ISSN 1515-7326, n.º 22, 2 | 2018, pp. 153 a 188

Interpretación evolutiva y flexibilidad. Un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo

Evolutive Interpretation and Flexibility. A Critical Analysis of Spanish Constitutional Court's Decision On Same Sex Marriage

Lorena Ramírez Ludeña*

Recepción: 07/08/2018
Evaluación: 14/09/2018
Aceptación final: 08/10/2018

Resumen: En este trabajo presento los principales argumentos que aparecen en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 198/2012, sobre matrimonios entre personas del mismo sexo, tanto por lo que respecta a la posición del Grupo Popular como a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional y a los votos particulares. Ello me servirá para analizar dos cuestiones interesantes en términos filosóficos. Por un lado, reflexionaré sobre el uso de la interpretación evolutiva como técnica interpretativa. Por otro lado, analizaré si el término "matrimonio" es flexible, sirviéndome de una distinción importante para el análisis del modo en que empleamos los términos generales, como es la distinción entre flexibilidad y tolerancia. Poner en conexión interpretación evolutiva y flexibilidad me servirá para mostrar que la argumentación del Tribunal Constitucional es menos criticable de lo que, en principio, podría pensarse.

* Profesora, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: lorena.ramirez@upf.edu Agradezco a J.M. Vilajosana, J.J. Moreso, Alberto Carrio y Diego M. Papayannis sus comentarios a una versión previa de este trabajo. Agradezco también al referee anónimo de la revista todos sus comentarios, que me han ayudado a mejorar y precisar los argumentos del trabajo.

Palabras clave: Interpretación evolutiva, flexibilidad, matrimonio.

Abstract: In this paper I present the main arguments displayed in the Judgment 198/2012, on same-sex marriages, of Spanish Constitutional Court, regarding both the position of the Grupo Popular and the decision adopted by the Court and individual opinions. This will help me to analyze two interesting questions from a philosophical perspective. On the one hand, I will reflect on the use of evolutionary interpretation as an interpretive technique. On the other hand, I will analyze whether the term "marriage" is flexible, on the basis of an important distinction about how we use general terms, to wit, the distinction between flexibility and tolerance. Bringing evolutionary interpretation and flexibility into connection will help me to show that the Constitutional Court's argument is less criticizable than, in principle, one might think.
Keywords: Evolutionary interpretation, flexibility, marriage.

1. Introducción

En el año 2005 se impulsó, mediante un proyecto de ley del gobierno socialista, la reforma del Código Civil Español (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio. La reforma, que conllevaba entre otras cuestiones modificar el artículo 44 CC para reconocer los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes fueran del mismo o de diferente sexo, suponía la plasmación de una promesa electoral del Partido Socialista Obrero Español antes de entrar en el gobierno. Ese mismo año, el Grupo Popular del Congreso interpuso un recurso de inconstitucionalidad por considerar que la mencionada reforma comportaba una modificación implícita de la Constitución Española de 1978 (CE) mediante legislación ordinaria, habiendo otras opciones disponibles para institucionalizar y proteger las uniones entre personas del mismo sexo sin desnaturalizar una institución básica de nuestro sistema como es el matrimonio[1]. Conforme al parecer del Grupo Popular, la reforma del CC atentaba contra el artículo 32.1 CE, que

[1] En realidad, fue don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, comisionado al efecto por otros setenta y un Diputados del Grupo Popular en el Congreso.

reconoce que "[e]l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"[2]. Finalmente, en el año 2012 el Tribunal Constitucional (TC) resolvió el recurso reconociendo la constitucionalidad de la reforma llevada a cabo por el gobierno, haciendo fundamentalmente uso de una interpretación evolutiva de la CE. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 198/2012) incorporó tres votos particulares discordantes y uno concordante[3].

En este trabajo presentaré los principales argumentos que aparecen en la STC 198/2012, tanto por lo que respecta a la posición del Grupo Popular como a la decisión adoptada por el TC y a los votos particulares. Ello me servirá para analizar dos cuestiones interesantes en términos filosóficos. Por un lado, reflexionaré sobre el uso de la interpretación evolutiva como técnica interpretativa. Por otro lado, analizaré si el término "matrimonio" es flexible, sirviéndome de una distinción importante para el análisis del modo en que empleamos los términos generales, como es la distinción entre flexibilidad y tolerancia.

2. Los argumentos relativos al término "matrimonio" y a la institución del matrimonio en la STC 198/2012[4]

Como he señalado, el Grupo Popular esgrimió un conjunto de argumentos destinados a sostener la inconstitucionalidad de la modificación del CC. Entre ellos, destaca la apelación a la literalidad o, lo que consideran lo

[2] El segundo apartado de ese artículo establece que "[l]a ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

[3] El Tribunal Constitucional Español está integrado por doce miembros, de los cuales cuatro son nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados, cuatro a propuesta del Senado, dos a propuesta del Gobierno de la Nación y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Puede accederse a la decisión y los votos particulares en el siguiente link: https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf. En adelante, y aunque no se explicite, se indicarán entre paréntesis las páginas relevantes de la referida sentencia.

[4] Aunque en la STC 198/2012 encontramos otros argumentos, como los relativos a la posibilidad de adoptar, en este trabajo me centraré solo en las discusiones relacionadas con el término "matrimonio" y con la *naturaleza* de la institución del matrimonio.

mismo, al sentido propio de las palabras empleadas en el artículo 32.1 CE. De acuerdo con su posición, la utilización del término "matrimonio" es en sí misma significativa, ya que, según consideran, su significado etimológico es revelador de su verdadera naturaleza, ligada a la idea de "madre" y que presupone la de engendramiento y unión sexual entre un hombre y una mujer. Para ellos, no es casual que el diccionario de la Real Academia Española lo defina como la "unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales". De este modo, según el Grupo Popular el constituyente no creó *ex novo* la institución matrimonial, sino que partió de y se remitió a la concepción del matrimonio imperante en el mundo occidental y la tradición jurídica española, conforme a la cual concierne a personas de distinto sexo (pp. 170 y 171).

Por su parte, el Tribunal Constitucional entiende que el matrimonio, en la Constitución Española, es a la vez una garantía insti*tucional* y un *derecho constitucional*. Ese reconocimiento persigue la protección de determinadas instituciones que están constitucionalmente reconocidas frente a actuaciones legislativas que puedan intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. En tanto garantía institucional, se exige una protección objetiva por parte del Tribunal que garantice que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución. En tanto derecho constitucional, se exige una protección subjetiva, de modo que el Tribunal garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador (p. 190).

En relación con la cuestión de la garantía institucional, señala el TC que la Constitución es un árbol vivo "que, a través de una *interpretación evolutiva*, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, 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" (p. 192, la negrita es mía)[5]. En particular, con respecto al matrimonio, tras la reforma la institución "se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las

[5] La ideología subyacente a esta decisión con respecto al rol de la CE y a las decisiones del TC es en este sentido clara, aunque como veremos no es compartida por los votos particulares. El TC cita la sentencia *Edwards v. 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. Pero también resulta fundamental en este ámbito la Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, *Roe v. Wade*, de 1973, sobre aborto. La extrapolación de un instrumento inicialmente empleado en el contexto anglosajón al ámbito español es criticado por los votos particulares y por autores como Matia Portilla: "En efecto, cuando uno examina el Derecho constitucional norteamericano (en general, el modelo anglosajón) debe partir de algunas premisas que permiten comprender su configuración. Una de ellas es que el texto constitucional norteamericano es el más antiguo en vigor y que se caracteriza por su brevedad y carácter principialista. Otra de ellas, no menos importante, es que las revoluciones inglesa y norteamericana presentan al juez como el garante de la libertad. No solamente no existe una desconfianza hacia el poder judicial ordinario, sino que se le confía la delicada misión de controlar la actuación del legislador. Este modelo termina confiriendo un lugar central al poder judicial, por lo que la jurisprudencia cobra especial importancia, dado que, allí dónde hay Constitución, se concibe como algo vivo que va más allá de la breve referencia escrita. El modelo continental, que hunde sus raíces en la Revolución francesa, se fundamenta sobre la desconfianza: desconfianza hacia el Rey, hacia los gobiernos y también, como no, hacia los jueces (por eso, precisamente, su actuación se somete, entre nosotros, a la Ley). Consecuentemente, en estos Estados se apuesta siempre por la primacía de textos escritos y solemnes. De ahí que nuestras Constituciones sean mucho más detalladas y modernas que las, en su caso, vinculadas con el modelo anglosajón descrito en líneas anteriores. En este caso, el margen de actuación de los poderes constituidos es limitado, dado que cualquier alteración de la Constitución deberá o bien seguir los cauces en ella previstos para su modificación o responder, en todo caso, a un proceso democrático, en el que se anude la última palabra al poder constituyente" (Matia Portilla, F.J., "Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo", *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, pp. 535-554, p. 545). Sobre la idea del *living tree*, véase Waluchow, W., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

formalidades establecidas en el ordenamiento" (p. 193). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la inclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo no choca contra nuestra cultura jurídica, que depende de la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, y 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, destaca 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 elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición (p. 192). En todos estos ámbitos aprecia el Tribunal una tendencia creciente, aunque no unánime, al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, citas estadísticas sobre su aceptación en España, o el desarrollo de normativas similares a la española en los últimos años.

