías simples o mayorías absolutas), además de otros controles como los límites a la iniciativa, la eventual participación de una Comisión Mixta, o del pueblo en un referéndum, todos con el objetivo de lograr un mayor consenso entre los partidos políticos y la sociedad. Sin embargo, el artículo 168, por otro lado, establece un procedimiento más estricto que el previo, denominado revisión constitucional, diseñado para todas aquellas reformas que versen sobre el contenido más protegido o más cerrado de la Constitución: el Título Preliminar, los derechos fundamentales y las libertades públicas, y el Título II de la Corona. En la revisión constitucional, la exigencia de las mayorías parlamentarias es mayor, teniendo que ser de dos tercios en ambas cámaras, con la circunstancia añadida de que deben disolverse las cámaras para elegir nuevos representantes. Una vez sean elegidos, el texto deberá aprobarse por las nuevas cámaras, también por mayoría de dos tercios. Por último, una vez se lleve a cabo la aprobación de la reforma por las nuevas Cortes Generales, será sometida obligatoriamente a referéndum al pueblo para su ratificación final.

En virtud de lo expuesto, puede comprobarse cómo la reforma constitucional precisa de un mayor control por parte de las instituciones políticas y la sociedad en conjunto, pero aún con las citadas diferencias, reforma y mutación no dejan de ser dos mecanismos complementarios que, junto a la interpretación, sirven para llevar a cabo la necesaria tarea de adaptar el texto constitucional a las nuevas circunstancias y necesidades sociales, en garantía de su perdurabilidad.

## **V. LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

El caso de España es un supuesto particular en términos de interpretación constitucional. En el año 2023, el Tribunal Constitucional dictó tres Sentencias: la número 19/2023 y la número 94/2023, sobre la eutanasia, y la 44/2023, sobre el aborto. La particularidad de este grupo de Sentencias del año 2023 sobre las figuras del aborto y la eutanasia radica en que se utiliza la fórmula interpretativa contenida en el *living tree* canadiense, pero no para llevar a cabo una interpretación conforme, es decir, para interpretar de la forma más ajustada o más favorable a la Constitución Española —que debe ser el criterio primordial en el ejercicio de la función interpretativa del Alto Tribunal en España—, sino más bien para reconocer directamente un conjunto de derechos no proclamados en la Constitución, guiándose por una ideología derivada de una mayoría parlamentaria presente en la legislatura correspondiente, en vez de por el Derecho y los criterios, herramientas y técnicas consensuadas de interpretación y argumentación, derivadas no solo de la teoría de la interpretación jurídico-constitucional, sino también de la propia jurisprudencia y actividad del Tribunal Constitucional, en la que abundan las Sentencias sobre cómo el criterio interpretativo del Tribunal debe ser el de la interpretación conforme (por todas, STC 122/1983, de 16 de diciembre).

### **1. LA SENTENCIA SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL**

Con carácter previo a la argumentación de la justificación por la cual las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el aborto y la eutanasia han sido interpretadas de manera interesada y olvidando el mandato de interpretar en base

al criterio de interpretación conforme, conviene analizar un caso en el que el Tribunal, ante un marco de actuación similar por ser el matrimonio homosexual una institución que podría considerarse más rompedora con las costumbres sociales del momento, interpretó de forma viva el texto constitucional pero de forma mucho más certera, tal y como se expondrá a continuación, de manera que no se produce esa desviación ideológica característica de las recientes Sentencias del año 2023. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 198/2012, reconoció la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, o del matrimonio homosexual. Es cierto que en esta Sentencia también se acude a la técnica del árbol vivo, pero el problema como se verá es que las resoluciones de 2023 sobre la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se reforma el régimen legal de la interrupción voluntaria del embarazo, suponen la consagración del árbol vivo como criterio interpretativo sistemático, casi excluyente, cuando se están tratando determinados derechos, especialmente aquellos que tienen un mayor contenido político y que, por ello, generan una mayor división en la sociedad, imposibilitando llegar al necesario consenso acerca de su eficacia y límites (Montalvo, pendiente de publicación).

Por el contrario, en la Sentencia 198/2012 sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual, el Tribunal Constitucional analiza una institución, el matrimonio, en vez de una serie de potenciales derechos no previstos en el Constitución, como pueden ser el derecho al aborto o, el derecho al suicidio asistido, o eutanasia, ambos en conexión con el sí reconocido derecho a la vida, por lo que se parte con un marco mucho más probable a prosperar, tal y como se justificará a continuación. Para abordarlo, el Tribunal utilizó, el recurso del *living tree* canadiense, en vez de la *living constitution* norteamericana que casi siempre había sido la elegida porque era una fuente de inspiración para los juristas extranjeros debido a los logros del derecho constitucional de los Estados Unidos y, en particular, de su Corte Suprema (Barak, 2002). Esta nueva elección en el Derecho Comparado no es baladí, ya que la actividad de la Corte Suprema canadiense se ha convertido una fuente de inspiración para una gran cantidad de países y juristas alrededor del mundo, al apartarse de una interpretación literal del texto dando paso una interpretación más internacional (Barak, 2002).

