

## Capítulo 45

# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ENTRE TRADICIÓN Y GLOBALIZACIÓN

ANDRÉS OLLERO  
*Universidad, Rey Juan Carlos. Madrid*

**RESUMEN:** La tradición es un factor ineliminable en toda actividad judicial y por ende del control de constitucionalidad en un contexto globalizado. Por razones históricas, tal realidad cobra en el ámbito español tonos diversos a los del ámbito norteamericano o italiano. El Tribunal Europeo de Derechos humanos cumple un papel muy especial, como vía de entrada de elementos procedentes de instituciones de influencia global, que pueden puentear a las constituciones, gracias a su influencia en la actividad judicial.

Mis actuales responsabilidades en el Tribunal Constitucional no me han apartado, al menos en fines de semana, de la filosofía jurídica. Ello explica que el pasado mes de diciembre de 2018 presentara en Roma una ponencia en el Congreso “The Tradition Project”, con el que las Universidades Saint John’s, de Nueva York, y la LUMSA, de Roma, ponían fin a tres años de trabajo conjunto. Figura central del mismo fue el magistrado del Tribunal Supremo norteamericano Samuel Alito, con cuya ponencia habían de dialogar dos profesores italianos, uno de ellos Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana, una profesora francesa y el que suscribe. Siendo el por ahora último resultado de mi brega filosófico-jurídica, inédito aún en nuestro idioma, es todo un honor poder ofrecerlo en homenaje al Profesor Gregorio Robles, con quien he compartido muchos trabajos tanto en foros universitarios como en la Real Academia.

La Constitución española, con sus cuarenta años ya cumplidos ha influido notablemente en los trabajos filosófico-jurídicos, incluidos los míos. Meses después de su promulgación presenté en el Congreso Mundial de la IVR en Basilea una comunicación sobre *Derecho natural y jurisprudencia de principios*<sup>1</sup> tomándola como ejemplo.

---

<sup>1</sup> *Droit naturel et «jurisprudence de principes» (avec référence à la Constitution espagnole de 1978) Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie. Basel 1979. Paper (III)-130; luego en sus actas: ‘Contemporary Conceptions of Law’ Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,*

Podría considerarse caprichoso aludir a un término tan tradicional como *derecho natural*, pero bien pronto el voto discrepante a una de las primeras sentencias del recién creado Tribunal Constitucional, relativa al principio de igualdad, brinda argumentos en contrario: “el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas”; añadiendo que la “referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional”<sup>2</sup>.

Se marca a la vez el ocaso del positivismo legalista, empeñado en presentar al derecho como un sistema de *normas*, con alergia a reconocer el juego de los *principios*. No sería “posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios”<sup>3</sup>.

La sentencia citada obliga a matizar la tópica referencia a la *igualdad* de los ciudadanos *ante la ley*, para subdividirla en igualdad *en la ley* y *en la aplicación de la ley*. Esto relativiza a la vez el presunto abismo entre el *stare decisis* anglosajón y un obligado juego del precedente judicial<sup>4</sup>, que resucita la vieja cuestión de si la jurisprudencia es fuente del derecho.

De poco sirve que el legislador no haya establecido una diversidad de trato entre los ciudadanos, si luego los jueces -o incluso un mismo órgano judicial- ofrecen soluciones dispares; sin excluir que sea un mismo ciudadano el que las reciba<sup>5</sup>. Continuando mi repaso autobiográfico a las resoluciones del Tribunal Constitucional español, me pareció significativa la que nos plantea que cuando un órgano judicial “considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación sufi-

---

Supplementa vol. I, part 1, Steiner Verlag, Stuttgart, 1979, págs. 629-639. El original español en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, págs. 199-210.

<sup>2</sup> Voto particular del Magistrado Diez Picazo a la STC 34/1981 de 10 de noviembre.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Al respecto “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, *Cuadernos y Debates* n° 19, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989; actualizado en segunda edición: *Cuadernos y debates* n° 163, 2005.

<sup>5</sup> Por asombroso que parezca; cfr. STC 162/2001 de 5 de julio.

ciente y *razonable*. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, competentes para la unificación de doctrina, porque “el principio de Igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”<sup>6</sup>.

Hablar de *tradición* en el control de constitucionalidad de las leyes resultaba en el caso español problemático, al cabo de casi cuatro decenios de dictadura tras la efímera experiencia republicana. No en vano en dicho periodo el ejercicio de los derechos humanos se vio en no pocas circunstancias tipificado como delito.

El artificio jurídico que amparó la transición a la democracia fue alabado desde las premisas del régimen anterior como una filigrana que había logrado el paso *de la ley a la ley*; es decir, de las leyes fundamentales del franquismo a la Constitución. Algunos jueces del régimen pre-democrático lo interpretaron a su manera, provocando una sentencia que es toda una reprimenda a esa judicatura residual, que vulneraba el principio de igualdad negando la condición de heredera a una ciudadana a la que, con arreglo al aún no actualizado código civil, consideraba “hija ilegítima”.

