

RAZONABILIDAD Y DIGNIDAD HUMANA¹

Jörg Luther*

Traducido del italiano por Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez

1. Las reflexiones de los constitucionalistas en torno a la razonabilidad experimentan dificultades a la hora de identificar la fuente jurídica del «canon» o «criterio» de la razonabilidad, llevando a cabo reenvíos, desde un punto de vista pragmático, a las costumbres (los buenos usos, la mejor práctica) de enjuiciamiento de los jueces constitucionales o, desde un punto de vista dogmático, a los principios fundamentales de la Constitución (en el caso italiano, sobre todo al principio de igualdad o a la esencia de la «justicia» y, en el caso alemán, también a un principio general de libertad o a la esencia de los derechos fundamentales)². En concreto, dicha opción también

¹ «... porque la vida es un bien que, antes o después, se debe abandonar, la dignidad humana representa un valor que se quiere conservar incluso más allá de la vida y de la muerte» (S. PANUNZIO).

* Catedrático de Instituciones de Derecho Público de la Universidad del Piemonte Oriental

² Para una comparación cfr. A. CERRI, «I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato», A. CERVATI, «In tema di interpretazione della costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)», D. SCHEFOLD, «Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca», todos en: Corte costituzionale (a cura di), *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1994; J. LUTHER, «Ragionevolezza (delle leggi)», *Dig. It. Disc. Pubbl.*, XII, Torino 1997, pp. 353 y ss.; R. ALEXI, «Ragionevolezza nel diritto costituzionale», en: M. LA TORRE / A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, pp. 143 y ss.; L. DI GREGORIO, «L'identità strutturale tra principio di ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *ibidem*, pp. 237 y ss. Para una reelaboración «postpositivista» de las «reglas de ponderación», inspirada mayormente en el principio de igualdad, cfr. A. SOMEK, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt 2006, pp. 134 y ss.; para una crítica radical del control de las ponderaciones, K.-H. LADEUR, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2004. Según C. MEZZANOTTE, «Tecniche argomentative e diritti fondamentali (6.5.2005)», *Osservatorio costituzionale*, 4/2005, p. 5, la proporcionalidad «entendida como variante de la razonabilidad, no pertenece a nuestra tradición jurídica, sino a la germánica, donde la misma es extraída de la justicia administrativa y se coloca(ba) en

vale para la fuente de las intenciones de «ponderación», metáfora que evoca la alegoría de la diosa de la justicia y la retórica de los «pesos» y las «medidas», pero aparentemente no fundada en un texto constitucional concreto capaz de orientar, legitimar y limitar las prácticas relativas.

La impresión de la que parten estas reflexiones es la de que el «passepartout» de la «razonabilidad» tiende a expandirse por todo el ordenamiento. Dado que a algunos puede parecer excesivo, quizás conviene preguntarse si aún existen algunos ámbitos capaces de resistirse a la flexibilidad, de sustraerse al «relativismo» de las ponderaciones. La razonabilidad no resulta total ni omnívora si se halla un principio, valor o bien constitucional que no tolera ponderaciones o derogaciones. Según los partidarios de los valores fuertes y de los principios absolutos, éste podría ser el caso de la «dignidad humana» que, en la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, abre el catálogo de los derechos y precede a aquéllos que figuran comprendidos entre los valores y principios de libertad, igualdad y solidaridad³.

La pregunta de fondo es, por tanto, la siguiente: ¿cómo deben relacionarse razonabilidad y dignidad? La respuesta se hace difícil, dado que la misma parece imposible en ausencia de premisas o contextos (ius-)filosóficos o de opciones religiosas o laicas⁴. Para hablar en la actualidad de

un sistema en el que la autoridad estatal prevalece siempre sin que sea susceptible de ponderaciones». Las diferencias actuales entre las dos culturas parecen, en efecto, más marcadas en la práctica de la justicia administrativa que en la de la constitucional, pero la persistencia de una cierta desconfianza quizás se deba también a la identificación del control de proporcionalidad operada en Prusia, más ligada a retóricas basadas en razones de Estado que al legado del derecho público del s. XVIII. Sobre el principio de proporcionalidad Cfr., por último, L. MICHAEL, «Verhältnismäßigkeit», en *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart, 4^o ed. 2006, pp. 2571 a 2577.

³ Cfr., sobre el tema de la dignidad, el debate sobre la relación de D. SCHEFOLD pronunciada en la Luiss el 11 de abril de 2003, disponible en el link siguiente: <http://www.luiss.it/semcost/index.html?dirittifondamentali/resoconti/200304.html-right>, así como M. PANEBIANCO, «Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali», *Diritto e Società* 2002, pp. 213 y ss. La primera aportación crítica fue mérito de C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Costituzione di Bonn*, Napoli 1966; *ibidem*, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Roma 1980, pp. 132 y ss. Para una comparación con la jurisprudencia estadounidense Cfr. E. EBERLE, «Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law», *Utah L. Rev.* 1997, pp. 963 y ss.; también A. CERRI, «Ragionevolezza delle leggi», *Enciclopedia giuridica*, y G. BOGNETTI, «The concept of human dignity in European and US constitutionalism», en G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge 2005, pp. 85 y ss.

