

GRAMÁTICA DE VALORES Y GENEALOGÍA DE DERECHOS (*)

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

Al hilo de la aparición del magno *Commentario alla Costituzione*, que han coordinado para la UTET tres jóvenes constitucionalistas, los profesores Bifulco, Celotto y Olivetti, resaltaba no hace mucho Gustavo Zagrebelsky la diferencia entre la glosa de la Constitución en su conjunto, y el comentario, una a una, de las disposiciones constitucionales. Lo hacía de manera un tanto crítica ante la falta de respuesta por parte de los numerosos autores del Comentario, a la cuestión (planteada por los propios coordinadores de la obra) de si el texto comentado podía ser tenido o no por «una narración creíble de la sociedad italiana a los inicios del tercer milenio». El silencio ante tan llamativa pregunta sería consecuencia, al decir de Zagrebelsky, de un planteamiento en el que se ha orillado la visión de conjunto, esto es, lo que cualquier Constitución tiene de reflejo de «opciones y compromisos fundamentales (...) llevados a un texto escrito en un momento de movilización excepcional de energías morales colectivas», en beneficio de aproximaciones parciales a las disposiciones o normas concretas de la Constitución (1).

Esta evocación del distingo *schmittiano* entre Constitución y leyes constitucionales me ha venido constantemente a la cabeza mientras leía el libro que Javier Díaz Revorio ha dedicado a ciertos avances científicos y tecnológicos y la relación que guardan con el sistema de los derechos fundamentales de nuestro

(*) A propósito de Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Valencia/México, Tirant lo Blanch/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009.

(1) Gustavo ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su Etica e Diritto a cura di Geminello Preterossi*, Roma, Laterza, 2008.

texto constitucional. He escrito bien: el libro trata cuestiones bien relevantes sobre sendas materias que caracterizan, como pocas, las transformaciones del mundo durante las últimas décadas: la ingeniería genética y las tecnologías de la información. El autor acredita tener la suficiente información sobre una y otra como para contagiar al lector de su curiosidad por la evolución de las mismas. Y como buen divulgador, facilita la tarea de quien le lee mediante un oportuno glosario de abundantes entradas, situado al final del libro, que ayudan a transitar por caminos no siempre sencillos ni trillados.

Tal es el paisaje de una obra que, más que admitir, demanda varias lecturas, pues el propósito que la alumbró es ambicioso, y las tesis que la recorren tienen más envidia de la que podría apreciarse a primera vista. Para empezar, se nos aparece aquí planteado un formidable reto, el que consiste en preguntarse por la capacidad de la Constitución no ya para *narrar nada de forma creíble*, sino para mantener intacta su capacidad de respuesta ante problemas que afectan directa y medularmente a las concepciones sobre las que reposa el sistema constitucional de los derechos. Se trata de un desafío que pone a prueba la cualidad de la Constitución, situándola ante la disyuntiva de ser un vaporoso punto de referencia para la (o las) verdaderas sedes en las que el Derecho, al hilo de circunstancias y ciclos históricos de carácter cambiante, va creándose y recreándose, o bien una auténtica norma presupuesto, o norma *fundante*, imbricada sin solución de continuidad en la experiencia jurídica. Es quizá un problema generacional: quien tiene *in mente* la experiencia directa del «momento constituyente» y se forja incluso la ilusión de haber contribuido (siquiera con una parte alícuota infinitesimal) a que el texto sea como es, puede tener mayor disposición a dejarse seducir por las capacidades de la Constitución. Mientras que quien se haya topado con ella como un «producto» ya manufacturado y en uso, puede mirar con más escepticismo la presunta existencia de una programación constitucional *latente* y a la espera de habérselas con problemas inéditos. Sea como fuere, no es cuestión baladí, pues lo que se halla en juego es nada menos que la de la definición de los contornos de una declaración de derechos como la de nuestra Constitución: esto es, una declaración hiper-formalizada y alumbrada por la idea de que introducir jerarquías en el sistema de los derechos es el precio que hay que pagar para poder surtir a un número de ellos de garantías sólidas, frente al legislador y frente al juez.

