

EN TORNO A LA LLAMADA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Recepción: 28/07/2013
Aceptación después de revisión: 12/09/2013
Publicación: 20/11/2013

A la memoria querida de Rosy Valpuesta

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CIRCUNSCRIPCIÓN DEL LITIGIO POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO. IV. NUESTRO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. PREMISAS. V. DOS POSIBLES PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. VI. EL DEBATE EN TÉRMINOS ESTRICTAMENTE JURÍDICOS. VII. LA SINGULARIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LOS MÉTODOS TRADICIONALES Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA. VIII. LAS ARGUMENTACIONES DE LA SENTENCIA. IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS VOTOS PARTICULARES. X. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El artículo es un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo. Los fundamentos del fallo del Tribunal Constitucional en su posición mayoritaria se encuentran en una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución española, aunque no basada en el principio de igualdad. Los votos particulares parten de una visión estrictamente literal del artículo 32, además de la afirmación de que el matrimonio es una realidad antropológica anterior a la Constitución. De acuerdo con estas tesis, el verdadero debate jurídico no es la negación de la posibilidad del reconocimiento del matrimonio homosexual, sino el rango del vehículo normativo de la operación de reconocimiento de dicho matrimonio: ley ordinaria o reforma de la Constitución. La mayoría ha optado por el primero basándose en la interpretación evolutiva del citado precepto constitucional. Los votos disidentes

admiten la segunda posibilidad pero negando la categoría de la interpretación evolutiva, negación a la que se suma un voto particular concurrente con la mayoría. Se analizan la singularidad de la interpretación constitucional y su relación con sus métodos tradicionales, y se propone un concepto de interpretación evolutiva, más allá del texto literal, de acuerdo con los cánones ordinamentales y en directa conexión con el principio de igualdad. En consecuencia, se critica la posición mayoritaria por su deficiencia técnica y el carácter puramente ideológico de los votos particulares.

PALABRAS CLAVE: matrimonio entre personas del mismo sexo; interpretación constitucional; interpretación evolutiva; visión ordinamental de la interpretación evolutiva.

ABSTRACT

This article is a commentary on the ruling of the Constitutional Court on the law 13/2005 amending the Civil Code in matters in law to marry, allowing people of the same sex. Fundamentals of the Constitutional Court in its majority position are an evolutionary article 32 of the Spanish constitutional construction, although not based on the principle of equality. Special votes are based on a strictly literal view of article 32, in addition to the assertion that marriage is an anthropological reality prior to the Constitution. According to these real legal debate is not the denial of the possibility of the recognition of same-sex marriage, but the range of the regulatory vehicle for the recognition of such marriage: ordinary law or constitutional reform. Most opted for the first based on the evolutionary construction of the mentioned constitutional precept. The dissenting votes allowed the second possibility, but denying the evolutionary interpretation category, which is also denied by a particular vote concurrent with the majority position. This article examines the singularity of constitutional construction, its relationship with the traditional methods of legal interpretation and proposes a concept of evolutionary legal interpretation, beyond the literal text, according to the canons of the legal system and in direct connection with the principle of equality. In consequence, criticized the majority position by its technical deficiency and purely ideological character of particular votes.

KEY WORDS: marriage between persons of the same sex; constitutional construction; evolutionary legal construction; vision of the legal system of the evolutionary construction.

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de septiembre de 2005, don Ignacio Astarloa Huarte-Mendi-coa, como comisionado de otros 71 diputados del Grupo Popular del Congreso, interpuso el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley

13/2005, por la que se modificaba el Código Civil permitiendo la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Fundamentaba su recurso en vulneración de los artículos 32, 10.2, 14 (en relación con los artículos 1.1 y 9.2 39.1, 2 y 4, 53.1 (en conexión con el artículo 32, 9.3, 167) todos ellos de la Constitución española.

No se personó en el recurso el Congreso de los Diputados.

El día 1 de enero de 2005 se produjo la personación del abogado del Estado en representación del Gobierno de la nación, oponiéndose a las tesis del recurso con unas consideraciones generales sobre la impugnación y unas consideraciones específicas sobre los concretos motivos de inconstitucionalidad alegados, dedicando su mayor esfuerzo a la defensa de que la Ley era constitucionalmente viable, sobre todo por aplicación de la técnica de la interpretación evolutiva a las normas constitucionales, especialmente al artículo 32.

Se dictó sentencia el 6 de noviembre de 2012, declarando la no vulneración por parte de la Ley 13/2005 de precepto constitucional alguno y, en consecuencia, plenamente constitucional la citada Ley, determinando el recurso interpuesto.

II. LA CIRCUNSCRIPCIÓN DEL LITIGIO POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional puso de relieve que el motivo de inconstitucionalidad principal, y que por sí mismo podría llegar a fundamentar la estimación del recurso, era la vulneración del artículo 32 de la Constitución y que se centraría en el análisis del ajuste constitucional de la norma impugnada, confrontándola con dicho precepto constitucional, descartando previamente el resto de las alegaciones, puesto que algunas de ellas no son autónomas, sino que dependerían completamente de lo que se apreciase sobre la posible vulneración del artículo 32 de la Constitución, y las demás porque existían razones que permitían descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades.

Entre las primeras (las «no autónomas») estaban las atinentes a los artículos 9.3, 10.2, 53.1 y 167 de la Constitución española, que sólo resultarían vulnerados en caso de serlo también el artículo 32 de la Constitución, y sin que su análisis aportase nada que no formase parte de la interpretación constitucional del último precepto. El resto de motivos eran la vulneración de los artículos 9.3 de la Constitución, 14 (en rela-

ción con los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución) y 39.1, 2 y 4, sobre los que se podía argüir al margen del entendimiento del artículo 32 citado.

No obstante, una lectura profunda de los fundamentos, tanto aquellos que no son autónomos como los que lo son (ambas cosas en el sentir del Tribunal), nos devuelve siempre, como premisa de todo razonamiento del Tribunal, a la pregunta siguiente: ¿es posible introducir el matrimonio homosexual por ley ordinaria, es decir, sin modificar el artículo 32 de la Constitución? Y, si lo es, ¿con base en qué razón *jurídica*? Porque todos parecen estar de acuerdo en que el artículo 32 de la Constitución parte de y expresa el rostro secular del matrimonio en nuestra cultura, es decir, el matrimonio heterosexual; y, curiosamente, esa es la línea central de defensa jurídica de los votos particulares, salvo alguna manifestación confidencial, y por consiguiente ideológica, que, siendo respetable como tal, es extravagante (en el sentido prístino del término) para este comentario¹.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

La fundamentación jurídica esencial del Tribunal Constitucional se apoya en una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución, afirmando que, en función de ella, dentro del concepto de garantía institucional del matrimonio cabe perfectamente el contraído por parejas del mismo sexo², y que no se vulnera el derecho constitucional a contraer matrimonio contenido en la misma norma³, pues el hecho de concederlo a los homosexuales no lesiona el *ius nubendi* de ningún heterosexual. Esta interpretación está desconectada del principio de igualdad y, en consecuencia, no viene amparada por el artículo 14 CE⁴. Todas las restantes consideraciones del Tribunal son ancilares de estas, y buscan más, como es obligado, motivar su fallo desvirtuando los argumentos del recurso.

Más intensamente dirigidas al fondo del asunto son las alegaciones del abogado del Estado, de indiscutible calidad.

¹ Dispensa de exponer el estado de la cuestión la exhaustiva información (y aguda percepción del problema y su solución) de Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo, hoy, de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad», *Revista de Derecho Privado*, 7, 2013, págs. 25-86.

² Sentencia, FJ 9.

³ Sentencia, FJ 9.

⁴ Sentencia, FJ 11.

En cuanto a los votos particulares, algunos de ellos están movidos por una visión estrictamente literal del artículo 32 CE, con una consideración estática del rostro histórico de la garantía, la hasta ahora existente, y ello con el apoyo en dichos votos particulares del Tribunal que no concedían un derecho constitucional al matrimonio a cualquier persona, sino a los heterosexuales⁵, criticando que lo decidido entraña una verdadera mutación constitucional⁶. El más extenso de los votos disidentes⁷, que, curiosamente, refleja en negativo el argumento príncipe que la sentencia debió usar y no hizo (el principio de igualdad), parte de una concepción antropológica del matrimonio anterior a la Constitución, y afirma que es la única recogida en el artículo 32 de la CE. El voto particular concurrente alerta contra la categoría de la interpretación evolutiva, aunque considera que la visión actual de la garantía constitucional consiente la inclusión en ella del matrimonio homosexual⁸. A nuestro juicio, el fallo es deficiente desde el punto de vista argumental, y los votos particulares son, cuando no puras peticiones de principio, inconsistentes y contradictorios. Pormenorizaremos al final del trabajo estas afirmaciones. Afrontamos nuestra tarea desde tres ángulos, íntimamente concatenados: lo que consideramos el correcto planteamiento del problema; el análisis de la función y métodos de la interpretación constitucional; y la categoría de la interpretación evolutiva.

IV. NUESTRO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. PREMISAS

1. En primer lugar, unas consideraciones sobre familia y Constitución, son necesarias para la introducción del discurso principal. A la familia se refiere sólo un precepto de la Constitución, ni siquiera bajo el amparo de los esquemas del derecho fundamental ni de la garantía institucional, sino bajo la rúbrica de «los principios rectores de la política social y económica», y es un mandato sometido a la limitada eficacia del artículo 53.3 de la Constitución misma, de que los poderes públicos han de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. ¿A qué familia se refiere? Algún significado habrá de tener como concepto jurídico, no disponible para el legislador ordinario,

⁵ Voto particular disidente del magistrado Rodríguez Arribas.

⁶ Voto particular disidente del magistrado González Rivas.

⁷ Voto particular disidente del magistrado Ollero Tassara.

⁸ Voto particular concurrente del magistrado Aragón Reyes.

porque caso contrario se llegaría a la ineficacia total de un precepto constitucional de ya débil operatividad.

Se debe empezar por decir algo que es una obviedad en sí mismo considerado, y es que el concepto de familia del artículo 39.1 de la Constitución es un *prius* para todo el ordenamiento, y en consecuencia también para la rama del mismo que colocamos bajo la denominación académica Derecho civil. Si se parte de que la familia del artículo 39.1 es, por definición y a priori, la de las leyes civiles, se está propiciando una inversión interpretativa y axiológica difícilmente justificable, pues con vulneración del principio de jerarquía normativa estaríamos entendiendo la Constitución en función de la legislación ordinaria, y no al revés; y por mucho que el Código tuviera en su origen un cierto valor cuasi-constitucional, hoy, sin ignorar el peso del abolengo histórico de sus soluciones, es legislación ordinaria. Añádase tras los apuntes históricos anteriores que la prosapia histórica de la familia codificada en el momento de la Codificación liberal está hoy día bastante deteriorada y, en consecuencia, superada como parámetro de una posible interpretación constitucional⁹.