Anteriormente, la actividad del Tribunal, en Sentencias como la 184/1990 o la 222/1994, había resuelto que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era una institución regulada, a diferencia del matrimonio entre el hombre y la mujer, regulado en el artículo 32 de la Constitución Española sobre el matrimonio, que dispone claramente “el *hombre y la mujer* tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Sin embargo, el Tribunal explica en su resolución que las notas esenciales que conforman el matrimonio son la igualdad de los cónyuges, la libre de elección de la persona y la manifestación específica de voluntad, pero no recoge la unión específica entre hombre y mujer por lo que, a la vista de dicha doctrina, cabe preguntarse cómo el Tribunal consideró que el carácter heterosexual del matrimonio no constituye un elemento esencial de la institución (Matía Portilla, 2013). Al fin y al cabo, este considerable cambio de postura del Pleno del Constitucional en torno a la figura del matrimonio estaba generando un dilema constitucional entre lo dispuesto por la Constitución Española en su artículo 32 y la opinión del propio Tribunal.

Y esta razón no es otra que los cambios en las relaciones afectivas que estaba experimentando la sociedad española y, con ello, en la institución del matrimonio. Tal y como dicta la Sentencia, no se “*puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005*” (STC 198/2012, de 6 de noviembre). Estos datos oficiales en los que se apoya el Pleno del Tribunal fueron obtenidos a través los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) que se elaboraron para la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, además de una encuesta posterior (Montalvo, 2017). El estudio del CIS número 2568, del mes de junio del año 2004, recogió que el 66’2% de los encuestados eran favorables a la unión matrimonial entre parejas del mismo sexo; el estudio número 2578, de los meses de octubre y noviembre del año 2004, reflejó un porcentaje un tanto inferior, 56’9%, pero también positivo, en este caso, en relación a la unión civil entre parejas del mismo sexo; mientras que en la encuesta posterior correspondiente al estudio número 2854, de los meses de noviembre y

diciembre de 2010, sostuvo que a un considerable 76,8% de jóvenes entre 14 y 29 años les resulta aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo (Montalvo, 2017).

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que los jueces basaron su argumento en un criterio sociológico, ateniéndose así las peticiones de un porcentaje significativo de la sociedad española, incluso en dos años distintos, 2004 y 2010. Esto difiere de la posición que tomará, tal y como se verá, el Tribunal Constitucional en las Sentencias del año 2023 sobre el aborto y la eutanasia que, en vez de basarse en un criterio sociológico, a través de encuestas o barómetros que lo justifiquen, se utiliza, en su lugar, una mayoría de mínimos, en el parlamento español, como forma de representar la opinión del pueblo. En este punto, conviene mencionar que el Tribunal no toma estos datos y estadísticas de las encuestas como la única forma de declarar la constitucionalidad del matrimonio, sino como un elemento más para profundizar en esa identificación del matrimonio con las uniones entre personas del mismo sexo.

El recurso al criterio sociológico que emplea el Tribunal en la Sentencia del matrimonio homosexual se apoya, como ya se ha anticipado anteriormente, en la invocación de la doctrina de la Corte Suprema canadiense del árbol vivo. Y es aquí donde aparece la mención efectuada *supra* acerca de que, para este Tribunal, el carácter heterosexual del matrimonio no forma parte de las notas esenciales del matrimonio, en contra de lo dispuesto por el artículo 32 de la Constitución Española sobre el matrimonio. El Pleno argumenta que el apoyo social mayoritario justifica que la interpretación que se tenga que realizar del artículo 32 no sea la literal, que supondría que la heterosexualidad sería una nota esencial, sino la evolutiva, por la ya citada evolución social que se ha producido en las relaciones afectivas de los españoles, y con ello del matrimonio.

Así, la interpretación viva de esta figura, y de su artículo 32, permite reconocer que los elementos del matrimonio son los que se reconocen en la sociedad contemporánea actual, y no solo los que han quedado anclados en la voluntad original de los redactores del artículo 32 de la Constitución Española. De esta forma, al no afectar la reforma del matrimonio al círculo de elementos

esenciales ya citados de la figura del matrimonio, puede afirmarse que no se viola su garantía constitucional, que ya no radica en el artículo 32 del matrimonio, al haber sido interpretado de forma viva.

A pesar de que ya puede comprobarse como la interpretación del Tribunal Constitucional puede derivar en una actuación como constituyente de facto, la Sentencia sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque tenga un impacto directo en la Constitución, concretado en el artículo 32, es un ejemplo de cómo se puede integrar la realidad social del matrimonio homosexual, a través de la interpretación abierta y viviente, con la coherencia de la Constitución, ya que no se emplea el criterio sociológico de manera sistemática y excluyente, sino que se aplica al mismo nivel el criterio integrador o de coherencia, al mantener un reducto constitucional en la figura del matrimonio, el del derecho a la igualdad, sin crear ningún derecho adicional no previsto constitucionalmente sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. De este modo, puede afirmarse que la interpretación puramente sociológica, otorgando fuerza normativa a una realidad social no constituye, en palabras del Tribunal, el criterio único o preferente, sino un criterio cualificado junto al criterio integrador o de coherencia del texto constitucional.

