

QUE EL «ÁRBOL VIVO» NO MATE A LA CONSTITUCIÓN (A propósito de la controvertida jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia y aborto)¹

ANTONIO ARROYO GIL

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid*

TRC, nº 56, 2025, pp. 179-215
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Presentación. II. La llamada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo» de origen británico/canadiense y su asunción por parte del Tribunal Constitucional español ... III. ...en las sentencias sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, ... IV. ...la eutanasia ... V. ...y el aborto, ... VI. ...y sus riesgos para la vigencia del principio democrático y el carácter normativo de la Constitución. VII. Conclusiones. VIII. Breve epílogo de urgencia. Bibliografía citada.

I. PRESENTACIÓN

Como todo tribunal constitucional, el español también tiene que afrontar, de vez en cuando, cuestiones de alto voltaje político y/o social (e, incluso, ético y/o moral). En ocasiones, además, se trata de asuntos que, pese a su genuina raigambre constitucional, en tanto que entroncan de lleno con los valores y principios que constituyen el fundamento y/o la finalidad esencial de la propia Norma Suprema (la igualdad, la libertad, el pluralismo político —art. 1.1 CE—, pero

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación I + D + i concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (Referencia PID2020-117503GB-I00 - IP: Xabier Arzoz Santisteban).

también la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 CE—), no se encuentran, sin embargo, claramente resueltos en el propio texto constitucional. Ello obliga a llevar a cabo una labor hermenéutica, que, por lo general, corresponde efectuar, en primer lugar, al legislador, mediante la adopción de decisiones que desarrolle el marco constitucional, sin desbordarlo, y que, en último término, resuelve el Tribunal Constitucional, ya sea enjuiciando la validez de la decisión legislativa, ya sea, en su caso, descubriendo él mismo lo que se encontraba oculto bajo el «manto» de algún precepto constitucional expreso.

Si nos centramos en la tarea interpretativa que lleva a efecto el Tribunal Constitucional español, que es la que nos interesa en este momento, hemos de comenzar reconociendo que se trata de una labor no solo muy delicada, sino también llena de dificultades, que van desde la elección del método hermenéutico a seguir (complejo) hasta la determinación del alcance de la propia jurisdicción, a fin de no incurrir en excesos que puedan poner en riesgo el principio democrático y el mismo carácter normativo de la Constitución. Porque si bien es verdad que el Tribunal Constitucional debe de (hacer) respetar escrupulosamente las decisiones adoptadas por el poder constituyente, plasmadas en el texto constitucional, dado que esa es, en realidad, su principal razón de ser, tampoco es menos cierto que ha de mostrarse deferente ante el legislador, ya que este es, dada su legitimación directa, el principal responsable de actualizar la vigencia del principio democrático.

Sucintamente descrito, este es el marco en el que se ha entender la labor desplegada por el Tribunal Constitucional español en relación con tres cuestiones (matrimonio igualitario, eutanasia y aborto), cuya importancia social y política resulta palmaria, y a las que se ha enfrentado (en 2012, a la primera, y en 2023, a las dos últimas) haciendo uso de una herramienta exegética importada de lejanas tierras y conceptualmente muy discutible: la llamada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo». Con independencia de que la conclusión a la que haya llegado en relación con cada uno de estos asuntos pueda parecernos más o menos aceptable, lo relevante es el camino que ha transitado (la argumentación jurídica seguida), y, en alguno de los casos, lo lejos que le ha llevado. Vamos a verlo.

II. LA LLAMADA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA O DOCTRINA DEL «ÁRBOL VIVO» DE ORIGEN BRITÁNICO/CANADIENSE Y SU ASUNCIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ...

Tras siete años de espera, en 2012 el Tribunal Constitucional español dictó, por fin, sentencia en la que avaló la constitucionalidad de la ley de reforma del Código civil que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y lo

hizo fundamentando el grueso de su decisión, por vez primera de manera tan clara, en la llamada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo» (*living tree doctrine*), un método hermenéutico que adquirió carta de naturaleza en 1929, cuando el *Judicial Committee of the Privy Council* de Reino Unido, en el caso *Edwards v. Canada* (conocido como *Persons Case*), resolvió que las mujeres también eran «personas» que podían acceder a cargos públicos, por considerar que ese término («persona»), empleado por la entonces vigente *British North America Act* de 1867, no se refería únicamente a varones, tal y como se había venido entendiendo hasta entonces. En esta resolución de 1929, en efecto, Lord Sankey afirmó, a partir de una «interpretación evolutiva» de la Ley de 1867, que había que entender que esta, transcurridos más de sesenta años desde su aprobación, había ampliado el alcance de su significado, de modo que en adelante se debía interpretar que el sustantivo «persona» no solo se refería a los hombres, sino también a las mujeres, encontrándose así estas en situación de poder acceder a partir de ese momento a lo que con anterioridad tenían prohibido: los cargos públicos.

En esta resolución se empleó, por primera vez, la expresión «árbol vivo» en los términos siguientes: «La *British North America Act* plantó en Canadá un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales. El objeto de la Ley era otorgar una Constitución a Canadá»². Y se ponía asimismo el acento en la necesidad de llevar a cabo una interpretación amplia y liberal de dicha Ley, evitando otra de carácter originalista o formalista, siempre y cuando ello no chocase con su literalidad, tal y como sucedía en este caso, en tanto que el término «persona» es lo suficientemente amplio como para poder entender que dentro de él caben no solo los hombres sino también las mujeres (Rey, 2023, 323 ss.).

Esta concepción o doctrina del «árbol vivo», que tras *Edwards* fue empleada hasta 1936 por el Tribunal Supremo de Canadá en algunas otras decisiones, no se volvió, sin embargo, a mencionar hasta 1972, adquiriendo a partir de entonces un progresivo vigor (Honickman, 2019: 30). Muy destacable, a los efectos que aquí interesan, resulta la sentencia de 9 de diciembre de 2004 relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo (caso *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 - SCC 79)³, en la que el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo, con apoyo en la *living tree doctrine*, que la institución matrimonial, lejos de quedar anclada a su significado originario, va adaptándose, gracias a una interpretación constitucional dinámica, al sentido que con el paso del tiempo van adquiriendo los valores de igualdad y dignidad humana, lo que permite reconocer la constitucionalidad de la decisión adoptada por el legislador en virtud de la cual se permite que el matrimonio pueda también ser contraído entre personas del mismo sexo.

2. «The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada».

3. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do>

Esta sentencia del Tribunal Supremo canadiense, en buena medida, sirvió de «inspiración» al Tribunal Constitucional español para resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de 2005 que reconocía asimismo este derecho al llamado matrimonio igualitario en España. De hecho, fue la STC 198/2012, de 6 de noviembre, la primera en la que nuestro Alto Tribunal hizo uso de esa doctrina del «árbol vivo» (FJ 9); interpretación que volvió a retomar diez años después en las sentencias que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las comúnmente conocidas como leyes de eutanasia (STC 19/2023, de 22 de marzo —FJ 6.B.c—) y del aborto (STC 44/2023, de 9 de mayo —FJ 2.B.a—), como veremos más adelante.

La principal virtualidad de esta doctrina del «árbol vivo», de origen juríspudencial y amplio desarrollo doctrinal (Waluchow, 2009), radicaría en conseguir que a través de su empleo los conceptos constitucionales adquiriesen un nuevo significado, como reflejo de la evolución social, moral, ética, política, tecnológica o, en general, cultural que hubieran experimentado con el devenir de los años, evitando así la esclerotización de la Constitución que se derivaría de una lectura rígida o formalista de la misma, en el sentido de originalista, esto es, férreamente apegada al texto y al contexto del momento en que fue aprobada; lectura originalista que conllevaría un alto riesgo para la propia eficacia de la Constitución, en tanto que irremediablemente la misma vería debilitada su capacidad para ofrecer respuestas adecuadas al momento en que se ha de aplicar.

En definitiva, para el Tribunal Supremo canadiense, la Constitución, entendida como «árbol vivo», y dentro de sus «límites naturales» (entre los que hay que incluir, al menos, la inexistencia de un obstáculo literal insalvable), puede adaptarse a las realidades del tiempo presente, permitiendo el «descubrimiento» de nuevos derechos que se encontraban ocultos bajo su superficie y que son en el presente demandados por una sociedad (la canadiense) que ha evolucionado en sus postulados axiológicos (culturales, éticos o morales), lo que adquiere especial valor si pensamos en grupos sociales (minoritarios) que tradicionalmente habían quedado relegados o ignorados, cuando no directamente perseguidos, como es el caso, por ejemplo, de los pueblos indígenas o el colectivo LGTBIQ+ (Hogg, 2007; Howes, 2022).

No obstante, esta doctrina del «árbol vivo», pese a su relevancia a partir de los años setenta del pasado siglo dentro del constitucionalismo canadiense, tampoco ha estado exenta de críticas. Así, por ejemplo, Honickman ha puesto de manifiesto cómo los órganos judiciales canadienses, en algunos momentos, han hecho uso de esta metáfora para justificar interpretaciones muy amplias o extensivas del texto constitucional (en materia de derechos, fundamentalmente), pese a no existir suficiente fundamento literal o histórico para ello, incurriendo en una especie de activismo judicial que puede acarrear riesgos ciertos para principios basilares del Estado democrático de Derecho como son la separación de poderes, la seguridad jurídica o el propio principio federal, al poderse ver también afectada la distribución y/o delimitación de competencias entre las diferentes partes

de la relación federativa mediante esa hermenéutica expansiva. De hecho, para este autor, no conviene exagerar la importancia de la doctrina original del «árbol vivo», ya que la misma «no era una invitación a los jueces a adaptar la Constitución a «las realidades políticas y culturales cambiantes de la sociedad canadiense» [Canadian Western Bank v Alberta, 2007 SCC 22 at para 23,[2007] 2 SCR 3], sino un reconocimiento de la propuesta mucho más modesta de que una Constitución duradera debía ser capaz de cierto grado de flexibilidad para adaptarse a nuevos fenómenos, como la invención de los aviones o la promulgación de nuevas leyes constitucionales». Lo que le lleva a concluir que el texto constitucional «por sí solo gozaba de primacía y, aunque no debía interpretarse de manera restrictiva, los tribunales tenían la obligación de aplicar su significado fijo. Es este principio, y no la moderna doctrina del árbol vivo, el que fue «uno de los principios más fundamentales de la interpretación constitucional» durante la mayor parte de la historia de Canadá» (Honickman, 2019, 29-35).

También en el país vecino, Estados Unidos de América, ha tenido lugar a lo largo de su historia constitucional una constante tensión entre los partidarios de una interpretación más apegada al texto de la Constitución, tal y como fue redactado en su momento (originalistas clásicos: Scalia, 1997; o de nuevo cuño: Solum, 2013), y quienes, por el contrario, han defendido una adaptación de aquel al momento presente a través de una interpretación evolutiva (*living Constitution*) de su contenido (recientemente, Ackermann, 2007; Strauss, 2010); una tensión que ha tenido su reflejo en las resoluciones de la Corte Suprema, en sus diferentes etapas (un buen resumen en castellano en: Sieira, 2023: 248 ss.). A este respecto, la que podríamos considerar «época dorada» del constitucionalismo estadounidense en lo que a reconocimiento y ampliación de derechos civiles se refiere, gracias a la labor hermenéutica desplegada por la Corte Suprema, se desarrolló entre los años 1953 y 1969, bajo la presidencia del Juez Earl Warren, en ámbitos tan relevantes como la igualdad racial o la protección de las minorías [entre otras muchas, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Loving contra Virginia*, U.S. 1 (1967)]. Sin negar la importancia de esta jurisprudencia, y los efectos positivos que tuvo, sobre todo, en la superación de la legislación discriminatoria hasta entonces existente, tampoco se puede ignorar que la misma fue objeto de contestación, dentro incluso del propio órgano judicial, por parte de quienes, desde posiciones más conservadoras, apostaban por una interpretación más apegada al texto de la norma y al contexto en que aquella fue aprobada. A este respecto, quizás el caso que más repercusión ha tenido recientemente, y que muestra esa jurisprudencia pendular dependiente de las mayorías que se vayan conformando a lo largo del tiempo en la composición del Tribunal Supremo, sea *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), que, en materia de aborto, ha supuesto un *overruling* en toda regla de *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992), y que más allá de la opinión que nos pueda merecer, pone en evidencia los riesgos que conlleva el activismo judicial, sobre todo, teniendo en cuenta que, como es lógico, su práctica no tiene por qué ser unidireccional; un

riesgo que, en último término, puede acabar debilitando el valor normativo de la Constitución, como después veremos con más detalle.