Conforme a lo señalado por el TC, "[e]l legislador español, como otros de nuestro entorno jurídico cercano, tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo, y la opción escogida es respetuosa con los dictados del texto constitucional, sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra" (p.196)[6]. De este modo, el TC reconoce también la constitucionalidad del uso de la categoría de las uniones civiles.

En tanto derecho constitucional, de acuerdo con el Tribunal Constitucional no estamos ante una ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio. Ello no afecta el contenido esencial del derecho, porque que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse (p.199).

Como apunté anteriormente, la decisión fue acompañada de cuatro votos particulares. Todos los posicionamientos disidentes coincidieron en

[6] Aunque lo que se recoge en el texto refleja el punto central del TC, como señalaré en el próximo apartado la argumentación es en realidad un tanto inestable.

criticar el uso de la interpretación evolutiva y en destacar la necesidad de una reforma constitucional puesto que se estaba alterando de manera sustancial la institución matrimonial. Por ejemplo, Ramón Rodríguez Arribas señala que el matrimonio es "una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto lógico imposible de admitir. Y no se diga –que se dice- que entonces las parejas estériles o voluntariamente abstenidas de cumplir el fin reproductivo, quedarían excluidas del matrimonio, porque es la posibilidad genérica, la potencia en sentido ontológico, de servir al fin respecto de la especie humana y no el acto concreto o el efecto cierto, lo que caracteriza a cualquier institución colectiva" (p. 203). Contra el uso de la interpretación evolutiva, apunta que la realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación sino la de la indiferencia, lo que no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad, ni favorece la no discriminación de las personas de orientación homosexual, cuya dignidad "exigía que sus pretensiones en el acceso al matrimonio no fueran satisfechas por la puerta de atrás de la Constitución, sino postulando su reforma" (p. 204).

Por su parte, Manuel Aragón Reyes, que está de acuerdo con el fallo pero no con el razonamiento, destaca que mediante la interpretación evolutiva no puede hacérsele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución sino que se cambia, eludiéndose el procedimiento de reforma de la Constitución previsto para ello (p. 207).

Andrés Ollero Tassara apunta que "[l]a ausencia de una adecuada percepción de la dimensión social del derecho lleva a olvidar por qué el matrimonio, a diferencia de la mera amistad, tiene relevancia jurídico-institucional. El matrimonio pasa de entenderse como un vínculo de relevancia social a enfocarse como una desvinculada vía de emancipación individual. El precio de esta operación de ingeniería social es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba" (p. 211). Y añade que "[l]a conciencia de la 'historicidad' de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de

un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado. Menos aún sugerir (FJ9) que la Constitución 'a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad'. Aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas" (p. 212).

Finalmente, Juan José González Rivas señala que el matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española. "Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario" (p. 215). Y añade que "[s]e sostiene como argumento básico de la Sentencia la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución y en mi opinión, tal evolución ha de respetar la esencia de las instituciones comprendiendo su espíritu y finalidad pues, en este caso, el matrimonio tiene un carácter fundamental y una finalidad esencial basada en la unión entre personas de distinto sexo, requisito que no puede quedar eliminado por una interpretación evolutiva que no preserve su garantía constitucional" (p. 217).

3. El uso de la interpretación evolutiva

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional se sirve de la interpretación evolutiva para fundamentar que la modificación del Código Civil no es inconstitucional[7]. Pero, como ya ponen de manifiesto los votos particulares,

[7] También el Tribunal Supremo ha dictado sentencias en las que adopta un criterio interpretativo sociológico, adaptado, por ejemplo, a la situación actual del mercado. Véase en este sentido la STS de 15 de enero de 2009 (1226/2009).

el uso de esta interpretación no está exenta de problemas. A algunos de ellos me referiré en este apartado[8].

3.1. El carácter oscilante de la interpretación del Tribunal Constitucional

Lo primero que llama la atención del uso que el TC realiza de la interpretación evolutiva es el carácter oscilante de su argumentación, con afirmaciones que parecen estar en tensión. En el apartado anterior he señalado que el Tribunal entiende, a partir de la interpretación evolutiva, que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no atenta contra la garantía institucional del matrimonio, ya que no lo hace irreconocible si tomamos en consideración la percepción actual del matrimonio. El legislador podía optar por el reconocimiento del matrimonio o por una regulación similar, y ninguna de esas posibilidades atenta contra la Constitución. El modo más adecuado de entender lo anterior asume que la Constitución protege especialmente el matrimonio heterosexual, pero deja abierta la posibilidad de que el legislador ordinario desarrolle una regulación para extender el matrimonio también a personas del mismo sexo.

No obstante, en ocasiones parece señalar que el matrimonio entre personas del mismo sexo está protegido constitucionalmente. Esto convierte su argumentación en inestable. Por un lado, cuando apunta que el artículo 32 el artículo no se refiere exclusivamente al matrimonio heterosexual: "desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse" (p. 192)[9]. Por otra parte, cuando hace referencia a otros preceptos

[8] Como podrá advertirse, en ocasiones se señalarán problemas de justificación *externa*, ya que parece haber otros instrumentos interpretativos más adecuados para sostener la decisión del TC, y en ocasiones de justificación *interna*, ya que el uso de la interpretación evolutiva no parece llevarnos a las conclusiones que el TC extrae.

[9] Dicho en otras palabras, puede reconocerse en el precepto una ambigüedad sintáctica: ¿establece la CE que deben contraer matrimonio *entre sí* cuando hace referencia al hombre y la mujer? En la primera lectura apuntada en el texto, parecería que sí. Pero no en la segunda lectura, a la que me estoy refiriendo ahora. De hecho, el TC destaca que quienes

de la CE que llevarían a considerar, o bien el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo como la única opción constitucional – y, de hecho, preexistente a la propia reforma- o, cuanto menos, la más compatible con la Constitución: "[d]e este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (…), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (…)" (p. 199). "La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual (…), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (…)" (p. 200)[10].

3.2. El reconocimiento del derecho como algo contingente a partir de una argumentación superflua

Asumiendo el argumento central de la sentencia (elección por el legislador de una de las opciones disponibles, con base en la interpretación evolutiva), resulta cuestionable que ese sea el modo de fundamentar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, parece mucho más garantista de los derechos en juego reconocer,

elaboraron la CE se preocuparon por la igualdad entre hombre y mujer, de ahí esa redacción, pero que eso no significa que excluyeran el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, puede entenderse que el artículo 32.1 prevé el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio con carácter genérico, a la espera de un desarrollo legislativo con base en el segundo apartado del artículo 32. Precisamente por todo lo anterior señala Ollero en su voto particular (pp. 208 y ss.) que faltaría entonces en la Constitución un concepto de matrimonio, lo que, desde su punto de vista, es contradictorio.

[10] En un sentido similar, Aragón Reyes critica el razonamiento oscilante del TC en su voto particular (p. 206). Sobre la posibilidad de que el legislador amplíe un derecho constitucional sin desfigurar ese derecho, véase Moreso, J.J., "Legal Positivism and Legal Disagreements", *Ratio Juris*, 22, 2008, pp. 62-73.

con base en el principio de igualdad plasmado constitucionalmente, que lo que realmente preserva esos derechos es entender que hay que reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo[11]. En caso contrario, dejamos en manos de la opinión mayoritaria la lectura de la Constitución, cuando se suponía precisamente que la Constitución operaba como protección frente a las mayorías.

De hecho, el modo de ver las cosas del TC supone que, si se considerara oportuno, podría volverse a modificar la regulación del CC, reconociendo las uniones civiles entre personas del mismo sexo, pero rechazando que puedan contraer matrimonio, lo que sería perfectamente constitucional. Aunque precisamente por la incidencia que la reforma tuvo en la percepción social –algo sobre lo que volveré más adelante- resulta difícil imaginar semejante modificación, lo cierto es que no existe impedimento jurídico para ello, puesto que, según lo expresado por el propio TC, sería plenamente acorde a la CE.

A lo anterior hay que añadir que, si el propósito del TC era meramente reconocer esa opción del legislador como constitucional, bastaba con sostener que hay una extensión de derechos que no afecta a los heterosexuales ni el contenido esencial del matrimonio como unión afectivo-sexual, resultando superfluo el uso de la interpretación evolutiva[12].