El Tribunal Constitucional concluye mencionando que *“la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE tal y como ha sido interpretado hasta aquí, 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”* (STC 198/2012, de 6 de noviembre). Esta interpretación completa, basada en el carácter abierto del texto constitucional como un verdadero árbol vivo que queda vinculado a la realidad en que se desarrolla, a la vez que se combina con la integración y cohesión del propio texto constitucional, no se encuentra en las Sentencias sobre el aborto o la eutanasia, que serán objeto de debate a continuación.

## 2. LAS SENTENCIAS SOBRE EL ABORTO Y LA EUTANASIA

Una vez vista la certera interpretación llevada a cabo por el Tribunal en Sentencia sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, debe compararse con las Sentencias del año 2023 sobre el aborto y la eutanasia para apreciar el contraste en la interpretación.

En la Sentencia 19/2023, sobre la constitucionalidad de la despenalización de la eutanasia, el objeto de la Sentencia no versa en este caso sobre una institución, como la del matrimonio, sino más bien sobre un derecho, que es el derecho a la vida, del artículo 15 de la Constitución Española, para dar cabida a una suerte de derecho al suicidio asistido. De nuevo el Tribunal utiliza la doctrina del árbol vivo canadiense para llevar a cabo la interpretación de la cuestión de la eutanasia, y poder así argumentar que esta nueva concepción contemporánea del derecho la vida, es decir, que alguien tenga derecho a solicitar un suicidio asistido, va de la mano de la evolución de la opinión de la sociedad española sobre esta materia. El problema, tal y cómo se expondrá, es como el Pleno erra en su concepción, precisamente, sobre lo que opina la sociedad, utilizando a su favor y de forma interesada la composición del poder legislativo presente en la legislatura correspondiente.

El Tribunal Constitucional cita en el fundamento jurídico sexto, apartado B), letra c) de la Sentencia 19/2023 de 22 de marzo, que *“el Tribunal ha señalado al respecto, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la Sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930, que nuestro examen ha de partir del dato de que «la Constitución es un "árbol vivo" [...] 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 solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no 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 (...)*” (STC 19/2023, de 22 de marzo). Este párrafo, utilizado igualmente en la Sentencia sobre el aborto con el mismo objetivo, tal y como se expondrá más adelante, hace referencia a la doctrina ya abordada que utiliza el Pleno en su Sentencia sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual. El objetivo no es otro que el de dejar constancia de que esa doctrina de la interpretación evolutiva ya ha sido aplicada por el Tribunal para resolver un caso con un marco similar, como es el del matrimonio homosexual, con la meta de que así su resolución acerca de la eutanasia sea validada.

Naturalmente, el problema radica en que el supuesto jurídico no es el mismo. Como se ha explicado *supra*, el debate jurídico en esta Sentencia no versa en torno a una institución como es la del matrimonio (no del derecho constitucional al matrimonio en sí), sino que versa sobre el reconocimiento de un derecho no previsto como es el del derecho al suicidio asistido, por lo que es un error interpretativo el hecho de que el Tribunal considere que, por haber aplicado la doctrina del *living tree* en la Sentencia 198/2012, ya puede ser aplicada de la misma manera a un supuesto distinto como es el de la eutanasia o el del aborto, basando además su argumentación en la figura de la interpretación evolutiva derivada del *living tree* que, desde mi punto de vista, también contiene fallos en torno a la utilización del criterio sociológico, que serán expuestos más adelante.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto, la 44/2023, de 9 de mayo, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad acerca del ajuste de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, a los artículos 15 y 16 de la Constitución Española, sobre el derecho a la vida y a libertad ideológica y religiosa, respectivamente, y al artículo 43, sobre el derecho a la salud. Asimismo, el Pleno del Tribunal resuelve, un mes después, otro recurso de inconstitucionalidad ante la citada ley, dando lugar a la segunda Sentencia del año 2023 sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la 78/2023, aunque será la primera, y no esta última, la que será objeto de análisis en el presente estudio. En cualquier caso, conviene destacar que ambos recursos de inconstitucionalidad se interpusieron en el año 2010, y que independientemente del contenido de ambas

resoluciones, hay que exhortar que bajo ninguna premisa se justifica la excesiva tardanza con la que el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre esta materia, ya que durante el transcurso de estos 13 años se han producido cinco legislaturas distintas, dos modificaciones de la Ley 2/2010, y quizá lo más reseñable, cinco composiciones distintas del Pleno del Tribunal Constitucional.

Con este contexto previo, el contenido de la Sentencia 44/2023 recoge la argumentación relativa a si la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del ejercicio de los derechos que constitucionalmente sí tiene reconocidos la mujer, como son el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el derecho a la protección de la salud. A grandes rasgos, el Tribunal responde en sentido positivo, utilizando la figura de la interpretación evolutiva derivada de la doctrina del árbol vivo canadiense, enmarcada en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la Sentencia sobre las pautas hermenéuticas a utilizar. Así, al igual que sucede con la Sentencia de la eutanasia, el Pleno redacta en su fundamento jurídico segundo que: *“En el desarrollo de su labor de control el Tribunal debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico. Como sostuvimos en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la Sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930, «la Constitución es un "árbol vivo" [...] 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 solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no 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 (...)”* (STC 44/2023, de 9 de mayo).