⁴ Cfr. Por ejemplo R. SPAEMANN, «Über den Begriff der Menschenwürde», en: *ibidem* / E.- W. BÖCKENFÖRDE (a cura di), *Menschenrechte und Menschenwürde*, Stuttgart: Klett-Cotta 1987, pp. 297 y ss (con notas del debate desatado entre los constitucionalistas alema-

forma razonable y digna sobre ambos términos desde la óptica del derecho constitucional positivo, se pueden traer a colación algunos elementos de comparación, por otra parte, «eurocéntrica». Conviene partir desde un análisis del lenguaje común y de la historia de las ideas y de las instituciones políticas y jurídicas (2), profundizar en la jurisprudencia constitucional y en las controversias de la doctrina alemana en torno a la dignidad humana (3) y examinar las concretas aplicaciones de los criterios de razonabilidad y dignidad, concretamente en las problemáticas jurídicas relacionadas con la lucha contra el terrorismo, el caso del derribo de un avión civil cuyo rumbo fue variado (regulado por la reciente ley alemana sobre la seguridad del tráfico aéreo) (4), y en la bioética o biopolítica, el caso de la importación de células madre de Inglaterra regulado por el séptimo programa comunitario sobre investigación (5). Algunos ejemplos de la jurisprudencia italiana permitirán llegar a algunas conclusiones tan sólo provisionales e intuitivas: en una República constitucional el máximo de razonabilidad en los asuntos públicos debe conjugarse con un mínimo indispensable de sentido de la dignidad humana como instrumento común de percepción de los casos de extrema injusticia (6).

2. Intentamos, en primer lugar, analizar el uso de las palabras en el lenguaje común. Razonabilidad y dignidad que, por lo demás, son consideradas en sentido positivo y se reconocen como «valores» compatibles con otros y, por tanto, valores morales además de jurídicos⁵. La razonabilidad tiene que ver con el modo en que una persona actúa, la dignidad con el modo en que es tratada o se trata a sí misma. Puede considerarse «razonable» o «no razonable», pero también «más o menos» razonable una conducta, una opción o un juicio concreto de una persona, pero también las capacidades y las dotes de la misma, valorando el conjunto de sus actuaciones, o la organización y los procedimientos de una institución. Sin embargo, se considera respetuoso o lesivo frente a la dignidad humana, pero también «más o menos» digno, el modo de ser y de existir de una persona física, así como el modo en que se presenta en una determinada situación⁶. La dignidad queda ligada a la persona, de tal forma que –a diferencia de

nes); L. GORMALLY, «La dignità umana: il punto di vista cristiano e quello laicista», *Pontificia Accademia Pro Vita* (www.accademiaivita.org). Por otro lado, para una concepción laica y liberal Cfr. Por ejemplo las obras de M. NUSSBAUM analizadas por D. CARUSI, «Dignità umana, capacità, famiglia», *Politica del Diritto*, 2003, pp. 103 y ss.

⁵ En lengua alemana, el neologismo decimonónico *Menschenwürde* reenvía con *Würde* a la raíz etimológica de valor (*wirda*, *Wert*), quizás incluso al árabe (*warida*: el saber escondido recibido por el creador divino).

⁶ El equivalente de la dignidad de la persona física parece el «decoro» de las instituciones y, además, no debe excluirse como una de las raíces etimológicas.

la razonabilidad— puede ser ofendida y defendida, puede implicar incluso intolerancia. El juicio de razonabilidad se basa además, en primer lugar, en criterios racionales, mientras que el juicio de dignidad lo hace en sentimientos.

En el lenguaje común, razonabilidad y dignidad no se excluyen y no se contradicen, pero pueden entrelazarse. Podemos afirmar que una persona actúa de forma razonable sin negar por ello su dignidad. Sin embargo, no tendría sentido decir que una persona no tiene dignidad, pero actúa en modo razonable. Quizás tan sólo quien tiene dignidad puede ser razonable, pero, ciertamente, sólo quien es razonable podrá reconocer la dignidad de los demás. Estas reflexiones se deslizan ya hacia el lenguaje jurídico, en el cual, sin embargo, ambos términos tienen en común el ser extremadamente escurridizos ante formalizaciones y definiciones.

A primera vista, sin embargo, parece más fácil definir el estatuto jurídico de la razonabilidad que el de la dignidad. En efecto, a diferencia de la razonabilidad del buen padre de familia en el derecho inglés, en los sistemas de «civil law» la razonabilidad se presenta antes de nada como una cualidad de normas y como un criterio de juicio del juez de las leyes. Aún siendo las normas obra del hombre, la razonabilidad puede ser concebida también como un deber de sujetos públicos, quizás también como un deber cívico. Esto no significa que todos deban de ser siempre razonables y que esté prohibido apartarse de aquélla incluso en las elecciones privadas. Más bien significa que cuando decidimos juntos sobre asuntos públicos no debemos hacerlo al margen de la razonabilidad. En las decisiones colectivas, incluidas las normativas, se requieren en definitiva buenas razones para que una voluntad, incluida la de una mayoría, pueda ser válida como representación de la voluntad general. En las decisiones individuales, incluidas las existenciales, el libre albedrío encuentra también límites en las libertades de los demás. Este deber cultural de la razonabilidad en los asuntos públicos se alimenta de ideales religiosos o filosóficos de la vida en común y puede ser considerado también como una virtud republicana.

¿De que forma conecta este deber con la dignidad humana? La intuición de partida es que podríamos aferrarnos a esta conexión si contemplamos la Constitución como un lenguaje simbólico. Desde esta óptica, la «razonabilidad» podría ser considerada como una componente de la propia «imagen del hombre», ligada también a la «dignidad humana» reconocida y garantizada por las constituciones contemporáneas, especialmente las europeas. Ambas, razonabilidad y dignidad, forman parte de una «imagen del hombre» (Menschenbild). Esta imagen es quizás más optimista que pesimista, pero no describe necesariamente al hombre ni como «amigo» ni

como «enemigo», ni como materialista ni como idealista, ni en una condición exclusivamente individualista o comunitaria. Al igual que ocurría con las máximas «honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere» sobre las cuales se fundaban las instituciones del derecho romano, los discursos jurídicos modernos hacen referencia a un ser humano capaz de razonar y, por tanto, de cuidar su propia dignidad, de actuar de forma responsable y comedida, de reconocer criterios de juicio y de justicia comunes.