Son estos, junto a otros, los motivos que justifican la necesidad de que los órganos judiciales superiores encargados de velar por el respeto a la Constitución deban de practicar la autocontención (*self-restraint*) a la hora de interpretar las normas constitucionales, mostrando, de igual modo, una amplia deferencia hacia el legislador, tal y como demanda, por lo demás, un correcto entendimiento del principio democrático. Y es que difícilmente se puede negar, a partir de una comprensión abierta del principio que define toda sociedad democrática (el pluralismo político), que los «momentos constitucionales» pueden ser de muy diferente signo, sin que necesariamente, por tanto, todos ellos tengan por qué ser reflejo de una movilización democrática favorecedora de una ampliación de derechos; antes al contrario, y especialmente en relación con cuestiones que despiertan un vivo debate político y social, esto es, sobre las que no existe un amplio acuerdo o consenso, puede suceder lo contrario. Apelar, en aquellos y en estos casos, a la legitimidad democrática para justificar una decisión jurisdiccional que, sin encontrar claro apoyo en el texto de la Constitución, pretenda mostrarse como una derivación de esta (o como el descubrimiento de algo que estaba oculto en ella), puede despertar la sospecha de que, en realidad, lo que se está perpetrando es una lesión del principio democrático, que no solo actualiza el legislador presente, sino también el futuro.

Es verdad que toda labor hermenéutica conlleva inevitablemente una dosis de discrecionalidad y subjetivismo que no se puede evitar. Y que, en todo caso, habrá que contar con el límite insoslayable del texto constitucional, que no puede ser forzado hasta el punto de hacerle decir lo que, en absoluto, dice (ni puede decir, porque conceptual o sistemáticamente el precepto objeto de interpretación no acepte esa exégesis). Dentro de esos amplios (y un tanto vagos) márgenes caben diferentes interpretaciones, sin que quepa aceptar que una de ellas pueda cerrar definitivamente el paso a otras que en el futuro una mayoría (parlamentaria o jurisdiccional) diferente considere necesario u oportuno adoptar.

También es cierto que no se puede confundir la interpretación de los preceptos constitucionales, considerados a partir de su tenor literal, con el hecho de que haya determinados términos, conceptos o instituciones que con el paso del tiempo hayan visto modificado o transformado su significado originario, como consecuencia, precisamente, de las evoluciones sociales, éticas, morales, políticas, o tecnológicas, o, en general, culturales, que tienen lugar en toda sociedad. En el caso con que se inauguró la llamada doctrina del «árbol vivo» se aprecia claramente: cuando se redactó la *British North America Act*, en 1867, con el término «persona» se estaba pensando únicamente en los varones, y por eso solo ellos podían acceder a los cargos públicos; sin embargo, sesenta años después ese término (el concepto, más bien) había ido adquiriendo progresivamente un significado más amplio y comprensivo, lo que permitió al *Judicial Committee of the Privy Council* de Reino Unido, en el caso *Edwards v. Canada*, en 1929, entender que

bajo el mismo también había que entender incluidas a las mujeres. El término, literalmente, había permanecido incólume, pero su significado había cambiado, al ritmo en que se habían ido produciendo los avances en el reconocimiento de la dignidad y los derechos de las mujeres. Ello fue posible, también hay que subrayarlo, porque el término era lo suficientemente abstracto y general como para permitir esa evolución. Otra cosa hubiese sido que en 1929 un Calígula cualquiera hubiera pretendido, amparándose en la generalidad de ese término, nombrar como cargo público a Incitatus, su caballo, pues en tal caso difícilmente un órgano jurisdiccional hubiese podido llevar a cabo una interpretación del término «persona» que permitiera entender incluidos bajo el mismo también a los animales.

Sea como fuere, y aunque la distinción a la que acabamos de referirnos es relevante, no se puede perder de vista que la misma puede resultar también difícil de establecer cuando esa evolución de los significados del texto constitucional no sea tan evidente (lo que sucederá en numerosas ocasiones, dada la estructura de las normas constitucionales, formuladas muchas veces en forma de principios, no de reglas, cosa que sucede particularmente en el ámbito de los derechos). De ahí, una vez más, la importancia de que el órgano jurisdiccional encargado de resolver definitivamente la controversia (ya sea el Tribunal Supremo, en el caso de Canadá o EE.UU., ya sea el Tribunal Constitucional, en el caso de España, o, en general, en los países que se encuadran en la órbita del llamado constitucionalismo europeo o continental) haya de actuar, por un lado, de manera prudente (*self-restraint*), evitando caer en la tentación de ir más allá de donde debe, por muy «apetecible» que le parezca transitar ese camino; y, por otro lado, de manera deferente con el legislador (no solo con el presente, sino también con el futuro), es decir, no declarando, por una parte, inconstitucional aquella decisión legislativa que pudiera admitir una interpretación compatible con la Norma Fundamental, aunque no fuese, en opinión del Tribunal, la más idónea; y no elevando, por la otra, a nivel constitucional aquello que, en realidad, no es más que una decisión legislativa, modificable, por tanto, por una ulterior⁴.

Aunque la cuestión es, por consiguiente, compleja, quizás se pueda clarificar algo si en la búsqueda del método más adecuado para interpretar la Constitución no nos olvidamos de que esta, pese a su singularidad (tanto desde un punto de vista procedural, como formal y material), es una norma. Y como todas las normas ha de ser interpretada acudiendo a los criterios que, en nuestro caso,

4 Así lo expresa, con toda claridad, Díaz Revorio (2024, 283): «(...) es evidente que ambas posiciones, llevadas al extremo, plantean serios problemas. La deferencia extrema hace inútil a la justicia constitucional, e inservible a la Constitución como límite al poder (mucho más cuando esa deferencia se produce en tribunales políticamente dependientes del poder político porque no se ha logrado salvaguardar su independencia). Pero el activismo extremo rompe con las pautas de la separación de poderes, convirtiendo a veces a la justicia constitucional en un poder discrecional, capaz de desarrollar políticamente la Constitución (o incluso de modificarla implícitamente, para lo cual carece de legitimidad)».

condensa el art. 3.1 Código civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Esta obviedad puede servir, al menos, para poner de relieve que la adopción de un método hermenéutico proveniente de tan lejanas tierras (y de tradiciones y sistemas jurídicos tan distintos) como el de la llamada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo», tal vez sea innecesaria, dado que ya disponemos de criterios propios que pueden servir al fin que con aquella se persigue, y que no es otro que evitar una interpretación anclada al significado del texto y al contexto originarios, que ignore, por tanto, las posibles evoluciones que hayan podido experimentar determinados términos, conceptos o instituciones con el paso del tiempo.

Parece, en efecto, que cuando el art. 3.1 CC, dispone que «[l]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto (...) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», en realidad, está apuntando también a la necesidad de que el responsable máximo de interpretar hoy en día la Constitución no se olvide de que la misma contiene términos, conceptos o instituciones que han podido experimentar, con el transcurso de los años, una evolución o transformación en su significado, y que ello se ha de tener presente a la hora de juzgar la constitucionalidad de las normas sometidas a su control, lo que, de nuevo conviene recordarlo, «obliga» a este a actuar con prudencia y deferencia⁵.

De igual modo, se ha de tener presente que este criterio hermenéutico solo es uno más de aquellos a los que se refiere el mencionado art. 3.1 CC. Con esto se quiere decir que la tarea de interpretar la Constitución es, como toda hermenéutica jurídica, compleja, pues se ha de buscar un equilibrio entre todos los criterios que sirven a tal fin. De ellos, el principal, porque constituye el límite infranqueable de todos los demás, es el literal («Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...»), lo que, con independencia de que no siempre sea sencillo identificar cuál es el sentido propio de las palabras de la norma, se traduce en la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación de esta (la norma) que entre en contradicción directa con aquellas (las palabras que le dan forma). Con el ejemplo antes referido del caso *Edwards* en relación con la palabra «persona» queda claro a qué nos estamos refiriendo. Si pensamos en nuestro propio ordenamiento jurídico constitucional podemos igualmente llegar a la conclusión de que a partir del reconocimiento de un derecho fundamental no es posible derivar, vía hermenéutica, la existencia (oculta) de otro derecho (también fundamental) que

5 A esta idea de que interpretar la Constitución al amparo de lo que en España se ha denominado interpretación evolutiva «no es algo distinto a utilizar el método de la realidad social o el elemento sociológico como principal en la labor hermenéutica» apunta Montalvo (2025: 153).

sea conceptualmente distinto del primero. Algo así sucede —en mi opinión— con los derechos a la vida y a la integridad física y moral del art. 15 CE, por un lado, y el derecho a la eutanasia (activa directa), por el otro. Los primeros, lógicamente, son derechos fundamentales porque así vienen reconocidos en la Constitución. El segundo, sin embargo, es un derecho de creación legal, que, sin perjuicio de que pueda ser considerado conforme con la Constitución (tal y como me parece), difícilmente puede, sin embargo, entenderse oculto bajo el manto o la penumbra de aquellos otros, simple y llanamente porque su naturaleza es distinta (la de los primeros: proteger la vida y la integridad física y moral de una persona frente a los ataques que pueda recibir por parte de los poderes públicos o de terceros⁶; la del segundo: posibilitar o facilitar el fin de la vida de una persona que, encontrándose en un determinado contexto —eutanásico— ya no desea seguir adelante con ella, pudiendo contar para ello con ayuda de terceros). Simplemente lo dejo aquí apuntado, porque volveremos a ello más adelante.