Se demuestra así como el objetivo a la hora de actuar es el mismo que el de la Sentencia de la eutanasia, es decir, se utiliza el mismo *modus operandi*: como la jurisprudencia del Tribunal ya ha aplicado el criterio social derivado de la

interpretación evolutiva en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo, puede entenderse que la mención a dicha resolución es suficiente para justificar que la doctrina ahí expresada es de aplicación al caso concreto del aborto. De nuevo, procede diferenciar que, aunque a primera vista pueden presumirse como marcos de actuación similares, por estar ante un asunto candente y divisivo en la sociedad española como es el del aborto, tal y como lo era también el del matrimonio homosexual, en el terreno jurídico el debate no es idéntico en tanto en cuanto se está ante un potencial reconocimiento de un derecho al aborto, en relación al derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución, frente a una institución como es el matrimonio, y no acerca de su artículo constitucional.

Profundizando en la utilización de la doctrina del árbol vivo por parte del Tribunal Constitucional en las Sentencias sobre la eutanasia y el aborto del año 2023, otra diferencia sustancial con respecto a la Sentencia del matrimonio entre parejas del mismo sexo radica en la utilización del criterio sociológico a la hora de interpretar de forma evolutiva las disposiciones constitucionales. Como ya se ha visto, en la Sentencia del matrimonio homosexual se acude a los datos obtenidos a través de las encuestas y estadísticas de carácter oficial para confirmar que en España existía en ese momento, y existe, una amplia aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo, con el objetivo de corroborar que ese era el sentir de la sociedad española de una forma plausible, y justificar así la utilización de la doctrina del *living tree* canadiense. El problema se encuentra en que en las Sentencias 19/2023 y 44/2023, la utilización del árbol vivo para interpretar la Constitución no se fundamenta en la evolución de la propia opinión de la sociedad española, sino en la evolución del ordenamiento jurídico. Los datos obtenidos a través de encuestas y barómetros, que reflejan fielmente el sentir de los españoles de a pie, desaparecen en pro de una mayoría parlamentaria que, aunque se puede llegar a articular a través de los grupos que conforman el Congreso, no deja de ser muy exigua. De esta forma lo que se consigue es crear una especie de *living tree* “normativo” en la que la opinión del pueblo, es decir, el criterio sociológico, se canaliza únicamente a través de los representantes, utilizando a su favor una concepción errónea, ampliamente popularizada en la actualidad política, de que la soberanía popular, el poder del pueblo, reside en el Congreso de los Diputados, cuando más bien, tal y como reza el artículo 1.2 del

Título Preliminar, la soberanía popular “reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

El resultado de esta manera de operar es que el Tribunal Constitucional, en las resoluciones en las que precise de este tipo de interpretación, pueda resolver en el sentido que representen las ideas de los grupos parlamentarios que conforman la mayoría correspondiente en el Congreso de los Diputados, dando lugar a Sentencias como las del aborto o la eutanasia que, en vez de contener únicamente un razonamiento técnico-jurídico que justifique la toma de una decisión, y no otra, contienen a su vez una alta carga ideológica, derivada de la mayoría presente en el arco parlamentario, que se convierte en la razón principal, el criterio sistemático, por el cual se toma precisamente esa decisión. Este hecho de que ya no importe lo que opine el pueblo, sino más bien lo que expresen normativamente sus representantes del poder legislativo, puede sentar un peligroso precedente para futuros asuntos, como, por ejemplo, el de la Ley de Amnistía.

La Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, aprobada en mayo del año 2024, ha sido objeto de numerosas impugnaciones pendientes de resolución por parte del Tribunal Constitucional, entre las que hay destacar una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo Tribunal Supremo. Utilizando los datos de la encuesta elaborada por *SigmaDos* para el diario El Mundo entre el 19 y el 26 de marzo de 2024, dos meses antes de la aprobación de la Ley de Amnistía, el 62,6% de los españoles encuestados a nivel nacional no están de acuerdo con la amnistía (Mondelo, 2024). Otra encuesta elaborada por *40dB* para el diario El País y la Cadena SER, de diciembre de 2023, reflejó que el 60% de los españoles consideran que la amnistía es injusta y supone un privilegio (Hermida, 2023). Si se toma el mismo marco de actuación, puede suceder que el Tribunal Constitucional, aunque cuente con unos datos estadísticos que reflejen el sentir de contrario de la sociedad española sobre la amnistía, resuelva de forma favorable la constitucionalidad de la Ley de Amnistía utilizando ese *living tree* “normativo” con el que interpretar la Constitución de forma abierta, basándose en que la

evolución de la opinión de la sociedad deriva de la supuesta mayoría social de las fuerzas parlamentarias del Congreso.

En este punto, deviene necesaria la explicación de que las mayorías parlamentarias en España, desde un punto de vista técnico, no son representativas de la voluntad popular debido al sistema electoral y de reparto de escaños. Esto genera situaciones en las que partidos con menor representación en términos absolutos de votos obtienen una capacidad de influencia desproporcionada en el Congreso de los Diputados.