Podría, no obstante, señalarse la necesidad de recurrir a la interpretación evolutiva si tomamos en cuenta el artículo 10.2 de la Constitución Española, que prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Pero, frente a este argumento, conviene tener presentes dos consideraciones: 1. Las interpretaciones que se llevan a cabo a nivel internacional –como vere-

[11] López y López sostiene también la relevancia de consideraciones sobre igualdad para resolver el caso, en lugar de la interpretación evolutiva. Véase López y López, A.M., "En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)", *Derecho Privado y Constitución*, 27, 2013, pp. 173-208.

[12] En este sentido, Matia Portilla, F.J., *op. cit*.

mos más adelante- oscilan entre el uso de una interpretación conforme a la situación existente en el momento en que se llevó a cabo un determinado acuerdo o tratado, el uso del margen de apreciación por los estados en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la interpretación evolutiva. Por ello, difícilmente puede sostenerse que tener en cuenta la tendencia interpretativa a nivel internacional nos compromete con adoptar la interpretación evolutiva; 2. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha considerado la interpretación evolutiva a efectos de dar respuesta al caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, dejando en manos de los Estados la decisión de reconocer o no el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Tampoco puede fundamentarse la necesidad de recurrir a la interpretación evolutiva en el artículo 3.1 de Código Civil Español, que establece "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 aquellas". No es solo que resulte discutible que esa norma de rango inferior imponga un modo de ver la CE, sino también que la atención a la realidad social es solo un elemento a tener en cuenta entre otros, según esa disposición y el modo en que la ha entendido la jurisprudencia.

3.3. Interpretación evolutiva y tenor literal

Otro aspecto destacable en el uso de la interpretación evolutiva es que el TC parece asumir que establecer el resultado de dicha interpretación no es algo en general problemático, cuando sí lo es.

Pensemos en lo que ocurre en el caso de la interpretación literal[13]. Las referencias al significado literal son frecuentes en el ámbito jurídico, no solo entre abogados, sino también entre juristas y filósofos del derecho. Se considera relevante para preservar los diferentes valores que conforman

[13] Véase Ramírez Ludeña, L., "The Meaning of 'Literal Meaning'", *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 83-101.

el Estado de derecho, como la previsibilidad. En derecho penal, el significado literal se usa comúnmente como una herramienta importante para distinguir entre la interpretación (aceptada) y la analogía (prohibida). Sin embargo, no es fácil determinar qué significa "significado literal". Otras expresiones como "significado ordinario" o "interpretación gramatical" se usan normalmente para explicar qué es el significado literal, pero estas expresiones no son muy útiles ya que pueden entenderse de múltiples maneras[14]. Sin embargo, en general se puede decir que el significado literal se considera no problemático[15]. Esta posición se produce porque con frecuencia suponemos que las palabras están relacionadas por los hablantes competentes con las descripciones que determinan la referencia. Pero este enfoque descriptivista se muestra problemático en la reconstrucción de nuestras prácticas lingüísticas.

Así, muchas veces se acepta una concepción intuitiva del lenguaje: asociamos palabras con descripciones y luego estas palabras se refieren a los objetos que tienen las propiedades que figuran en nuestras descripciones. Por ejemplo, decidimos, como comunidad, que el término general "fruta" tiene un significado que apunta hacia la descripción (según la Real Academia Española) "fruto comestible de ciertas plantas cultivadas". Como consecuencia, el mundo se divide en dos: los objetos que son frutas y los objetos que no lo son, según tengan o no las características incluidas en la descripción. Y cuando, en el ámbito jurídico, se establece que los frutos están sujetos a un impuesto particular, esto significa que los objetos que tienen ciertas características están sujetos a ese impuesto. De esta forma, tanto en general como en el contexto jurídico, decidimos agrupar objetos que son

[14] Con respecto al uso de otras expresiones que no son lo suficientemente claras (tales como "formal", "gramatical", "directo", "lingüístico", "obvio" o "simple"), véase Mazzarese, T., "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", *Doxa*, 23, 2000, pp. 597-631.

[15] Esto es solo una generalización. Entre los filósofos del derecho, véase, por ejemplo, Poggi (Poggi, F., "Significado literal: Una noción problemática", *Doxa,* 30, 2005, pp. 617-634), quien enfatiza los problemas del significado literal por la incidencia de elementos contextuales. Este punto de vista es ampliamente aceptado entre los filósofos fuera del dominio jurídico, que están de acuerdo con la incidencia del contexto, pero desacuerdan sobre cuándo importa y qué elementos contextuales son relevantes. Ver por ejemplo Searle, J., "Literal Meaning", *Erkenntnis*, 13, 1970, pp. 207-224 y Recanati, F., *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

similares en algunos aspectos, pero a la vez diferentes en otros. Tomamos en cuenta algunas características, dejando de lado otras. Las palabras refieren a aquellos objetos que tienen las propiedades que hemos considerado relevantes, y los hablantes son competentes en la medida en que conocen las descripciones que constituyen el significado de esas palabras[16].

Esta es una concepción intuitiva del lenguaje porque explica fácilmente la forma en que aprendemos y mostramos cómo usar palabras: mediante el uso de descripciones. También es intuitiva porque proporciona una explicación clara de la relación de referencia: los objetos a los que nos referimos tienen ciertas propiedades que hemos considerado relevantes. Sin embargo, no está exenta de problemas. Entre otras consideraciones, es importante señalar que es difícil determinar qué propiedades son relevantes en el lenguaje común, incluso en el caso de las palabras que usamos todos los días y respecto de las cuales parecemos ser competentes. Por lo tanto, parece discutible suponer que todos nuestros usos se basan en propiedades compartidas que debemos conocer para ser hablantes competentes. Aunque es difícil cuestionar que tenemos un conocimiento práctico de nuestro lenguaje, es decir, que lo usamos de una manera no problemática, es excesivamente exigente suponer que tenemos un conocimiento teórico, en el sentido de que conocemos las descripciones que determinan la referencia y en virtud del cual somos competentes.

El problema anterior se pone de manifiesto en el caso del matrimonio, ya que las diversas posiciones discrepan acerca de qué descripciones son

[16] En filosofía del lenguaje, Frege (Frege, G., "El pensamiento", en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de "Der Gedanke. Eine logische Untersuchung", en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, n. I, 1918, pp. 58-77 y Frege, G., "Sobre el sentido y la referencia", en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de "Über Sinn und Bedeutung", en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, C, pp. 25-50) y Russell (Russell, B., "On Denoting", *Mind* 14, 1905, pp. 479-493 y Russell, B., "Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 11, 1910-11, pp. 108-128) son considerados los dos autores más representativos de esta concepción, que podríamos llamar "tradicional". Sin embargo, esto puede ser discutible si se tienen en cuenta sus escritos. En cualquier caso, aquí no me interesa describir la posición de autores particulares, sino solo presentar una visión intuitiva que sirva para explicar por qué el significado literal es visto como no problemático.

importantes de la institución del matrimonio que determinan la aplicación correcta del término "matrimonio". Esto es así pese a que unos invoquen una interpretación literal y otros evolutiva, ya que esta última no es más que el significado literal u ordinario actualizado, por lo que plantea los mismos problemas señalados en el párrafo anterior. En otras palabras, si la interpretación literal es problemática, entonces la interpretación evolutiva también lo es, por razones conceptuales, dado que su constatación supone advertir un cambio en una literalidad que nunca puede tenerse por acreditada en primer lugar. Como hemos visto, si para unos la heterosexualidad es un elemento determinante para aplicar correctamente el término "matrimonio", el Tribunal Constitucional no considera relevante ese rasgo[17].

3.4. Los límites de la interpretación evolutiva

En conexión con el punto anterior, se plantea el siguiente problema: si no está claro cómo determinar el significado pasado o actual, ¿cómo diferenciamos las interpretación -evolutiva- de la creación de nuevo derecho? ¿Y cuándo está entonces justificado su uso?

Como hemos visto, algunos de los votos particulares señalan que con la interpretación evolutiva se está en realidad cambiando la Constitución prescindiendo del mecanismo de reforma[18]. Aunque en nuestra experiencia

[17] De un modo similar, Rodríguez Arribas (pp. 202 y ss.) señala en su voto particular los problemas que afrontamos en la definición de "matrimonio". Además, destaca la dificultad para delimitarlo de la familia, que la sentencia considera que recoge bienes constitucionales distintos en su configuración y protección. Y añade que la visión del matrimonio presentada en la sentencia contrasta con decisiones previas del propio TC (ATC 222/1994), en que se admitía la constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial.

[18] De un modo similar, señala Goig Martínez que, si no se tienen en cuenta ciertos límites en la interpretación evolutiva, se produce en realidad una destrucción de la Constitución, como de hecho cree que ocurrió en el caso del matrimonio. Véase Goig Martínez, J.M., "La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional", *Revista de Derecho UNED*, 12, 2013. Por su parte, Canosa Usera hace referencia a diferentes modos en que se manifiesta la interpretación evolutiva de los derechos, y reconoce como límite el tenor literal a la vez que advierte de que en ocasiones no es claro cuándo se ha rebasado. Véase Canosa Usera,

constitucional no se ha empleado de manera recurrente esta interpretación, por lo que difícilmente puede teorizarse sobre los límites adoptados por la jurisprudencia en su uso de la interpretación evolutiva, analizaré a continuación si la experiencia en el contexto internacional sí nos permite esa reflexión. En principio, en el plano internacional el uso de esa interpretación no solo está extendido sino que también parece justificado que así sea, dada la existencia de múltiples intervinientes con intereses diversos, en un ámbito donde no hay un poder legislativo que pueda llevar a cabo modificaciones de un modo relativamente sencillo.