Más allá del criterio literal o textual, del que, en todo caso, hay que partir, y cuyo objeto (el propio tenor literal de las palabras que dan forma a la norma) constituye el límite insoslayable que no puede superar el resultado final a que haya conducido el proceso hermenéutico, ocupan también un lugar destacado los criterios sistemático y teleológico, en tanto que, por su propia naturaleza, la Constitución es un texto único que, por un lado, no admite contradicciones en su seno, demandando, por el contrario, que sus preceptos sean entendidos (esto es, interpretados) a la luz de los demás, de manera armónica; y, por el otro, contiene normas de carácter finalista orientadas a hacer realidad —e, incluso, se podría defender que a maximizar— los valores y principios superiores del ordenamiento jurídico («la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» —art. 1.1 CE—, y también la «dignidad de la persona» y el «libre desarrollo de la personalidad» —art. 10.1 CE—). En la interpretación de la Constitución, por consiguiente, se ha de tener muy presente el conjunto de los preceptos que la componen, buscando siempre un entendimiento coherente de todos ellos, y, asimismo, no se deben perder de vista los objetivos o finalidades que muchas de esas normas constitucionales persiguen, correspondiendo al principal llamado a desarrollarlas, el legislador, decidir en cada momento hasta dónde llegar, teniendo en cuenta no solo la literalidad de las propias normas, dentro del todo constitucional, y la finalidad que persiguen, sino también el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

En definitiva, como hemos podido ver, el ordenamiento jurídico español ofrece criterios hermenéuticos bien arraigados en nuestra cultura jurídica que permiten llevar a cabo una interpretación de la Constitución respetuosa con su

6 En los términos de la STC 120/1990, de 27 de junio, mediante el derecho a la integridad física y moral «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

literalidad y su sistemática, sin descuidar la finalidades que persiguen algunas de sus normas formuladas de manera principal (como es el caso de muchos de los derechos que reconoce y garantiza), así como el contexto y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, lo que conlleva la posibilidad de «descubrir» que determinados términos, conceptos o instituciones, con el paso del tiempo, han podido ver ampliado o modificado su significado, sin que tal evolución, lógicamente, choque de manera frontal con la literalidad del precepto. El resultado a que nos podrá llevar esa labor hermenéutica no tiene por qué diferenciarse sustancialmente de aquel al que puede conducir la llamada interpretación evolutiva o la doctrina del «árbol vivo», propia de tradiciones jurídicas muy diferentes a la nuestra, y que, como hemos visto, acarrea riesgos que no son menores, en tanto que afectan a principios tan esenciales como la separación de poderes o el valor normativo de la Constitución. Pese a ello, como veremos enseguida, el Tribunal Constitucional español finalmente acabó cayendo en la «tentación» de asumir los postulados, tan atractivos a primera vista, de esa doctrina del «árbol vivo», con el fin de fundamentar sus decisiones favorables a la constitucionalidad de las leyes que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo, el aborto y la eutanasia, yendo, incluso, en estos dos últimos casos, más allá, hasta el punto de afirmar, de manera matizada, que aquel (el aborto), y, de modo más decidido, que esta (la eutanasia) son derechos fundamentales.

III. ...EN LAS SENTENCIAS SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, ...

Fue, en efecto, en la sentencia de 6 de noviembre de 2012 (STC 198/2012), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en la que, por primera vez, el Tribunal Constitucional español basó el grueso de su fundamentación en la llamada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo».

Así, en el fundamento jurídico 9 de la sentencia se sostiene lo siguiente: «Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta (...) por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un “árbol vivo”, —en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste

constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición».

Sin ánimo alguno de llevar a cabo ahora un análisis detallado del contenido de esta sentencia, sí resulta oportuno recordar que, como tuve ocasión de sostener tras su aprobación (Arroyo, 2013), comparto, en buena medida, el sentido crítico en que se pronunció frente a la misma el magistrado Manuel Aragón Reyes en su voto particular concurrente. Para este magistrado, el significado y uso que se da al término «interpretación evolutiva» en esta sentencia «puede generar muy graves riesgos para el mismo concepto de Constitución que sirve de base a nuestro ordenamiento y a la propia existencia del Tribunal Constitucional». A lo que añade: «Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, “la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho”, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución».

Según Aragón Reyes, se podía haber llegado a la solución del problema planteado por el recurso de inconstitucionalidad de manera más sencilla o sobria,

haciendo uso de una argumentación menos confusa y tortuosa (a veces incluso contradictoria) de la que ofrece la sentencia. En su opinión, «[d]ado el carácter no absoluto, sino históricamente cambiante, del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, bastaba con mostrar que hoy, para la conciencia social (...) y para la cultura jurídica (...) la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio. Ese cambio históricamente producido, que considero verídico, y que no precisa que sobre él se concite unanimidad, pues basta con que ya no sea tampoco unánime el entendimiento precedente (que tuvieron el constituyente y el propio Tribunal Constitucional hasta hace poco tiempo), es suficiente para no anular la opción tomada por el legislador. Ante una asentada (no efímera o claramente minoritaria) concepción social y jurídica cultural del matrimonio en la que también tiene cabida la unión entre parejas del mismo sexo, este Tribunal no puede declarar contraria a la Constitución la Ley sometida a su enjuiciamiento. Si el entendimiento de la institución ya no es unánime, sino plural, esto es, si se trata, en términos constitucionales, claro está, de una cuestión debatida, debemos aplicar la máxima de *in dubio pro legislatoris*».

A juicio del magistrado Aragón, en la sentencia no solo se llama interpretación evolutiva a la que no lo es (la averiguación del contenido esencial de una garantía institucional), sino, que, además, y eso es lo que le parece más grave, «se hacen afirmaciones generales, aplicables a cualquier precepto constitucional, que parecen dejar reducido a la nada el carácter normativo de la propia Constitución». Es más, con esa forma de entender por parte de la sentencia la llamada «lectura evolutiva de la Constitución» —afirma Aragón en sentido crítico— «sobre la rigidez constitucional, sobre la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobre la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos».

Como señalaba con anterioridad, coincido sustancialmente con las consideraciones críticas formuladas por el magistrado Aragón a esta sentencia, sin perjuicio de considerar, como también hacía él, que la ley recurrida no era inconstitucional, fundamentalmente porque la conciencia social y la cultura jurídica del momento en que la ley fue aprobada y, posteriormente, cuando se dictó la sentencia, ya no demandaba inexorablemente que los contrayentes fueran personas de sexo diferente, lo que tenía mucho que ver con el paulatino cambio de consideración que había experimentado la propia homosexualidad, tanto a nivel social como jurídico. También me parece necesario resaltar, y esto quizás no se hace con suficiente intensidad en el voto particular, que la interpretación favorable a la constitucionalidad de la ley recurrida fue posible porque en el texto constitucional (art. 32.1 CE) no existía un obstáculo insuperable o insalvable, en el sentido de que de dicho precepto no se derivaba (deriva) inexcusablemente que el matrimonio solo pueda ser contraído entre un hombre y una mujer (por más que esa fuese, sin duda alguna, la voluntad del constituyente en 1978). Sobre estas cuestiones, centrales, insistiré más adelante.

Tiene, por tanto, razón Aragón Reyes cuando sostiene que el Tribunal podía haber llegado a la misma conclusión (no declarar la inconstitucionalidad de la ley recurrida) sin necesidad de acudir a la llamada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo», ahorrándose, así, los riesgos que la misma conlleva, sobre todo, para la correcta comprensión del valor normativo de la Constitución. Y es que, cuando el Tribunal asevera que «la Constitución es un «árbol vivo» (...) que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», extrayendo de ahí la conclusión de que, correspondiendo a los poderes públicos, y particularmente al legislador, actualizar paulatinamente los grandes principios constitucionales («de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron»), incumbe al propio Tribunal, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dotar a las normas de un contenido que permita «leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta», en realidad, se deduce, por un lado, que el Tribunal está condicionando la interpretación del texto constitucional a la actuación del legislador, lo que inevitablemente conlleva una degradación o debilitamiento de la superioridad jerárquica de la propia Constitución frente a la ley; y, por otra parte, y en la misma línea, que el texto constitucional admite diversas lecturas, en función de cuáles sean los problemas contemporáneos o las exigencias de la sociedad actual necesitados de respuesta. Esta forma de enfocar la cuestión resulta, verdaderamente, muy cuestionable, porque hace depender la interpretación del texto constitucional de normas inferiores o de necesidades externas a la propia Norma Suprema, cuando, en realidad, la operación debería ser justamente la contraria: leer la ley y los problemas o necesidades actuales a la luz de la Constitución, a fin de indagar si aquella, la ley, respeta lo que establece la Constitución, y si esta ofrece respuestas a las necesidades detectadas, lo que no tiene por qué ser necesariamente así.

En el concreto caso objeto de esta sentencia, el Tribunal Constitucional debía limitarse a decidir si era, o no, constitucional la ley recurrida (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), en virtud de la cual se añade un segundo párrafo al artículo 44 CC que dispone lo siguiente: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Solo se trataba de eso, de decidir si esta prescripción era o no conforme con el art. 32.1 CE («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»). Y para llegar a la conclusión a la que arribó no era preciso —como ya se ha señalado— apelar a la mencionada interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo», sino que hubiera bastado con constatar, en primer lugar, que no existía una prohibición constitucional expresa del matrimonio entre personas del mismo sexo, por más que el constituyente, cuando redactó el art. 32.1 CE ni siquiera contemplase esta posibilidad, dado que en aquel

momento, e incluso tiempo después, era comúnmente aceptado que el matrimonio era una institución reservada a la unión entre un hombre y una mujer.

En segundo término, el Tribunal debía haberse limitado a comprobar si el entendimiento del art. 32.1 CE se había visto modificado como consecuencia de la diferente concepción que en la sociedad se fue teniendo paulatinamente de la propia institución matrimonial. De hecho, se trataba de aplicar su propia doctrina, pues, si bien en relación con otra garantía institucional, esa era una posibilidad que, desde temprano, el propio Tribunal Constitucional había contemplado. Cabe recordar, a este respecto, que ya en la STC 32/1981 se afirmó que la garantía institucional no protege un contenido concreto de la institución de que se trate (el matrimonio, en este caso), sino su preservación «*en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*», lo que abre la puerta al legislador para regular, dentro de ese marco, el contenido de la institución de acuerdo con sus preferencias. Y es que, en efecto, la garantía institucional del matrimonio —o su imagen maestra—, aunque ostenta unos rasgos característicos que permiten hacerla reconocible en cada momento histórico, tiene otros que pueden variar con el paso de los años, tal y como, de hecho, ha sucedido en diferentes momentos, sin que ello suponga desfigurar la institución. Es cierto que, hasta hace poco, el matrimonio, como institución, en nuestra cultura (social, política y jurídica) estaba reservado a la unión de un hombre con una mujer; sin embargo, desde el último tercio del siglo XX, y, de manera más acentuada, en los primeros años del siglo XXI, esa concepción comienza a transformarse como consecuencia de otras transformaciones más profundas, que tienen que ver, entre otras cosas, con el proceso de secularización de la sociedad (que, de forma evidente, afectó a la concepción de la institución matrimonial), y, de manera decisiva, con el modo de entender socialmente, primero, y jurídicamente, después, la propia homosexualidad (que pasó de ser una condición personal perseguida y sancionada a ser aceptada como «algo normal o natural»). Ello permitió que, al menos en los países de nuestro entorno, las personas homosexuales viesen progresivamente reconocidos derechos y libertades que con anterioridad no disfrutaban, entre ellos, el derecho a contraer matrimonio (Arroyo, 2013: 6 ss.). En todo caso, lo relevante, a los efectos que aquí más nos interesan, es que esas transformaciones sociales (con su correspondiente reflejo jurídico), que han acabado modificando un elemento tan esencial de la institución como es el relativo a los sujetos titulares del contrato (civil) de matrimonio, no han supuesto una deformación de su imagen maestra. El matrimonio, como institución, sigue siendo reconocible, con independencia de que los contrayentes sean personas de diferente o del mismo sexo.

Este enfoque de la cuestión permite llegar a una solución idéntica a la que alcanzó el Tribunal Constitucional en su sentencia 198/2012, pero por un camino bien distinto, evitando, así, caer en los riesgos de la llamada interpretación evolutiva, en tanto que un uso desmedido de la misma, en último término, podría conducir a una (inaceptable) mutación de la Constitución. Y es que conviene recordar que «no es la Constitución la que se adapta a los nuevos tiempos porque

su contenido sea susceptible de variadas y contradictorias interpretaciones, de acuerdo con un criterio hermenéutico, el evolutivo, que podría poner en serio riesgo el valor normativo de aquella, sino que, en este concreto caso, es una institución a la que la Constitución se remite, el matrimonio, la que experimentado un cambio paulatino, pero sustancial, en su imagen maestra, lo que ha llevado a que la misma, antes reservada a personas de sexo diferente, se haya podido abrir ahora, desde 2005, a personas del mismo sexo, por decisión del legislador democrático (y, repito una vez más, porque el texto constitucional no contenía una prohibición expresa que impidiera a este hacer algo así)» (Arroyo, 2013: 7-8).