Díaz Revorio no pertenece a la generación de los juristas a la que le fue dado asistir, ya en ejercicio, al alumbramiento de la Constitución. Pero está cerca de ella y se ve que es de los que no repudia la idea de una Constitución-*vademécum*. Su libro de 1997, *Valores constitucionales e interpretación constitucional*, resultado de la tesis que realizó bajo la dirección de Eduardo Espín, le capacita-

ba perfectamente para afrontar una tarea como que afronta en este libro. Porque aquí no se trata tanto de evaluar el impacto de fenómenos que quienes hicieron la Constitución ni siquiera imaginaron, cuanto de profundizar en la taxonomía de un texto sobre cuya capacidad para alentar soluciones, y establecer barreras y zonas de no acceso, el autor no tiene dudas. Y para mostrarle al lector que ello es así, el autor construye un discurso cuya parte mayor se encuentra en los tres Capítulos que preceden a los dedicados propiamente al par de cuestiones —genética e Internet— enumeradas en el subtítulo del libro.

Estamos, pues, ante una obra que hace teoría constitucional, pero no desde el vacío ni desde el «cielo» de los conceptos, sino desde la textura de una gramática que es la de nuestra Constitución. Los nuevos avances científicos y tecnológicos se nos aparecen casi como un banco de pruebas seleccionado un tanto caprichosamente por lo que tienen en común (y representan de sintomático) desde el punto de vista de las funciones que cabe esperar de cualquier texto constitucional en el mundo globalizado de nuestros días. Y ambos campos de estudio, la ingeniería genética (con sus muchas aristas: posición del preembrión y del genoma humano, técnicas reproductivas, manipulaciones genéticas y clonaciones, entre otros) y las nuevas tecnologías (con las suyas) actúan para el autor como otros tantos escenarios que acaban por reforzar su convicción en la capacidad de los valores superiores (*rectius*: constitucionales) para regular el ritmo y las condiciones mismas de la entrada en escena de los derechos.

Posiblemente hay algo de artificioso en ese empeño por reconducir hacia los valores todo el sistema de los derechos. Y desde luego discrepamos de la idea —sostenida por Díaz Revorio— de la evolución lineal del constitucionalismo, desde la era de las Revoluciones hasta nuestros días, a partir de un núcleo de valores que se ha mantenido incólume. La parte sustancial de nuestras concepciones en materia de derechos fundamentales proceden más bien del momento inmediato posterior a la Segunda Guerra, y del feliz compromiso de los teóricos del Derecho y de los operadores jurídicos con el parágrafo de apertura de la Ley Fundamental de Bonn. Por mucho que hoy nos sea dado leer una Declaración de derechos como la de la Carta europea bajo el lecho de Procasto de unos valores (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia) que cuajan en derechos, todos sabemos que lo que hay en ello, antes que otra cosa, es simple obsesión clasificatoria y dialéctica del «como si». En cambio, nadie que esté al corriente de los desarrollos del constitucionalismo puede poner en duda que la dignidad de la persona ha sido el auténtico *leit motif* de una teoría normativa *resistente* a ciertos ensanchamientos de las limitaciones legítimas de los derechos, y *moldeable* para situar bajo el manto protector de lo intangible ciertas proyecciones o exteriorizaciones de lo que no aparece en ellos de manera expresa.

Situados los fenómenos emergentes en los dos campos de estudio elegidos bajo la óptica de ese macro-valor guía (con su doble dimensión, individual y colectiva) que es la dignidad, el libro va diseccionando con argumentos despaciosos lo susceptible de encuadrarse en la órbita de los derechos reconocidos, y lo que una sociedad civilizada, esto es, comprometida con el valor de la dignidad intangible de cada ser humano, debe proscribir; una tarea que requiere, como decimos, buena información sobre el «estado del arte», pero también sólidas convicciones, y un ejercicio convincente de capacidad dialéctica, para argüir que la tarea de poner puertas al campo de la experimentación científica se funda en una irrefragable razón constitucional.

Lo que solemos llamar nuevos derechos conforman entre nosotros una categoría imprecisa de posibilidades de obrar, que el intérprete supremo de la Constitución ha tendido a manejar con extrema prudencia. La rigidez de que adolece el Título Primero, con su diversidad de «zonas» y jerarquías bien establecidas, parece que empuja a sopesar mucho las cosas antes de expedir las credenciales que los nuevos derechos necesitan para obtener carta de naturaleza. Una reciente muestra de esa actitud comedida se aprecia, por ejemplo, en el énfasis que pone el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en rechazar que el afianzamiento de la autonomía de la voluntad de la gestante llevado a cabo en el proyecto sea manifestación de un nuevo derecho.