A efectos de analizar la interpretación evolutiva en general y, en particular, en el ámbito internacional, es importante distinguir dos cuestiones. Por un lado, cuándo está justificado hacer uso de esa interpretación. Por otro lado y, una vez que se considera justificado su uso, qué elementos hay que tener en cuenta a efectos de llevarla a cabo. Mi análisis será fundamentalmente descriptivo de los criterios adoptados por los tribunales, en particular la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[19].

Si nos centramos en la primera de las cuestiones, conviene diferenciar si la interpretación evolutiva se considera relevante porque así lo querían las partes que llevaron a cabo el acuerdo, porque así se satisface el objetivo o propósito del tratado, o porque es un instrumento vivo.

Aunque no me detendré demasiado en esta cuestión, si analizamos casos decididos por la Corte Internacional de Justicia, esta considera fundamental constatar que la intención de los firmantes del tratado en cuestión era que los términos se interpretaran evolutivamente. A tales efectos, dos elementos son considerados determinantes para dar cabida a la interpretación evolutiva, al entender que entonces puede *presumirse* que esa era

R., "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, "Interpretación constitucional y jurisdicción electoral", México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 57-98.

[19] Sobre estos dos estadios y las cuestiones que abordaré a continuación, véase Inagaki, O., "Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: The Two-Stage Reasoning", *Journal of International Cooperation Studies*, 22 (2), 2015.

la intención de quienes firmaron el tratado: que las partes usen términos genéricos y que el tratado se haya llevado a cabo para pervivir en el tiempo. No obstante, estas no son para la Corte condiciones necesarias ni suficientes. En todo caso, cuando se trata de términos valorativos, los tribunales parecen aceptar más fácilmente que las partes admitían el carácter evolutivo[20]. En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más proclive a señalar simplemente que la Convención Europea de Derechos Humanos es un instrumento vivo, sin ofrecer grandes argumentaciones a favor de tal consideración.

Con respecto a la segunda de las cuestiones, diferentes elementos pueden ser tenidos en cuenta para considerar si se ha producido o no una evolución. Por un lado, se puede tomar en consideración otra normativa más actual, ya sea nacional, extranjera o internacional. Por otro lado, se puede tener en cuenta el cambio en la percepción social, y por tanto la modificación de la práctica. Finalmente, se puede enfatizar el cambio en el significado de los términos con el transcurso del tiempo. En este punto, mientras que la Corte Internacional de Justicia ha hecho hincapié en la relevancia de los tratados internacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha servido de los tres elementos en sus decisiones.

Es importante tener en cuenta dos elementos más. En primer lugar, llama la atención que el uso de la interpretación evolutiva se haya llevado a cabo en casos que parecen sustancialmente diversos. En ocasiones se trata de problemas de interpretación de términos valorativos, pero en otras de aplicación de un término o expresión a nuevas situaciones, en lugar de una variación –una evolución- en la interpretación. Así, por ejemplo, sorprende su uso en un caso como el del conflicto relativo a un tratado sobre navegación de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua, en que se argumentó sobre la aplicación en la actualidad de la palabra "comercio". Se discutían los derechos de navegación en el Río San Juan por parte de Costa Rica, dada la expresión "con objetos de comercio" que aparecía en el tratado, lo que

[20] Sobre cuándo la Corte Internacional presume la voluntad de los estados de dar cabida a la interpretación evolutiva, véase Helmersen, S.T. "Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions", *European Journal of Legal Studies*, 6 (1), 2013, pp. 127-148.

parece conducirnos a un cambio en la aplicación del término dada la nueva realidad, y no a un genuino cambio en su interpretación[21].

En segundo lugar, resulta central tomar en consideración qué peso se confiere en la argumentación del tribunal en cuestión. En este sentido, si bien la Corte Internacional de Justicia la emplea como factor determinante, esto no es así en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si atendemos al uso que de la interpretación evolutiva hace este último, es fácil advertir que es un tanto superfluo, en el sentido de que lo que el Tribunal considera fundamental es que se avance en la dirección correcta por lo que respecta a la protección de los derechos, y no tanto la evolución en sí. Son consideraciones sustantivas las que lo llevan a ir en una u otra dirección, en lugar de datos sobre el modo en que actualmente se percibe la situación, o se entiende el término en cuestión, o los cambios generalizados en la normativa. De este modo, como ha señalado Letsas, en aquellos casos en que opera la interpretación evolutiva, tomar en cuenta la evolución es importante en la medida en que nos aproxime a la mejor lectura del derecho, sin que sea preciso mostrar la existencia de un consenso preciso sobre el punto entre los estados contratantes. La idea se aproxima a la de un consenso hipotético, ya que entiende que, dados los principios que ahora creemos que subyacen a la convención, hay que tener en cuenta cómo personas razonables acordarían aplicar esos principios a casos concretos[22].

Pues bien, si tenemos en cuenta lo anterior en nuestro análisis de la decisión del TC, podemos ver cómo éste enfatiza que la Constitución es un árbol vivo para fundamentar su uso de la interpretación evolutiva, aunque también hemos visto que menciona brevemente las intenciones de quie-

[21] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (n 38) párrafo 56. Dicho en otros términos, puede considerarse que se trata de un cambio en la extensión y no en la intensión si se entiende que "con objetos de comercio" significa *con fines de comercio* y que, con el transcurso del tiempo, dentro de esos fines han pasado a estar incluidos fines, por ejemplo, ligados al turismo.

[22] Esta conclusión se alcanza tras el análisis de diferentes casos, por ejemplo, del primero en que se hizo referencia a la interpretación evolutiva, el caso *Tyrer*, acerca de cuándo se considera que un trato es degradante (*Tyrer v. United Kingdom*, Judgment of 25 April 1978, Series A no. 26). Sobre estas cuestiones, véase Letsas, G., "Intentionalism, Textualism, and Evolutive Interpretation", en Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

nes elaboraron la Constitución y los propósitos que subyacen al precepto constitucional que regula el matrimonio. Es normal el énfasis del TC en cada uno de los elementos: la relevancia de las intenciones y de los propósitos detrás de la norma no parecen ser iguales en el nivel internacional y constitucional. En cuanto a los elementos a tener en cuenta para llevar a cabo la interpretación evolutiva, el TC recurre a todos los anteriormente señalados (normativa de distinto tipo, práctica y significado) y, de un modo similar a lo que ocurre a nivel internacional, puede cuestionarse –como haré en el próximo apartado- ese uso de los datos, que en ningún caso parecen concluyentes. Finalmente, en el supuesto que analizamos se emplea la interpretación evolutiva de modo central en la argumentación del TC, a efectos de resolver casos que plantean dudas sobre si quedan abarcados por el significado de la norma, lo que parece distinto de descubrir el verdadero significado del término o mejorar nuestra comprensión de la institución en cuestión en el caso de términos con un componente valorativo, y de un mero cambio en la aplicación del término, sin una modificación interpretativa. Profundizaré sobre este último punto en el apartado 4.

3.5. Un uso cuestionable en este caso

Si tenemos en cuenta el uso de la interpretación evolutiva para resolver el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, muchos han cuestionado la actuación del TC. Esto es así en la medida en que el TC hace referencia a una tendencia creciente a la aceptación de las parejas del mismo sexo, enfatizando que esa tendencia concurre en doctrina, normativa, jurisprudencia y percepción social, pero deja de lado el hecho de que esa supuesta tendencia no es uniforme, sino que precisamente se divide entre quienes abogan por emplear la institución del matrimonio y quienes defienden el reconocimiento de los mismos derechos a partir de la figura de las uniones estables. Se puede decir que la tendencia es hacia la no discriminación, hacia equiparación de regímenes, pero solo de un modo muy cuestionable puede advertirse una tendencia hacia el reconocimiento del matrimonio.

Es más, la argumentación del TC en este punto puede calificarse incluso de tendenciosa, ya que se sirve de encuestas que no eran anteriores a la modificación legislativa que fue impugnada. Es decir, si en 2005 la sociedad española estaba bastante dividida con respecto al uso del término "matrimonio", y especialmente a la posibilidad de adopción, en el año 2012, cuando resuelve el Tribunal, la cuestión es mucho más pacífica. Y lo es en buena medida por el impacto que el cambio en la regulación y el acontecer de matrimonios durante esos años tuvo en la sociedad española. De este modo, podría considerarse cuanto menos cuestionable servirse de encuestas generadas por la reforma a efectos de evaluar si la propia reforma es constitucional.