Más allá de proclamas ideológicas sobre lo que cada uno quisiera que dijera el texto constitucional para satisfacer sus particulares convicciones, útiles sólo como literatura de combate, si se quiere permanecer en el ámbito jurídico, el único subsidio para afrontar estas perplejidades se lo debemos reclamar, cómo es lógico, a la jurisprudencia constitucional, cuando interpreta el artículo 39.1 CE. El resultado de la indagación, aunque aporte alguna importante luz colateral, es bastante pobre para el deseo de encontrar una definición constitucional de la familia: a) Elusión del problema, por innecesario para la solución de problemas concretos, pero especificando que no es sólo la familia matrimonial, «sea cual fuere el concepto constitucionalmente adecuado de familia» (STC 45/1989, FJ 4 *in fine*), aunque sea dicha familia a la que se refieren la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados de Derechos Fundamentales suscritos por España: Convenio de Roma, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. b) La posibilidad de discriminación positiva a favor de la familia derivada del matrimonio, «siempre que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan

⁹ Sobre el tema, el esencial libro *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, 2012, de mi llorada discípula Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, recientemente fallecida.

convivir *more uxorio*» (STC 184/1990, FJ 2). c) Independencia de la protección de los hijos y de las madres cualquiera fuere el tipo de convivencia, siendo posible al legislador, sin atacar los artículos 14, 32 y 39 CE, extender a las uniones de hecho beneficios de las uniones matrimoniales, siendo ello una opción de política legislativa (misma sentencia y fundamento). A la vista de todo lo anterior, nos parece que una conclusión razonable es la de que el legislador ordinario no está sujeto a un concepto constitucional de familia; su posibilidad de configuración legal de lo que se entienda por ésta es muy amplia, dado que ni siquiera existe la familia como garantía institucional; no obstante, de los pronunciamientos anteriores se derivan algunas consecuencias: 1) La opción de la discriminación positiva a favor de la familia fundada en el matrimonio es legítima pero no obligada, dado que ésta no es el único modelo constitucionalmente adecuado; parece un pronunciamiento razonable, porque es la familia dotada de mayor estabilidad, de acuerdo con la regulación constitucional del *ius connubii*, cuyo estudio ha de hacerse por separado, porque al igual que se puede afirmar que no existe una garantía institucional de la familia, sí existe la del *ius connubii* (artículo 32 CE). 2) Inutilidad de un concepto constitucional de familia, dado que, suponiendo un máximo de protección a la familia matrimonial, no hay problemas ni en mantener una cierta discriminación a su favor, dentro del juicio de razonabilidad, ni en extenderlo a las familias no matrimoniales. d) Prevalencia del principio de igualdad (artículo 14 sobre el 39.1, ambos de la Constitución), sin que la mera procuración de la mayor certeza jurídica del matrimonio frente a la convivencia *more uxorio* justifique ninguna discriminación.

2. Sí existe una disciplina constitucional del matrimonio, que adopta la forma de garantía institucional y se contiene en el artículo 32 de la Constitución. El precepto es tributario de multitud de trazos históricos, pero está marcado por dos grandes cuestiones: la lucha por la paridad entre los cónyuges y el papel determinante en la disciplina del matrimonio en el Código Civil en el momento de su promulgación, y durante muchos años posteriores, de la Iglesia católica como institución y del Derecho canónico como normativa. La elaboración de esta última es forzoso reconocer que es tan refinada que ha sido la causa (unida al larguísimo monopolio *de facto* del matrimonio canónico como opción como consecuencia del sistema establecido por el mismo Código Civil, recuérdese el tenor de su viejo artículo 42), de la consiguiente pobreza científica en España del Derecho matrimonial civil;

dícese esto porque, justamente al revés de lo que decía la famosa frase de Odofredo, cuando el Derecho civil reelabora su propia teoría del matrimonio debe *suffragia iuris canonici implorare*. Conviene no olvidar que las dos grandes causas del retraso de la codificación civil fueron la oposición de los foralistas y el poder de la Iglesia católica, y su temor a perder el monopolio sobre la regulación del matrimonio. No deja de resultar llamativo que las raíces de estos grandes problemas sigan vivas: basta ver el inconstitucional espectáculo de los nuevos Derechos civiles autonómicos, consentido irresponsablemente por todos los gobiernos desde la restauración de la democracia, al hilo de la lectura de todo el Título VIII de la Constitución; y de los grandes enfrentamientos con la Iglesia católica, en los que esta no ha dudado en llamar a la desobediencia civil de las leyes, Iglesia cuyas relaciones con el Estado están reguladas por unos Acuerdos con la Santa Sede del año 1978, preconstitucionales y muy posiblemente, tras la promulgación de la Norma Suprema, inconstitucionales. Es obvio que estas cuestiones no han de ser tratadas para nuestro específico objeto, pero no dejan de tener una cierta relevancia contextual.

El artículo 32.1 CE consagra el *ius nubendi* entre hombre y mujer, con plena igualdad jurídica. Este aspecto de la garantía institucional, en el momento de su surgimiento, afrontaba dos problemas capitales: las prohibiciones generales de contraer matrimonio por razón de raza, religión o credo político, que la civilizada Europa había conocido bajo el oprobio nazi y fascista, y que eran ya historia en 1978, pero historia que explícitamente no sólo no se quería repetir, sino que se rechazaba; y el establecimiento de la igualdad jurídica entre los cónyuges, aunque ya en la última legislación civil anterior a la Constitución era tajante la llamada «prohibición de pactos vejatorios». En el primer aspecto impedía vetos basados en discriminaciones odiosas para el ejercicio del *ius conubii*; en el segundo acababa con la concepción patriarcal-jerárquica, de cuño napoleónico, que había gobernado la institución matrimonial. Esas, y no otras, fueron las preocupaciones del constituyente, en este punto concreto, a las que se añadió la de acabar con el monopolio de la Iglesia católica sobre la celebración, efectos y causas de disolución del matrimonio. Quien encuentre otra cosa, reconstruye la historia.

3. En efecto, el mismo precepto, en su párrafo segundo, al reservar a la ley la regulación de las formas de matrimonio, indicaba la posibilidad (¡sólo la posibilidad!) de reconocer efectos a formas religiosas de celebración del matrimonio, y su monopolio absoluto sobre edad y capacidad, derechos y deberes de los cónyuges y causas de se-

paración y disolución y sus efectos. Pero no cabe olvidar la querrela real que había tras de esta regulación: la concesión o no de eficacia civil al matrimonio canónico (esto es, católico) y la misma concesión de eficacia a las causas de nulidad y separación canónicas, al lado de la instauración del divorcio vincular en la legislación civil, dado que la canónica lo desconoce.

En puridad, el artículo 32 CE, y convendría no olvidarlo, habilita al Estado para no reconocer eficacia jurídica alguna a otro matrimonio que no fuera el regulado por las leyes civiles: el rito del matrimonio religioso católico o de otro credo sería una cuestión privada, y la observancia de sus normas matrimoniales también. No obstante, la ley optó por otro sistema, posible, y de posible supresión. En él se permiten, como formas vinculantes de manera civil, tanto el matrimonio ante la autoridad civil como en la forma religiosa que la ley autorice (en un principio, sólo en la forma católica, aunque tan flagrante violación del principio de igualdad fue posteriormente corregida), de acuerdo con el artículo 49 CC; el artículo 60 CC concede al matrimonio religioso eficacia civil, es decir, la que prevén las normas del Estado: estas y no otras de origen religioso; en determinadas condiciones («ajuste al Derecho del Estado», concepto del que se discute el alcance, tema en el que ahora no podemos entrar), las resoluciones de los tribunales eclesiásticos (que aquí vale casi exclusivamente por católicos), y con determinadas excepciones, tienen eficacia civil, tras la homologación del juez estatal (artículo 80 CC). En lo referente al divorcio, también cabe con relación al matrimonio celebrado en forma religiosa (aunque el Derecho que rija la forma lo declare indisoluble, como es el caso del Derecho canónico), como resulta del artículo 85 CC. Resulta así el que llama J. León-Castro Alonso¹⁰, con su notorio ingenio, «sistema matrimonial de facultatividad atenuada»: facultativo porque se puede elegir forma religiosa o forma civil, y ello acarrea la aplicación de determinadas normas religiosas, no sólo las de celebración, sino las de separación y nulidad, aunque se necesite homologación; pero esa facultatividad es atenuada, porque no se escoge un matrimonio religioso regido sólo por sus normas; más allá de lo indicado impera el Derecho del Estado, como se demuestra que el divorcio vincular se aplica también al matrimonio canónico. El sistema matrimonial español que dibujó el legislador ordinario, de acuerdo, se repite, con *una* de las posibilidades del diseño constitucional, provo-

¹⁰ A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ y J. R. LEÓN-CASTRO ALONSO, *Lecciones de Derecho Civil. El matrimonio*, Sevilla, 1982, pág. 57.

có ásperas polémicas que, desde luego, no fueron jaleadas ni por los gobiernos de entonces ni por las jerarquías católicas de entonces. Hoy hay que entenderlo, afortunadamente, consolidado: no siempre seremos nosotros los que critiquemos las soluciones más tibias o de compromiso, cuando existe una voluntad real de llevar adelante este. Desde luego, la experiencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1932, que enajenó a la II República buena parte de la opinión católica (sobre todo por el ataque de su jerarquía eclesial), no alentaba a repetir la experiencia, y mucho más cuando corrían los vientos del consenso constitucional; aunque también hay que decir, desde una cierta distancia histórica, que evita el exceso pero también evita el olvido, que con un sistema de matrimonio civil obligatorio, y sin financiación pública, la Iglesia de la católica Francia no prestó nunca soporte ideológico a una guerra civil.

V. DOS POSIBLES PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Apaciguada la anterior querella, pero con las mismas raíces, sí ha sido objeto de una viva polémica, ciertamente alentada por un ambiente de crispación política general, la reforma del Código Civil que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales. Hoy se encuentra zanjada en términos jurídicos por la sentencia que se comenta. Pero tal vez no sea inútil para el entendimiento de esta, y aunque es bastante difícil alejarse de las excrecencias ideológicas del debate, por otra parte legítimas, exponer las dos posibles visiones alternativas de la cuestión, que creemos pueden traducirse a principios jurídicos reconocibles por toda la comunidad científica.

1. Si atendemos al «rostro histórico» (Lange-Kuchinke)¹¹ como definidor de esa garantía, para que la institución no resulte irreconocible (en el decir de nuestro Tribunal Constitucional, célebre STC 11/1981) hemos de convenir que dicho «rostro» está integrado por tres elementos¹²: forma solemne, principio heterosexual y declaración

¹¹ Por citar una aplicación de este método en una garantía institucional del Derecho privado, conectada directamente con la familia, afirmando «*la preservación por la propia Ley Fundamental de un núcleo histórico, pero de acuerdo con su núcleo de valores*», LANGE-KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München, 1978, pág. 22; cursiva mía.