A estos argumentos principales que permiten defender la constitucionalidad de la Ley 13/2005, se pueden sumar otros que también tienen su importancia: el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos, en este caso, el derecho a contraer matrimonio (arts. 14 CE), salvo que la Constitución así lo determine, más aun teniendo en cuenta que el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 41/2006, de 13 de febrero, sostuvo que la orientación sexual, a pesar de no ser una de las causas expresamente mencionadas en el art. 14 CE, también se encuentra amparada por este precepto. En directa relación con ello se encuentra el hecho de que con esta decisión el legislador, como poder público, no está más que haciendo realidad un mandato constitucional previsto en el art. 9.2 CE: «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Además, permitir a las personas del mismo sexo contraer matrimonio es una decisión legislativa que encaja perfectamente con dos valores constitucionales de la máxima relevancia, reconocidos expresamente en el art. 10.1 CE: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, se ha de tener presente que lo que hace la Ley 13/2005 es ampliar el disfrute de un derecho a favor de un grupo de personas que antes lo tenían vedado, sin limitar o afectar negativamente a las personas que ya tenían reconocido ese derecho. Finalmente, y como argumento *ad abundantiam*, no hay que desconocer tampoco que el hecho de permitir, como lo hace la Ley 13/2005, que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, no ha traído consigo la necesidad de alterar otros contenidos (derechos y obligaciones, básicamente) propios de esta institución regulados en el Código civil, lo que resulta claramente indicativo de que el objeto y la finalidad de la institución matrimonial permanecen inalterados por el hecho de que se permita a dos hombres o dos mujeres acogerse a ella. Como es evidente, este argumento no puede ser utilizado para defender la constitucionalidad de la Ley 13/2005, ya que una ley jamás puede servir como parámetro de constitucionalidad de otra; no obstante, sí que puede servir para reforzar su oportunidad o conveniencia, pues una vez reconocida la prohibición de someter a las personas a discriminación alguna por razón de su orientación sexual, no había motivo para seguir impidiéndoles el acceso a una institución básica de la organización social y el disfrute de un derecho constitucional como el matrimonio.

IV. ... LA EUTANASIA ...

La esperanza que en 2013 manifestaba de que en el futuro el Tribunal Constitucional abandonara el empleo de este método hermenéutico de tradición anglosajona (interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo») por los peligros que conlleva, sobre todo, para la vigencia del principio democrático y el carácter normativo de la Constitución, se vio frustrada diez años más tarde, con las sentencias que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo⁷ y 94/2023 de 12 de septiembre⁸), por un lado, y contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (STC 44/2023, de 9 de mayo⁹), por el otro.

En estas resoluciones, que, al igual que la anterior relativa al llamado «matrimonio igualitario», versaban sobre asuntos de gran trascendencia política y social, el Tribunal, en efecto, no solo recuperó el empleo de ese criterio interpretativo (en términos prácticamente idénticos a los ya establecidos en 2012), sino que, además, lo hizo yendo mucho más allá de lo que fue en esta pionera resolución, pues, si bien en todos los casos tenía que juzgar la constitucionalidad de unas decisiones legislativas que reconocían un derecho que no se encontraba expresamente previsto en el ordenamiento jurídico (el matrimonio entre personas del mismo sexo, el aborto libre durante las primeras catorce semanas de embarazo y el derecho al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa cuando concurre un determinado contexto), en estos dos últimos supuestos, a diferencia de lo que decidió en relación con el primero de ellos, el Tribunal no solo no consideró inconstitucionales las leyes impugnadas, sino que, además, entendió que los derechos que las mismas reconocían no eran meros derechos legales, sino que tenían carácter constitucional (o, incluso, fundamental), dada su conexión directa con derechos, principios y valores reconocidos en la propia Constitución (integridad física y moral, igualdad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, básicamente).

Esta diferencia, como ya se habrá adivinado, tiene gran importancia, pues mientras que, en el primer caso (el del matrimonio igualitario), el Tribunal simplemente consideró que la decisión adoptada por el legislador era una de entre otras posibles, de modo que, en el futuro, podría modificarla, en los otros dos supuestos (eutanasia y aborto), sin embargo, parece quedar excluida tal posibilidad, ya que un legislador futuro difícilmente podría contradecir una disposición que —según el Tribunal— tiene carácter constitucional.

⁷ Que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso.

⁸ Que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

⁹ Que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

Si nos centramos ahora en la primera de las cuestiones (eutanasia), el Tribunal sostiene en su sentencia 19/2023, de manera que admite pocas dudas, lo siguiente: «Descartado el reproche de incompatibilidad con la debida protección de la vida y con los principios rectores citados, ha de rechazarse también la alegación relativa a la carencia de fundamento constitucional de la eutanasia activa directa en contextos de sufrimiento extremo como los cubiertos por la Ley Orgánica impugnada. (...) tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral —integridad personal, en definitiva— del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida y que resulta amparado en la Constitución. (...)

(ii) En conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad personal del art. 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica.

En una situación extrema de este tipo, la decisión relativa a cómo y cuándo finalizar la propia existencia afecta de manera insuperablemente intensa a los derechos a la integridad física y moral de la persona afectada, así como al libre desarrollo de su personalidad y, de manera muy destacada, a su dignidad, principio que viene a condensar en última instancia el significado más profundo de la opción constitucional que en este específico contexto deriva de los arts. 15 y 10.1 CE. (...)

(...) ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales —por más que extrema y fatal— de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia. Se trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución. (...)

(iii) Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la

asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal. Tal ayuda puede ser necesaria tanto para materializar en última instancia la voluntad de poner fin a la propia vida como para poner a su disposición los medios que le permitan acabar su vida de manera segura e indolora, o dicho de otro modo, digna.

De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos —en primer término, al legislador— permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello. Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno —mediante la prohibición o la ausencia de regulación— a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE. (...)

Una aproximación similar a la expuesta ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, tras encuadrar en el art. 8.1 CEDH el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la vida, afirma que «impedir por ley que una persona ejerza su elección para evitar lo que, a su juicio, constituirá un final indigno y doloroso de la vida» puede suponer una injerencia en tal derecho (Mortier c. Bélgica, § 135, con ulteriores referencias).

Aunque la cita es muy extensa, creo que está bien justificada porque, como se apuntaba con anterioridad, deja bien a las claras que para el Tribunal Constitucional el derecho reconocido en la Ley Orgánica 3/2021 (derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos), es, en realidad, un derecho fundamental, que se encontraba «oculto» en la penumbra de los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)¹⁰. Es más, el Tribunal llega incluso a afirmar que la Constitución demanda a los poderes públicos, y antes que nadie, al legislador, que permitan que terceros puedan prestar ayuda a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, y que se encuentre en el mencionado contexto eutanásico, habilitando los medios necesarios para ello.

10 Aunque en la sentencia 94/2023 el Tribunal no altera sustancialmente los argumentos empleados en la STC 19/2023, sí que insiste con menos vigor en la conexión del «nuevo» derecho a la eutanasia con el derecho fundamental a la integridad física y moral en relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, tal y como apunta con toda intención García Torres (2024: 393), haciendo eco de lo ya señalado en el voto particular formulado a dicha sentencia por la magistrada Espejel.

De este modo, el Tribunal parece cerrar la vía a una eventual futura regulación de esta cuestión que no responda a las exigencias que —según el propio Tribunal— se derivan de la Constitución (a partir del «descubrimiento» que ha llevado a cabo de este derecho, gracias a la ayuda del propio legislador). De este razonamiento parece derivarse, en efecto, que el legislador de 2021 lo único que ha hecho ha sido desarrollar un derecho que, en realidad, ya se encontraba reconocido (aunque no se mostrase abiertamente) en la propia Constitución, bajo el manto del derecho a la integridad física y moral a que se refiere el art. 15 CE. Descubierto ese derecho (fundamental) queda vedada la posibilidad de que el legislador futuro pueda vulnerar su contenido (esencial) mediante una regulación que impida a un tercero prestar ayuda a morir a una persona que así lo demande y que se encuentre en un determinado contexto (eutanásico).

Es esta, precisamente, la razón principal que lleva al magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla a discrepar de la mayoría en su voto particular a esta sentencia, en los términos siguientes: «(...) no puedo compartir las razones por las que la sentencia desestima la queja principal de los recurrentes, y que se basan en el alumbramiento de un pretendido «nuevo» derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, que se correspondería con un correlativo deber de los poderes públicos (singularmente del poder legislativo) de contribuir a su efectividad. (...) aunque se admitiera que la queja de los recurrentes debía desestimarse, pues cabe sostener que no existe una prohibición constitucional incondicional de regular la eutanasia, estimo que era de todo punto innecesario acometer una construcción dogmática como la que realiza la sentencia de la que discrepo, que incurre en el claro exceso de pretender limitar las legítimas opciones del legislador en esta delicada cuestión. La pluralidad de opciones que la Constitución abre al legislador derivan de la concepción de la misma como un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para permitir alternativas diversas, sin que necesariamente se imponga una de modo exclusivo y excluyente salvo en aquellos puntos en que la Constitución de modo inequívoco e incondicionado lo establezca. En fin, la pluralidad de opciones abiertas por la Constitución no es, en definitiva, más que la expresión del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). (...) Con ello, la ponencia se sitúa fuera de los márgenes del control de constitucionalidad que a este tribunal corresponden, pues reconocer derechos fundamentales es una potestad del Poder Constituyente, no de los poderes constituidos y, por tanto, no lo es del Tribunal Constitucional».

En la misma línea, la magistrada Concepción Espejel Jorquera, en su voto particular, sostiene que la sentencia de la que disiente: «desborda los límites de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional (...) y, en vez de limitarse a analizar si la opción legislativa se acomoda o no a la Constitución, consagra la eutanasia como derecho fundamental. (...) De este modo, la sentencia desborda el control de constitucionalidad que debería efectuar en los términos recogidos en las SSTC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3, y 191/2016, de 15 de noviembre,

FJ 3, entre otras, citadas en la STC 112/2021, de 13 de mayo; impone una rigidez normativa que excluye otras opciones legítimas del legislador, constriñéndolo al excluir la reversibilidad de las decisiones normativas, inherente a la idea de democracia, proclamada, entre otras, en SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 6, y 224/2012, de 29 de noviembre, FJ 11. Finalmente, soslaya que la vía para la creación de derechos fundamentales *ex novo* sería la reforma constitucional (...».

Y es que resulta patente que una cosa es mantener que una ley que reconoce un nuevo derecho no es inconstitucional, pudiéndose incluso sostener que dicho derecho legal entraña directamente con otros derechos, principios y/o valores constitucionales, y otra muy distinta afirmar que a partir de la creación legal de un derecho el Tribunal Constitucional puede «descubrir», haciendo uso de un determinado criterio hermenéutico (interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo»), un derecho fundamental que se encontraba oculto bajo la sombra de otro expresamente reconocido y garantizado en la Constitución. Lo primero no plantea ningún problema, en la medida en que cada órgano constitucional (el Parlamento, por un lado, y el Tribunal Constitucional, por el otro) se limita al cumplimiento de la función que tiene constitucionalmente encomendada; lo segundo, sin embargo, sí resulta más problemático, ya que puede afectar a la división de poderes, al principio democrático e, incluso, al propio valor normativo de la Constitución¹¹.