Estos nexos surgen también en la genealogía del mismo concepto de dignidad humana, documentada por varias fuentes religiosas (por ejemplo, Job 30, 15) y filosóficas. En la tradición filosófica estoica de Cicerón, se califica con la dignidad la posición que en público se atribuye a una persona honesta que se preocupa por su propia cultura, por el honor y la discreción: «dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas»⁷. Ciertas formas de vida, «diffluere luxuria et delicate ac molliter vivere» son incompatibles con la dignidad que forma parte de una naturaleza humana en la que participa la razón⁸. Esta concepción puede haber impregnado también el uso de «dignitas» en el derecho romano, en un primer momento como signo del rango de una persona presupuesto por o derivado de un oficio público que la misma desempeña, y más tarde como signo de un estado social elevado.

Este concepto «elevado» y aparentemente secular fue posteriormente recibido por el derecho canónico, pero también absorbido por la idea cristiana de que la dignidad del hombre derivaría del hecho de haber sido bautizado, de haber sido creado por Dios (padre de la Iglesia)⁹ o más sencillo: del hecho de ser imagen de Dios (Ambrosio, Bernard de Clairveaux), o incluso, como afirman los humanistas italianos, del hecho de ser un microcosmos en el que se determinan todas las posibilidades derivadas de su libre albedrío¹⁰. La capacidad del hombre de llevar a cabo elecciones racionales es exaltada en el Iluminismo, penetrando las filosofías del

⁷ M.T. CICERO, *Rhetoricorum libri duo qui sunt de inventione retorica* (De inv.) II, 166, cit. por R. P. HORSTMANN, «Menschenwürde», en: J. RITTER (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel/Stuttgart 1980, V, p. 1123. Cfr. W. PÖSCHL, «Der Begriff der Würde im antiken Rom und später», *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1989, 9 y ss. Por último, D. KRETZMER / E. KLEIN (a cura di), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague 2002.

⁸ M.T. CICERO, *De officiis*, I, p. 106.

⁹ Referencias en C. RUIZ MIGUEL, «Human Dignity: History of an Idea», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, n° 50, 2002, pp. 281 y ss.

¹⁰ G. PICO DELLA MIRANDOLA, *De dignitate hominis*, 1496.

iusnaturalismo (por ejemplo, el de S. Pufendorf, que liga dignidad e igualdad) y del iusracionalismo (por ejemplo, el de I. Kant, que conecta la dignidad a la libertad).

En el siglo XIX, el término emigra de la filosofía a la política, convirtiéndose principalmente en la retórica socialista europea –por ejemplo en Lassalle («menschenwürdiges Dasein») y Proudhon («dignité personnelle»)– en lo contrario de «miseria». En el siglo XX se desplaza finalmente de la política al Derecho constitucional a través de las constituciones europeas y de las declaraciones internacionales de derechos humanos, configurando ya no tanto un «Sonderweg», una especialidad alemana, sino más bien un principio jurídico común (si bien no universal)¹¹.

En primer lugar, vale la pena, por tanto, recordar las fuentes internacionales de la dignidad humana que ponen de manifiesto su ligazón con la razón. Tras el preámbulo del estatuto de las Naciones Unidas de 1945 que reafirma la fe de los pueblos en la «dignidad y en el valor de la personalidad humana», el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 habla de la «recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family» considerados como «foundation of freedom, justice and peace in the world», y el primer artículo declara a todos los seres humanos «free and equal in dignity and rights»: «They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.». Esta última fórmula puede ser considerada la prueba histórica más importante del nexo entre dignidad y razonabilidad. El estar dotados de razón y conciencia, la idea de una «dote» natural o cultural del hombre, ligada a un deber de solidaridad o fraternidad, resulta inescindiblemente conectado con la declaración de la dignidad y de los derechos.

Los pactos sucesivos pueden ser considerados como interpretaciones de esta declaración. Aquéllos de 1966 reconocen que los derechos «derivan» de la «inherent dignity of the human person», ofreciendo un asidero textual a aquellas teorías que interpretan las disposiciones relativas como reconocimiento de un «derecho a tener derechos» equivalente a la capacidad jurídica en derecho civil (cfr. infra 2). El art. 10.1 del primer pacto sobre los derechos civiles concreta además que incluso en situaciones de privación de la libertad, la persona debe ser tratada «with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person». El art. 13 del Segundo Pacto sobre Derechos Sociales añade con respecto a los derechos

¹¹ Sobre la cuestión cfr. A. WEBER, *Menschenrechte*, München: Sellier 2004, pp. 9 ss.

culturales que «education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity». Incluso la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam de 1990 se propone asegurar en el preámbulo a todo ser humano «su libertad y su derecho a una vida digna en armonía con la sharía islámica». La declaración europea de 1950 se limitó a prohibir «inhuman or degrading treatments or punishments» (art. 3), la americana de 1969, a acompañar el reconocimiento de la dignidad humana al respeto del honor (art. 11). Estos acentos se explican quizás con las particularidades de la «harsh justice» que caracterizan a la cultura jurídica estadounidense, desde la pena de muerte hasta la gestión del trabajo de los institutos penitenciarios, a diferencia de la europea, más orientada hacia una generalización de estándares de punición aristocráticos, pero sin sufragar la tesis de que la dignidad humana de los europeos sea fruto de un desarrollo particular del concepto de honor¹².