4. Flexibilidad de "matrimonio"[23]

Un principio fundamental, asumido de modo generalizado por las teorías semánticas, se relaciona con la afirmación de que el significado de un término determina su dominio de aplicación. Se trata de un principio extremadamente plausible, ya que parece poco discutible que lo que un término significa determina a qué debe o no aplicarse. Pero este principio ha sido interpretado durante mucho tiempo de una manera muy robusta, entendiéndose que conlleva que, cada vez que se introduce un término en el vocabulario de una lengua y se le otorga o adquiere un significado, su dominio de aplicación se determina de una vez y para siempre. Es decir, que está determinado, para cualquier objeto o cualquier muestra pasada, presente o futura, si es o no miembro de la extensión del término[24].

[23] En este apartado, seguiré fundamentalmente lo señalado en Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L., "Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms", *Synthese*, 2018, pp. 1-14.

[24] Hilary Putnam, por ejemplo, parece suscribir una interpretación robusta del principio en su trabajo "El significado del 'significado'", al menos cuando se trata de "agua" y términos similares. Supongamos que en t1 el término "agua" se introduce en el lenguaje. Según Putnam, el significado de ese término fija en ese momento si una muestra de líquido que los hablantes encontrarán en el momento t2 es o no es agua. Aplicar el término a una muestra *x* que no es parte de la extensión predeterminada *es* y *fue* un error, afirma Putnam, incluso antes de que conociéramos la microestructura del agua. Por supuesto, siempre es

La adhesión a la interpretación robusta *-de una vez y para siempre-* del principio fue durante mucho tiempo la posición asumida por muchos filósofos del lenguaje. De hecho, Mark Wilson entendió que esa era la interpretación imperante cuando la criticó en su artículo de 1982 "Predicate Meets Property"[25]. Wilson nos propone un experimento mental: supongamos que *x* es miembro de una comunidad que vive aislada (los Druidas), habitando una isla en la que la clase de las aves y la clase de las cosas voladoras son coextensivas. En esa comunidad usan el término "ave" para referirse a cosas de esas clases coextensivas, y todos tienen creencias tales como "solo las aves pueden volar" y "las aves son seres vivos", que son ciertas en las aves de la isla. Cuando *x* ve por primera vez aviones en el cielo, los clasifica sin problemas como aves, y cuando más tarde ve un avión aterrizando, se forma la creencia de que no todas las aves son seres vivos. Asumamos que entonces la práctica de aplicar "ave" a los aviones se instaura en esa comunidad. Pese a la falta de claridad inicial derivada del hecho de que los Druidas tenían diferentes creencias asociadas al término, todos consideran que con "ave" siempre se han referido a cosas que vuelan, y reconocen que algunas de las creencias que anteriormente tenían sobre las aves (por ejemplo, que todas eran seres vivos) eran falsas.

Pero supongamos que inicialmente *x* hubiese visto aviones en tierra, sin advertir que podían volar. Podría haberlos clasificado, también sin problemas, como no-aves. Y, si después los hubiese visto despegar, habría llegado a la conclusión de que no todas las cosas que vuelan son aves. Asumiendo que esa práctica se extendiera entre los Druidas, probablemente también habrían pensado que con "ave" siempre se habían referido a las aves, reconociendo que algunas de sus creencias previas (como que solo las aves podían volar) eran falsas.

En ninguno de los dos escenarios los miembros de la comunidad se ven a sí mismos como habiendo cambiado el significado de "ave". Los Druidas entienden que su uso actual se deriva *naturalmente* de su uso anterior.

posible que se dé un cambio en el significado. Por ejemplo, el error puede generalizarse y la comunidad puede terminar aplicando "agua" a *x* y muestras similares.

[25] Wilson, M., "Predicate Meets Property", *The Philosophical Review*, 91 (4), 1982, pp. 549-589.

El ejemplo nos lleva a pensar que no parece estar fijado desde el comienzo si los aviones están o no bajo la extensión de "ave": hay hechos accidentales sobre el modo en que se encontraron con los aviones por primera vez que tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias de los Druidas. En un caso, abandonan la creencia de que todas las aves son seres vivos, aferrándose a la creencia de que las aves vuelan, alcanzando así un conjunto coherente de creencias (un *equilibrio*[26]) en el que "ave" se aplica a todos los objetos voladores, vivos o no. Si hubieran visto por primera vez los aviones en tierra, resulta plausible pensar que el equilibrio incluiría la creencia de que todas las aves son seres vivos, pero excluiría la creencia de que solo vuelan las aves. Esto parece desafiar la versión robusta del principio según el cual el significado determina la extensión. De acuerdo con Wilson, la respuesta tradicional al problema es buscar el significado que los Druidas asociaban con el término y estudiar la extensión. Una consecuencia de este modo de ver las cosas es que los Druidas, en uno o en ambos escenarios habrían cambiado el significado del término[27]. No obstante, señala Wilson, no está claro por qué tendríamos que hablar de un cambio en el significado, ya que ambas opciones (incluir o excluir los aviones) parecen consistentes con el modo en que se usaba el término por la comunidad de Druidas[28].

[26] Jackman, H. "We Live Forwards but Understand Backwards: Linguistic Practices and Future Behavior", *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, 1999, pp. 157–177.

[27] Wilson, M., *op.cit.*, p. 551.

[28] Resulta llamativo que tanto descriptivistas como antidescriptivistas acerca del significado y la referencia se sintieran tan comprometidos con la versión robusta del principio según el cual el significado determina la referencia de una vez y para siempre. Desde el punto de vista descriptivista, un término tiene un significado en virtud de estar asociado con una descripción definida. Parece excesivamente optimista esperar que la descripción sea lo suficientemente clara y exhaustiva como para delimitar todas las propiedades relevantes que poseen las muestras o los ejemplos que tienen que ser clasificados. Por ejemplo, supongamos que la descripción asociada con un término "M" es "las entidades o muestras que tienen las propiedades F, G y H"; cuando aparece un ejemplo o una muestra que tiene propiedades F, G y H, pero también la propiedad P, parece demasiado esperar que la descripción determine claramente si P es o no relevante para la clasificación bajo "M" y, si lo es, si la muestra o ejemplar es, o no, P. Parece aún más sorprendente que los antidescriptivistas que siguieron el enfoque de Kripke y Putnam adoptaran el mismo compromiso con la versión robusta. El modelo de Kripke-Putnam postula que la clasificación de las cosas o muestras en clases depende de similitudes con los paradigmas originales. Dado que las

El caso del término "ave" es ficticio. Pero hay gran cantidad de casos de la vida real que han arrojado dudas sobre la posición robusta a la que me estoy refiriendo. David Plunkett y Timothy Sundell (2014) han planteado recientemente un caso que involucra al predicado "atleta"[29]. En 1999 el caballo Secretariat apareció en la lista de ESPN de los mejores atletas del siglo XX. Se produjo entonces un debate sobre si el significado del término "atleta" permitía su aplicación a no-humanos. Este es un caso interesante porque, sin importar qué teoría del significado asumían quienes debatían, el debate dependía de si el significado de "atleta" excluía o incluía definitivamente los no-humanos desde su introducción como un término significativo en el idioma.

La aplicación de "atleta" a los no-humanos no se ha consolidado, y el caso de Secretariat puede considerarse anecdótico. Sin embargo, imaginemos que, a raíz del debate sobre el Secretariat, se hubiera extendido la inclusión de caballos en las listas de atletas. No está claro que tal inclusión constituya un cambio en el significado de "atleta". Pero contemplar tal posi-

cosas son similares y diferentes en muchos aspectos, parece excesivo confiar en que las similitudes que son responsables de la clasificación se fijen, para cualquier término, de una vez por todas, en el mismo momento de la introducción. Podría no obstante señalarse que no resulta plausible atribuir a autores como Putnam la lectura robusta del principio según el cual el significado determina el dominio de aplicación del término, precisamente porque, según su concepción, es la extensión o referencia la que determina (al menos parcialmente) el significado, y no a la inversa. Considero en cambio que Putnam tiene en cuenta dos tesis (i) el significado determina la referencia y (ii) el significado está en la cabeza de los hablantes, y que cuestiona la segunda, pero no la primera. La conclusión de Putnam no es que la referencia determina el significado, sino que el significado, que determina la extensión o dominio de aplicación de un término general , está en parte constituido por elementos que no son accesibles cognitivamente al hablante (es decir, no están en su cabeza). Por ejemplo, parte de lo que determina la extensión de 'agua' es la composición molecular del líquido. Sobre su posición con respecto a si el significado determina la referencia, véase Putnam, H. "The Meaning of 'Meaning'", en *Language, Mind and Knowledge*, Gunderson, K. (ed.), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975, pp. 131-193, especialmente pp. 164 y 165. En todo caso, incluso si se aceptara la caracterización según la cual es la referencia la que determina el significado, puede igualmente admitirse que ese significado, dependiente de la referencia, determina el dominio de aplicación del término de una vez y para siempre, que es el elemento central que defiendo en el texto.