Como se ha defendido más arriba, el Tribunal Constitucional debe de ser deferente con el legislador, salvando, siempre que sea posible, la validez de la ley sometida a su enjuiciamiento, aunque, en supuestos muy concretos, ello pueda incluso «obligarle» a establecer una determinada interpretación de aquella a fin de que la misma se pueda considerar conforme con la Constitución (son las conocidas como sentencias interpretativas, en sus diversas variantes, algunas más controvertidas que otras). Pero, de igual modo, el Tribunal Constitucional ha de practicar la autocontención (*self-restraint*) para no arrogarse funciones que no le corresponden, por mucho que sea el máximo intérprete de la Constitución y su supremo valedor o defensor.

A este respecto, creo que no habría especiales dificultades para sostener que en aquellos casos en que existe una conexión muy estrecha entre un derecho fundamental explícitamente reconocido en la Constitución y determinadas facetas o manifestaciones del mismo que no se encuentran expresamente mencionadas en el propio texto constitucional, pero que se pueden deducir fácilmente de su contenido, porque presenten unidad conceptual, sirvan a la misma finalidad, y se puedan considerar, a mayor abundamiento, vinculables a alguno o algunos de los

11 Firme defensor de la posibilidad de creación judicial de derechos fundamentales, diferenciando, a tal efecto, entre derechos implícitos, conexos y transformados, se muestra Rey (2024: 560 y ss), si bien también reconoce que «lesiona el principio de separación de poderes el exceso de jurisdicción que supone crear derechos fundamentales nuevos sin relación significativa alguna con los derechos y principios reconocidos en el texto constitucional».

principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, también previstos en la propia Constitución, tales facetas o manifestaciones ostentan la misma «fundamentalidad» que el derecho del que traen causa. También creo que es importante, a este respecto, que exista un amplio consenso político y social sobre la conveniencia de que dichas manifestaciones del derecho obtengan reconocimiento constitucional.

Pues bien, me parece que en el caso que ahora nos ocupa, la eutanasia activa directa y el suicidio asistido, no es evidente, ni mucho menos, que una y otro se puedan considerar manifestaciones del derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE, entre otras cosas porque entre este derecho y aquellas supuestas manifestaciones del mismo no existe unidad conceptual ni finalidad común, ya que mientras que el primero, básicamente, lo que hace es protegernos, expresado de manera muy sucinta, frente a agresiones provenientes de terceros, el derecho a recibir ayuda para morir, aunque sea en un contexto eutanásico, demanda, por el contrario, una actuación de terceros encaminada a poner fin a nuestra vida¹². Además, resultaba igualmente patente que el reconocimiento de estos derechos (legales) no era una demanda unánime de la sociedad; por el contrario, existía (cuando se aprobó la ley e, incluso, hoy en día) un fuerte debate político y social sobre su conveniencia o necesidad. Naturalmente, que ello sea así no quiere decir que el legislador no pueda tomar la decisión de reconocer ese derecho, tal y como hizo, con toda razón, a mi juicio (Arroyo, 2019), porque no existía ningún impedimento constitucional para ello. Incluso, el legislador podría haber considerado que existían «buenas razones constitucionales» para aprobar esa legislación reguladora de la eutanasia, al entender que una determinada interpretación de ciertos derechos, principios y valores constitucionales animaba a ello. Ahora bien, eso no significa, como en el fondo vino a sostener el Tribunal en la sentencia que ahora nos ocupa, que esa decisión del legislador fuera la única posible, pues eso supone, entre otras cosas, cerrar jurídicamente un debate político y social que está abierto y que solo puede cerrar el poder constituyente (constituido)¹³.

El Tribunal Constitucional, con esta sentencia, se ha deslizado, en mi opinión, por una pendiente resbaladiza «peligrosa», en tanto que, por un lado, se sitúa en una posición que no le corresponde, y al hacerlo, por otro, se coloca a sí mismo en el centro de la disputa política (y social), quedando sujeto, en

12 García Torres (2024: 397-398) lo expresa con claridad: «Sería paradójico entender que un derecho a morir por propia decisión pudiera cobijarse en el derecho a la integridad física: la muerte no preserva sino que destruye la ‘integridad física’ o corporal, la desintegra». De ahí que el derecho a la integridad moral le parezca mejor candidato para amparar el derecho a la eutanasia.

De otra opinión, Rey (2024: 568), para quien con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal «no se tensiona (...) de modo alguno el tenor literal del art. 15 CE porque la idea de ‘integridad personal’ es lo suficientemente abstracta como para incorporar esta nueva dimensión sin problema alguno».

13 Una crítica global contra la posibilidad de que los altos tribunales mediante sus decisiones cierren debates sobre los que la sociedad se encuentra dividida en Waldron (2015).

consecuencia, a una crítica, igualmente política y social, que, en buena medida, podría haber evitado si se hubiera limitado a señalar que la ley recurrida no era constitucional. Al fin y al cabo, eso era todo lo que se le pedía.

La mejor prueba de los riesgos asumidos por el Tribunal al fallar como lo hizo en esta sentencia se pone de manifiesto mediante la formulación de un par de preguntas que, aunque respondan a un mero juego de ciencia jurídica ficción, resultan, cuando menos, incómodas: ¿Qué sucedería en el caso de que un futuro legislador, por una amplia mayoría, decidiera derogar la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, estableciendo, de nuevo, una sanción penal para los supuestos que la misma contempla? ¿Sería esa regulación constitucional por ser contraria a un derecho fundamental escondido bajo la penumbra del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE? ¿No podría entender un futuro Tribunal Constitucional renovado que, en realidad, ese derecho fundamental no existe como tal y que, en consecuencia, la nueva regulación sancionadora de la eutanasia es constitucional?

Aunque resulte aventurado adelantar una respuesta, no parece descabellado imaginar que esa ley (de nuevo) sancionadora de la eutanasia, con independencia de la opinión que nos merezca (en mi caso, adelanto que muy negativa), podría llegar a aprobarse, y que ese renovado Tribunal Constitucional podría considerarla constitucional. Y, en tal caso, ¿en qué situación quedaría el valor normativo de la Constitución? Los derechos fundamentales son demasiado importantes como para quedar al albur de las fluctuantes mayorías parlamentarias y de las variables composiciones del Tribunal Constitucional. Desde luego, este, dadas las relevantes funciones que tiene constitucionalmente atribuidas, puede dotar de contenidos concretos a los derechos fundamentales, revelando facetas de los mismos que no se encuentran explicitadas en el texto constitucional. Pero esa delicada labor ha de llevarla a cabo el Tribunal Constitucional con mano temblorosa, cuando se cumplan determinadas condiciones a las que más adelante me referiré, y siendo siempre consciente de que es el poder constituyente el responsable de la adopción de las decisiones básicas que rigen a la comunidad política, entre las que, por supuesto, se encuentran los derechos fundamentales, que, en conjunción, son los que dotan de contenido a la cláusula de la «dignidad humana» (art. 10.1 CE).

V. ...Y EL ABORTO, ...

Finalmente, el Tribunal Constitucional también optó por acudir a la interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo» para resolver un recurso de inconstitucionalidad que llevaba pendiente de respuesta aproximadamente trece años, en los que tuvieron lugar diversas vicisitudes políticas y alternancias en los Gobiernos nacionales, y que, al igual que sucedía con los anteriores, se refería a una cuestión controvertida, de gran calado social y político: la interrupción voluntaria del embarazo (simplificadamente, el aborto).

Fue, en efecto, a través de la STC 44/2023, de 9 de mayo, que, por fin, se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Una sentencia en la que, de nuevo, el Tribunal, tras establecer como premisa que «[e]n el desarrollo de su labor de control (...) debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico», procede, a continuación, a reproducir, en sus términos literales, lo establecido, por vez primera, en la STC 198/2012 relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo: «la Constitución es un «árbol vivo» [...] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad (...)» [FJ 2.B.a].

Con fundamento en estas consideraciones, entre otras, y aunque de manera algo más matizada que en el caso anterior (eutanasia), el Tribunal también considera que «la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)» [FJ 3.B.b]).

De este modo, parece que el Tribunal también asume que el aborto es una manifestación de un derecho fundamental expresamente reconocido en el texto constitucional —el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)—, en conexión con dos principios constitucionales que ofrecen asimismo cobertura a esta conclusión: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Por eso, no puede extrañar que los votos particulares formulados por los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Triboño (conjunto) y por Concepción Espejel Jorquera se muestren especialmente críticos con esta creación jurisprudencial del derecho (¿fundamental?) a la interrupción voluntaria del embarazo. Son particularmente expresivas las palabras con las que los primeros hacen referencia a ello: «En nuestro ordenamiento un derecho fundamental es un derecho creado por la Constitución (un derecho constitucional, pues) y vinculante por ello para todo poder público. Es decir, un derecho que, por su definición en la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, se impone incluso al legislador, y desde luego también al intérprete supremo de la norma fundamental. No le corresponde al Tribunal Constitucional, por tanto, reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente. La realidad social puede conducir a que se manifieste incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma

constitucional. El Tribunal Constitucional debe limitarse, al llevar a cabo el enjuiciamiento de una ley, a examinar si la concreta opción legislativa plasmada en la ley impugnada respeta o contradice la Constitución. Cualquier otra operación excede el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal».

Más allá de esta desaprobación general sobre el alcance de la sentencia, los magistrados discrepantes señalan también en sentido crítico que: [n]o le corresponde (...) al Tribunal Constitucional declarar que el sistema o modelo de plazos implantado por la Ley Orgánica 2/2010 (o cualquier otro «modelo legal») es, como tal conforme con nuestra Constitución (y menos aún que es el más adecuado al texto constitucional). Lo que le corresponde a este tribunal, de acuerdo con la Constitución y su ley orgánica a las que está sometido (art. 1.1 LOTC), como la propia sentencia recuerda, es enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los concretos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010 impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad (arts. 27.1 y 28.1 LOTC)».

En definitiva, en opinión de estos magistrados, con esta sentencia el Tribunal Constitucional ha incurrido en un exceso de jurisdicción: «En efecto, la sentencia de la que disentimos no se limita a analizar si la concreta opción regulatoria plasmada por el legislador en el texto legal sujeto a enjuiciamiento respeta o desborda los límites constitucionales, sino que, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal, viene a reconocer un nuevo derecho fundamental, que identifica como «derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo», anclado en el art. 15 CE (en conexión con el art. 1.1 CE y el art. 10.1 CE), del que se sigue el deber constitucional de los poderes públicos (singularmente, del legislador) de garantizar su efectividad, lo que no es sino un modo de afirmar el carácter prestacional de este nuevo derecho construido *ex novo* por la sentencia. Con ello, al socaire de la pretendida «interpretación evolutiva» de la Constitución, se da un paso más lejos que la citada STC 198/2012, que en ningún momento llegó a deducir del texto constitucional un pretendido derecho fundamental de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio».

Si bien esta crítica de los magistrados discrepantes requeriría también de algunas matizaciones, en particular sobre el significado y alcance de la labor hermenéutica del texto constitucional que le incumbe realizar al Tribunal Constitucional, en cuyo ejercicio sí sería posible, en mi opinión, que este, bajo determinadas circunstancias, pudiese acabar «sacando a la luz» alguna faceta o manifestación «oculta» de algún derecho fundamental expresamente reconocido, aspecto sobre el que después volveremos, lo cierto es que, en esencia, se trata de una crítica justificada, en tanto que pone de manifiesto los riesgos que para el principio democrático, la división de poderes y el valor normativo de la Constitución tiene la aplicación de la llamada interpretación evolutiva.