Las constituciones europeas se prestan a ser interpretadas en parte como fuentes de inspiración de las declaraciones internacionales y en parte como fuentes inspiradas por éstas últimas. Entre las primeras se encuentran las constituciones de Weimar, Portugal, Irlanda, Francia e Italia (art. 3, 41). El art. 151 de la Constitución de Weimar de 1919 fue el texto que inspiró el art. 41 de la Constitución italiana de 1947 y las constituciones de Baviera (art. 151) y Hessen (art. 27) de 1946: «La ordenación de la vida económica ha de corresponder a los principios de la justicia con el objetivo de garantizar la existencia digna del hombre. Dentro de estos límites debe de asegurarse la libertad económica del particular». En este texto, el concepto de dignidad aflora como una fórmula de compromiso entre las reivindicaciones socialistas, la doctrina social del centro católico y las posiciones liberales, confirmándose como criterio para la intervención del Estado en la Economía. El mismo objetivo de un estándar de vida humanamente digno sin garantía de la libertad fue el adoptado por la Constitución portuguesa de 1933 y también, de forma sucesiva, por las Leyes Fundamentales del régimen franquista. Sin embargo, el preámbulo de la Constitución irlandesa de 1937 reza así: «In the name of the Most Holy Trinity (...) We the people of Ireland, humbly acknowledging all our obligation to our Devine Lord, Jesus Christ, (...) and seeking to promote the common good with due observance

¹² J. WHITMAN, «Human Dignity in Europe and the United States: The Social Foundations», en G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge 2005, pp. 108 ss; del mismo autor, «On Nazi 'Honour' and the New European 'Dignity'», en C. JOERGES / GHALEIGH (a cura di), *The Darker Legacies of Law in Europe*, Hart Publishing, 2003; y *Harsh Justice*,

of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured (...)». La dignidad individual queda asegurada en consecuencia por un poder constituyente que se propone promover el bien común y observar los preceptos de prudencia, justicia y caridad, virtudes que podrían ser consideradas como componentes de la razonabilidad. En último lugar, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946 recuerda la victoria de los «pueblos libres sobre los regímenes que han intentado esclavizar y degradar a la persona humana», haciendo surgir con plenitud la dimensión sentimental y el carácter liberador de la dignidad y reflejando la tendencia a incorporar en este concepto la memoria de la resistencia frente al autoritarismo. El «Conseil Constitutionnel», por tanto, ha decidido que el principio de la dignidad humana forma parte del «bloc de constitutionnalité», excluyendo, por otra parte, que ello exija que el hijo nacido por inseminación heteróloga pueda conocer a su padre biológico¹³.

Entre las Constituciones inspiradas por estos modelos y por las fuentes internacionales también se cuentan aquéllas de otros países liberados de experiencias autoritarias, desde la Ley Fundamental alemana de 1949 (art. 1), pasando por las de Grecia (art. 2), Portugal (art. 1) y España (art. 10), para llegar a las recientes Constituciones de Europa central y oriental (Estonia, Hungría, Albania, Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, República Checa, Eslovenia). A estos países se han unido también algunas monarquías como las de Bélgica (art. 23: «mener une vie conforme à la dignité humaine») o Suecia (Cap. I, § 2: «El poder público debe ejercitarse desde el respeto por la igual valía de todos los hombres y por la libertad y dignidad de cada hombre») y Finlandia (§§ 1, 7 y 19: «Quienquiera que no consiga alcanzar la seguridad necesaria para una vida humanamente digna tiene derecho a la asistencia y a que sus necesidades básicas sean atendidas»). El art. 1 de la Carta de Niza adopta, por tanto, una interpretación consolidada de los principios generales y de las tradiciones constitucionales comunes en la Unión Europea, interpretación que, por otra parte, ya había sido referida puntualmente con anterioridad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁴.

New York: Oxford University Press 2003, pp. 97 y ss.

¹³ Cfr. 343-344 DC 1994 (bioética). Cfr. también 94-359 DC 1995 (derecho a la vivienda), 96-377 1996 (registros nocturnos), 98-403 DC 1998 (lucha contra la marginación). Para una comparación entre Francia y España, V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, 2006.

¹⁴ Para un primer comentario P.F. GROSSI, «Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della*

También en otros ordenamientos carentes de referencias textuales precisas, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la «presencia silenciosa» de un principio de tutela de la dignidad humana, deducido, por ejemplo, del principio de igualdad en los casos de Canadá y Sudáfrica¹⁵. Según la Corte sudafricana, la «unfair discrimination» subsiste en los casos de normas que diferencian el tratamiento de las personas «in a way which impairs their fundamental dignity as human beings». Esta jurisprudencia precedió a la codificación constitucional de la tutela de la dignidad humana del mismo modo que ocurriera en Suiza, donde se había desarrollado un derecho a prestaciones de garantía de un mínimo de existencia material digna¹⁶.

Incluso para la Corte Suprema estadounidense, la dignidad surgió en alguna decisión peculiar o voto particular. Por ejemplo, en el caso «Miranda v. Arizona», la Corte argumentó el fundamento constitucional de la prohibición de auto-incriminación («nemo tenetur se ipsum tergere») con una referencia a la dignidad humana: «the constitutional foundation underlying the privilege is the respect a government – state or federal – must accord to the dignity and integrity of citizens»¹⁷.