El Congreso de los Diputados se compone de 350 escaños, que se reparten a través del sistema *D'Hondt*, un método que beneficia a los partidos con apoyo concentrado en determinadas regiones y penaliza a los partidos con una distribución de votos más homogénea en el territorio nacional. Como resultado, formaciones nacionalistas o regionalistas, como *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC), *Junts per Catalunya* (Junts) o el Partido Nacionalista Vasco (PNV), pueden obtener representación parlamentaria con menos votos que partidos de ámbito estatal como VOX, Sumar, o incluso los dos grandes partidos españoles, el Partido Popular (PP), o el Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Este fenómeno tiene una consecuencia directa: la formación de mayorías parlamentarias no responde de manera proporcional a la voluntad del electorado nacional, sino a la capacidad de los partidos más pequeños para negociar su apoyo a cambio de concesiones políticas. Es el caso, precisamente, de la Ley de Amnistía. En este contexto, la aprobación de leyes cruciales en ocasiones no siempre refleja el sentir mayoritario de la ciudadanía, sino que responde a pactos entre el Gobierno y partidos con representación sobredimensionada en relación con sus votos. De este modo, grupos parlamentarios con menos respaldo popular pueden imponer su agenda política a cambio de su apoyo en el Congreso.

Si se traslada este desequilibrio representativo de los partidos políticos en el Congreso de los Diputados a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, el efecto principal es que en todas aquellas Sentencias en las que, como en el aborto, en la eutanasia —o en una eventual Sentencia sobre la amnistía—, se una la evolución social al poder legislativo concretado en los representantes del

Congreso correspondientes en cada legislatura, se pueda estar validando la constitucionalidad de una ley bajo la premisa de que las mayorías parlamentarias reflejan la evolución social, cuando en realidad estas mayorías están distorsionadas por un sistema electoral que beneficia a los partidos nacionalistas y regionalistas, generando así mayorías parlamentarias que, paradójicamente, no reflejan el verdadero sentir de la sociedad española.

Volviendo a las Sentencias del aborto y la eutanasia, en ambos casos se recoge, en el fundamento acerca de las pautas hermenéuticas, que además de emplear la interpretación evolutiva tal y como se ha citado *supra*, “*el Tribunal está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución*” (STC 19/2023, de 22 de marzo) y “*este tribunal, al realizar sus juicios de constitucionalidad, está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución*” (STC 44/2023, de 9 de mayo), “*es decir, teniendo en cuenta la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional, que habrán de interpretarse como un todo armónico*” (STC 44/2023, de 9 de mayo), ya que es un “*criterio hermenéutico que manifiesta la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional y que exige interpretarlo como un todo armónico*” (STC 19/2023, de 22 de marzo).

Si se toma perspectiva, puede concluirse por tanto que los dos criterios hermenéuticos presentes en los casos del aborto y la eutanasia son el criterio sociológico derivado de la doctrina del árbol vivo, y el criterio integrador de la Constitución. En el caso de la eutanasia, el Tribunal no tuvo que enfrentarse argumentativamente a ninguna Sentencia anterior, ya que no existen precedentes en los que se haya pronunciado de forma directa sobre el contenido negativo del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución. En este caso, aunque siempre debe exigirse el esfuerzo interpretativo de hacerlo en base a la integración constitucional, puede entenderse que este esfuerzo de no apartarse de una doctrina previa pueda ignorarse, en el sentido de que no existen precedentes en la doctrina del Tribunal acerca de esta materia, sin dejar de olvidar, en todo caso que, por un lado, la Constitución en relación al derecho a la vida no proclama un derecho

contradictorio sobre la propia muerte y, por otro lado, que también en esa labor de interpretación viva llevada a cabo en la resolución de la eutanasia se obvió una correcta aplicación del criterio sociológico.

No obstante, la actuación en la práctica en la Sentencia del aborto difiere de las dos premisas interpretativas de forma completa, pues aunque se hubiera aplicado el criterio sociológico correctamente, evaluando de forma precisa y correcta el sentir de la sociedad española —circunstancia que ya ha quedado acreditada que no se produce—, ni siquiera se cumple con el criterio integrador de la Constitución, ya que la resolución del aborto es incoherente con la actividad jurisprudencial previa del Tribunal Constitucional, que ya había resuelto en sentido contrario en esta materia en su Sentencia 53/1985. Esta Sentencia define la vida prenatal como bien merecedor de protección constitucional, por lo que para romper con ese paradigma se requiere de un esfuerzo argumentativo que justifique la utilización de la doctrina interpretativa canadiense para resolver en sentido contrario. Anteriormente ya se ha expuesto que la Sentencia del Tribunal sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual utiliza ambos criterios, sociológico e integrador, de manera adecuado y apropiada. La razón en la parquedad de la interpretación llevada a cabo por el Pleno se debe a que debía salvar los precedentes doctrinales en los que se había resuelto en sentido contrario, las Sentencias 184/1990 y 222/1994. De tal forma que, de la misma manera que en el matrimonio homosexual se cambió de postura haciendo un uso preciso de la doctrina interpretativa del árbol vivo, lo mismo debería exigirse en materia del aborto para que la Sentencia 44/2023, que contradice la postura previa del Tribunal de su Sentencia 53/1985, fuera jurídicamente coherente.