Quizás el flanco más vulnerable de la sentencia que ahora nos ocupa, de modo similar a como sucedía con la relativa a la eutanasia, antes analizada, tenga que ver

con el hecho de que el Tribunal parece sostener que cualquier faceta o manifestación de un derecho fundamental que el legislador se encargue de «descubrir» y el Tribunal considere conforme con la Constitución (o que, directamente, el propio Tribunal haga aflorar) merece recibir esa misma consideración de constitucional o fundamental. Sin embargo, esto resulta muy discutible, pues una cosa es que el Parlamento decida crear un nuevo derecho (legal, por tanto), por más que el mismo presente conexiones con algún derecho, principio y/o valor constitucional expresamente reconocido como tal, y otra muy diferente que ese nuevo derecho creado por el legislador, pese a presentar esas conexiones, sea un derecho constitucional o fundamental. Para que esto se pueda defender es preciso que se den una serie de requisitos o condiciones que es dudoso que concurran en el caso presente (aborto). A ellas me referiré en el apartado final del trabajo, a modo de conclusión.

Baste aquí con anticipar que, como resulta, por otra parte, evidente, no parece que sea suficiente para que esas manifestaciones de algún derecho constitucionalmente reconocido expresamente se puedan considerar asimismo derecho constitucional o fundamental, el hecho de que las mismas se puedan concebir, además, como expresión de una genérica libertad de actuación (libre desarrollo de la personalidad) o de la aún más genérica dignidad humana (Díaz Revorio: 2024, 303), principios que ostenten una privilegiada relevancia en el seno del ordenamiento jurídico, al considerarlas la propia Constitución «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). Es preciso, además, que se cumplan otras condiciones que permitan concluir que, en realidad, dichas manifestaciones se encuentran tan estrechamente vinculadas al derecho fundamental en cuestión que las mismas no pueden ser sino consideradas asimismo reflejo de dicho derecho, ostentando su misma consideración. Y es que el respeto que merecen la mera libertad de actuación o el libre desarrollo de la personalidad, siempre que no entren en conflicto con otros bienes o derechos constitucionales, no convierten a todas sus manifestaciones en derechos constitucionales o fundamentales.

En el caso del aborto, además, no se puede perder de vista que no solo está en juego la libertad de la mujer gestante para tomar decisiones libremente sobre su propia vida (si continuar o no adelante con la gestación); además, hay otro bien constitucional muy valioso merecedor de protección: la vida humana en formación. La decisión adoptada por el legislador en 2010, al sustituir el antiguo sistema de supuestos por otro de plazos, supuso un cambio completo de paradigma sobre el modo de afrontar la cuestión. Mientras que de acuerdo con la ley anterior (cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal en la STC 53/1985), el aborto era una práctica de carácter delictivo y, en consecuencia, penalmente sancionable, salvo en determinados supuestos que la propia ley delimitaba, de acuerdo con la ley vigente de 2010 la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho que se reconoce a la mujer gestante y que esta puede ejercer libremente durante las primeras catorce semanas de embarazo. El paso que decidió dar el legislador en 2010 fue muy relevante, y también muy controvertido. Que desde que se aprobó la ley hasta que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad

interpuesto contra ella hubieran transcurrido trece años, en los que, entre otras cosas, tuvieron una amplia mayoría parlamentaria los diputados pertenecientes al mismo grupo parlamentario que aquellos que, en su momento, interpusieron el recurso, sin haber propuesto una reforma sustancial de dicha ley, puede ser indicativo de que la aceptación política y social de esta se había ido consolidando; sin embargo, eso no convierte al derecho que la misma reconoce en un derecho constitucional o fundamental. Ni siquiera el intento de reforzar la argumentación que hace el Tribunal, con apelaciones al derecho comparado y, de manera especial, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es suficiente para convertir un mero derecho legal en un derecho constitucional.

Y es que la naturaleza del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es muy diferente a la del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Mientras que este, como hemos señalado más arriba, sirve, básicamente, como baluarte frente a los ataques o agresiones provenientes de terceros (ya sean los propios poderes públicos, ya sean particulares), aquel sirve al fin de garantizar que la mujer embarazada, que así lo decida libremente dentro de las catorce primeras semanas de gestación, pueda poner fin a su embarazo con ayuda médica. Difícilmente se puede sostener que este derecho entraña conceptualmente con aquél, hasta el punto de que uno (el derecho a la integridad física y moral) no pueda entenderse sin su vinculación con el otro (el aborto, tal y como ha sido configurado por la ley de 2010). De hecho, sostener algo así va en contra de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en 1985 consideró que la ley de entonces, tan diferente a la actualmente vigente, como hemos visto, era constitucional. Lógicamente, el Tribunal no está sujeto a su propia jurisprudencia, pero si lleva a cabo un cambio tan trascendental de la misma como el que ha sucedido con ocasión de la sentencia que ahora nos ocupa, debería, cuando menos, justificarlo con detalle, ya que, en caso contrario, se genera una confusión y «malestar» en la comunidad jurídica¹⁴ y, en general, en la sociedad, innecesarios. Y es que no es fácilmente digerible que durante años hayamos estado confiados en que la ley de supuestos del aborto de 1985 era perfectamente constitucional hasta su sustitución por la de plazos de 2010, y que en 2023 descubramos que, en realidad, la única ley constitucional es esta última, en tanto que desarrolla un derecho que ya se encontraba implícito en el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, con las radicales consecuencias que ello tiene de cara a la vigencia del principio

14 Aunque desde posiciones muy diferentes, se han mostrado críticos con esta sentencia del aborto (y/o también con la de la eutanasia), entre otras razones, por los motivos señalados en el texto principal, entre otros muchos, Reviriego (2023); Sieira (2023); García Torres (2024); Simón (2024); Montalvo (2025).

El propio Rey (2024), firme partidario de considerar posible la creación de nuevos derechos fundamentales a través de la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, considera que la aplicación de la doctrina del «árbol vivo» en la sentencia del aborto es «esquemática, superficial y rutinaria» (569); de hecho, duda de que «para alcanzar el resultado exegético de ampliación de contenido de derechos fundamentales ya reconocidos [sea] realmente necesario acudir a la doctrina del *living tree*» (571).

democrático: de ahora en adelante el legislador no podrá afectar al contenido esencial de dicho derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, tal y como ha sido perfilado en la ley referida de 2010.

En relación todavía con la distinta naturaleza del derecho a la integridad física y moral y el derecho al aborto, se ha de tener en cuenta también que, en este último, tal y como ya se ha señalado, además de la libertad de la mujer gestante, nos encontramos con «un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental» (el *nasciturus*), «que encarna un valor central del ordenamiento constitucional» (STC 53/1985, de 11 de abril - FFJ 7 y 9); tanto es así que en el Título IV del Código Penal se prevé un castigo para quien provoque una lesión al feto o una enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica (art. 157 CP).

Así las cosas, es evidente, por tanto, que derecho a la integridad física y moral y derecho al aborto son conceptualmente distintos. De ahí que resulte forzoso entender, como ha hecho el Tribunal Constitucional, que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), por más que aquel se considere una «manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida», y que ambos (como todos, por cierto) se encuentren en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

Por eso, es más que cuestionable la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en esta sentencia. Si se hubiera limitado a declarar la constitucionalidad de la ley no habría habido mayor problema, pues podría considerarse que el legislador ha adoptado una decisión ponderada, con fundamento constitucional, en la que ha primado la libertad de la mujer gestante para tomar decisiones en relación con la continuación de su embarazo sobre la protección que merece el feto durante las primeras semanas de gestación. Pero el paso que dio, al sostener que ese derecho de creación legal, en realidad, es una manifestación de un derecho fundamental (integridad física y moral: art. 15 CE), ostentando, en consecuencia, la misma consideración que este, constituye un exceso difícilmente justificable, dada la diferente naturaleza de uno y otro derecho, con las consecuencias que ello tiene, y que veremos a continuación.

VI. ...Y SUS RIESGOS PARA LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque ya se ha venido señalando a lo largo de todo el presente trabajo, me parece conveniente insistir en los riesgos que el empleo de la interpretación

evolutiva o doctrina del «árbol vivo» puede acarrear para la vigencia del principio democrático y el carácter normativo de la Constitución.

En los tres casos que hemos visto al Tribunal se le solicitaba que determinara si determinados preceptos de las leyes recurridas eran o no conformes con la Constitución. Simplemente eso. No se trataba, por tanto, de que el Tribunal decidiera si la opción adoptada por el legislador en cada uno de esos supuestos era mejorable o si, por el contrario, era la mejor posible, o la única posible. Habiendo distintas opciones constitucionalmente viables corresponde al Parlamento optar por una u otra. Y, dado el caso, revertir en el futuro su decisión, si así lo decide, aprobando otra ley, cuyo único límite seguirá siendo el respeto a la Constitución. Un sistema democrático que, como no puede ser de otro modo, se basa en el pluralismo político, debe necesariamente admitir que las decisiones adoptadas por un legislador puedan ser modificadas, o derogadas, por otro en el futuro. Evidentemente, la Constitución impone límites al legislador, que no podrá sobrepasar. Y el Tribunal Constitucional es el encargado de hacer valer esos límites cuando sea requerido para ello. Su decisión, por tanto, debería limitarse a señalar si la ley es o no conforme con la Constitución. Excepcionalmente, por la deferencia que ha de tener, en todo caso, con el legislador, el Tribunal podría establecer la interpretación que haría posible la constitucionalidad de la ley. Y de modo si cabe aún más excepcional podría decidir que la decisión adoptada por el legislador es la única que se puede considerar constitucional, en tanto que se deriva inexorablemente de la propia Constitución, dada la conexión directa, si hablamos de derechos, entre el reconocido por el legislador y el expresamente garantizado por el texto constitucional, al compartir uno y otro unidad conceptual y finalidad común. Salvo en estos casos, que, repito, serán absolutamente excepcionales, y necesitarán de una justificación suficiente, el Tribunal ha de limitarse a decidir si la ley recurrida es o no constitucional.

Por más que se pueda ver tentado a ello, el Tribunal tiene que ser consciente de que su función no es «mejorar» la Constitución, sino evitar que la misma se vea lesionada (por una decisión del legislador, en este caso). Es posible, en efecto, que el Tribunal llegue al convencimiento de que hay decisiones legislativas «más conformes» a la Constitución que otras. Y es justamente en ese momento en el que ha de darse cuenta de que está enfocando de manera errónea el sentido de la función que tiene constitucionalmente atribuida. No le corresponde, en efecto, determinar si una decisión legislativa es mejor o peor que otra, por mucho que ese juicio lo haga a la luz de lo que, en su opinión, la Constitución demanda. Se ha de limitar, por el contrario, a decidir simplemente si la concreta decisión adoptada por el legislador es o no conforme con la Constitución. Es eso lo que exige también la deferencia ante el legislador... futuro. Hacer lo contrario cercena la capacidad de este de adoptar decisiones que se separen de la anterior, aunque sean constitucionales. El Tribunal Constitucional está para garantizar el pluralismo político, que es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), no para limitarlo o estrecharlo, y, menos aún, para condicionarlo en función

de sus preferencias, por mucho que ellas vengan justificadas por una supuesta mejor adecuación a la Constitución. Sencillamente, esa no es su función.

El otro gran riesgo que la aplicación de la interpretación evolutiva trae consigo apunta directamente hacia el propio carácter normativo de la Constitución. Que la Constitución sea una norma muy singular no puede hacernos olvidar que, por encima de todo, es una norma y que, como tal, ha de ser interpretada, acudiendo, en primer lugar, a los criterios al uso previstos, a tal efecto, con carácter general, en el art. 3.1 Código civil, sin perjuicio de que podamos servirnos de otros *ad hoc* que puedan también coadyuvar a la hermenéutica constitucional. Aunque no nos podemos ocupar ahora de ellos, la cuestión que nos interesa resolver es si la llamada «interpretación evolutiva» (o doctrina del «árbol vivo») puede también servir a ese fin, o si, por el contrario, su empleo puede dificultar dicha tarea.