Por tanto, la difusión de las garantías constitucionales de la dignidad es amplia y particularmente fuerte en los países con tradición republicana, tal y como demuestran también las experiencias del constitucionalismo latinoamericano¹⁸. A ello se suma que la misma coincide ampliamente con la más reciente difusión de las técnicas de control de constitucionalidad de las leyes, tanto en los ordenamientos de «civil law» como en los de «common law». Parece casi que haya contribuido o pueda contribuir a legitimar y limitar dichas técnicas, incluido el uso de la razonabilidad por parte de los jueces constitucionales.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Torino 2003, pp. 41 y ss; una reconstrucción de la jurisprudencia más reciente se ofrece en F. SCACCO, «Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo», en S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, pp. 583 y ss., según el cual sobre todo la sentencia «laserdrome» (STJCE de 18 de marzo de 2004, C-36/02) demostraría una cierta expansión de la dignidad a costa de la libertad. En dicho caso, sin embargo, se trataba sólo de una libertad económica que sufría una restricción para prevenir la «banalización de la violencia» como peligro para la integridad psicofísica y la libertad además que para la dignidad humana de todos.

¹⁵ Cfr. respectivamente 2 A.C.R.513 (1995) Egan c. Canada y 1997 (3) SA 1012 (CC) Prinsloo v. Van der Linde.

¹⁶ BG sent. 29.9.1995, en *EuGRZ*, 1996, pp. 207 y ss.

¹⁷ 384 U.S. 436 (1966).

¹⁸ Al respecto Cfr. G. ROLLA, «La concepción de los derechos fundamentales en el costitucionalismo latinoamericano», disponible en la siguiente dirección web: <http://>

3. El significado jurídico de las garantías constitucionales de la dignidad humana continúa siendo un tema de estudio controvertido en Italia¹⁹, España²⁰, Francia²¹ y muchos otros países europeos y no europeos, pero sobre todo en Alemania, donde precisamente su carácter «intangibles» parece hacer aún más estimulante para la doctrina su comprensión y sistematización²². La jurisprudencia constitucional alemana ha hecho un uso poco frecuente –pero no por ello excepcional– de la garantía constitucional de la dignidad humana («Menschenwürde»), recibiendo, por otra parte, una fórmula kantiana propuesta por Günther Dürig en virtud de la cual la Constitución prohíbe «degradar al hombre concreto a objeto, simple instrumento, entidad fungible»²³, en definitiva, tratarlo como una cosa o un animal. La dignidad es una cualidad imprescindible, inalienable e irrenunciable del sujeto, pero puede ser violada en su exigencia de respeto («Achtungsanspruch») y de protección

www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf

¹⁹ Cfr. tan solo A. RUGGERI / A. SPADARO, «Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (rime notazioni)», *Política del Diritto*, 1991, pp. 343 y ss.; G. PIEPOLI, «Dignità e autonomia privata», *Política del Diritto*, 2003, pp. 46 y ss.; por último, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 402: «Tanto la razonabilidad como la dignidad humana se presentan como expresiones –y, por otra parte, como condiciones– de las relaciones sistémicas que conectan, en un entramado unitario, valores constitucionales concretos, derechos inviolables, deberes inderogables, funciones públicas e institutos jurídicos: en cuanto condiciones de posibilidad del ordenamiento jurídico podrían calificarse como trascendentales».

²⁰ J. GONZALÉZ PÉREZ, *La dignidad humana de la persona*, Civitas, Madrid, 1983; G. PECES BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002; I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005; desde la perspectiva de la Carta de Niza, Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 4, 2005; de la suramericana, F. BATISTA., «La dignidad de la persona en la constitución española: naturaleza jurídica y funciones», *Cuestiones constitucionales*, nº 14, 2006 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=cconst>. Cfr. también G. ROLLA, «Il valore normativo del principio della dignità umana», *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2003, pp. 1870 y ss.

²¹ Cfr. la elegante crítica de V. GIMENO-CABRERA, *op. loc. cit.*, según el cual la dignidad humana sería sólo un *principe interprétatif*, (ab-)usado como generador de nuevos deberes de la persona ante sí misma. Sin embargo, dicha reconstrucción no convence del todo porque, de un lado, ignora que la universalidad de todo derecho fundamental implica siempre el deber de reconocerlo a los demás y, de otro, no tiene en cuenta los contextos procesales, especialmente en el caso de los países que disponen instrumentos de defensa específicos, en los cuales la definición de la dignidad partirá siempre desde la autocomprensión de un actor defensor.

²² Cfr. recientemente, por ejemplo, las aportaciones de M. ZULEEG, «Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich», *EuGRZ* 2005, pp. 681 ss.; W. HASSEMER, «Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen» *EuGRZ*, 2005, pp. 300 y ss.

²³ G. DÜRIG, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», *Archiv des öffentlichen*

(«Schutzanspruch»), exigencia que, por otra parte, ha justificado también la configuración de delitos específicos²⁴.

La metáfora de la degradación a objeto es preferida, por otra parte, a una auténtica definición porque se considera posible y preferible identificar una violación sensible de las exigencias de respeto y protección ligadas a la dignidad sólo desde una perspectiva histórica y casuística, «ex post» y «ex negativo», recurriendo evidentemente al criterio de la auto-comprensión y de la auto-representación de los sujetos, especialmente de los recurrentes de la «Verfassungsbeschwerde». Desde las primeras sentencias, la motivación de las mismas comienza, por tanto, con una llamada a experiencias históricas de máxima injusticia personal, ejemplificadas en los términos de tortura, esclavitud, servidumbre de la gleba, deportación, marcado de infamia y estigmatización²⁵.