¹² Paradigma originario, pero no el actual: *ad rem*, VALPUESTA, *op. cit.*, págs. 311-316.

judicial necesaria para dejar de existir o cesar parcialmente en sus efectos. Esos tres elementos son subsidiarios del especial interés del Estado por la familia matrimonial, que se quiere tendencialmente indisoluble, y a la que se ligan determinados valores, según algunos; para otros, en cambio, el favorecimiento de la estabilidad ha estado muy conectado con el régimen económico matrimonial gobernado por el marido, la discriminación de los hijos y la posición jurídica deprimida de la mujer. Si hemos de hablar, como los defensores del matrimonio heterosexual, de su deriva milenaria, no debemos excluir estos elementos, que han prevalecido en la mayor parte de ella. Esto dicho, no cabe la menor duda de que ese rostro histórico es el que representó en su día el artículo 32.1 CE, con el designio de acabar con discriminaciones odiosas del *ius nubendi* y con la potestad del marido. No se planteó otra cosa. Las exégesis que pretenden legitimar el matrimonio homosexual sobre la base de que en el artículo 32 CE «el hombre y la mujer» no significa «el hombre con la mujer» son patéticos ejercicios de leguleyas; es más, significa utilizar un método de interpretación constitucional que considera la Constitución como un reglamento, con olvido de que las normas constitucionales contienen, por su propia naturaleza, otras posibilidades interpretativas. Si se adoptara ese método literal, rectamente empleado, se estaría prácticamente consagrando la imposibilidad de que, salvo una reforma constitucional, existiera el matrimonio homosexual.

2. En consecuencia, premisa de cualquier solución alternativa ha de ser otra visión del rostro histórico de la garantía institucional. Los mismos que la elevan a parámetro del contenido esencial subrayan su mutabilidad (si no, obviamente, no sería «histórico» dicho rostro) y su dependencia de la evolución social en relación no sólo con la consideración social actual de la garantía, sino la de los valores y principios constitucionales en su conjunto. En lo que se refiere a la consideración social actual de la garantía, sería poco sincero negar que el avance incontenible de las uniones libres, y de su regulación y concesión de efectos que antes sólo se podían predicar de las parejas matrimoniales, ha deteriorado la consideración del matrimonio como un vínculo que monopoliza los derechos de la pareja estable. Esta pareja estable y sus hijos, por naturaleza y adopción, han ido adquiriendo tantos derechos «matrimoniales» que, en el fondo, habría que decir que el legislador podría haber frenado la adquisición indicada, con la mera exigencia de contraer matrimonio; y aquí es donde surge la verdadera razón de la autorización del matrimonio homosexual; a cualquier pareja se le puede indicar que si quiere la plenitud de efectos del matrimonio, que se

case; menos a la pareja homosexual. Desde esta tesis, este es el punto que no se quiere ver cuando se defiende el principio heterosexual como perteneciente al contenido esencial de la garantía institucional del matrimonio, con lo que se priva al legislador ordinario de la posibilidad de que remueva una discriminación odiosa, derivada del sexo y su orientación. Es este el punto, y no otro: cuando se critica la reforma del CC, diciendo que para la pareja homosexual hay otras soluciones distintas al matrimonio para salvaguardar sus derechos, de las dos una: o se promulga una ley de uniones libres, en la que sólo se salva el nombre de matrimonio, porque la estructura de esa unión es idéntica al matrimonio, o se propugna una regulación de segunda clase para la pareja homosexual. También desde esta perspectiva, la querrela nominal es o ridícula o meramente ideológica si a ella no se anudan efectos jurídicos; una regulación de segunda es inaceptable, salvo que se quiera sostener que el artículo 32 CE no guarda no alguna, sino ninguna relación con el artículo 14 CE. También volveremos sobre estos puntos.

VI. EL DEBATE EN TÉRMINOS ESTRICTAMENTE JURÍDICOS

El verdadero debate jurídico¹³ es, entonces, el rango del vehículo normativo de la operación de reconocimiento del matrimonio homosexual: ley ordinaria o reforma de la Constitución¹⁴. El Tribunal ha op-

¹³ Distinto es lo que cada uno quiera considerar «verdadero» matrimonio, cuestión perfectamente irrelevante desde el punto de vista jurídico pero que como dato jurídico se trae al debate, en función de las propias creencias personales y, de ahí, sociales, políticas y, en apariencia, jurídicas.

¹⁴ Posibilidad que no niegan, como parece obvio, los votos particulares, pero que implica una grave contradicción en el argumento del voto particular del magistrado Olle-ro Tassara, debido a una ambigua comprensión del poder constituyente, plena paradójicamente del relativismo que él denuncia, pues mal se compadecería una reforma de la Constitución con su idea de matrimonio como *quid* anterior a la misma, que debe reconocer. Ahora bien, una cosa es que el poder constituyente modifique todas las premisas del orden social que está llamado a regular, en cuyo caso estamos ante un cambio revolucionario, o que modifique una institución, aunque sea radicalmente, conservando ese orden. En pocas palabras, si se modifican los fundamentos de la Constitución en sentido material, estamos ante un poder constituyente revolucionario. Que sepamos, tras la Ley 13/2005, la arquitectura constitucional básica de España no ha caído, porque el matrimonio no forma parte de la Constitución en sentido material, que es donde juegan, antropológicas o no, realidades que un poder constituyente no puede, salvo una revolución, desconocer. Sobre estas cuestiones, dos obras esenciales: *La costituzione in senso materiale*, de Costantino MORTATI, Milano, 1998 (reimpresión inalterada, con prólogo de Gustavo Zagrebelsky); y la del gran maestro del constitucionalismo español Pedro DE VEGA, que indica claramente que los límites al objeto de reforma son una exigencia de la lógica derivada del propio concepto político de Constitución (*La reforma de la Constitución, y la*

tado por lo primero apoyándose, como ya queda visto, en el fulcro de la interpretación evolutiva del artículo 32 CE, levantando acta de que el contenido de la garantía ya no comprende el principio heterosexual, y ello con indiferencia a la prohibición de discriminación por razones de sexo. Creemos que el Tribunal acierta en el fallo, pero los instrumentos técnicos del mismo son muy discutibles. Más consistentes son las opiniones del abogado del Estado. No son mejores que las de la sentencia las posiciones de los votos particulares. Abordaremos a continuación las dos cuestiones (rango e interpretación evolutiva), lo que no puede hacerse sin unas consideraciones generales sobre la interpretación de la Constitución.

VII. LA SINGULARIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LOS MÉTODOS TRADICIONALES Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

1. Sorprende que siendo el instrumento técnico del fallo la llamada interpretación evolutiva, figura no poco discutida y de inciertos límites, se la acepte o se la combata¹⁵, en la sentencia o en los votos particulares, sin discutir el fundamento o la existencia misma de tal

problemática del poder constituyente, Madrid, 1985, pág. 268). No parece necesario que el poder constituyente (siempre político y originario, nunca jurídico y derivado) necesitase una revolución para cambiar el artículo 32 de la Constitución. En el fondo, todos lo que hablan de conceptos e instituciones anteriores a la Constitución son o iusnaturalistas (credo, que no doctrina, jurídico respetabilísimo, que no es pecado ni delito expresar) o tributarios de Carl SCHMITT cuando afirma la existencia de las garantías de instituto y las garantías institucionales, referidas las primeras a las instituciones de Derecho privado, a las que se dota con especial intensidad de esa anterioridad a la Constitución: tendencia ya apuntada (aun sin hacer la distinción de que hablamos), en su *Verfassungslehre. Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, págs. 164 y ss., traducción española de Francisco Ayala, con prólogo de este y epílogo de Manuel García Pelayo, y que culmina en «Freiheit und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», 1931, ahora en la recopilación *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, págs. 140 y ss. Crítica demoledora de él y sus seguidores por Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960, págs. 91 y ss., en las que, entre otras cosas, critica que el planteamiento de considerar al Derecho privado burgués con una especial garantía es una forma de iusnaturalismo. No quisiéramos dejar de citar la sarcástica nota que Leisner dedica a Schmitt, que transcribimos literalmente para que no pierda su expresividad original: «Schmitt hat, aus seiner politisch orientierten Blickverengung heraus, terminologisch zwischen den öffentlich-rechtlichen institutionellen Garantien und der bürgerlich-rechtlichen Rechtsinstituts Garantien unterschieden, ohne dass dem die Lehre immer gefolgt wäre» (*op. cit.*, pág. 93, nota 110, incipit).

¹⁵ El magistrado Aragón Reyes se limita a señalar sus peligros en materia constitucional.

técnica hermenéutica. La verdad es que ningún miembro del Tribunal ha pasado de afirmaciones apodícticas sobre la misma y, a decir verdad, tampoco ha hecho ningún esfuerzo sobre la interpretación en general y sobre la innegable singularidad de la interpretación de la Constitución, pasos obligados para concluir de una u otra forma, mucho más cuando en el fondo de la cuestión resuelta se sitúa el alcance del poder constituido frente al poder constituyente.

A nuestro modo de ver, hay que reconocer que toda tarea interpretativa de una norma es siempre, y por definición, una cognición histórica, pues aquella tarea siempre es posterior al mandato mismo; pero la mera cognición histórica no es suficiente ni en sí misma determinante. Emilio Betti, de modo magistral, nos dice que existe un nexo ineludible entre aquella cognición y un desarrollo integrador de la norma, que porta a una eficiencia evolutiva de la interpretación jurídica¹⁶, exigencia que es intrínseca al proceso interpretativo mismo, desde el instante en que debe satisfacer a la vez los cánones de la coherencia y la totalidad desde el punto de vista de la norma, como objeto en sí mismo considerado (esto es, exclusivamente histórico), y el canon de la correspondencia hermenéutica (desde el punto de vista de la actualidad del destinatario); ello implica una tarea ulterior de adecuación y adaptación, que lleva a la interpretación jurídica a un resultado esencialmente distinto al que mira la *mera* interpretación histórica; precisamente esta adecuación consiste en colocar de modo unísono los dos términos: la norma como hecho histórico y las exigencias de la vida social a cuya disciplina el Derecho está destinado¹⁷.

Aun concediendo un extraordinario valor al argumento de Betti, no podemos dejar de hacernos eco de su crítica al concepto de interpretación evolutiva elaborado por otro príncipe, este del Derecho público, Santi Romano, que se ocupa del mismo de modo monográfico¹⁸, sintético pero esencial. En sustancia, Romano niega la existencia de la interpretación evolutiva de una norma en concreto: «... *la interpretación que impropriamente se dice evolutiva, es siempre interpretación, no de una ley o norma singular, sino de una norma que se toma en examen con referencia a la posición que ella posee en el entero ordenamiento jurídico: lo que quiere decir que lo que efectivamente se interpreta es tal ordenamiento y, por consecuencia, la norma singular*»¹⁹.

¹⁶ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1948, págs. 17-18.

¹⁷ *Op. et loc. cit.*

¹⁸ Voz «Interpretazione evolutiva», en *Frammenti de un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (reimpresión inalterada de la edición de 1947), págs. 119-125.

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 124. Traducción mía.

La tesis de Santi Romano es rechazada enérgicamente por Betti, a mi modo de ver con argumentos nada convincentes en los resultados prácticos, aunque se puedan entender desde el rechazo a las tesis institucionales u ordinamentales. En efecto, desde el instante en que se predicán como cánones hermenéuticos la coherencia y la totalidad, y se descalifica la tesis historicista²⁰ o psicológico-decisionista²¹ de la *voluntas legislatoris*, es difícil que una interpretación que tenga como referencia un conjunto de normas agrupadas por rangos y materias, y legitimadas por una norma vértice (normativismo, en su expresión más depurada, de acuerdo con la formulación kelseniana), no alcance los mismos resultados prácticos que una interpretación ordinamental (de acuerdo también con la notoria formulación del mismo Santi Romano), e incluso con alguna desventaja en cuanto a los límites técnicos de la interpretación evolutiva, entendida tanto como proceso que como resultado, de lo que hablaremos más adelante. En todo caso, no se puede decir, como viene a afirmar Betti, que la tesis de Santi Romano niegue la categoría técnica de la interpretación evolutiva: afirma la del ordenamiento, niega la de la ley.