La recurrente en amparo alegó el valor normativo inmediato del art. 14 de la Constitución y su posible efecto derogatorio respecto al art. 137 del Código Civil. El Tribunal Constitucional no duda en dejar sentado que “la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal”. Recuerda a la vez que el ejercicio de los derechos fundamentales ha “de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial”, lo que implica “que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente los jueces y magistrados integrantes del poder judicial”. No se admite pues que su contenido integre “meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores”. Concluye drásticamente que “lo que en modo alguno puede admitirse es la equiparación a tal efecto ni a ningún otro entre aquellas ‘Leyes Fundamentales’ y la Constitución

---

<sup>6</sup> STC 34/1982 de 14 de junio, FJ 2.

Española de 1978, para cuya valoración e interpretación es necesario prescindir de criterios ya periclitados<sup>7</sup>. La Constitución sería pues aplicable sin necesidad de *interpositio legislatoris*.

La Constitución hereda de la doctrina alemana la referencia al aludido *contenido esencial* en su artículo 53.1. En una temprana sentencia sobre el derecho de huelga, el Tribunal intentó audazmente explicar ese contenido, haciendo eco a la polémica doctrinal entre jurisprudencia de *conceptos* y de *intereses*. Entiende que “cabe seguir dos caminos”. El primero sería “acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”. El segundo llevaría a “tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”. La esencialidad haría en este caso “referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Todo ello, sin olvidar que no se trata de dos caminos “alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios”<sup>8</sup>.

Tan bienintencionado esfuerzo se ahorra el de plantearse qué habría servir de fundamento a un control de constitucionalidad, o quién controlará al controlador; situados ante la paradoja de que la Constitución dirá lo que entienda que dice un tribunal contramayoritario. La primera pista nos situará a la búsqueda de un *fundamento objetivo y razonable*.

Siguiendo en torno al principio ya aludido, la igualdad, a la que se refiere el artículo 14 CE, “no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y jui-

---

<sup>7</sup> STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1. Fue ponente de la sentencia el Profesor Francisco Tomás y Valiente, que llegó a presidir el Tribunal y, tras cumplir su mandato, fue asesinado en su despacho de la universidad por un terrorista de ETA.

<sup>8</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

cios de valor generalmente aceptados”<sup>9</sup>. Del consenso de los especialistas parece que se nos orienta ahora hacia juicios de valor socialmente generalizados. ¿Deberá pues el magistrado constitucional esforzarse en reflejar la mentalidad del ciudadano medio?

No parece ser el caso si nos acercamos a una peculiar vulneración de la igualdad: la discriminación por razón de sexo<sup>10</sup>. No podríamos conformarnos con un planteamiento que revista *actualidad*. A superarlo se nos invita al constatar que en un hospital barcelonés las enfermeras, en domingo, cobran todas sus horas de trabajo como extraordinarias, mientras que para sus colegas masculinos se trata de un día como otro cualquiera. Presunta discriminación pues del varón. En realidad el franquismo suscribió una actitud “protectora” de la mujer, a la que se consideraba positivo dispensar de toda aportación laboral. Un órgano judicial estimará que la “protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación”; en todo caso, considera que “tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de actualidad”. El Tribunal no comparte tal criterio: “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse ‘actualidad’, sino su conformidad con la Constitución”. Se entiende pues que el legislador esté atento a lo que se considere de actualidad, pero “la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas” descarta ese punto de vista<sup>11</sup>.

En realidad la discriminada podía estar siendo la mujer. El varón, si no trabaja en domingo, se irá a ver jugar al Barça; la mujer, si lo hace, se verá imposibilitada de sacar a sus hijos de paseo y eso tenía un precio. La discriminación por razón de sexo obligará a modificar el angular para acercarnos a una versión hispana de las *affirmative actions*. El artículo 9.2 de la Constitución, de herencia italiana, fue inicialmente acogido con sospechas de ser campo de aterrizaje del entonces pujante *uso alternativo del derecho*. La sangre no llegó al río. Todo quedó en que, no gozando tal artículo de la protección del recurso de amparo, un baipás interpretativo lo encauzó

---

<sup>9</sup> STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2.

<sup>10</sup> Al respecto, *Discriminación por razón de sexo*. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

<sup>11</sup> STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2.

productivamente por el sí protegido artículo 14. El resultado obstaculizará, por ejemplo, el despido de trabajadoras por razón de embarazo.

La herencia se acaba convirtiendo ahora más bien en norteamericana. El citado artículo 9.2 CE establece: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Esto, a juicio del Tribunal, supera “el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal”. El artículo 14 establecía “una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley”, pero a la vez las alusiones concretas a la no discriminación representan “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE”. Implica por tanto “la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina”<sup>12</sup>.