[29] Véase Plunkett, D. y Sundell, T., "Antipositivist Arguments from Legal thought and Talk. The Metalinguistic Response", en Hubb, G. y Lind, D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language,* Londres, Routledge, 2014, pp. 56-75.

bilidad es contrario a la presunción de que el dominio de aplicación está fijado de una vez y para siempre. De este modo, la reflexión sobre casos como "ave" y "atleta" sugiere que la semántica de algunos términos es *flexible* en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la cuestión de si clasificar un objeto, una muestra, o un fenómeno bajo la extensión del término, puede haber más de un curso de acción abierto que parece compatible con el significado del término, más de un curso de acción que es una continuación del uso anterior[30].

La flexibilidad semántica ha sido reconocida de diferentes maneras y con diferentes consecuencias por distintos autores. Por ejemplo, Joseph LaPorte ha argumentado, en contra de Putnam, que los usos pre-científicos de los términos tienen textura abierta y, a medida que avanza la ciencia, puede apreciarse que no está determinado en todos los casos si un término debe aplicarse a una muestra o ejemplo dado. En esta medida, no está claro si una nueva sustancia con los mismos rasgos superficiales pero una microestructura diferente, o una nueva sustancia con rasgos superficiales diferentes pero la misma microestructura, pertenecerían a la extensión del término[31]. Por lo tanto, los expertos toman decisiones, y sus elecciones refinan el significado de un término, sin que haya una ruptura en su uso. Rechaza por tanto la interpretación robusta del principio.

La flexibilidad también es advertida por Henry Jackman[32], quien argumenta que en cualquier punto dado en la historia del uso de un término hay posibilidades alternativas con respecto a la extensión del dominio de aplicación, *equilibrios alternativos*, que son consistentes con la práctica pasada. La práctica evoluciona en la medida que el significado del término se va determinando, pero no tiene que verse como un cambio ni en la práctica ni en el significado a no ser que se llegue a un equilibrio que no era accesible (Jackman, 1999, 160-1). Jackman, a diferencia de LaPorte, no ve las posibles historias alternativas del uso de un término como refina-

[30] En sentido estricto, es nuestro uso de los términos el que es o no flexible, y ello tiene un impacto directo en el modo en que opera el término y en su significado.

[31] LaPorte, J., *Natural Kinds and Conceptual Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 103.

[32] Jackman, H., *op. cit.*

mientos de un significado que estaba indeterminado, sino como situaciones en que se preserva el significado.

Es importante tener en cuenta que diferentes términos pueden tener equilibrios más o menos accesibles. Algunos términos pueden tener muy pocos, o quizá ningún equilibrio alternativo, y para esos términos el dominio de aplicación está fijado de una vez por todas: cuando el término adquiere un significado, solo hay una posible historia de aplicación correcta.

La visión de Jackman puede considerarse radical ya que, en su opinión, tenemos que aceptar que los desarrollos futuros afectan la práctica presente y pasada. Propone así una forma de "externalismo temporal" según el cual la conducta futura de un individuo o su comunidad pueden afectar el contenido de sus pensamientos y usos[33], una visión que él ve en plena consonancia con el tipo de externalismo respaldado por Kripke, Putnam y Tyler Burge. Desde el punto de vista de Jackman, las aplicaciones pasadas de un término flexible *t* a *a* son incorrectas si la historia posterior del uso del término no incluye a *a* bajo la extensión de *t*. No es solo una cuestión de que nosotros, los hablantes actuales, las juzguemos como incorrectas: están equivocados porque la corrección de la aplicación, así como el contenido de las expresiones y los pensamientos, es relativa a las historias alternativas del uso del término. No obstante, este paso adicional de Jackman no está intrínsecamente conectado con la idea de que la semántica de algunos términos es flexible. Se puede adoptar una posición más cercana a LaPorte y aceptar que hay un cierto nivel de indeterminación en cuanto a si un término *t* se aplica a *a* de un modo consistente con el significado de *t*, indeterminación que la práctica futura resuelve. En todo caso, la imagen de Jackman es útil para explicar nuestra tendencia a juzgar como incorrecta una aplicación de *t* a *a* por nuestros predecesores, sobre la base del desarrollo futuro del término. Así, aunque el uso de algunos términos puede ser flexible, una vez que se consolida una posible historia de uso, esa forma de uso se vuelve *expansiva* hacia el pasado: tendemos a mirar atrás como si esa forma de aplicación del término siempre hubiera sido la única correcta[34].

[33] Jackman, H., *op. cit*, p. 160.

[34] Como señalamos en Martí G. y Ramírez Ludeña, L., *op. cit*., el carácter más o menos flexible de un término puede variar con el tiempo. Además, la flexibilidad es gradual ya que hay

Puede parecer que de lo anterior se desprende que todos los términos son flexibles, pero no es así. Cualquier término podría haber sido asociado con una extensión diferente. La palabra "mesa" podría haberse aplicado a mesas y sillas, pero eso no hace que el término sea flexible. La cuestión de la flexibilidad surge cuando hay una práctica consistente y continua de aplicación de un término a un cierto dominio, y entonces surge la pregunta de si el término se aplica a un objeto o muestra que, de alguna manera, es similar a, y de alguna otra forma, diferente de, los miembros de la extensión. Si la semántica del término es flexible, la opción de incluir o excluir los nuevos objetos en la extensión es igualmente consistente con el uso anterior. Para un término inflexible, los criterios son estrictos y no surgen dudas sobre la extensión. Que la semántica de un término sea o no flexible depende de muchos factores, incluyendo las intenciones e intereses de los hablantes, y lo que pueda estar en juego a efectos de mantener fija la extensión.

Admitir flexibilidad semántica nos lleva a preguntarnos qué hace que la historia del uso de un término flexible vaya de una forma u otra. LaPorte, centrándose en los usos pre-científicos de los términos, sugiere que es tarea de los expertos impulsar un determinado uso. Pero es importante advertir que gran variedad de factores pueden tener incidencia: consideraciones económicas, políticas, la presión social, cuestiones morales, la capacidad de influencia de algunos individuos, entre otros[35].

términos extremadamente flexibles, pero otros que no lo son tanto. Y algunos son inflexibles. Por ejemplo, el significado de "tungsteno" viene dado por la descripción "el elemento con número atómico 74"; los usos pasados, presentes y futuros de "tungsteno" se aplican correctamente solo a esa sustancia. Para los términos semánticamente inflexibles, la interpretación tradicional robusta del principio de que el significado determina la referencia sí se cumple.

[35] Otro ejemplo de flexibilidad lo encontramos en los e-sports. Las competiciones de videojuegos son hoy en día un fenómeno social que reúne a millones de jugadores y se ha convertido en un negocio de grandes proporciones. El interés que suscitan estas competiciones ha dado como resultado la participación de patrocinadores y la creación de una federación internacional. Y existe una discusión en curso sobre el reconocimiento de los deportes electrónicos en la categoría de deportes olímpicos para los Juegos de Tokio de 2020. De hecho, desde finales de 2017, el COI ya ha reconocido que podría considerarse una actividad deportiva, destacando características tales como la intensidad del entrenamiento, que es comparable con los deportes tradicionales. Pero la decisión del COI podría ir en otra dirección. Las decisiones con respecto a la aplicación o no de términos a las cosas

Otra distinción semántica relevante que es diferente de la anterior tiene que ver con la aceptabilidad de la coexistencia de diferentes usos de un término, que dividen aproximadamente el mismo dominio de aplicación de diferentes maneras. En aquellos casos en que dos (o más) usos coexisten, esos usos se corresponden intuitivamente con diferentes significados. Pero hay casos en que la coexistencia de varios usos no es aceptada como legítima por la comunidad de hablantes y no es vista como permisible desde el punto de vista semántico. Si se acepta la coexistencia de diversos usos, el término (nuestro uso de él) es *tolerante*. Cuando no se admite la coexistencia de diferentes prácticas de uso, la semántica del término es *estricta*.

Como podrá apreciarse con los siguientes ejemplos, la distinción anterior difiere de la distinción entre semántica flexible e inflexible. Pensemos en las disputas acerca de si los tomates deben ser considerados fruta a efectos del pago de impuestos. Más allá de las dudas que puedan surgir en un determinado contexto con respecto a qué uso es relevante, y aunque es difícil controvertir que botánicamente hablando los tomates son frutas, existe un uso culinario consolidado que es visto como legítimo. Esto indica que nuestro uso de "fruta" es tolerante. Así, nuestra aceptación del uso culinario muestra que la aplicación de los términos no siempre está guiada por la intención de captar la naturaleza de los objetos o clases, y que no siempre estamos comprometidos con la exclusiva legitimidad de los usos científicos o expertos. Pero esto es totalmente independiente de la flexibilidad de cada uno de los usos. Si Kripke y Putnam tienen razón y los términos científicos pretenden reflejar la esencia subyacente de las clases, el uso botánico de "fruta" es inflexible. Esta es, no obstante, una cuestión controvertida. Pero, en lo que aquí interesa, lo relevante es que puede verse fácilmente cómo términos cuyo uso es tolerante pueden ser (en algunos de sus usos) inflexibles.