Pero que, en suma, sea la ley, sea el ordenamiento, no pueden dejar de tener relación alguna con la realidad social, y que esta es esencialmente mudable, nadie podrá negarlo, incluso para negar consecuencia jurídica de esa mudanza, puesto que, en sí misma, es un hecho de la experiencia histórica, de la vida material, río que fluye sin descanso.

2. A decir verdad, después de las anteriores precisiones, aún estamos a mitad de camino en la cuestión. En efecto, la afirmación abstracta de la posibilidad de la llamada interpretación evolutiva (y da lo mismo que se refiera a la ley o al ordenamiento) poco significa para dilucidar su efectividad en un singular proceso hermenéutico normativo, que por fuerza siempre significa clarificar el significado y alcance de un mandato general para un supuesto concreto. Para verificar hasta dónde puede llegarse en esa significación será útil recordar que de interpretación se puede hablar en un doble significado, o, si se quiere, la

²⁰ Que tuvo su época: piense en la institución del *referé legislatif*, secuela de un exarcebado entendimiento de la separación de poderes. Sobre el punto puede verse, en acertada síntesis, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, págs. 292-295, de Ignacio DE OTTO, fallecido en edad en la que de su talento tanto cabía esperar.

²¹ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlín, 1934. Hay versión española: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, 1996, traducción de Montserrat Herrero López, con estudio preliminar de la misma, cuyo confesado propósito es el de apartar a la obra de la justificación del nazismo. El resultado es melancólico, como el que surge de esfuerzos inútiles, aunque lo hagan mentes bien amuebladas.

operación interpretativa se descompone en dos elementos íntimamente imbricados: la interpretación como proceso y la interpretación como resultado²², o, si se quiere, desde otro punto de vista²³, tal vez más clásico pero de idéntico significado, la distinción entre *métodos* de interpretación (lo que llevaría, entre otras cosas, al análisis de las llamadas «reglas» o «elementos» de cuño originariamente savigniano, con su añadido, el sustancialmente en polémica, el «sociológico» o «evolutivo») y las *formas* o *modalidades* de la interpretación (que, también entre otras cosas, nos llevaría a las tradicionales distinciones entre interpretación declarativa, correctora, extensiva y restrictiva). En efecto, y en puridad, la llamada interpretación evolutiva es la que, utilizando el método sociológico, puede llevar a una de estas *formas* o *modalidades*: la declaración, la corrección, la extensión y la restricción²⁴.

Esta distinción nos ayuda a colocar el problema en términos precisos: si la declaración, corrección, extensión o restricción son resultados obtenibles con el uso de los tradicionales métodos o «elementos» («gramatical», «lógico», «histórico», «sistemático», «teleológico»), el *quid distinctum* de la llamada interpretación evolutiva radica no en el resultado, sino en la obtención del resultado a través del «método sociológico», resultado que no sería el mandato originario de la norma, sino otro diferente, inducido por la «realidad social». Si se parte de esta premisa y el entendimiento habitual en nuestra doctrina y jurisprudencia de la interpretación evolutiva, la consecuencia más probable es la negación de la categoría misma, salvo como medio auxiliar y subordinado a los otros.

3. ¿Y cuál es ese entendimiento? Nuestro Código Civil ha consagrado entre los elementos de la interpretación el método teleológico²⁵,

²² *Ad rem*, Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, págs. 39-42, advirtiendo de los graves problemas que conlleva la no observancia de la distinción (cuyos dos términos son, según su terminología, *interpretazione-attività* e *interpretazione-prodotto*), cuestión esta en la que no podemos entrar en un trabajo del propósito del presente, bastándonos su adopción como elementos de todo proceso lógico en cualquier actividad interpretativa. Que una cosa es el proceso interpretativo (la utilización de «métodos» o elementos) y otra cosa la interpretación según sus resultados (literal, declarativa, crítica o correctiva —esto es, extensiva o restrictiva—, derogatoria). Forma parte de la enseñanza egregia de D. Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, reimpresión 1984, págs. 458-474.

²³ Enrico PARESCHE, voz «Interpretazione (filosofía e teoría generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXII, págs. 221-238.

²⁴ La declarativa sería la que negara la virtualidad de la interpretación evolutiva en el *dubius*.

²⁵ Que, por cierto, no aparece explícitamente como tal en la obra de Savigny.

considerado el principal, según el cual la averiguación del sentido y alcance de una norma debe atenerse al *espíritu y finalidad* de la misma, pero «atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada» («*elemento sociológico*»). El hecho de tener este método o elemento un reflejo normativo (lo que no sucede prácticamente en ninguna gran cultura de nuestro entorno romano-canónico), y más en texto de tanta enjundia, con independencia de su rango normativo, como es el Título Preliminar del Código Civil, nos debería hacer pensar que nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia habrían elaborado aportaciones importantes sobre la interpretación evolutiva²⁶. La compulsa de la doctrina civil resulta bastante decepcionante, salvo alguna intuición brillante²⁷ pero aislada de un concepto más general, las reflexiones en libro dedicado a la docencia de Lacruz Berdejo y Delgado Echevarría²⁸, algún trabajo menor²⁹ y la literatura surgida al hilo de la promulgación del nuevo Título Preliminar³⁰: todas esas aportaciones ponen, en la práctica, unos condicionantes que parten de la premisa de que la interpretación evolutiva debe conservar el efecto práctico de la norma, y que sus resultados deben venir contenidos en la letra de la ley. Ahora bien, ello es resolver el problema negando la incógnita, pues el pro-

²⁶ Resulta llamativo el horro tratamiento (págs. 832-834) que dedica al asunto el príncipe de los estudios jurídico-civiles de España, D. Federico DE CASTRO Y BRAVO, en estudio, por demás, esencial en su conjunto: «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 809 y ss. Sin demasiada explicitud, parece latir en su doctrina un rechazo del propio elemento sociológico, derivado al uso de los principios generales del Derecho y a la congruencia con la Constitución del Estado. Hay una cierta superposición de planos que no parece correcta. La interpretación de la Constitución es un imperativo derivada de su supremacía, mientras que los principios generales son exigencias del sistema, deducibles de la práctica jurisprudencial cuando la ley es oscura, incompleta o caduca, principios de empírica formulación, y claro es que en su entendimiento y plasmación concreta sí puede influir el argumento sociológico. Es obligado decir que este entendimiento, al menos del origen y carácter, de los principios generales del Derecho está alejado del contenido en la, por otra parte monumental, exposición del genial civilista *Derecho Civil de España*, I, cit., págs. 419-424.

²⁷ Como es la de Pablo Salvador, de la qué más adelante nos haremos eco.

²⁸ En LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO y DELGADO ECHEVARRÍA, *Parte general del Derecho Civil*, volumen primero, Barcelona, 1988, págs. 282-287.

²⁹ El de un joven autor de gran finura y prestigiosa trayectoria, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas (Comentario a la sentencia del 13 de abril de 1984)», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, págs. 212-220.

³⁰ Como es el caso de la contribución de Vicente TORRALBA SORIANO al aspecto que nos interesa, en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975, sub. artículo 3.1*, págs. 161-164, con información y brillante estilo pero sin encarar problema alguno de aplicación de la realidad social como elemento interpretativo.

blema consiste precisamente en el llamado «caso límite»³¹. No añade mucho más al panorama doctrinal la única monografía exenta en esta materia, la de José María Pabón de Acuña, aunque su tarea es verdaderamente útil para hacernos ver que detrás del llamado elemento sociológico late casi siempre un recurso para la utilización de los otros elementos, en especial y por definición el histórico, y que raras veces se usa para conseguir una interpretación correctora, por definición aquella que exige modificar el texto, y esto en casos límite³².

4. A nuestro modo de ver, para comprender bien el mecanismo se hace preciso razonar, distinguiendo entre métodos de interpretación y formas de interpretación, como ya hemos indicado con anterioridad³³. Debemos tener en cuenta que cuando hablamos de interpretación evolutiva estamos utilizando una metonimia para indicar que estamos uti-

³¹ Así lo designan José Luis LACRUZ BERDEJO y Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, en *Parte general...*, cit., págs. 286-287, negando otra posibilidad que la intervención del legislador, conclusión que elude que ese es precisamente el supuesto donde se plantea la cuestión de la interpretación evolutiva, por las razones que inmediatamente se apuntan en el texto.

³² José María PABÓN DE ACUÑA, *La interpretación de las normas según «la realidad social» del artículo 3 del Código Civil*, Valencia, 1999, *passim*. Sin que ello implique una crítica global a la obra, da la sensación de que el autor podía haber llegado a conclusiones más rotundas utilizando la nítida distinción entre interpretación-actividad e interpretación-resultado, que parece, no obstante, latir en algún momento de su buena argumentación. En efecto, ilustra de modo certero el mecanismo intelectual de la interpretación evolutiva, como un mecanismo de *interpretatio dúplex*: se parte de la significación y alcance originarios, «históricos», de la norma (con lo cual hay que interpretarla en aquel contexto pasado), para llegar a la conclusión de que tal significación y alcance son en el momento actual distintos de aquellos otros, en función de la realidad social del tiempo de aplicación del precepto: obsérvese que con ello sólo afronta una de las dos fases de la interpretación, la que hemos venido en apellidar «interpretación-actividad». Con ello no se abordan los límites de esa operación, y los problemas prácticos quedan entonces sin resolver, porque hay que hacerlo a la luz de la «interpretación-resultado»: declarativa, extensiva, restrictiva y correctora. Y si esos límites conducen a mantener «la conservación del propósito práctico esencial» y se han de contener dentro de los márgenes del texto, con la interpretación evolutiva no estamos señalando una de las *formas* o *modalidades* de la interpretación, sino alguna o algunas de ellas tras la observación de la realidad, como método auxiliar y concurrente con los demás. Lo discutible es que, aceptada la teoría de la *voluntas legis*, lo que en el fondo significa la prevalencia del elemento teleológico (*ad rem*, BETTI, *Interpretazione...*, cit., págs. 168-180), y se añade la eficiencia evolutiva de toda interpretación (de nuevo, BETTI, págs. 32-33), la operación redanda en la práctica negación de la llamada interpretación evolutiva, más si hemos de estar a «la conservación del propósito práctico esencial»; la prevalencia del elemento teleológico, en el caso español, deriva del propio texto del artículo 3.1, según es parecer unánime de doctrina y jurisprudencia.