La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre el ámbito de la Unión Europea ha ido ahondando a la hora de detectar desigualdades, ayudando a localizar la llamada *discriminación indirecta*. Esto llevará al Tribunal a indagar, al solicitarse amparo, en el desfase existente entre las retribuciones de peones y limpiadoras de un hospital. Entre ambas categorías laborales existían unas marcadas diferencias que cabría “calificar de fundadas y razonables, en atención a la mayor penosidad y esfuerzo físico” de la de peón; pero de hecho “realizaban exactamente las mismas funciones”. Esto permite al Tribunal “enriquecer la propia noción de discriminación”, para incluir “la noción de discriminación indirecta”, al detectarse tratamientos formalmente no discriminatorios de los que “derivan consecuencias desiguales perjudiciales por el *impacto* diferenciado y desfavorable” de sus consecuencias. De ahí que “el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2.

<sup>13</sup> STC 145/1991, de 1 de julio, FFJJ 1 y 2.

Para contrarrestar tantas sospechas surge una buena noticia: ha nacido un nuevo derecho fundamental<sup>14</sup>. El artículo 18 GE, que protege la intimidad personal y familiar, incluye un enigmático epígrafe 4, según el cual la “ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Parecería que se avecina una mera ampliación del derecho a la Intimidad, pero lo que esta reclama es la protección de una esfera Individual de privacidad frente a posibles acosos ajenos o de los poderes públicos, en línea con los clásicos derechos de libertad. Ahora lo que nos ha ido naciendo es un derecho de prestación, que gira en torno a un *poder de control* del ciudadano sobre los datos de los que unos y otros puedan disponer y la cobertura legal de la que puedan disfrutar. El Tribunal considera que el nacimiento se ha producido “de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”. Acepta que con ello “la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”, que califica, por influjo italiano, como libertad informática, aunque pronto se acabaría imponiendo la terminología alemana: autodeterminación informativa. El *habeas corpus* se verá así acompañado por un resorte con diversas trazas: el *habeas data*. Como si no acertara aún a cortar el cordón umbilical, el Tribunal rechaza sin embargo “la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión”<sup>15</sup>.

El influjo norteamericano es también perceptible en la versión hispana del *certiorari* practicado por el Tribunal Supremo de aquel país. El modelo kelseniano de control de constitucionalidad se ve en España alterado por la existencia de un recurso de amparo vinculado inicialmente a remediar la vulneración de un derecho fundamental. Como consecuencia, el Tribunal casi muere de éxito, al verse convertido en una tercera instancia procesal para no pocos ciudadanos, al diluirse la frontera entre control de legalidad y de constitucionalidad<sup>16</sup>. Más de 11.000 llegaron a ser anualmente los amparos, antes de que surgiera una drástica reforma legal, que no ha conseguido hacerlos bajar de 6.000; destinados por lo demás a ser inadmi-

---

<sup>14</sup> Al respecto, *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales*. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional. Discurso de recepción. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2008, págs. 7-179.

<sup>15</sup> STC 254/1993, de 20 de julio, FFJJ 6 y 7.

<sup>16</sup> Al respecto “Legalidad y constitucionalidad”, en *Archivo Giuridico* (CL-2), 2018, págs. 229-255.

tidos, menos un centenar que llegan a merecer sentencia. Con la reforma legal del recurso amparo, deja de contemplarse en una mera dimensión subjetiva, para convertirse -a mi juicio- en un objetivo peculiar remedo del viejo recurso en interés de ley; en este caso, en interés de Constitución.

Para el Tribunal constituye “el elemento más novedoso o la caracterización más distintiva (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la *especial trascendencia constitucional*”. Su principal consecuencia será que “la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional”, que debe ser en cada caso justificada. El Tribunal no ha dejado de brindar pistas; aparte de constatarse la vulneración de un derecho, es preciso argumentar, por ejemplo, que ello plantea “una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina”<sup>17</sup>.

La *presión globalizadora* se experimenta en el derecho español como consecuencia de la suscripción del Convenio de Roma del Consejo de Europa, que le vincula al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en *Estrasburgo*. Papel más peculiar juega el modo de entender el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en *Luxemburgo*, lo que eufemísticamente se ha decorado como un *diálogo de tribunales*<sup>18</sup>.

En el ámbito europeo la *tradición* de un país puede verse reforzada al verse *compartida*. Así ocurrió con la sentencia *Lautsi contra Italia* del Tribunal de Estrasburgo, que se erige en argumento favorable para apoyar el concepto de laicidad del Tribunal español. El artículo 16.3 CE defiende una *laicidad positiva*, basada no en la separación sino en la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas<sup>19</sup>. Se planteó si es compatible en un Estado laico como España que en los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla figure como patrona la Inmaculada. No lo considera así uno de los colegiados, que entiende vulnerada su libertad religiosa.