En contraste con lo anterior, la forma en que se usan algunos términos impide la aceptabilidad de la coexistencia de diferentes usos e impone un

dependen de qué características similares terminan siendo destacadas como relevantes. Y esta no es una cuestión puramente semántica. En este caso, como en muchos otros, existen pocas dudas de que el impacto comercial, las diferencias generacionales y las actitudes sociales cambiantes son determinantes. Sobre los e-sports, véase Pérez Triviño, J.L., "Los retos jurídicos de los e-Sports", *Revista Jurídica LaLiga*, 6, 2017, pp. 1-8.

modo semántico de operación estricto. En el pasado, los pacientes con paro cardíaco temporal o personas con casos graves de catalepsia que se habrían recuperado espontáneamente fueron en ocasiones declarados muertos. Muchos de ellos fueron enterrados o cremados. Fue un error declararlos muertos, y los que así lo hicieron estaban cometiendo un error. Su aplicación del término estaba guiada por la concepción de la muerte imperante en ese momento. Pero "muerto" significaba, entonces y ahora, muerto.

Como Michael Moore ha señalado[36], tanto nosotros como nuestros antepasados queremos referirnos al fenómeno de la muerte. Si ellos hubieran sabido lo que nosotros sabemos sobre la posibilidad de reanimar a las personas, también habrían dicho que esas personas no estaban muertas. Y ellos, del mismo modo que nosotros, cambiarían los indicadores convencionales acerca de cuándo alguien está muerto si así lo estableciera una teoría científica que se considerase mejor[37].

La intención fundamental de los hablantes que usan "muerto" y "muerte" siempre ha sido referirse al fenómeno de la muerte, el cese irreversible de funciones vitales, incluso si las concepciones sobre la muerte han cambiado a lo largo de la historia y han variado de comunidad en comunidad. Innegablemente, la intención de referirse al fenómeno natural, un fenómeno que seguimos conociendo, está guiada por nuestro interés: no queremos ser declarados muertos a menos que realmente estemos muertos. Y ello explica la estabilidad del significado a través de nuevos descubrimientos y cambios de creencias y estereotipos sobre el fenómeno. El significado o uso de "muerto" y "muerte" es estricto, ya que no se considera aceptable ningún otro uso o significado de "muerte", un uso que corte el mismo dominio de aplicación de una manera diferente[38]. Al mismo tiempo, su uso es inflexible: en cualquier momento, usar "muerto" para incluir a personas en estados reversibles no parece constituir una posible alternativa continuadora del significado de "muerto".

[36] Moore, M. "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277-398.

[37] Moore, M., "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277-398, en especial pp. 297-298.

[38] Evidentemente, dejo aquí de lado usos laxos y figurados como "se me ha muerto la batería".

Un caso en que las distinciones anteriores parecen relevantes es precisamente la disputa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo, la discusión se ha movido a lo largo de dos líneas diferentes. Por un lado, encontramos a aquellos que, aceptando que el matrimonio tradicional involucra la unión de la mujer y el hombre, declaran la institución tradicional del matrimonio difunta y ven la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo como el comienzo de una nueva institución para la cual queremos continuar usando una vieja palabra con un nuevo significado[39]. Por otro lado, Adèle Mercier, que actuó como experta ante los tribunales canadienses, defendiendo a parejas homosexuales que luchaban por su derecho a contraer matrimonio, considera un argumento semántico según el cual los rasgos característicos que definen un matrimonio (compromiso con una vida en común, respeto, confianza, etc.) están presentes en las uniones heterosexuales y del mismo sexo, por lo que el matrimonio entre personas del mismo sexo siempre habría estado bajo la extensión del "matrimonio"[40]. Como puede fácilmente advertirse, aunque de distintos modos, ambas posiciones asumen una versión robusta del principio según el cual el significado determina la referencia o, en otras palabras, asumen que el término "matrimonio" es inflexible.

En el caso de la STC que aquí se está analizando, esta parece ser también la asunción de muchos de los intervinientes, ya que tanto quienes impugnaron la reforma como la mayor parte de los votos particulares hacen referencia a la existencia de una esencia o naturaleza detrás del término "matrimonio", que excluye las parejas del mismo sexo, y que está fijada de una vez y para siempre. Precisamente por ello, perciben la inclusión de las parejas del mismo sexo como una ruptura con el uso preexistente, como un cambio en el significado del término "matrimonio". De ahí que consideren que se está modificando implícitamente la CE.

[39] Por ejemplo, Epstein, B., 2015: https://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/02/16/what-alabamas-roy-moore-gets-right/

[40] Mercier, A., "Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?", *Essays in Philosophy*, 8 (1), 2007. El argumento de Mercier es obviamente más complejo que el expuesto brevemente en el texto.

Otra forma de ver la cuestión es considerar en cambio que "matrimonio" es un término con una semántica flexible, en cuyo caso, adoptando la terminología de Jackman, en el momento en se planteó la situación de las uniones entre personas del mismo sexo, había dos equilibrios accesibles diferentes que eran consistentes con el significado del término. Uno de ellos acepta la aplicación del "matrimonio" a las uniones del mismo sexo, y el otro la restringe a las uniones entre hombre y mujer. La presión social y, en muchos países, las decisiones legislativas y de los jueces, han avanzado hacia la inclusión de las uniones del mismo sexo como matrimonios[41]. Al mismo tiempo, parece claro que diferentes usos, uno que clasifica a una unión como matrimonio y otro que lo clasifica como no-matrimonio, no pueden coexistir oficialmente en una comunidad. Es por ello que el uso de "matrimonio" es además estricto. En todo caso, tener en cuenta la distinción entre flexibilidad y tolerancia, ya presente en la literatura pero no enfatizada suficientemente, nos ayuda a entender el modo en que opera el término "matrimonio" y a darnos cuenta que su carácter estricto no debe llevarnos a pensar que su uso es inflexible[42].

5. Consideraciones finales

Aunque en el apartado 3 hemos visto diferentes críticas al uso de la interpretación evolutiva, tanto con carácter general como en su aplicación al caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, considero que dichas críticas se ven matizadas si tomamos en consideración que el término "matrimonio", tal y como se usaba en España al llevarse a cabo la reforma,

[41] Ya hemos visto que, si unos entienden que el significado del término estaba indeterminado y está siendo refinado, para Jackman el significado se mantiene constante y los usos anteriores diferentes del que se ha consolidado están y estuvieron *siempre* equivocados. En ambos casos, se puede reconocer que, psicológicamente, nuestro uso del término es expansivo, y tendemos a ver los usos anteriores distintos al nuestro como equivocados.

[42] Todo lo anterior nos permite advertir que flexibilidad y tolerancia son conceptos independientes entre sí: nuestro uso de algunos términos es tolerante ("fruta"), lo que no excluye que en algunos casos haya a la vez inflexibilidad (uso científico de "fruta") o flexibilidad (uso culinario de "fruta"). También hay términos inflexibles como "muerte" que son estrictos, y términos estrictos como "matrimonio" que parecen ser flexibles.

era flexible. El caso de las uniones entre personas del mismo sexo plantea dudas sobre su inclusión bajo el dominio de aplicación del término "matrimonio", existiendo dos equilibrios alternativos, ambos compatibles con el significado del término. Este modo de ver las cosas no solo da sentido a las discrepancias existentes en su momento, sino también al propio razonamiento del Tribunal Constitucional, que entiende que el legislador podía haber optado o no por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta medida, asociábamos un complejo entramado de creencias con los matrimonios, entre las que se encontraba la idea de ser una comunidad de afecto, y también que tenía lugar entre hombres y mujeres. Un determinado cambio en la percepción social, sumado a la victoria de un determinado partido político y a la decisión del TC, han terminado consolidando una historia de uso del término en que hemos desechado que el hecho de que se produzca entre hombres y mujeres sea determinante. Pero no hay que obviar que las cosas podrían haber ido de otro modo, y una historia alternativa podría haberse consolidado si las circunstancias hubieran sido otras, por ejemplo si los matrimonios hubieran tenido desprestigio social o si hubiera sido otro el partido en el gobierno. Reconocer ambas posibilidades, como hace el TC, no debe llevarnos a obviar que, psicológicamente, y una vez se consolida una de las posibilidades, esta tiene un carácter expansivo hacia el pasado, en el sentido en que tendemos a ver usos distintos del que se ha consolidado como equivocados.