³³ El olvido de este procedimiento es, según TARELLO, causa de «un no pequeño número de equívocos que han pesado desde muy atrás en la doctrina jurídica». *L'interpretazione...*, cit., pág. 40.

lizando el *método* «de la realidad social», o elemento sociológico, para llegar a una determinada *forma* de interpretación (extensiva, restrictiva, correctora, declarativa). Es decir, la utilización de la realidad social como método (interpretación-actividad) nos tiene que llevar (interpretación-resultado) más allá de la letra de la norma, conservando su efecto práctico esencial primitivo pero incluyendo dentro de él un supuesto que históricamente no estaba incluido ni siquiera en su *ratio iuris* originaria, o excluyendo uno que sí lo estaba. En pocas palabras, si la categoría ha de tener algún provecho es el de poder incluir en la *ratio iuris* de la norma un nuevo supuesto que excede claramente su sentido histórico y literal, o excluir alguno que en ella se contuviera *ab initio*: interpretación-resultado, que plasmará en la extensión, restricción o corrección de la norma.

Es obvio que la operación (interpretación-actividad) no se puede cumplir sin tener en cuenta el enlace sistemático de la entera norma; logrando que el nuevo supuesto incluido o excluido no puede alterar globalmente el alcance del originario de la misma; y que este supuesto precisa de una justificación teleológica derivada del Derecho positivo y, en consecuencia, no fruto del arbitrio judicial, aunque a los jueces les incumba la percepción de la realidad social, como les incumbe la de la moral (*bonos mores societatis*), sin que esa percepción pueda ser la que el juzgador o los juzgadores tengan como propias personalmente. Si esta operación hermenéutica no es posible y se trata de acomodar a nuevas realidades un mandato cuya vigencia es sustancialmente la misma, y siempre que se encuentre acomodado en las palabras de la ley, la interpretación evolutiva no es tal: es sencillamente una consecuencia de la vida propia de la ley y de la eficiencia evolutiva de la interpretación, es decir, de adoptar la posición objetivista de la *ratio legis*, frente a la subjetivista de la *ratio legislatoris*.

Queremos observar que hasta el momento no hemos dicho que esa operación sea posible; lo que decimos es que con los temerosos límites de la doctrina citada y con los no menos cautelosos en que el Tribunal Supremo define su posibilidad es categoría inútil³⁴, salvo que por *ratio legis* se entienda tan sólo la averiguación del sentido actual de las palabras de la ley en consonancia con los usos lingüísticos de la

³⁴ Excelente enumeración de la doctrina jurisprudencial sobre «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas», y con buena percepción de la distinción entre *canon* interpretativo y *resultado interpretativo*, lo que se resalta porque no es habitual, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, en CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUNA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Código Civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, 2011, *sub.* artículo 3, págs. 59-60.

época de aplicación, averiguación que no permite conculcar el tenor literal, puro medio auxiliar o subsidiario de los otros métodos, sin posibilidad alguna de cambiar el supuesto de la norma, y con utilización presidida por la suma cautela, tino o precaución, y evitación de todo punto del activismo de los jueces que conduzca a un arbitrio judicial sistemático. En estas restringidas condiciones sí puede rendir utilidad el «elemento sociológico», partiendo de una premisa literalista que sólo es posible actualizar lingüísticamente³⁵.

Ahora bien, es la premisa la que no se puede compartir, porque en nuestra época, llena de normas imperfectísimas, dictadas precipitadamente, que abusan de definiciones y rebosantes de conceptos jurídicos indeterminados, el texto de la norma resulta muchas veces ininteligible sin una actividad creadora del juez en la que, sin duda, el elemento de adecuación a la realidad social es imprescindible técnicamente en muchos casos, y encuentra su propia legitimación en la «apertura de la norma». Como dice muy bien G. Zagrebelsky: «*La "sujeción del Juez a la ley", principio común de la tradición liberal que las Constituciones de hoy inevitablemente sigue siendo entendido en el sentido del servicio pasivo de la voluntad del legislador, y no se intentan interpretaciones más conformes al sentido que hoy tienen el nexo entre la ley y su actuación por medio de la jurisdicción. Y sin embargo, como ha sido demostrado por medio de una investigación de historia constitu-*

³⁵ Como opina Pablo SALVADOR CODERCH, *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, sub. artículo 3.1, págs. 24-26, que sostiene que el argumento sociológico supone un paso adicional en relación con la doctrina objetiva de la interpretación. Su posición parte de una crítica a la tesis de la *voluntas legis* (ya explicitada antes en su obra *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985: «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», págs. 446-479), dando cuenta del renacer de los métodos subjetivistas de interpretación. Ahora bien, parece demasiado reductor configurar la tesis de la *voluntas legis* como una actualización lingüística de las palabras que utilizó el legislador. Como se comprenderá, una discusión en profundidad de una cuestión de tal calado no corresponde a un trabajo de las características del presente. Lo que, desde luego, no se comparte es que la interpretación que adecua una norma a la Constitución sea fruto de la apelación a la realidad social: ello no es otra cosa sino el mandato de interpretar todas las normas infraconstitucionales *secundum Constitutionem*. La misma perspectiva equivocada en DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 834, y LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pág. 284, por citar sólo autoridades. De cualquier modo, lo que debemos plantearnos en profundidad es el papel de la actividad judicial como creadora del Derecho, sin los prejuicios habituales sobre la separación de poderes, el principio de legalidad y el peculiar mecanismo de nuestro recurso de casación, en tiempo de producción abundantísima de leyes, con deficiencias técnicas importantes y plenas de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados. Como se verá más adelante, esta forma de ver las cosas es decisiva en la interpretación constitucional. Para una introducción general a la posición del juez en relación con la ley es esencial el libro de Mario CAPPELLETI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

*cional, no hay fórmula constitucional que se resienta más que esta de las características generales del ordenamiento jurídico en el cual están llamados a operar los jueces»³⁶. A mi modo de ver, los juristas, y en especial los iusprivatistas, aún viven en un cierto culto del tenor literal, pensable para la época de los Códigos pero no sostenible en la realidad del abigarrado y complejo ordenamiento de nuestros días. Por ello, y como dice también Zagrebelsky, la letra de la ley, en presencia de diversos contextos, es la más abierta de todas las interpretaciones³⁷. Por resumir, y ya por cuenta propia, poner como barrera a la interpretación evolutiva el tenor literal de la norma no se puede favorecer como un criterio absoluto. O, si se quiere, en presencia de consistentes razones, el intérprete puede superar el texto de la norma, para incorporar a su mandato un supuesto no previsto por la *voluntas legislatoris* ni amparable por la *voluntas legis*, como actualización lingüística. Lo que nunca podrá es reconstruir íntegramente el mandato originario y su específico fin, en función del nuevo supuesto.*

5. A decir verdad, y puesto que hablamos de la interpretación de preceptos constitucionales, sería de esperar un resultado mejor en el área de los iuspublicistas; pero, pese a una floración importante en las tres últimas décadas de estudios sobre la interpretación de la Constitución, en Derecho español el resultado en materia de la llamada interpretación evolutiva es sólo algo menos deslucido que las aportaciones de los privatistas, con alguna excepción. Llama aún más la atención cuando se afirma que la interpretación de la Constitución es bien distinta a la interpretación de las leyes. Como dice Javier Pérez Royo, Constitución e interpretación mantienen una relación singular³⁸, y de ella resulta, entre otras cosas, una serie de principios espe-

³⁶ *Il diritto mite*, Torino, 1992, pág. 206. La investigación de historia constitucional por él citada es la de P. BÖCKELMAN, *Richter un Gesetz*. Créditos en la nota 33 del capítulo VII.

³⁷ *Op. cit.*, pág. 202.

³⁸ En su *Manual de Derecho Constitucional*, 6.^a ed., Madrid, 1999, capítulo 5.º, págs. 125-145, diáfana literatura escolar pero con profunda percepción de los problemas, a la que sólo cabe achacarle que opera la distinción entre interpretación de la Constitución e interpretación de la ley de un modo quizás un punto excesivo. En efecto, es bien claro que la peculiaridad de la Constitución como norma, la naturaleza de la potestad legislativa y la imprecisión de los límites que marca aquella (acaso sería mejor hablar de idealidad e indeterminación, como hace Domenico FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981: a nuestro juicio, esas características, salvo excepciones, están, en mayor o menos medida, presentes en todas las normas constitucionales) abonan que la interpretación constitucional tiene la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la libertad de configuración del legislador y

cíficos de la interpretación de la Constitución³⁹, y la insuficiencia de los tradicionales métodos de interpretación⁴⁰, que, por otro lado y contenidos como están en una ley ordinaria, aunque sea el Código Civil y en el Título Preliminar del mismo, parece aceptar, lo que sólo se puede compartir si se las considera normas heurísticas para todo el ordenamiento⁴¹, y con eficacia jurídica, lo que no todos comparten, habi-

la posibilidad de control del mismo, y por ello justifica el método tópico como «hermenéutica específica jurídico-constitucional». La interpretación de la ley es también límite a la actividad de otro poder, el judicial, en cuanto es el propio fundamento de su legitimidad e independencia, ley que cada vez es más imprecisa dada la tendencia a legislar por principios y a la floración cada vez mayor de conceptos jurídicos indeterminados, y de ahí que se venga sosteniendo, desde el esencial libro de T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz (Tópica y jurisprudencia)*, Madrid, 1964 (prólogo de Eduardo García de Enterría, traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León), que toda interpretación es tópica. No obstante, la radical proximidad de la norma constitucional a la fórmula política, pues lo que está en juego son nada menos que las potestades del legislador, depositario de la soberanía, acentúa con gran fuerza el carácter de límite de la interpretación constitucional, en búsqueda de un mínimo de certeza, y no de la mejor sentencia *super casum*, obviamente dentro del principio de legalidad, que sí es posibilidad del juez ordinario. En este contexto, que es, sin duda alguna, en el que se mueve el autor, sus tesis son ciertas, igual que sus conclusiones sobre los principios de la interpretación constitucional, que toma de K. HESSE, «La interpretación constitucional», en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, págs. 47-49, y de las que haremos uso provechoso. Útil también para nuestro discurso, e incidiendo sobre la importancia de la interpretación constitucional para la relación entre Derecho público y Derecho privado, el trabajo de María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, «La interpretación constitucional como interpretación del Derecho», en *Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, págs. 237 y ss.

³⁹ *Op. cit.*, págs. 140-144.

⁴⁰ Insuficiencia que, por cierto, también acaece para la interpretación de la ley.