Aunque, en principio, la idea resulta sugerente (adaptar a las realidades del momento actual la interpretación de los preceptos constitucionales a fin de que los mismos puedan ofrecer respuesta a las necesidades de hoy en día), lo cierto es que esta es una operación de «alto riesgo», si no se tienen en cuenta una serie de requisitos o condiciones, que puede acabar desembocando en una devaluación o, directamente, pérdida del carácter normativo de la Constitución. No es solo que los preceptos constitucionales no puedan quedar al albur de lo que el legislador presente decida, aunque sea con la mera intención de dotarlos de actualidad, es que tampoco pueden depender simplemente de la interpretación que de los mismos haga el Tribunal Constitucional en cada momento, porque afirmar esto, sin más precisiones o matizaciones, es tanto como sostener que la Constitución no es una norma jurídica. Y lo cierto es que sí lo es, y no solo eso, sino que, además, es una norma que prevé su propia reforma, precisamente con el fin de irse adaptando a las nuevas realidades, si bien siguiendo un procedimiento agravado que la misma regula. La Constitución, en fin, es el producto final de la actuación del poder constituyente, y el Tribunal Constitucional, por más que sea su supremo intérprete, no es más que un poder constituido. Existen, por consiguiente, límites a la interpretación constitucional, también para el Tribunal. El primero, y más evidente, es el propio texto constitucional, la literalidad de cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Suprema. Como es natural, toda palabra es hija de su tiempo, y si bien hay muchas que no ven alterado su significado por el transcurso de este, puede haber otras que, sin embargo, sí pueden ir variando su significado, sobre todo aquellas que describen conceptos, derechos o instituciones que responden, en buena medida, a la imagen que de los mismos va teniendo la sociedad. Con un ejemplo lo podemos ver más claro: el art. 18.1 CE garantiza, entre otras cosas, el «derecho a la intimidad personal y familiar». Sin demasiado esfuerzo, todos somos conscientes de que lo que se entendía por intimidad en 1978 no es exactamente lo mismo que lo que por tal se entiende en 2025. Los avances tecnológicos habidos desde entonces han contribuido decisivamente a que los límites externos que protegen este derecho a la intimidad se hayan visto

claramente alterados. Y esa alteración ha contribuido también a que la percepción interna que cada persona tenga de su propia intimidad, en muchos casos, haya variado. Sin necesidad de entrar en más detalles, comprobamos que el término «intimidad» del art. 18.1 CE sigue siendo el mismo, casi cincuenta años después de su inclusión en el texto constitucional, pero su significado ya no lo es. Eso permite que el legislador pueda llevar a cabo nuevos desarrollos normativos bajo el amparo de este precepto o que el Tribunal Constitucional pueda, de igual modo, proceder a nuevas interpretaciones del alcance de ese derecho. En estos casos, no es que la Constitución se haya adaptado a las realidades presentes, mediante una interpretación evolutiva de la misma, sino que ha sido la evolución experimentada por la sociedad, la cultura o la tecnología la que ha ido dotando de nuevos significados a esos términos constitucionales. La diferencia, aunque parezca de mero matiz, tiene una gran importancia, pues mientras que en el caso de la llamada «interpretación evolutiva» lo que se busca es adaptar el texto constitucional a las nuevas realidades mediante un determinado proceso hermenéutico, en el supuesto antes descrito son las nuevas realidades las que han ido dotando de un nuevo significado a un término constitucional (un concepto, un derecho o una institución).

En la primera de las sentencias a las que nos referíamos anteriormente, la relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo, el Tribunal optó por llevar a cabo una interpretación evolutiva para llegar a una conclusión (constitucionalidad de la ley recurrida) a la que podría haber llegado por el otro camino: asumiendo que el significado de la institución matrimonial cuando se aprobó la ley en 2005 y cuando se dictó la sentencia en 2012 ya no demandaba inexcusablemente que los contrayentes fueran personas de sexo diferente, tal y como sí sucedía en 1978. Porque si bien el término «matrimonio» del art. 32.1 CE había permanecido inmodificado, lo que sí había variado era la percepción social que del mismo se tenía. Es cierto que el legislador tomó una decisión que se podría considerar pionera, adelantada incluso a la fuerza de la demanda social, pero también es verdad que esa decisión no era más que el reflejo de una realidad ya existente, que, como se comprobó después, se iba imponiendo cada vez en más países del mundo, sobre todo, en aquellos más cercanos a nuestro entorno político-jurídico. Enfrentado a la tarea de decidir si la ley era o no constitucional, el Tribunal optó, acertadamente, en mi opinión, por la primera alternativa, si bien, como se ha señalado ya, el argumento empleado para llegar a esa conclusión podría calificarse de erróneo e innecesario.

Con todo, en esta sentencia el Tribunal se limitó a salvar la constitucionalidad de la ley, sin «atreverse» a dar el paso de sostener que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho de raigambre constitucional, que se encuentra reconocido en el art. 32.1 CE. No cierra, en consecuencia, la puerta a que en el futuro el legislador pueda modificar la Ley 13/2005, a fin de considerar, de nuevo, que solo pueden contraer matrimonio personas de sexo diferente. Que algo así suceda será complicado, pues una vez que se reconoce un derecho a favor

de un colectivo tradicionalmente discriminado, la *vis* protectora del art. 14 CE se refuerza, poco menos que obligando a que la reversión de esa decisión sea reflejo de un radical cambio en la percepción social de la institución matrimonial, que seguramente vendría asociado a una transformación igualmente radical de la percepción social de la propia homosexualidad. Que esto, a muchos, entre los que me incluyo, nos pueda parecer indeseable, no impide que reconozcamos que tomarse en serio la Constitución (es decir, su carácter verdaderamente normativo) y el principio democrático obliga a asumir la posibilidad de esos cambios. De ahí que la demanda de llevar al texto constitucional el derecho legalmente reconocido tenga pleno sentido. Y es que para eso está la reforma de la Constitución.

En las sentencias sobre la eutanasia y el aborto, como sabemos, el Tribunal, haciendo igualmente uso de la interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo», llega a la conclusión de que las leyes recurridas no solo no son inconstitucionales, sino que además el derecho que cada una de ellas reconoce tiene fundamento o entraña con «el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad». De este modo, el Tribunal está reconociendo la condición de constitucionales o fundamentales a derechos de creación legal, al entender que los mismos, en realidad, se encuentran implícitos —por decirlo de este modo, aunque el Tribunal no lo exprese así— en el contenido de otro derecho explícitamente reconocido en el texto constitucional¹⁵. Esta operación deductiva, a la que llega el Tribunal poniendo en práctica una interpretación evolutiva de la Constitución, resulta muy cuestionable no solo porque pretenda vincular al legislador futuro a una decisión adoptada por el legislador presente, poniendo así en riesgo la vigencia del principio democrático, como señalamos con anterioridad, sino también porque debilita el carácter normativo de la Constitución, lo que se pondrá crudamente de manifiesto si algún día, en el futuro, el legislador decide revertir su decisión y el Tribunal Constitucional avala tal determinación. Algo que, por más que a algunos pueda parecerlo no deseable, no resulta, sin embargo, descartable. De suceder así, nos encontraríamos con que lo que durante un tiempo fue un derecho constitucional o fundamental ha dejado de serlo (por una decisión —insisto— del legislador avalada por el Tribunal Constitucional). De ese modo, inevitablemente, se vería desfigurada la propia concepción de lo que un derecho constitucional o fundamental significa, lo que, dada la relevancia que estos tienen para el entendimiento de lo que una Constitución es, redundaría, en último término, en una pérdida de valor de esta, en concreto, de su valor normativo, en tanto que Norma Suprema del ordenamiento jurídico. De suceder así, la pretensión de actualizar,

15 Así lo entiende Rey (2023: 330) en relación con las sentencias de la eutanasia; en su opinión, «aunque realmente sí podemos considerar que las sentencias en examen han transformado el sentido inicial del art. 15 CE, formalmente solo han hallado en la penumbra del art. 15 CE una facultad más, una facultad nueva, pero deducible tácita o implícitamente del mismo».

vía hermenéutica, el alcance del contenido de la Constitución habría derivado en todo lo contrario: en un debilitamiento o pérdida de su auténtico valor.

Por todas esas razones, y para evitar que la doctrina del «árbol vivo» acabe «matando» a la Constitución, seguramente lo más indicado sea abandonar ese método interpretativo, que, además, resulta extraño a nuestra tradición jurídica, e innecesario, dado que, sin incurrir en los riesgos que el mismo representa, se puede llegar, en muchos casos, a una conclusión similar mediante el empleo del criterio sociológico a que se refiere el art. 3.1 CC [«Las normas se interpretarán según (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»]¹⁶, en conjunción con los demás criterios a que el mismo refiere, y, dado el caso, acudiendo también a los que se pueden considerar más característicos de la interpretación constitucional.

VII. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores, además de tratar de demostrar las debilidades y riesgos de la llamada «interpretación evolutiva» o doctrina del «árbol vivo», se hizo referencia, en distintas ocasiones, a la posibilidad de que, cuando se cumpliesen determinadas condiciones o requisitos, el Tribunal Constitucional pudiera entender que, bajo el manto de algún derecho expresamente reconocido en la Constitución, se esconde alguna manifestación del mismo; una manifestación que podría hacer aflorar el propio Tribunal por iniciativa propia, en alguno de los múltiples procesos de que conoce, cuando, por ejemplo, se encuentre juzgando la validez de una ley que haya desarrollado dicha faceta del derecho constitucional de que, en cada caso, se trate.

Pues bien, para que ello sea posible la primera de las condiciones que se ha de cumplir, obviamente, es que exista una vinculación directa entre el derecho fundamental en cuestión y la manifestación del mismo «descubierta» por el Tribunal Constitucional¹⁷. No bastaría con descartar aquellas manifestaciones que fueran contra la literalidad del texto constitucional, tratando de hacerle decir lo

16. Rey (2024: 573), a diferencia de lo que sosteneremos aquí, parte de la premisa de que, en realidad, no existe diferencia entre el canon evolutivo a que hace referencia el Tribunal Constitucional y el canon sociológico, lo que no le impide sostener que «no tiene mayor sentido traer a las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional una doctrina que sólo es aplicable en su propio contexto nacional».

17. Esta es también la primera pauta a que se refiere Díaz Revorio (2024: 310 ss) en su enumeración de los requisitos que considera necesarios para la creación legítima de nuevos derechos fundamentales. En concreto, menciona los siguientes: 1) Necesario fundamento constitucional; 2) Calidad de la argumentación justificativa de la relación entre el fundamento y el nuevo derecho; 3) No puede crearse un nuevo derecho opuesto o contradictorio con el texto de la Constitución; 4) El respeto al precedente y el diálogo consigo mismo; 5) Criterio de deferencia: cuando el mandato constitucional no sea claro, es preferible respetar la decisión legislativa, con independencia de que esta establezca o no un «nuevo derecho»; 6) Existencia, o no, de consenso sobre la conveniencia de reconocimiento del derecho.

que, en absoluto, dice¹⁸, sino que sería preciso, además, que entre el derecho fundamental expresamente reconocido y su nueva manifestación o faceta existiese unidad conceptual y finalidad común. Como se ha puesto de manifiesto más arriba, es precisamente aquí donde, a mi juicio, yerran las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la ley de eutanasia y la ley del aborto, pues la naturaleza del derecho fundamental (a la integridad física y moral — art. 15 CE—) que supuestamente sirve de cobertura para reconocer el carácter de constitucionales (o fundamentales) de los derechos reconocidos por el legislador (suicidio asistido y eutanasia activa directa, por un lado, y aborto libre dentro de las catorce primeras semanas, por el otro) es muy diferente a la de estos.