Para el Tribunal resulta obligada la neutralidad religiosa del Colegio, como corporación de derecho público. Entiende, sin embargo que los sím-

---

<sup>17</sup> STC 11/ 2009, de 25 de junio, FJ 2; con cita de la STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1.

<sup>18</sup> Al respecto “Diálogo de tribunales en el marco europeo” en *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompert* (Javier de Lucas Martín, Ernesto Vidal Gil, Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, Vicente Bellver Capella coordinadores). Tirant lo blanch, t. I, Valencia, 2018, págs. 911-928.

<sup>19</sup> Al respecto “Laicidad positiva, igualdad consiguiente”, *Persona y Derecho*, 2017 (77/2) págs. 93-131.

bolos acumulan “toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria”. Por otra parte, “cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta”, pero -como ocurre en el caso *Lautsi*- “la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”. Por lo demás “en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales, aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso”. El recurrente, por su parte, no ha hecho notar que se haya visto obligado a participar en actos de ese cariz. Como conclusión, el hecho de que de que “la corporación asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente (art. 36 CE)”<sup>20</sup>.

No faltan casos, sin embargo, en los que *la globalización se enfrenta a la tradición* y las constituciones estatales han de soportar el empuje de organizaciones no gubernamentales que actúan como grupos de presión en el contorno de Naciones Unidas para imponer su visión de lo políticamente correcto. Así acabó ocurriendo en España ante el intento de hacer compatible el matrimonio homosexual con el artículo 32.1 CE, que afirma: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Cuando comparecí -siguiendo el modelo norteamericano- ante el Congreso de los Diputados, antes de ser elegido por más de tres quintos de sus integrantes como Magistrado del Tribunal Constitucional, se me preguntó si estaría dispuesto a firmar un documento solicitando que tal artículo se modificara sustituyendo “el hombre y la mujer” por “todos”. Respondí que me parecía muy acertado el planteamiento, ya que no se trataba de que los Magistrados impusieran sus convicciones personales sino de plantearse si habría que abordar una reforma constitucional<sup>21</sup>. Ese mismo fue el hilo conductor de mi voto particular discrepante de la sentencia del Tribunal, que provocó una mutación constitucional, despreciando los requisitos exigidos para su reforma.

---

<sup>20</sup> STC 34/2011, de 28 de marzo, FFJJ 1, 4, 5 y 6.

<sup>21</sup> “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión consultiva de nombramientos”, lunes 9 de julio de 2012. X Legislatura 2012 (144), págs. 14, 16 y 17.

Respecto al artículo 32 CE la sentencia reconoce que “no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera”, resaltando que no todo lo que la Constitución no contempla es necesariamente inconstitucional; “pero es claro que lo será lo que prive de todo sentido a lo que sí contempla”, apunté en mi voto discrepante.

La sentencia busca amparo en la dubitativa jurisprudencia de Estrasburgo. Sus resoluciones sobre el artículo 8 del Convenio de Roma, comparten un concepto de libertad entendida como drástica autodeterminación individual<sup>22</sup>. En este caso, sin embargo, el relevante es el artículo 12 del Convenio: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. En el asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010, se reconoce que las palabras del artículo citado “han sido escogidas deliberadamente, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, lleva a pensar que se refieren al matrimonio entre personas de distinto sexo”. Admite, sin embargo, que “no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo”, para concluir que “el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Hastiado quizá de tópicas referencias hidráulicas (fuentes, lagunas etc.) el Tribunal español opta por una argumentación forestal con acento canadiense. La Constitución sería 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”<sup>23</sup>. La verdad es que siempre he pensado que la relevancia y legitimidad de una Constitución deriva más bien de su capacidad para modelar a la sociedad a la que se dirige, tras los procesos de reforma que su texto incluye. Me temo que su desprecio puede *imponer globalmente un coyuntural concepto de lo políticamente correcto* urdido al margen de las exigencias constitucionales.

---

<sup>22</sup> Al respecto “El impacto del artículo 8 del Convenio de Roma” en “Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, *Ideas*, 2014 (4), Madrid, págs. 169-178.

<sup>23</sup> STC 198/2012, de 6 de noviembre, FFJJ 9, 8 y 12, epígrafe 3 de mi voto discrepante.

# LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO Y OTRAS DIRECCIONES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

**Libro homenaje  
al Profesor Gregorio Robles**

**COORDINADO POR LOS PROFESORES:**

**CRISTINA HERMIDA DEL LLANO**

**DIEGO MEDINA MORALES**

**MARÍA J. ROCA FERNÁNDEZ**

**tirant lo blanch**

**Valencia, 2020**