En defecto de reforma constitucional, las normas de desarrollo de la Constitución que introduzcan derechos no deducibles *expressis verbis* de los que ya vienen cualificados como fundamentales en el texto de la Constitución, siempre se resentirán de una debilidad: la de estar sujetos a la condición suspensiva de obtener su validación como tales en sede jurisprudencial. Y aun así nunca podrán equipararse a los que lo son por decisión originaria del constituyente. Díaz Revorio es bien consciente de ello, pero no se arredra ante las dificultades, practicando con el lector la cortesía suprema de la claridad expositiva y hasta el gusto —tan en boga en estos tiempos enloquecidos de las *competencias* y *habilidades bolonias*— por los Cuadros sinópticos. El que aparece en las páginas 62 y 63 sintetiza a la perfección las tesis que se sostienen en el libro, identificando hasta 17 posibles nuevos derechos (más bien grupos de nuevos derechos, en enumeración que el autor advierte que no es exhaustiva), con sus correspondientes anclajes constitucionales y respaldos de mayor o menor solidez.

Encontramos allí el derecho a disponer de la propia vida, así como de la propia integridad y salud; la inmunidad e intimidad corporal; los derechos a la libertad e identidad sexual; el derecho a la convivencia marital, hétero y homosexual, así como al matrimonio homosexual; el derecho a un medio ambiente

doméstico sano con protección frente a la invasión de ruidos y olores; la objeción de conciencia a la práctica del aborto, y otras posibles objeciones amparadas en el artículo 16; la protección frente a manipulaciones genéticas o prácticas eugenésicas; el derecho a la integridad del patrimonio genético; los derechos a la identidad e intimidad genética; el derecho a la reproducción; el derecho a la protección de datos personales; el derecho de acceso a las nuevas tecnologías, y el derecho a la intimidad informática.

Al lector de la enumeración se le habrá activado de inmediato el resorte del espíritu más o menos complaciente o discrepante, o cuando menos el de la curiosidad por conocer los pormenores. Ciertamente en la *selva* de los nuevos derechos también hay categorías. No puede equipararse lo que se funda en un desarrollo normativo *ad hoc*, anclado en un derecho fundamental *escrito*, y respaldado por la jurisprudencia del TC, con aquello otro que apenas puede invocar alguna decisión del TEDH, o ciertos contenidos de Declaraciones Internacionales, aunque sean de tan relevante incidencia en la materia estudiada como la Declaración Universal sobre el genoma y los derechos humanos, o el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (el conocido comúnmente como «Convenio de Oviedo»). Habría, pues, que separar lo sólidamente establecido y fundamentado, de lo que se halla en un movedizo y reversible *in fieri* (por ejemplo, el derecho de acceso a las nuevas tecnologías al que alude alguno de los Estatutos de Autonomía de última generación), y dentro del primer grupo, como lo explica bien el autor, entre aquellos que pueden considerarse como implícitos en un genuino derecho fundamental y los que simplemente cuentan a su favor con el argumento de la dignidad de la persona o el libre desarrollo de la personalidad.

Ciertamente, si se defiende la normatividad sustentante de los valores, hay un punto de contradicción en sostenerlo así, pero las garantías *fuertes* de la reserva de ley y el control del respeto al contenido esencial siempre estarán en directa dependencia de la sede formal desde la que reconozcamos la aparición del nuevo derecho en cuestión. Aunque bien mirado lo relevante para la categoría no es en definitiva si cuentan o no con tales o cuales garantías, sino el hecho mismo de su confirmación como algo que viene no ya consentido o tolerado porque así lo ha dispuesto el legislador, y en tanto en cuanto quiera mantenerlo, sino como un elemento inherente a la esencia de un sistema constitucional de derechos que es en sí mismo orden de valores o «compromiso fundamental» con la realización de ellos, esto es, Constitución en su más profundo significado.

Con su convicción de que, recurriendo a la ponderación de derechos y valores, es posible extraer respuestas tentativas, pero sustancialmente correctas, a

las dudas que plantean de continuo los avances en la investigación genética y en el uso de las nuevas tecnologías, y con su minuciosa e ilustrada manera de demostrárselo al lector, Díaz Revorio ha llevado su voluntad de Constitución a un punto que dice mucho de sus cualidades, como investigador y como ciudadano.