El problema radica en que en la Sentencia 44/2023 sobre el aborto, mientras que, por un lado, reconoce que la regulación del aborto ha experimentado una profunda evolución en el ámbito jurídico y social, lo que justificaría un cambio en la interpretación constitucional, por otro lado, mantiene en esencia la misma doctrina de tutela gradual de la vida prenatal que se estableció en la 1985 (Montalvo, pendiente de publicación). La contradicción principal se encuentra, por tanto, en que el Tribunal declara la necesidad de actualizar su criterio conforme a los cambios en la sociedad, pero al mismo tiempo reitera los

fundamentos de una Sentencia dictada hace casi cuatro décadas, sin introducir una ruptura clara con aquel precedente. En particular, sigue sosteniendo que la vida del nasciturus merece una protección progresiva a lo largo de su desarrollo, lo que implica una limitación gradual de los derechos de la mujer en función del estado de gestación. Esta postura se fundamenta en la idea, ya expuesta en la STC 53/1985, de que el valor jurídico de la vida prenatal varía según el desarrollo del feto, lo que se traduce en una regulación del aborto que combina la protección del nasciturus con la autodeterminación de la mujer. Sin embargo, a pesar de que el Tribunal declara que el contexto ha cambiado y que, por tanto, su decisión no debe basarse únicamente en la doctrina de 1985, lo cierto es que sigue dependiendo de los mismos principios. Es decir, aunque pretende alejarse de la STC 53/1985, sigue utilizando sus fundamentos esenciales para justificar su decisión, lo que genera una falta de coherencia en su argumentación.

En definitiva, la Sentencia no es coherente, no solo con el *stare decisis* del Tribunal en materia del aborto, sino en general con la Constitución Española, de forma que el recurso interpretativo del *living tree* canadiense es incongruente, tanto por la parte del criterio sociológico, como por la parte del criterio integrador y de cohesión constitucional. En virtud de ello, puede afirmarse que el Tribunal no pretende utilizar la teoría interpretativa foránea para efectuar una verdadera interpretación viva a tenor de la evolución del sentir de la sociedad española, y así argumentar de forma jurídicamente congruente su decisión, sino más bien para efectuar una suerte de argumento evolutivo con el que tratar de justificar una decisión encaminada a satisfacer unos objetivos disfrazados de un carácter social, pero que en realidad entran en el terreno de la política y la ideología.

## **VI. CONCLUSIONES. ¿UNA POSIBLE SOLUCIÓN?**

El análisis desarrollado en este estudio ha permitido constatar la relevancia de la interpretación constitucional como un elemento clave para la evolución de los ordenamientos jurídicos. En particular, la tensión relacionada con la utilización de las doctrinas de la *living constitution* y el *living tree* ha demostrado ser un eje central en los sistemas constitucionales contemporáneos, especialmente

en la jurisprudencia de los Estados Unidos, Canadá y el Tribunal Constitucional de España.

Respecto a la doctrina del *living tree*, su aplicación no ha sido siempre la más adecuada, y su uso por parte del Tribunal Constitucional español, en concreto, no responde a las pautas hermenéuticas propias de la interpretación del texto constitucional. A diferencia del modelo canadiense, en el que el *living tree* se ha consolidado como el paradigma interpretativo dominante, en España su uso ha sido menos sistemático pero cuando se ha usado ha servido, en ocasiones, como un vehículo para la consolidación de cambios normativos sin pasar por los cauces formales de reforma constitucional. Un ejemplo de ello es el tratamiento que ha recibido la eutanasia y el aborto en las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, en las que el empleo de una interpretación evolutiva ha dado lugar a la configuración de derechos que no se desprenden explícitamente del texto constitucional. Aunque la doctrina interpretativa foránea permite adaptar el marco jurídico a los cambios sociales, su aplicación debe ser, en todo caso, prudente y congruente, para no desnaturalizar el papel del Tribunal como intérprete de la Constitución y no como un órgano con capacidad legislativa *de facto*.

En este contexto, y a partir de lo expuesto a lo largo del estudio, considero que ni las doctrinas de la *living constitution* y el *living tree*, como tampoco el originalismo, ambos en su vertiente más estricta, pueden ofrecer una respuesta completamente adecuada y equilibrada a los desafíos de la interpretación constitucional, más aún si la utilización de doctrinas interpretativas como la *living tree* por parte del Tribunal Constitucional se hace de forma interesada, apartándose de las pautas hermenéuticas establecidas para ello con el objetivo de lograr objetivos políticos en vez de sociales. Por todo ello, en este punto podría aplicarse, a modo de solución, la teoría del *living originalism*, u originalismo vivo, una postura intermedia que combina la dicotomía entre la fidelidad al significado original de la Constitución y la posibilidad de evolución interpretativa. Según esta doctrina, que nace de la tradición constitucional estadounidense, los padres fundadores establecieron un *framework*, o marco de gobierno, que las generaciones futuras deben desarrollar para alcanzar las aspiraciones constitucionales (Balkin, 2011). Así, primero, se debe determinar el significado

original del texto y, después, aplicarlo mediante distintas modalidades interpretativas (Balkin, 2011). Esta perspectiva distingue entre disposiciones más rígidas, que limitan la discreción interpretativa, y aquellas formuladas en términos más abstractos o ambiguos, permitiendo una mayor adaptación a los cambios sociales.