En directa relación con esto, me parece relevante tener en cuenta la propia entidad de los derechos reconocidos por el legislador. Es decir, su dimensión conceptual y relevancia política y social. En los casos que nos ocupan creo que se aprecia con claridad lo que trato de decir. La eutanasia y el aborto son dos grandes cuestiones que han estado presentes en el debate público durante mucho tiempo (y lo siguen estando), provocando grandes discusiones políticas y sociales. Su dimensión es de tal calibre que resulta un tanto «fraudulento» hurtar al constituyente (constituido) la toma de la decisión a este respecto, dejándola en manos de una mayoría parlamentaria coyuntural (como lo son todas en democracia), con el ulterior aval del Tribunal Constitucional¹⁹. Si se tratase simplemente de reconocer la legalidad del aborto o de la eutanasia, no habría tanto problema, pues, aunque discutible, se trata de una decisión que entra dentro del margen de maniobra del legislador, sin que existan, en mi opinión, obstáculos constitucionales insalvables para ello. Antes bien, considero que, a partir de una lectura sistemática y finalista de la Constitución, atendiendo, además, a la realidad social del tiempo presente, se puede llegar a la conclusión de que esas decisiones (reconocer el aborto y la eutanasia en los términos en que lo hizo el legislador en 2010 y en 2023) tienen una sólida cobertura constitucional. Pero eso no significa que sean decisiones de carácter constitucional, porque, para serlo, hubiera sido preciso proceder a la reforma de la Constitución. Por más que hagamos el esfuerzo de leer el art. 15 CE a la luz de los principios del art. 10.1 CE, me parece que se da un salto en el vacío si se concluye que la eutanasia y el aborto forman parte consustancial del contenido de aquél, lo que, como ya se ha destacado, impediría al legislador futuro afectar a su contenido esencial. En definitiva, lo único que trato de poner de relieve es que hay decisiones que, por su calibre y trascendencia para cada persona individualmente considerada, pero también para el conjunto de la comunidad política y social, no se pueden constitucionalizar por la puerta

18 No parece necesario insistir en la idea de que «[l]a letra de la Constitución es el punto de partida y límite del intérprete» (Goig, 2015: 111).

19 En esta misma línea, de manera tajante, Goig (2015: 119) sostiene que «[l]as decisiones políticas fundamentales pueden ser objeto de reforma constitucional, pero su modificación sin reforma, implican la destrucción constitucional».

de atrás, por más —reitero— que las mismas se puedan considerar perfectamente constitucionales.

Aunque sea adyacente, otra condición que, en mi opinión, tendría que darse para que fuera posible «descubrir» nuevos derechos constitucionales ocultos bajo la penumbra de alguno ya expresamente reconocido en la Constitución, es que esos «nuevos derechos» vayan en perfecta sintonía con los principios y valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y, en particular, con aquellos a los que la propia Ley Fundamental se refiere (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político —art. 1.1 CE—; y la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 CE—). Estos principios y valores, más allá del significado concreto que quepa atribuirles, apuntan indudablemente hacia unos objetivos o finalidades a conseguir, que han de inspirar todas las actuaciones de los poderes públicos. Por eso, si el legislador, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, o este *de motu proprio*, pretenden sacar a la luz algún derecho constitucional oculto, han de tener muy en cuenta que el mismo responda a esos objetivos o finalidades. Con esto simplemente se trata de llamar la atención sobre el hecho de que, aunque la apertura de los mencionados principios y valores constitucionales permite interpretarlos de diferentes modos, no es superfluo recordar que, en principio, hay que mirar con buenos ojos aquella decisión que busque ampliar el alcance de los derechos, sobre todo, cuando ello se hace a favor de grupos o colectivos que han sufrido algún tipo de discriminación, o cuando se haga para favorecer la libertad de decisión de aquellas personas que tengan que hacer frente a una situación vital complicada, siempre y cuando, lógicamente, ello no entre en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales merecedores igualmente de protección. Por el contrario, conviene desconfiar, en principio, de aquellas otras decisiones que, lejos de acabar con desigualdades arraigadas o de considerar las necesidades vitales de la persona individualmente considerada, pretenden hacer valer otros intereses colectivos, que se pueden corresponder con los de una mayoría, pero que no resultan indiscutidos o pacíficos. Esa es la gran virtud de los derechos constitucionales: no quedar expuestos a la voluntad de la mayoría parlamentaria. De ahí que dar ese paso, otorgando el carácter de «constitucional» a un derecho que hasta el momento o bien no se reconocía o bien no se consideraba así, dada la trascendencia que tiene, se deba solo hacer en supuestos excepcionales y cuando se cumplan las condiciones que acabamos de ver. Y es que deslizarse por la pendiente resbaladiza que nos ofrece la «interpretación evolutiva» o la doctrina del «árbol vivo», lejos de reforzar a la Constitución, al debilitar su valor normativo, puede acabar «matándola».

VIII. BREVE EPÍLOGO DE URGENCIA

En fase de corrección de pruebas hemos tenido conocimiento de que, tal y como se recoge en la Web oficial del presidente del Gobierno y el Consejo de

Ministros (La Moncloa), el pasado 14 de octubre de 2025 el Consejo de Ministros ha aprobado el Acuerdo por el que se toma conocimiento del Anteproyecto de reforma del art. 43 CE, por el que se pretende incorporar un nuevo apartado cuarto a este precepto con la siguiente redacción: «*Se reconoce el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo. El ejercicio de este derecho, en todo caso, será garantizado por los poderes públicos, asegurando su prestación en condiciones de igualdad efectiva, así como la protección de los derechos fundamentales de las mujeres.*

Más allá de la dudosa efectividad que pueda tener esta reforma constitucional, en caso de finalmente llevarse a cabo, en orden a la garantía constitucional del mencionado derecho, hasta el punto de que la misma incluso podría, contra lo pretendido, suponer una devaluación muy severa de dicha protección, lo que interesa aquí poner de relieve es que es el propio Gobierno de España el que parece seriamente poner en duda, con esta iniciativa, y pese a lo que se afirma retóricamente en la propia Web, que el susodicho derecho a la interrupción voluntaria del embarazo sea, en realidad, un derecho constitucional, y, menos aún, fundamental, tal y como, según hemos visto, parece haber declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 44/2023, lo que no deja de ser verdaderamente sintomático de la escasa «credibilidad» que ofrecen hoy en día las resoluciones del máximo garante de la Constitución, y, más en concreto, en relación con su fuerza vinculante. *Houston, tenemos un problema.*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ackermann, B. (2007). The living Constitution. *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 7
- Arroyo Gil, A. (2013). De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio (Breve comentario a la STC 198/2012, de 6 de noviembre (relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo). Revista General de Derecho Constitucional, 17, pp. 1-10
- Arroyo Gil, A. (2019). El derecho a una muerte digna en el ordenamiento constitucional español. En Aragón Reyes, M. / Jiménez Campo, J. / Aguado Renedo, C. / López Castillo, A. / García Guerrero, J. L. (dirs.), *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarria*. Madrid: CEPC - FMGA, pp. 613-634
- Díaz Revorio, F. J. (2024). De la ‘Constitucionalidad sobrevenida’ a la ‘fundamentalización’ de derechos de rango legal: algunas consideraciones sobre los requisitos y límites de la interpretación evolutiva al hilo de los casos del matrimonio homosexual, el aborto y la eutanasia. En Díaz Revorio, F. J. / López Guerra, L. / Lucas Murillo de la Cueva, P. (dirs.); Rebato Peño, M. E. (coord..), *Constitución y control jurisdiccional del poder: estudios en homenaje a Eduardo Espín*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 275-317.
- García Torres, J. (2024). Por las sendas de la eutanasia. En Aragón, M. / Solozabal, J. J./ Requejo, J. L. (coords.): *El Estado constitucional democrático*. Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo. Madrid: CEPC, pp. 393-415

- Goig Martínez, J. M. (2015). Límites a la interpretación evolutiva de los derechos. En Gimeno Sendra, J. V. / Regueiro García, M.^a. T. (coords.): *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Universitas, pp. 101-120
- Hogg, P. W. (2007). *Constitutional Law of Canada*, Toronto: Thomson Carswell, 5th ed.
- Honickman, A. (2019). The original living tree. *Constitutional Forum constitutionnel*, Vol. 28, núm. 1, pp. 29-35
- Howes, E. C. (2022). Living Tree Doctrines of the Canadian Constitution and Indigenous Law. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 31, pp. 30-51
- Montalvo Jääskeläinen (2025). La interpretación evolutiva de la Constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿una suerte de *deus ex machina* argumentativa?. RGDC, 42, pp. 144-191.
- Reviriego Picón, F. (2023). Reflexiones sobre la STC 44/2023, de 9 de mayo y la injustificable demora del Tribunal Constitucional. Revista Aranzadi Doctrinal, 11-2023
- Rey Martínez, F. (2024): La interpretación de la constitución como «árbol vivo»: Una metáfora especiosa. En Aragón, M. / Solozabal, J. J./ Requejo, J. L. (coords.), *El Estado constitucional democrático*. Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo. Madrid: CEPC
- Rey Martínez, F. (2023). «El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023». Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 27 (2), pp. 297-336
- Scalia, Antonin (1997). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Press
- Sieira Mucientes, S. (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023, Revista de las Cortes Generales, 116, pp. 261-314
- Simón Yarza, F. (2024). *El derecho a la vida (ante el aborto y la eutanasia)*. Madrid: Marcial Pons
- Solum, Lawrence B. (2013). Originalism and Constitutional Construction. *Fordham Law Review* 82.2
- Strauss, D (2010). *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2015). El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación. En Fabra, J. / García Alamillo, L. (eds.), *Filosofía del derecho constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica. UNAM
- Waluchow, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law'*. Un árbol vivo. Trad. de Pablo de Lora. Madrid: Marcial Pons.

TITLE: *May the «living tree» not kill the constitution (Regarding the controversial jurisprudence of the Spanish Constitutional Court on same-sex marriage, euthanasia, and abortion)*

ABSTRACT: *In three cases of great political and social significance (same-sex marriage, euthanasia, and abortion), the Spanish Constitutional Court, for the first time, has resorted to an Anglo-Saxon hermeneutic method (evolutionary interpretation or the «living tree» doctrine) to uphold not only the constitutionality of the challenged laws, but also, in the case of abortion and euthanasia, that the rights they recognize, given their connection to the right to physical and moral integrity under Article 15 of the Spanish*

Constitution, are constitutional or fundamental rights. This paper provides a critical review of this constitutional jurisprudence, considering it a risk to the validity of the democratic principle and even to the normative character of the Constitution itself.

RESUMEN: *Con ocasión de tres asuntos de gran voltaje político y social (matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia y aborto), el Tribunal Constitucional español, por vez primera, ha acudido a un método hermenéutico de origen anglosajón (la interpretación evolutiva o doctrina del «árbol vivo») para acabar sosteniendo no solo la constitucionalidad de las leyes recurridas, sino también, en el caso del aborto y la eutanasia, que los derechos que las mismas reconocen, dada su conexión con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, son derechos constitucionales o fundamentales. En el presente trabajo se lleva a cabo una revisión crítica de esta jurisprudencia constitucional por considerarla un riesgo para la vigencia del principio democrático e, incluso, para el propio carácter normativo de la Constitución.*

KEYWORDS: *Interpretation of the Constitution, evolutionary interpretation, the «living tree» doctrine, same-sex marriage, euthanasia, abortion, democratic principle, normative character of the Constitution*

PALABRAS CLAVE: *Interpretación constitucional, interpretación evolutiva, doctrina del «árbol vivo», matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia, aborto, principio democrático, carácter normativo de la Constitución*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.07.2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.09.2025

CÓMO CITAR/ CITATION: Arroyo Gil, A. (2025). Que el «árbol vivo» no mate a la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 56, 179-215.