⁴¹ *Op. cit.*, págs. 136-140. Que es cosa bien distinta de que el artículo 3.1 del Código Civil vincule al Tribunal Constitucional, como se ha afirmado por algunos, por su carácter instrumental o por formar parte de la Constitución material, posición que combate (con acierto en el resultado pero pobre argumentación, porque afirmar que una norma ordinaria no vincula al TC es una obviedad) Enrique ALONSO GARCÍA, en su monumental y excelente monografía (y primer gran ensayo sobre el tema en la literatura española) *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, págs. 77-84, aunque acabe rindiéndose al carácter global del artículo 3.1 y a su posibilidad de acogida de variadísimos métodos de interpretación. Ahora bien, si ello no es reconocer lo que venimos llamando valor heurístico general, se le parece mucho. Añado que la crítica que hace a Gumersindo Trujillo (en obra citada por Alonso) resulta también pobre si no se trae al fuego del debate el tema de la Constitución en sentido material, partiendo del hito imprescindible de C. MORTATI (*La costituzione in senso materiale*, reimpresión de 1998) y de toda la literatura, por cierto nada menor ni escasa, sobre las relaciones entre Constitución y Código: véase el excelente trabajo de Miguel PASQUAU LIAÑO, *Código Civil y Ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, por citar sólo literatura española; y añado también que la crítica a Miguel Herrero R. de Miñón (en conocidísima y brillante aportación, también citada por Alonso) está fuera de contexto histórico inmediato, porque el propósito del que a la postre fue «padre constitucional» intentaba, en una fecha crítica e indecisa del futuro político de España, dotar de algún armazón constitucional a nuestro ordenamiento frente al estafermo de las Leyes Fundamentales franquistas; en cuanto al contexto histórico

da cuenta de su origen doctrinal, que, como sabemos de modo notorio, se remonta a Savigny⁴². Es más, precisamente por ese origen se afirmaba su carácter heurístico general, pero, recogidas en el artículo 3.1, las dudas se suscitan en nuestro ordenamiento⁴³. Pérez Royo no incluye el método sociológico y, por consiguiente, no se pronuncia sobre el tema de nuestro inmediato interés, salvo la afirmación genérica de que por vía de interpretación no se puede «desnaturalizar» el texto constitucional⁴⁴.

6. No obstante, hay que decir que sí hay entre los iuspublicistas más sensibilidad al tema de las posibilidades de la interpretación para evitar la petrificación de la Constitución, por la poderosa razón de que la nota de la rigidez constitucional hace mucho más necesarias operaciones actualizadoras de la Constitución, para que la norma clave en el afán jurídico del pueblo del que emana no se aleje de la realidad de la sociedad en que él mismo se constituye. Diríase, ya en relación de la interpretación evolutiva, que si esta es para la ley un mecanismo hartamente conveniente, dado que el legislador es lento e ineficiente, en la Constitución es muy necesaria, porque el procedimiento de reforma, por razón de su agravamiento formal, está habitualmente lleno de escollos políticos insalvables que, si no se producen a través de su aplicación por la jurisdicción constitucional, condenan a las normas constitucionales a congelamientos históricos indeseables. Parece, pues, que la interpretación evolutiva debería encontrar un cálido ambiente; pero no es así, porque juega contra ella el temor a la hipertrofia de los poderes del intérprete privilegiado de la Constitución,

de las relaciones entre Constitución y Código, séame permitido remitir a mi ensayo «Constitución, código y leyes especiales. En torno a la llamada descodificación», en *Libro del Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1991, págs. 1163 y ss.

⁴² Friedrich Carl VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, 1840, págs. 207-208, especialmente págs. 213 y ss.

⁴³ La doctrina se encuentra dividida al respecto, sin motivo razonable, porque el artículo 3.1 del Código Civil puede fundamentar el recurso de casación, aunque alegando como infringida la norma interpretada, precisamente por no utilizar o utilizar indebidamente los criterios de aquel precepto. Pero esto también le sucede, entre otros, al artículo 1255 y al 1258, y a nadie se le ha ocurrido, que sepamos, negar valor normativo al principio de la autonomía de la voluntad y al principio de la buena fe contractual. En este sentido, y específicamente para el artículo 3.1, PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 64, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera al 3.1 *ius cogens*. Cosa distinta es que el propio Tribunal no considera *numerus clausus* los elementos o métodos enumerados en el precepto. Remitimos al mismo autor inmediatamente citado, con copiosa y expresiva jurisprudencia al respecto, *op. cit.*, pág. 63.

⁴⁴ *Op. cit.*, pág. 144.

el Tribunal Constitucional, que no es sino la manifestación del mismo miedo al activismo judicial existente en la aplicación de la ley, y aún más cuando se rechaza con enérgica y expresiva frase que aquel se convierta en una Cámara legislativa. Pero de nuevo ponemos de manifiesto que sin una reflexión sobre los poderes de la jurisdicción toda teorización de la interpretación es incompleta, y aquí sí es donde el discurso de la interpretación constitucional se vuelve absolutamente autónomo en relación con el discurso de la interpretación de la ley, y es tarea que, aun dentro de los límites de este trabajo, tenemos que abordar, conjuntamente con la de la interpretación evolutiva, de la que es inseparable.

Sobre el tema de la interpretación evolutiva en materia constitucional contamos con una excelente aportación de Raúl Canosa Usera⁴⁵, con un pronunciamiento específico sobre la posible interpretación evolutiva del artículo 32 CE, toma de posición anterior a la sentencia en comentario, favorable a lo que fue posteriormente su fallo⁴⁶. No obstante, el esencial trabajo cumplido por Canosa parte de un entendimiento de interpretación evolutiva⁴⁷ que, en nuestro modo de ver las cosas, invalida sus conclusiones, al menos en lo que se refiere a la del artículo 32 CE. En efecto, para nuestro autor, es límite insalvable a la interpretación evolutiva el respeto al texto de la Constitución⁴⁸, o, con

⁴⁵ «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales», en *Estudios Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, págs. 57-98. Cito web: www.juridicas.unam (Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México).

⁴⁶ Sería el caso del concreto mecanismo de interpretación evolutiva, que él llama «interpretación evolutiva del enunciado de un derecho que dota de sentido nuevo a la posición *iusfundamental reconocida*» (págs. 85-86).

⁴⁷ Que, por cierto, considera un mandato para nuestro ordenamiento jurídico, expresado en el artículo 3.1, lo que puede ser aceptado solamente como indicamos en el texto.

⁴⁸ Posición casi unánime. Expresamente en este sentido, HESSE, *op. cit.*, págs.51-52, que cita la posición contraria de Ehmke, según el cual el Tribunal puede apartarse del texto de la norma cuando el mismo no ofrece ninguna base para una solución del problema. Créditos del trabajo de EHMKE, *ibidem*, nota 1. No obstante, a mi modo de ver, resultaría bastante difícil en algún caso cumplir con los principios de la interpretación constitucional que postula el mismo Hesse si se practica semejante reverencia al texto escrito. En cuanto a la práctica, el tema está conectado con el de las llamadas «sentencias manipulativas», de expresivo e implícito apellidado peyorativo. Más adelante haremos alguna referencia a estas cuestiones. Notemos, empero, que hay otras maneras mucho más abiertas de enfrentar el problema de la interpretación constitucional, que darían mucho más juego a un entendimiento amplio de sus posibilidades. La más señera es la de Peter HÄBERLE, «Principios y métodos de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *Revista de Derecho Constitucional Español*, 2010, págs. 379-411, con su apelación a una concepción científico-cultural de la interpretación, su permanente adaptación al espacio público y la apelación al Derecho comparado, que llega a llamar «el quinto

más precisión, que el texto contenga la posibilidad de comprenderse dentro de él lo que resulte de la interpretación evolutiva y que no resulten vulnerados los restantes cánones de interpretación. Pero si esto es así cuando el artículo 32 CE habla del hombre y la mujer, de las dos una: o su texto no está limitando tan sólo el *ius connubii* al hombre con la mujer, y entonces es posible una interpretación, y ni siquiera extensiva, sino meramente declarativa, para que se pueda ejercer entre parejas del mismo sexo, y todo el esfuerzo de la interpretación evolutiva es inútil; o está claro que el texto sólo contenía la posibilidad de un derecho para contraer matrimonio heterosexual, y entonces es claro que no cabe interpretación evolutiva alguna, pues no lo consiente el texto, más que en un ejercicio formal, puramente leguleyesco, en cuanto, como bien se dice, la interpretación evolutiva no es la mera manipulación literal, o el puro juego con campos semánticos, sino que ha de tener otro fundamento. Si no lo encontramos, y nos permite superar en alguna manera el dintel del texto, el entendimiento del artículo 32 CE conduce inexorablemente a ser la garantía del matrimonio heterosexual. Por la vía del artículo 32 CE, en sí mismo y aisladamente considerado, no hay posibilidad alguna de configurar el *ius connubii* para el matrimonio homosexual.

7. Las reflexiones sobre la interpretación evolutiva hasta ahora desenvueltas quedarían incompletas si no conectamos la figura con la extensión y el objeto de la jurisdicción constitucional. Con suma expresividad, E. W. Böckenforde nos habla de la interpretación como la otra cara de la competencia jurisdiccional⁴⁹, afirmación que tomamos como punto de partida, sin que resulte ni a nuestro alcance ni a nuestro concreto propósito mínimamente adecuado aventurarnos en una meditación global sobre la esencia y caracteres de la jurisdicción constitucional. Lo hemos indicado al principio de este apartado, y aún lo podemos circunscribir más, con una sola pregunta: ¿la interpretación evolutiva de la Constitución autoriza a la jurisdicción constitucional a salvar los límites de la letra de la propia norma constitucional? A estas alturas del discurso parece que bien podía darse por respondida de modo negativo. No obstante, la contestación, como se ha visto, no es unánime. No compartimos esa posición negativa, pues parte de una

método de interpretación». Desde su perspectiva, y aunque no se refiera expresamente al tema, resultaría muy difícil, en el solo nombre del texto, descalificar como manipulativa la sentencia que comentamos.

⁴⁹ «Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Baden-Baden, 1993, pág. 14.

percepción falsa de la seguridad jurídica, anticuada del «dogma» de la separación de poderes, e irreal del carácter del ordenamiento moderno, y sobre todo porque, según creemos, el obsequio a la letra en sí mismo carece de valor alguno, si no se justifica por alguna otra razón. Ya lo hemos dicho antes, de la mano de Zagrebelsky. No hemos de abundar más en esta cuestión, sino sólo poner de manifiesto que en el sistema de Derecho continental, es decir, el apartado del *stare decisis* del *Common Law*, no es en absoluto extraña la producción judicial de Derecho, incluso yendo más allá del texto, incluso con la *interpretatio abrogans*, o si se quiere correctora, cuyo único límite consiste en apoyarse en un principio de Derecho privado positivo, ya formulado por el legislador, principio que se superpone a una norma caduca, lo mismo que sirve para una norma lagunosa. Pero no hay problema de separación de poderes ni de sustitución del legislador por el juez, sino el cumplimiento inexcusable de la función jurisdiccional, que para pasar de la potencia de la norma al acto de aplicación no puede quedarse en el acto de la mecánica subsunción⁵⁰.

8. Quizás ya estemos en condiciones de sacar unas ideas sobre el concepto de interpretación evolutiva. La mayoría describe la operación conocida como tal como la utilización en el proceso interpretativo del llamado argumento sociológico para concluir en un resultado declarativo, extensivo y restrictivo, que no permite corrección alguna del texto y exige la conservación del efecto práctico esencial; entre los que van más lejos, como es el caso de Canosa, que permite en sede de jurisdicción constitucional dar un nuevo sentido a una posición iusfundamental pero con respeto a la letra que enunciaba el sentido antiguo, operación en principio carente de lógica porque no se sabe muy bien por qué conservar el texto si no se quiere conservar el sentido. Digo en principio porque puede no carecer de lógica si se quiere utilizar el elemento sociológico para conservar parte del sentido antiguo, o incorporar a él un nuevo supuesto, o restringir parcialmente el originario. Podemos convenir en esto, y entonces la categoría de la interpretación evolutiva carecería de autonomía, siendo tan sólo un medio auxiliar

⁵⁰ Esta es la egregia enseñanza de J. ESSER en una de las obras fundamentales de la cultura jurídica del siglo XX, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956. Disponemos de una excelente traducción española de Eduardo VALENTÍ FÍOL, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado positivo*, Barcelona, 1961. Sobre no sólo la posibilidad, sino exigibilidad, de la *interpretatio contra legem*, págs. 330 y ss., y sobre la función de la interpretación como medio del progreso del Derecho, págs. 309 y ss.

para prescindir de la teoría histórica o psicológico-decisionista (*voluntas legislatoris*), para fortalecer la teoría de la *voluntas legis*. Pero ello, como se verá, puede resultar insuficiente.