Por otra parte, en línea con los precedentes de la jurisprudencia constitucional bávara²⁶ y las tradiciones del renaciente iusnaturalismo de los años cincuenta, el «Bundesverfassungsgericht» calificó la dignidad humana como el «valor constitucional supremo» del sistema de valores ligados a los derechos fundamentales, un «principio constitutivo» de todo el ordenamiento²⁷. Aun reconociendo el carácter de derecho subjetivo fundamental autónomo, siempre relacionó la garantía de la dignidad con el resto de los derechos fundamentales, «in primis» con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 2.2 LF) y con la libertad de actuación de la persona (art. 2.1 LF), relación que, por otra parte, ha dado lugar a un «derecho general de la personalidad» («allgemeines Persönlichkeitsrecht») desarrollado por la jurisprudencia. El uso de la garantía constitucional de la dignidad únicamente a través de un «combinado dispuesto» ha permitido ponerla en valor como un «contralímite» («Schrankenschanke») frente al poder del legislador de poner límites a los derechos fundamentales y, en consecuencia, configurarlo como una suerte de «valor añadido» en la verificación de las ponderaciones, capaz de restringir o suprimir totalmente los márgenes de

Rechts, 81 (1956), pp. 117 ss., p. 127.

²⁴ Sobre la interpretación de la disposición del Código penal alemán que prohíbe la narración o reproducción de actos de violencia de forma lesiva para la dignidad humana (§ 131) cfr. BVerfGE 87, 209 (229).

²⁵ BVerfGE 1, 97 (104). En esta línea, se aprecian convergencias, por ejemplo, con las reflexiones más recientes de G. ZAGREBELSKY sobre el concepto de justicia en C. M. MARTINI /G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino 2003, pp. 3 ss.

²⁶ Cfr. J. LUTHER, «Tracce di diritto naturale a Karlsruhe», en *Scritti in memoria di L. Paladin*, Napoli 2004, vol. 3, pp. 1259 y ss.

²⁷ Cfr. El análisis jurisprudencial de T. GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als*

ponderación del legislador, incluso en presencia de una norma constitucional que le habilite para disponer sacrificios relativos, por ejemplo, al derecho a la vida o a la integridad física (art. 2.2 per. 3 LF). A pesar de todo, la garantía de la dignidad no ha sido usada jamás como un «valor» que pueda colocarse solo sobre la balanza para ser ponderado con el valor de otro derecho fundamental, y ello «porque la dignidad humana, en cuanto raíz de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con respecto a ningún derecho fundamental singular»²⁸.

Este enfoque de conjunto, también deudor de la filosofía de los valores, siempre ha sido criticado por la doctrina que ha propuesto reconstrucciones alternativas²⁹. Según el comentario de Adalbert Podlech, la dignidad no es un dato o una dotación sino un objetivo o una adquisición como prestación cultural de la propia persona humana en un proceso de formación de la propia identidad. La Constitución tutela los presupuestos de este proceso, sintetizables en una serie de componentes tales como la liberación del miedo a la existencia social, la igualdad ante las normas, la conciencia espiritual, la integridad física y la tutela operada por los arbitrios del poder público³⁰.

En la reelaboración dogmática de Robert Alexy, la garantía constitucional de la dignidad no implica un principio absoluto sino que consiste en la combinación de una regla con un principio susceptible de ponderación. La ponderación del principio sirve al juez para establecer el contenido de la regla que resulta violada siempre que en la ponderación llevada a cabo entre principios concurrentes, el principio de la dignidad sea considerado prevalente. La jurisprudencia habría identificado una serie consistente de casos y condiciones en los cuales la dignidad prevalece y ha de considerarse violada³¹.

Según la monografía de Christoph Enders, sin embargo, la garantía constitucional de la dignidad humana tiene un valor únicamente formal en la medida en que reconoce la capacidad jurídica del hombre en cuanto ser

Verfassungsbegriff, Baden-Baden 1990.

²⁸ BVerfGE 75, 369 (380).

²⁹ Para una primera crítica M. KLOEPFER, «Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde», in: *Festschrift 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 1976, pp. 405 y ss; igualmente en «Leben und Würde des Menschen», in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001, pp. 77 y ss.

³⁰ Art. 1, en: *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, 2° ed. Neuwied 1989, opinión inspirada por N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 4ed. Berlin 1999, p. 68 y por W. MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968.

humano, su «derecho a tener derechos» y la capacidad de actuar como persona responsable. Por su propia naturaleza de principio estructural y el reenvío a la anterioridad de la persona con respecto al derecho no puede tratarse de un derecho subjetivo accionable, sino tan sólo de un criterio interpretativo que dirige la interpretación de los derechos fundamentales que se derivan del mismo³².

El comentario de Horst Dreier, sin embargo, prefiere la teoría de Hasso Hofmann³³, quien concibe la dignidad como un fenómeno de comunicación fundado en el reconocimiento social y en la aceptación de pretensiones de reconocimiento identificando sus principios inspiradores en la igualdad, la libertad y la solidaridad social. Calificando la garantía constitucional de la dignidad como una suerte de «anclaje de religión civil» («zivilreligiöser Anker»), trata su disposición como garantía objetiva ajena a cualquier ponderación con otros derechos, negando también su caracterización como derecho subjetivo. A pesar de ello, propone una interpretación restrictiva («singularia non sunt extendenda»), fundada en la tradicional exclusión de toda dignidad prenatal y «pre-nidativa» del embrión y en la experiencia «conmovedora» de las degradaciones para contrastar la tendencia a devaluar y banalizar la dignidad en las salas de justicia³⁴.

Rescribiendo totalmente el comentario de Dürig, el nuevo comentario de Matthias Herdegen pretende una reconstrucción iuspositivista y más flexible del concepto de dignidad, distinguiendo por una parte la pretensión abstracta de dignidad y, por otra, su pretensión concreta de respeto y protección que debería variar y crecer en intensidad en correspondencia con el desarrollo de la dignidad concreta del ser humano y la proyección de su identidad en las relaciones intersubjetivas. La pretensión de la dignidad del embrión no tendría, en consecuencia, la misma fuerza que la de la persona adulta³⁵.