Ver las cosas de este modo nos permite además conferir un espacio característico a la interpretación evolutiva, bien delimitada de otros fenómenos diferentes. Así, ya vimos que en ocasiones se usa esa interpretación cuando en realidad no estamos en un cambio de interpretación, sino solo en la extensión del término (ejemplo del comercio). Y en ocasiones se la usa cuando en realidad lo que ocurre es que hay una mejor aproximación al fenómeno, simplemente reforzando una tesis sustantiva que termina siendo crucial (por ejemplo, cuando se discute sobre qué exige la dignidad). Pero en esos casos tampoco hay una genuina interpretación en atención a los nuevos tiempos, sino un descubrimiento sustantivo que se ve respaldado por un cambio en la percepción social, en que la interpretación evolutiva resulta en realidad superflua. Pues bien, desde mi punto de vista en ninguno de esos dos grupos de casos puede hablarse en sentido estricto de

interpretación evolutiva. En cambio, la interpretación evolutiva sí adquiere pleno sentido en aquellos casos en que estamos frente a términos flexibles, en que hay dos equilibrios alternativos compatibles con el uso del término, y en que el modo en que se desarrollan las circunstancias determina que se consolide uno de ellos.

Reconocer que la interpretación evolutiva tiene cabida en el caso de términos flexibles nos conduce en buena medida a evitar los problemas a los que me referí en el tercer apartado. En primer lugar, porque nos permite evitar argumentaciones oscilantes. Además, el rol de la interpretación evolutiva no sería en esos casos superfluo, y el carácter contingente en la estructura del razonamiento vendría dada precisamente por reconocer que, como en muchos otros casos, estamos frente a un término flexible. Por otro lado, se reconocerían las dificultades a la hora de determinar qué creencias son determinantes para los hablantes a efectos de aplicar los términos. Estas se van ajustando de un modo u otro en atención a complejas circunstancias contingentes, lo que no impide que los términos se apliquen de manera no problemática a numerosos supuestos hasta que surge el caso o grupo de casos que plantean dudas. Ser conscientes del vínculo entre interpretación evolutiva y flexibilidad conduce a que la interpretación evolutiva ocupe un rol central en la argumentación y que se vea restringida a supuestos de términos flexibles, como ya he apuntado con anterioridad. Finalmente, dados los diferentes elementos que conducen a que un uso u otro terminen consolidándose, puede reconocerse, como ocurrió en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, que la propia modificación legislativa, entre otras muchas circunstancias, desempeñó un rol central para que una de las opciones se impusiera.

Podría sin embargo objetarse que, para que la argumentación del TC resulte concluyente, no basta con reconocer que el término "matrimonio" es flexible, sino que debe además constatarse que hay una tendencia clara hacia la opción escogida por el propio TC, algo que constituye una deficiencia en esta sentencia. En caso de que no haya esa tendencia previa, y aunque la decisión del TC haya contribuido a que las cosas vayan en una dirección, el TC no puede ampararse en la evolución que él mismo promueve para justificar su decisión. Pese a todo, creo que esta crítica puede

ser superada. Por una parte, la evolución explica por qué el matrimonio entre personas del mismo sexo es una opción para el legislador, es decir, pone de relieve la propia flexibilidad del término "matrimonio", y no tanto la elección de una de las opciones. Su carácter flexible sí queda constatado en la propia sentencia, pues queda claro que la posibilidad de entender que hay matrimonios entre personas del mismo sexo no es vista como completamente descabellada y, en esta medida, que el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo no supone una *ruptura* con el uso preexistente. Por otra parte, podría criticarse que el TC haya optado por el reconocimiento del matrimonio sin que se haya constado una tendencia consolidada en esa dirección. Pero si se lee con detenimiento la decisión puede verse que el TC hace precisamente lo que tiene que hacer: apreciar que el término es flexible y dejar en manos del legislador la elección. Así, en sentido estricto el TC no se decanta por una de las opciones, sino que reconoce la constitucionalidad de la opción escogida por el legislador, en tanto es una de las opciones disponibles dada la flexibilidad del término, derivada de cómo ha evolucionado en su uso.

Dos consideraciones finales son importantes a efectos de destacar positivamente no solo de la decisión del TC, sino también el modo en que la fundamenta, pese a las reticencias que se habían puesto de manifiesto en el tercer apartado. Por un lado, hay que tener en cuenta el modo en que está redactada la normativa, y si ésta impone un límite a efectos de adoptar una determinada interpretación. Así, si la redacción de la CE hubiera sido diferente, por ejemplo señalándose que "Solo el hombre y la mujer tienen derecho a casarse entre ellos", la reforma constitucional hubiera sido necesaria, más allá de los diferentes modos en que se podría haber entendido el término "matrimonio"[43]. Por otro lado, hay que considerar que la apelación a cómo se desarrollan contingentemente los acontecimientos no plantea un problema de imposición de la voluntad de la mayoría a una minoría en un caso como este. Esto es así precisamente porque es la minoría la que se

[43] Esto es lo que ocurría en el caso de la Constitución de California, que establecía "Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California", cláusula que la Corte Suprema consideró contraria a la Constitución de los Estados Unidos.

ve protegida por la decisión del TC[44]. Tomando en consideración todo lo anterior, creo que muchas de las críticas que la decisión, y particularmente la argumentación, del TC han recibido, deben ser, al menos, matizadas.

Bibliografía

Canosa Usera, R., "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, "Interpretación constitucional y jurisdicción electoral", México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 57-98.

Epstein, B., 2015: https://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/02/16/what-alabamas-roy-moore-gets-right/

Frege G., "El pensamiento", en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de "Der Gedanke. Eine logische Untersuchung", en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, n. I, 1918, pp. 58-77 .

Frege G., "Sobre el sentido y la referencia", en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de "Über Sinn und Bedeutung", en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, C, pp. 25-50).

Goig Martínez, J.M., "La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional", *Revista de Derecho UNED*, 12, 2013.

[44] En este mismo sentido, señala Mastromartino: "La interpretación a la que llegó el Tribunal recurriendo a la conciencia social, es decir apelando a la imagen que la mayoría absoluta de la sociedad española contemporánea tiene del matrimonio, arrojó el resultado exactamente opuesto, ya que permite, decretando la no inconstitucionalidad de la ley controvertida, tutelar una minoría discriminada en razón de su orientación sexual, reconociéndole derechos hasta ahora negados". Véase Mastromartino, F., "Sobre la interpretación de la Constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo", *Doxa*, 36, 2013, pp. 153-175, en p. 173.

Helmersen, S.T., "Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions", *European Journal of Legal Studies*, 6 (1), 2013, pp. 127-148.

Inagaki, O., "Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: The Two-Stage Reasoning", *Journal of International Cooperation Studies*, 22 (2), 2015.

Jackman, H., "We Live Forwards but Understand Backwards: Linguistic Practices and Future Behavior", *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, 1999, pp. 157–177.

LaPorte, J., *Natural Kinds and Conceptual Change*, Cambridge University Press, 2004.

Letsas, G., "Intentionalism, Textualism, and Evolutive Interpretation", en Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007.

López y López, A.M., "En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)", *Derecho Privado y Constitución*, 27, 2013, pp. 173-208.

Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L., "Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms", *Synthese*, 2018, pp. 1-14.

Mastromartino, F., "Sobre la interpretación de la Constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo", *Doxa*, 36, 2013, pp. 153-175.

Matia Portilla, F.J., "Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo", *Teoria y Realidad Constitucional*, 31, 2013, pp. 535-554.

Mazzarese, T., "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", *Doxa*, 23, 2000, pp. 597-631.

Mercier, A., "Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?", *Essays in Philosophy*, 8 (1), 2007.

Moore, M., "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277-398.

Pérez Triviño, J.L., "Los retos jurídicos de los e-SportS", *Revista Jurídica LaLiga*, 6, 2017, pp. 1-8.

Moreso, J.J., "Legal Positivism and Legal Disagreements", *Ratio Juris*, 22, 2008, pp. 62-73.

Poggi, F., "Significado literal: Una noción problemática", *Doxa,* 30, 2005, pp. 617-634.

Plunkett, D. y Sundell, T., "Antipositivist Arguments from Legal thought and Talk. The Metalinguistic Response", en Hubb, G. y Lind, D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language,* Londres, Routledge, 2014, pp. 56-75.

Putnam, H., "The Meaning of 'Meaning'", en *Language, Mind and Knowledge*, Gunderson, K. (ed.), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975, pp. 131-193.

Ramírez Ludeña, L., "The Meaning of 'Literal Meaning'", *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 83-101.

Recanati, F., *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Russell, B., "On Denoting", *Mind*, 14, 1905, pp. 479-493.

Russell B., "Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description", *Proceedings of the Aristotelian Society* 11, 1910-11, pp. 108-128)

Searle, J., "Literal Meaning", *Erkenntnis*, 13, 1970, pp. 207-224.

Waluchow, W., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Wilson, M., "Predicate Meets Property", *The Philosophical Review*, 91 (4), 1982, pp. 549-589.