El artículo 3.1 del Código Civil establece que las normas deben interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En este contexto de necesidad interpretativa a tenor de las circunstancias sociales, deviene también necesario el objetivo de articular una interpretación jurídica que tenga en cuenta de la misma manera la estabilidad normativa, en consonancia con el *living originalism*. Este enfoque permitiría, a rasgos generales, mantener el respeto por el marco constitucional sin convertirlo en un documento estático, pero evitando, a su vez, que la interpretación judicial termine suplantando la voluntad del poder constituyente. En suma, un modelo como el del originalismo vivo, que integre ambos enfoques de la forma más equilibrada posible, permitiría integrar y conformar una interpretación jurídica acorde con los principios constitucionales y la separación de poderes.

Por otro lado, una cuestión esencial en este debate es la diferenciación entre interpretación, mutación y reforma constitucional. En muchos casos, la interpretación evolutiva puede ser suficiente para adaptar el texto a las nuevas realidades, pero, como se ha demostrado, no siempre es el mecanismo adecuado. Hay situaciones en las que, más que una mutación o interpretación constitucional, lo procedente sería una reforma explícita del texto constitucional, especialmente cuando se pretende introducir cambios sustanciales en los derechos y principios fundamentales. La reforma constitucional ofrece la ventaja de una mayor legitimidad democrática, al exigir mayores requisitos fiscalizadores, incluyendo la participación del poder legislativo, evitando así que el criterio del Tribunal se convierta en el único factor de cambio en el orden constitucional. En este sentido, debe reconocerse que, aunque la interpretación constitucional es una herramienta poderosa, en ocasiones no puede sustituir el proceso de reforma previsto en el propio ordenamiento constitucional. De lo contrario, se corre el riesgo de que los jueces terminen realizando modificaciones constitucionales que deberían estar

reservadas al legislador elegido por el pueblo, debilitando así el principio de representatividad democrática.

En conclusión, el análisis realizado en este estudio pone de manifiesto la complejidad de la interpretación constitucional y la necesidad de encontrar un equilibrio entre estabilidad y evolución. La adopción de un modelo de *living originalism*, que armonice el respeto por la literalidad del texto con una interpretación evolutiva ajustada a la realidad social, puede postularse como una potencial solución evitar los excesos de un originalismo rígido y de una interpretación desmesurada que desnaturalice la función del Tribunal Constitucional. A su vez, es fundamental reconocer que, en ciertos casos, la interpretación y la mutación constitucional no son suficientes, y que la única vía legítima para introducir cambios estructurales en la Constitución Española es la reforma. En definitiva, la estabilidad constitucional no debe verse como un obstáculo para la evolución, que debe producirse a tenor del ordenamiento jurídico y la opinión del Tribunal Constitucional, pero esta evolución debe realizarse, siempre y en todo caso, de forma congruente e integradora, y sin erosionar ni desvirtuar los principios que garantizan la cohesión y legitimidad del sistema democrático constitucional.

## VII. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Balkin, J. (2011). *Living originalism*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, pág. 3.
- Barak, A. (2002). A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, volumen CXVI, págs. 27, 72-73, 114.
- Barnett, Randy E. (2006). Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, pág. 841.
- Bilbao Ubillos, J.M. y Otros. (2018). Encuesta sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, volumen 42, pág. 50.
- Binnie, I. (2004). *Constitutionalism in the Charter Era*. LexisNexis, Canada, 345, pág. 348.
- Borrows, John. (2012). (Ab)Originalism and Canada's Constitution. *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, volumen 58, artículo 13, pág. 354.
- Diamond, M. (Presentador). (2023, 19 de abril). *What is the Living Constitution? A conversation with Professor David Strauss* (Núm. 25) [Episodio de podcast 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>

- Farr, D. (2020, 1 de mayo). *Judicial Committee of the Privy Council*. *The Canadian Encyclopedia*. Recuperado el 4 de febrero de 2025 de: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/judicial-committee-of-the-privy-council>
- 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*, pág. 25.
- Government of Canada. (2024, 13 de junio). Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada. *Indigenous peoples and communities*. Recuperado el 9 de febrero de 2025 de <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100013785/1529102490303>
- Hermida, X. (2023, 4 de diciembre). Un 60% de los españoles considera que la amnistía es injusta y supone un privilegio. *El País*. Recuperado el 2 de marzo de 2025 de: <https://elpais.com/espana/2023-12-04/un-60-de-los-espanoles-considera-que-la-amnistia-es-injusta-y-supone-un-privilegio.html>
- Hogg, P. W. (2006). *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*. Oxford University Press, Oxford, 55, pág. 83.
- Hogg, P. W. (2007). *Constitutional Law of Canada*. Thomson Carswell Limited, Ontario, volumen 2, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 1-2 y 60.
- Hoffman, J. (2009). Universality of Human Rights. *Law Quarterly Review*, pág. 21.
- Letsas, G. (2013). *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*. Cambridge University Press, págs. 108-109.

- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2018). Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación del texto de 1978. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, pág. 527.
- Marshall, T. (2024, 11 de octubre). Persons Case. *Encyclopedia Britannica*. Recuperado el 3 de febrero de 2025 de: <https://www.britannica.com/event/Persons-Case>
- Matía Portilla, F. J. (2013). Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. *Teoría y Realidad Constitucional*, pág. 31.
- Miller, B.W. (2009). Beguiled by metaphors: the "living tree" and originalist constitutional interpretation in Canada. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, volumen 22, pág. 4.
- Mondelo, V. (2024, 29 de marzo). Más de la mitad de los españoles y un tercio de los socialistas cree que la amnistía traerá un nuevo 'procés'. *El Mundo*. Recuperado el 2 de marzo de 2025 de: <https://www.elmundo.es/espana/encuestas/2024/03/29/6606e93de85ece940d8b4576.html>
- Montalvo Jääskeläinen, F. (2017). La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una nueva forma de interpretar el Derecho y los derechos en España? *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE*, número 100, págs. 9-10.
- Montalvo Jääskeläinen, F. (Pendiente de publicación). La interpretación evolutiva de la Constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿una suerte de Deus Ex Machina argumentativa? Págs. 2-35.

Prebensen, S. (2000). Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights. *Protecting Human Rights: the European perspective*, p. 1124.

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>

## VIII. JURISPRUDENCIA

*Atala Riffo y Niñas contra Chile*, 24 de febrero de 2012, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 8-88.

*British Columbia (Attorney General) v. Canada Trust Co.*, 3 de diciembre de 1993, Sentencia de la Corte Suprema de Canadá.

*Brown v. Board of Education*, 17 de mayo de 1954, Sentencia de la Corte Suprema de Canadá.

*Canada (Combines Investigation Act, Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, 30 de marzo de 1997, Sentencia de la Corte Suprema de Canadá.

*Caso A. Sigurjonsson contra Islandia*, 30 junio de 1993, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 35.

*Caso A, B y C contra Irlanda*, 16 diciembre de 2010, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 234.

*Caso B. contra Suiza*, 20 octubre de 2020, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 74.

*Caso Christine Goodwin contra Reino Unido*, 11 de julio de 2002, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 75.

*Caso Dudgeon contra Reino Unido*, 22 octubre de 1981, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 60.

*Caso E.B. contra Francia*, 22 de enero de 2008, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 53 y 92.

*Caso Kress contra Francia*, 7 junio de 2001, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 70.

*Caso Kozak contra Polonia*, 2 marzo de 2010, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 98.

*Caso Rantsev contra Chipre y Rusia*, 7 enero de 2010, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 282.

*Caso Siliadin contra Francia*, 26 de julio de 2005, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 96 y 121

*Caso Tyrer contra Reino Unido*, 25 abril de 1978, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 31-35.

*Edwards v. Attorney-General for Canada (Persons Case)*, 18 de octubre de 1930, Privy Council del Reino Unido.

*Marbury v. Madison*, 24 de febrero de 1803, Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

*Opinión Consultiva OC 22/16*, de 26 febrero de 2016, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 2.

*Opinión Consultiva OC 23/17*, de 15 de noviembre de 2017, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 2.

*Pueblo Indígena Yakye Axa contra Paraguay*, 17 de junio de 2005, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 7-110.

*Roe v. Wade*, 22 de enero de 1973, Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sentencia del Tribunal Constitucional 122/1983, de 16 de diciembre de 1983,  
fundamento jurídico sexto.

Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre de 1990,  
fundamento jurídico cuarto.

Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio de 1994,  
fundamento jurídico octavo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012,  
fundamento jurídico noveno.

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023,  
fundamento jurídico sexto.

Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023,  
fundamento jurídico segundo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 12 de abril de 2023,  
fundamento jurídico tercero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2023, de 10 de junio de 2023,  
fundamento jurídico primero.

*United States v. Lovett*, 3 de junio de 1946, Sentencia de la Corte Suprema de los  
Estados Unidos.

## **IX. LEGISLACIÓN**

British North America Act (posteriormente nombrado Constitution Act). Sección 24. 29 de marzo de 1867.

Constitution Act. Sección 52 (2). 17 de abril de 1982.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29. 22 de noviembre de 1969.

Constitución Española. Artículos 1.3, 15, 16, 32, 43, 167 y 168. 29 de diciembre de 1978.

Código Civil. Artículo 3.1. 24 de julio de 1889.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 1 de julio de 2010.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 3 de marzo de 2010.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. 24 de marzo de 2021.

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 28 de febrero de 2023.

Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. 10 de junio de 2024.

Supreme Court Act. Sección 60. 8 de abril de 1875.