A esta posición se opone el comentario de Christian Starck que defiende la interpretación originaria de Dürig, pero distingue la dignidad humana del núcleo esencial de los derechos fundamentales no fundados en la dig-

³¹ R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, pp. 95 ss.

³² C. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen 1997, pp. 501 ss. Para la crítica de la posición de ALEXI *ivi*, pp. 302 ss.

³³ H. HOFMANN, «Die versprochene Menschenwürde», *Archiv des öffentlichen Rechts* 118 (1993), pp. 353 y ss., trad. it.: «La promessa della dignità umana», *Riv. Int. Fil. Dir.* 1999, pp. 620 y ss.

³⁴ Art. 1, I, §§ pp. 24 y ss, en H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz*, vol. I, 1996.

³⁵ Art. 1, en T. MAUNZ/G. DÜRIG/R. HERZOG/R. SCHOLZ (a cura di), *Grundgesetz*.

nidad. Considera, además, que «la situación en la que se encuentra el hombre no puede dejar de influir aquello que exige o prohíbe la garantía de la dignidad humana». Cuanto más destruida estuviera la subjetividad, por ejemplo, de un enfermo mental, más difícil se tornaría garantizar su dignidad. La garantía de la dignidad opera como contralímite frente a las limitaciones de derechos y tolera ponderaciones solamente cuando entran en conflicto las dignidades de sujetos distintos³⁶.

Una posición intermedia es la sostenida por Peter Häberle, según el cual la esencia de la garantía de la dignidad humana es la de garantizar, en los distintos ámbitos de derechos y deberes, el hecho de ser persona y la identidad personal. Por tanto, los distintos derechos fundamentales se refieren de forma más o menos intensa a la dignidad y la tutela de la misma es graduable sólo en la medida en que se refiera al momento previo al nacimiento o posterior a la muerte. La formación de la identidad debe de ser libre, pero reconducible hacia algunas constantes antropológicas universales y orientada hacia las concepciones de dignidad desarrolladas en la conciencia social. La fórmula de Dürig ha de ser reinterpretada como una obligación de hacer de los hombres sujetos responsables de sus propias acciones ante los demás y de su propia auto-representación. La auto-comprensión de la dignidad, por tanto, también debería resultar determinante para la definición del contenido de la dignidad humana. En el marco del Estado constitucional, ello habría de dar lugar también a un derecho a la democracia³⁷.

Estas y otras posiciones del rico debate doctrinal³⁸ demuestran ante todo que la interpretación de la dignidad humana depende siempre del «background» filosófico, en el caso alemán sobre todo de Kant y Hegel. A pesar de ello, incluso trabajando sobre un texto más abierto a las posiciones iusnaturalistas más variadas («intocable»), la doctrina alemana demuestra

Kommentar, München, 2003.

³⁶ Art. 1, in: H. v. MANGOLDT / A. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz*, vol. 1, 5ª ed. 2005. Cfr. también, C. STARCK, «The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and Its Place in Modern Constitutions», en *The Concept of Human Dignity*, op. cit., pp. 179 y ss.

³⁷ P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en *Handbuch des Deutschen Staats- und Verfassungsrechts*, vol. I, 3º ed. 2004, pp. 317 y ss., de una versión precedente v. trad. it. «La dignità umana come fondamento della comunità statale», en *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003. Contrario a las premisas antropológicas, K. DOEHRING, «Die Menschenwürde – Norm oder Phantom?», in: *Festschrift G. Ress*, Tübingen 2005, pp.1145 y ss.).

³⁸ Cfr. por ejemplo, F. HUFEN, *Erosion der Menschenwürde*, Juristenzeitung 2004, pp. 313 y ss.; M. NETTESHEIM, «Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos», *Archiv des öffentlichen Rechts* 130 (2005), pp.

que no es imposible crear un diálogo y hallar interpretaciones de la dignidad, al menos parcialmente convergentes, especialmente entre posiciones laicas y religiosas. La impresión del observador externo es la de que el «Formelkompromiss» de Dürig ha sido de todo menos «dilatorio». Ha resultado ser un compromiso resolutorio porque ha activado un diálogo abierto entre quien cree en valores absolutos y quien, por otra parte, se fía tan sólo de valores relativos; un diálogo, por otra parte, bien atento a las circunstancias concretas de los supuestos. La garantía constitucional de la dignidad se puede interpretar como fundamento de un valor que, por una parte, puede considerarse absoluto y, por otra, relativo, es decir, por un lado abstractamente separable de los valores del resto de los derechos fundamentales y superior a los mismos y, por otro, concretamente aplicable siempre y solamente junto al resto de los derechos fundamentales cuyos principios imponen, en su conjunto, el relativismo.

Aquello que a primera vista y en teoría parece inconciliable, el absolutismo de los valores y el relativismo de los principios, se ha demostrado, en consecuencia, integrable en la praxis de la jurisprudencia constitucional alemana. Casi se podría hablar de una «astucia de la razón». La Constitución alemana podría haber extraído de las experiencias de Weimar y del nazismo la inspiración y la voluntad de instaurar un diálogo continuo entre aquéllos que pretenden «absolutivizar» los valores y aquéllos que pretenden «relativizar» los principios de los derechos³⁹.