En efecto, por nuestra cuenta, lo hemos reiterado, si en las posibilidades de la interpretación evolutiva no se comprende, en el límite, la posibilidad de la *interpretatio contra legem*, la categoría carece de autonomía conceptual, lo que sería lo de menos, sino que no podría acoger soluciones absolutamente necesarias, especialmente exigidas, se diría sobre todo exigidas en la interpretación constitucional, y en concreto la que se diera a la relación entre la Ley 13/2005 y el artículo 32 CE. No nos cabe la menor duda de una cierta utilidad del pronunciamiento de Canosa si se hubiera querido admitir que la admisión del *ius connubii* a las parejas homosexuales daba un nuevo sentido al artículo 32 CE, conservando parte del antiguo y aceptando que en el texto cabía la solución, pero las cosas no se han planteado así: se ha afirmado que la extensión del *ius connubii* a las parejas de idéntico sexo desfiguraba toda la garantía institucional, y que el sentido literal del texto no admitía otra cosa sino que fue pensado *exclusivamente* para el matrimonio heterosexual; y para nosotros, la verdad histórica del texto y la garantía era justamente esa; y no parece muy consecuente no atenerse estrictamente a la segunda y sí a la primera. De ser así, hubiera bastado el planteamiento literalista de que «el hombre y la mujer» incluían «el hombre con el hombre» y «la mujer con la mujer», y a eso no se ha atrevido directamente nadie.

VIII. LAS ARGUMENTACIONES DE LA SENTENCIA

Todo podía haber sido de desenvolvimiento más fluido e inequívoco si el Tribunal hubiera centrado la cuestión de la interpretación evolutiva donde hubiera debido, y es en apercibirse que la evolución de la sociedad española, absolutamente evidente, es que la homosexualidad se ve como una condición privada de la persona que no tolera ser fuente de discriminación, que el artículo 14 veta la prohibición de discriminación de los homosexuales, porque esa es una «condición personal»⁵¹. Si alguna vez se permitió que la condición de homosexual no fuera fuente de las llamadas discriminaciones odiosas, hoy, en la conciencia social española y de muchos otros países, es inaceptable.

⁵¹ Lo que, por otra parte, es doctrina suya; vid. FJ 3 de la sentencia en comentario.

La argumentación de que el legislador debe reducir el *ius connubii* a los heterosexuales, y no concederlo a los homosexuales, no es de recibo porque carece de toda proporcionalidad y razonabilidad⁵² para que sirva de fundamento a la prohibición de la adquisición de la condición de casado, cada vez menos un *status*, cuanto un mecanismo de relación interpersonal. La historia del matrimonio como institución reservada a los heterosexuales es la historia, y fundamentalmente en España, ligada a la disciplina del matrimonio canónico, donde es esencial el *bonum proliis*, como elemento capital de su función; pero ello puede ser perfectamente indiferente al legislador civil, desde el instante en que en la sociedad moderna el matrimonio no es el único fundamento de la familia y carece de repercusión sobre la determinación de la filiación. La condición de cónyuge, como relación interpersonal, con la carga de la forma solemne de entrada y la homologación (*lato sensu*) de la familia, tiene un trascendente prestigio social precisamente por ser manifestación de compromiso, con tendencial vocación de permanencia y de comunidad de vida. Es una perfecta hipocresía pensar que buscar formas alternativas y más adecuadas para la unión homosexual es una salida, porque la conciencia social jamás las visualizará como idénticas al matrimonio, y la reserva de esta a la pareja homosexual no es más que un medio de privar a los homosexuales del innegable prestigio de la condición de cónyuge, sin que medie razón o proporción alguna. En el fondo, lo que está en juego es la caída de la última barrera discriminatoria jurídicamente para los homosexuales⁵³. En conclusión, es el principio de igualdad⁵⁴, que no sólo es principio, sino

⁵² Únicas posibles para fundar una discriminación. Sobre el principio de igualdad, imprescindibles, por su amplia visión, las páginas de Francisco RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la forma del poder*, Madrid, 1993, págs. 637 y ss.

⁵³ Y sobre todas estas cuestiones no queda sino referirse a la poderosa visión del arco histórico del matrimonio y su papel en sí mismo, con penetrante análisis y riquísima información, fruto de una larga dedicación al tema, de Rosario VALPUESTA, *op. cit.*, págs. 291-471.

⁵⁴ Este es también el eje de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 2013, incluyendo el valor igualdad dentro del valor libertad, en función de su entendimiento de las Enmiendas Cuarta y Quinta. El razonamiento central es el siguiente:

«The ... Congress has great authority to design laws to fit its own conception of sound national policy, it cannot deny the liberty protected by the Due Process Clause of the Fifth Amendment.

What has been explained to this point should more than suffice to establish that the principal purpose and the necessary effect of this law are to demean those persons who are in a lawful same-sex marriage. This requires the Court to hold, as it now does, that DOMA (Defense of Marriage Act) is unconstitutional as

también valor superior del ordenamiento jurídico, el que determina la solución.

Con esta premisa, que a nosotros nos parece indiscutible, la operación de la interpretación evolutiva efectuada por el Tribunal es impecable en el resultado, que no en el procedimiento, pues ha prescindido del principio de igualdad⁵⁵ y, en consecuencia, ha perdido la ocasión de fijar aquel concepto con precisión técnica, para evitar las alarmadas voces de que se entrega a los jueces constitucionales un papel de legisladores positivos. Recordemos aquí la genial intuición de Santi Romano: no evolucionan las normas, sino el ordenamiento. Nuestro ordenamiento, profundamente transido por el principio de igualdad, ha evolucionado hacia un entendimiento de este en relación con los homosexuales que la prohibición de discriminación por esa condición personal es absoluta para ellos.

En consecuencia, entender que la garantía institucional del matrimonio, concebida en letra y en espíritu para el matrimonio homosexual, puede quedar incólume a esta evolución y a la propia de sí misma de la garantía sin duda ancilar de aquella, y puede cerrar el paso a entender comprendido dentro de ella el matrimonio homosexual, es una operación jurídicamente inviable y contradictoria con los principios unánimemente recibidos en materia de interpretación constitucional, y entre ellos señaladamente, porque tal operación iría contra su concordancia práctica y su valor de integración de la comunidad; contra el entendimiento de la Constitución en una dimensión cultural del espacio público; contra una adecuada relación entre principio y norma; contra los provechosos subsidios del Derecho comparado, como indicativos de la evolución de las sociedades de la cultura de Occidente; y contra las posibilidades que en esta relación se produzca la evolución del ordenamiento a través de la obra de los jueces, llegando a legitimar hasta la corrección del texto de la ley, que en nuestro caso no puede re-

*a deprivation of the liberty of the person protected by the Fifth Amendment of the Constitution. The liberty protected by the Fifth Amendment's Due Process Clause contains within it the prohibition against denying to any person the equal protection of the laws ... While the Fifth Amendment itself withdraws from Government the power to degrade or demean in the way this law does, the equal protection guarantee of the Fourteenth Amendment makes that Fifth Amendment right all the more specific and all the better understood and preserved» (Sección IV del voto mayoritario en *United States v. Windsor, executor of the estate of Spyer, et al.* Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit).*

⁵⁵ Al que menciona básicamente para combatir la «discriminación por indiferencia» alegada por los recurrentes, y a señalar, como ya había hecho en otras ocasiones, que la discriminación por razón de sexo está incluida en el artículo 14 (FJ 3).

sistir todas estas fuerzas, aunque la acomodación del matrimonio homosexual a la letra del artículo 32 CE resulte muy forzada; pero a la vista de estos poderosos principios todas las razones literalistas son visiones rigoristas cuyo único sostén sea cumplirse a sí mismas.

Este entendimiento de la interpretación evolutiva es necesario ponerlo de manifiesto, porque legitima afirmaciones de la argumentación del Tribunal que sin él podrían parecer simple jurisprudencia decisonista, de oportunidad política o simplemente política. En efecto, sentando que el único posible motivo de inconstitucionalidad es la vulneración del artículo 32 CE⁵⁶, el Tribunal se cierra prácticamente sobre él, incluso con escaso uso del canon sistemático de la interpretación, que, como pone de relieve Rubio Llorente⁵⁷, es el favorito del propio Tribunal, y ningún uso del canon teleológico, que en este caso sería nada más y nada menos que el principio de igualdad. Y al no construir con estos materiales un concepto ordinamental de la interpretación evolutiva que permita superar la angustia del texto, sus afirmaciones de que no hay derecho a tratamiento normativo desigual⁵⁸; de que matrimonio y familia son bienes constitucionales diferentes⁵⁹; de que la garantía institucional y el derecho constitucional no son sino reversos de la misma moneda, objetivo y subjetivo⁶⁰; de que existe un amplio margen para la configuración legal de la garantía institucional⁶¹; de que la cultura jurídica es parámetro de la interpretación constitucional⁶²; de su acertada descripción de las bases materiales de la lectura evolutiva de la Constitución⁶³; de su referencia feliz, también como canon interpretativo, al Derecho comparado; de las alusiones a que el reconocimiento del matrimonio homosexual no supone ninguna disfunción en el orden civil preestablecido para el heterosexual⁶⁴; y de que no atenta al *ius connubii* de los heterosexuales⁶⁵... son todos argu-

⁵⁶ FJ 6.

⁵⁷ RUBIO LLORENTE, «Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Estudios sobre la forma del poder*, cit., págs. 622-625.

⁵⁸ FJ 4.

⁵⁹ FJ 5.

⁶⁰ FJ 6.

⁶¹ FJ 7.

⁶² FJ 8.

⁶³ FJ 11.

⁶⁴ FJ 9, aunque, con buen criterio, aclara que el razonamiento no es parámetro de constitucionalidad. Intenta poner de manifiesto que en nada se daña la estructura civil del matrimonio. Era argumento fácilmente prescindible, sin daño para su razonamiento, en todo caso.

⁶⁵ FJ 11.

mentos persuasivos, *topoi* propios de toda interpretación, pero que quedan invalidados si no se justifica por qué se hace decir al artículo 32 CE lo que no dice en su letra ni en su espíritu originario, y ello desde una percepción técnica clara de la interpretación evolutiva⁶⁶ que propicie esta sin entrar directamente en la mutación constitucional⁶⁷; y, desde luego, es de pobrísima e inexacta técnica decir que si bien el artículo 32 de la Constitución no ampara el matrimonio homosexual, tampoco lo prohíbe, como denuncia con razón alguno de los votos particulares⁶⁸.

IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS VOTOS PARTICULARES

1. Por lo que hace al del señor Rodríguez Arribas, su evocación del *bonum prolis* como esencial al matrimonio valdrá para el matrimonio canónico, no para el regulado por la legislación civil⁶⁹, lo que no es el caso. Fundada, en cambio, su crítica al parecer mayoritario de que el artículo 32 de la Constitución no prohíbe el matrimonio homosexual, pues ello es olvido del carácter de norma habilitante de las pertenecientes al Derecho público. Por nuestra cuenta añadimos que si fuera exacto lo que dice el Tribunal en este punto sobrarían la mayor parte de sus argumentos, desde el instante en que a la jurisdicción constitucional le basta con que el legislador ordinario no vulnere un bien constitucional jurídicamente protegido; el razonamiento del Tribunal en este punto hace, como se dice en la jerga de la casación, «sупuesto de la cuestión», porque precisamente lo que se discute es que el

⁶⁶ Que rechazan todos los votos particulares, y con especial contundencia (aunque sin razón, como hemos de ver) el voto concurrente.

⁶⁷ Como acusa el voto particular del magistrado González Rivas. Sobre los confines y legitimidad de esta figura hay amplia literatura desde las clásicas obras de Laband y Jellinek hasta la de HESSE, que adoptamos como referencia más moderna («Límites de la mutación constitucional», en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, págs. 85 y ss., de excelente selección y traducción de Pedro Cruz Villalón). No es nuestro entendimiento de la misma, aunque si se adopta como propio el límite literalista la operación del Tribunal tal vez justificara su consideración como mutación constitucional. *Ad rem*, sobre los límites de esta, CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988, págs. 292 y ss.; para una visión de conjunto, el esencial libro antes citado del maestro Pedro de Vega. En todo caso, pronunciarse sobre esta cuestión, a la vista de la tesis que sustentó, no es necesario, con independencia de que resultaría inadecuado para las dimensiones y propósitos de este trabajo.

⁶⁸ El del magistrado Rodríguez Arribas, como expondremos más adelante.

⁶⁹ Número 1 de su voto particular.

artículo 32 CE contenga o no una «reserva» a favor del matrimonio heterosexual.

2. El voto del magistrado Aragón Reyes incide de nuevo sobre la inexactitud del argumento de que el artículo 32 CE no prohíbe el matrimonio homosexual. Empero, esos no son los argumentos principales de su voto particular concurrente, sino los de la negación de la entrada en juego del principio de igualdad y el ataque frontal al concepto de interpretación evolutiva (del que compartimos sólo las alarmas sobre su utilización no estricta), para ofrecer finalmente una solución simplista de la cuestión, al afirmar que bastaría sólo con haber afirmado que las garantías institucionales evolucionan históricamente, siendo obvio que la conciencia social consiente la inclusión bajo la del matrimonio del contraído por personas de idéntico sexo. Semejante forma de razonar es puramente decisionística y obvia sencillamente los problemas del tenor del artículo 32 CE, al tiempo que confunde la *interpretación-resultado* (la garantía ha evolucionado) con la *interpretación-procedimiento* (la realidad social determina la evolución), dos procesos intelectuales unidos inescindiblemente, sin que quepa prescindir de ninguno. Cosa distinta es cuáles son los límites de la interpretación evolutiva como procedimiento; pero al tiempo que la crítica con dureza llega a una solución como si la utilizara sin límites. El parecer de Rodríguez Aragón, en cuanto se enfrenta, aunque equivocadamente (la mayoría, diríamos coloquialmente, «se lo ha puesto fácil»), con la categoría de la interpretación evolutiva, es, con mucho, el más peligroso para la certeza de la interpretación constitucional, resultado, desde luego, no querido pero potencialmente incluido en su voto.

3. El más extenso de los votos es el del magistrado Ollero Tassara, que mezcla ajustadas razones con desajustadas consecuencias, fruto de dos prejuicios que gobiernan todo su voto: el primero, partir de que el matrimonio es una realidad antropológica anterior a la Constitución⁷⁰, que esta no hace sino reconocer: falacia que, de no serlo, impediría que pudiera ser ni siquiera incluida como reforma de la Constitución (como sí afirma Ollero), puesto que si es anterior a esta Constitución, que no puede hacer otra cosa que reconocerlo, ¿por qué no a otra distinta?; el segundo, que el planteamiento adoptado por el legislador parte de un trasfondo radical individualista que «instrumenta una nueva versión del uso alternativo del derecho»; es muy dueño el magistrado Ollero Tassara de erguir sus (obvias) banderas ideológicas, pero olvida que la Ley 13/2005 es decisión fruto del legislador de-

⁷⁰ Número 5 del voto.

mocrático, que efectivamente tiene esa ideología emancipadora en lo que se refiere a las relaciones interpersonales, pero que la hecho valer en un procedimiento democrático; y que el uso alternativo del Derecho era una cosa bien distinta a la que él evoca, fundamentalmente porque era puro activismo doctrinal e interpretativo, precisamente frente a la inacción del legislador. Habría que preguntarse, más bien, si criticar una ley en nombre de una ideología no es activismo judicial, uso alternativo del Derecho, ejercido desde la alta sede del magistrado Ollero Tassara. A partir de su premisa, la garantía institucional, petrificada en el matrimonio heterosexual, no puede justificar el *ius connubii* de la pareja de sexo idéntico⁷¹, pero sin su premisa la afirmación no es más que una petición de principio, y es justamente esa premisa la que se discute. Ahora bien, no cabe negar que tiene toda la razón al decir que la sentencia no partió del principio de igualdad⁷², y que en estas condiciones ni se justifica la alteración del texto del artículo 32 CE⁷³, aunque ello no nos pone de manifiesto otra cosa que un déficit argumental de la posición mayoritaria, junto a la ausencia de reflexión sobre la interpretación evolutiva achacable a también a dicha mayoría; pero no añade ni un gramo de razón a su posición, pues de haberse planteado en dichos términos no habría tenido más remedio, para mantener su posición, que afirmar que la discriminación era razonable, apelando de nuevo al argumento de la anterioridad a la Constitución de lo que él llama realidad antropológica. La economía de este trabajo no permite pormenorizar más las críticas a este voto particular, expresión pura y dura de una ideología política; y es que nadie, ni siquiera el ilustre magistrado y colega Ollero Tassara, que tantas obras notables ha producido científicamente, puede huir de nuestra propia historia.

4. Por último, unas palabras sobre el voto particular del magistrado González Rivas. También él parte de una preexistencia a la Constitución del tradicional matrimonio heterosexual⁷⁴ y de la necesidad de reforma de aquella para implantar el homosexual⁷⁵, señalando que la lectura del artículo 32 efectuada por la mayoría supone una verdadera mutación constitucional⁷⁶, que se limita a mencionar y cuya problemática no aborda.

⁷¹ Número 2 de su voto particular.

⁷² Número 2 de su voto particular.

⁷³ Números 3 y 4 de su voto particular.

⁷⁴ Número 2 de su voto particular.

⁷⁵ Número 1 de su voto particular.

⁷⁶ Número 6 de su voto particular.

X. CONCLUSIÓN

Toda la sentencia deja un regusto amargo. Bienvenido sea el fallo, cuya dimensión social como catástrofe, según algunos, pronto empezará a quedar desmentida, por cierto como sucedió con la instauración del divorcio, y bienvenido sea desde la óptica de los «derechos civiles»; pero, juzgándola como obra jurídica, en la posición mayoritaria hay demasiadas imprecisiones técnicas y en los votos disidentes demasiada ideología. La ocasión hubiera merecido mejor suerte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Enrique: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: «La interpretación constitucional como interpretación del Derecho», en *Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, págs. 237 y ss.
- BETTI, Emilio: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1948.
- BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang: «Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Baden-Baden, 1993, págs. 13 y ss.
- CANOSA USERA, Raúl: «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales», en *Estudios Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, www.juridicas.unam.
— *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988.
- CAPPELLETTI, Mario: *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo, hoy, de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad», *Revista de Derecho Privado*, 7, 2013, págs. 25 y ss.
- DE CASTRO, Federico: *Derecho Civil de España*, Madrid, reimpresión 1984.
— «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 809 y ss.
- ESSER, Josef: *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956. Traducción española de Eduardo VALENTÍ FIOL, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado positivo*, Barcelona, 1961.
- FARIAS, Domenico: *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981.
- HÄBERLE, Peter: «Principios y métodos de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *Revista de Derecho Constitucional Español*, 2010, págs. 379-411.
- HESSE, Konrad: «La interpretación constitucional», en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, págs. 37 y ss.
— «Límites de la mutación constitucional», en *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., págs. 85 y ss.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco; LUNA SERRANO, Agustín, y DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: *Parte general del Derecho Civil*, volumen primero, Barcelona, 1988.
- LANGE-KUCHINKE: *Lehrbuch des Erbrechts*, München, 1978.
- LEISNER, Walter: *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: «Constitución, código y leyes especiales. En torno a la llamada descodificación», en *Libro del Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1991, págs. 1163 y ss.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., y LEÓN-CASTRO ALONSO, J. R.: *Lecciones de Derecho Civil. El matrimonio*, Sevilla, 1982.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas (Comentario a la sentencia del 13 de abril de 1984)», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, págs. 212-220.
- MORTATI, Costantino: *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (reimpresión inalterada, con prólogo de Gustavo Zagrebelsky).
- PABÓN DE ACUÑA, José María: *La interpretación de las normas según «la realidad social» del artículo 3 del Código Civil*, Valencia, 1999.
- PARESCÉ, Enrico: voz «Interpretazione (filosofia e teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXII.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *Código Civil y Ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro Pablo; ORDUÑA MORENO, Javier, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *Código Civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, 2011, sub. artículo 3, págs. 59-60.
- PÉREZ ROYO, F. Javier: *Manual de Derecho Constitucional*, 6.^a ed., Madrid, 1999.
- ROMANO, Santi: voz «Interpretazione evolutiva», en *Frammenti de un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (reimpresión inalterada de la edición de 1947).
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la forma del poder*, Madrid, 1993, págs. 637 y ss.
- «Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Estudios sobre la forma del poder*, cit., págs. 615 y ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», en *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985, págs. 446 y ss.
- *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, sub. artículo 3.1, págs. 24-26.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von: *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, 1840.
- SCHMITT, Carl: «Freiheit und institutionelle Garantien der Reichsverfassung», 1931, ahora en la recopilación *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, págs. 140 y ss.
- *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlín, 1934. Hay versión española y estudio preliminar de Montserrat HERRERO LÓPEZ, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, 1996.
- *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, págs. 164 y ss. Traducción española de Francisco Ayala, con prólogo de este y epílogo de Manuel García Pelayo.
- TARELLO, Giovanni: *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

- TORRALBA SORIANO, Vicente: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, sub. artículo 3.1, págs. 161-164.
- VIEHWEG, Theodor: *Topik und Jurisprudenz (Tópica y jurisprudencia)*, Madrid, 1964. Prólogo de Eduardo García de Enterría; traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo: *Il diritto mite*, Torino, 1992.