Quienquiera que estime que una situación subjetiva está «absolutamente» tutelada por su dignidad ha de adjuntar también a su propia queja un concreto derecho fundamental y reconocer que el respectivo principio ha de ser atemperado con el resto de los principios constitucionales. La dignidad humana, por tanto, es una moneda de cambio en el foro, pero solamente puede integrar la base de la defensa de derechos fundamentales particulares –como por ejemplo la vida, la integridad física o las libertades– para hacer que prevalezcan, gracias al peso de aquéllos, los principios relativos a los mismos en la ponderación con otros principios en conflicto. Quienquiera que reivindica el respeto de su dignidad debe contextualizarla y relacionarla con otros derechos.

Por el contrario, quienquiera que estime que una situación subjetiva tutelada como derecho fundamental debe «relativizarse» y sufrir limitaciones en virtud de otros valores constitucionales debe demostrar que esta

71y ss.

³⁹ Esta tesis desarrolla la intuición de fondo ya presente en el texto de P. HÄBERLE, *Die*

situación no presenta ninguna relación con la dignidad humana. El legislador, por tanto, es libre de resolver colisiones entre derechos fundamentales y de retocar las ponderaciones, pero debe tener en cuenta el «peso» de la dignidad, que inclinará siempre la balanza en una concreta dirección.

Ningún intérprete de los derechos puede ignorar completamente los planteamientos de otro. Quien cree en valores absolutos ha de reconocer que, en caso de que alguno resulte absoluto, será sólo el de la dignidad, y que incluso aquél puede ser empleado sólo en un contexto concreto y en combinación con un derecho fundamental específico. Quien cree en el relativismo de los principios ha de reconocer al menos que el valor de la dignidad es relativamente superior y que es aplicado como una regla.

¿Qué consecuencias se pueden extraer para las relaciones entre razonabilidad y dignidad? El «relativista» siempre podrá decir que aquello que se considera «contenido» de la dignidad es en realidad fruto de la verificación de una ponderación, es decir, un razonamiento de «strict scrutiny» que ha definido el sacrificio desproporcionado del principio inspirador de un concreto derecho fundamental. Si el relativismo de los principios significa que en las ponderaciones ningún principio puede ser sacrificado totalmente, la prohibición del sacrificio desproporcionado puede ser siempre interpretada como equivalente o absorbente con respecto a la tutela de un «ámbito» de dignidad humana. Funcionalmente, la alusión a la dignidad resulta similar a un argumento que define el «contenido esencial» del derecho, es más, podría decirse que toda violación del contenido esencial de un derecho fundamental –por ejemplo, aquél del secreto de las comunicaciones– es también una violación de la dignidad del hombre por parte del legislador. Ésta es una interpretación posible y quizás más difundida de cuanto quiera admitirse, aunque, ciertamente, no puede pretender ser la única interpretación auténtica de la Constitución.

Por el contrario, el «absolutista» siempre podrá afirmar que aquello considerado el resultado de la «ponderación» de los principios en conflicto ha sido determinado por el «papel preponderante» de la dignidad, cuyo valor es absoluto e invencible. Desde este punto de vista, la dignidad humana es la sustancia ética, el contenido esencial en vez de un contenido jurídico y, por tanto, toda violación de la dignidad es siempre y necesariamente también una violación del contenido esencial, pero podrían existir casos –por ejemplo, el del asilo político– en los que la violación del contenido esencial y la consustancial derogación no comportan necesariamente una violación de la dignidad. Desde este punto de vista, la dignidad no debe convertirse en una mera construcción jurídica y su tutela no puede ser el fruto de las ponderaciones y de la razonabilidad, porque la dignidad resiste

a las ponderaciones («abwägungsfest»). Quizá se podría incluso afirmar que aquello que se considera una ponderación es sólo un disfraz retórico de la fuerza de la luz (divina). A la evidencia de la luz de la dignidad todo se torna claro y razonable. Ésta también es una interpretación sostenible y quizás incluso fiel a las convicciones de una parte de los padres constituyentes⁴⁰ pero, ciertamente, tampoco puede pretender ser la única interpretación auténtica de la Constitución.

Las fórmulas jurisprudenciales consienten a ambas convivir en el marco constitucional, así como concurrir en su interpretación, alternar momentos de entumecimiento y estatismo con otros de mayor flexibilidad y dinamismo. La relación entre razonabilidad y dignidad parece hallarse entre aquéllas que en los años cincuenta se solían calificar como relaciones de «tensión» o de competición ideal, pero a la luz de la experiencia práctica alemana desarrollada ya durante más de medio siglo, quizás haya cristalizado un fuerte ligamen, ofreciéndose un particular servicio de integración. Aparentemente premiada en las valoraciones comparativas que llevaron a la elaboración de la Carta de Niza, esta relación puede y debe ser concebida como una relación de integración, quizás incluso de implicación recíproca.

4. El sociólogo Niklas Luhmann impartió en 1992, en Heidelberg, una lección dedicada a la siguiente pregunta retórica: «¿existen aún en nuestra sociedad unas normas irrenunciables?»⁴¹. Para argumentar su respuesta negativa planteó como caso extremo el escenario «ticking-bomb»: un terrorista capturado se niega a revelar dónde ha escondido una bomba nuclear con un sistema de cuenta atrás. En dicho caso debería de consentirse la admisibilidad de la tortura con una decisión adoptada por un juez internacional junto a la vigilancia con video de la ejecución de la decisión por parte del mismo.

El constitucionalista alemán Winfried Brugger desarrolló la tesis de que la tutela de la dignidad humana en éstos y otros casos similares, como por ejemplo el secuestro de personas, puede justificar tratamientos excepcionales incluso imponiendo derogaciones a la dignidad humana del reo, siempre

Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962.

⁴⁰ En relación cfr. F. BERARDO, «La dignità umana è intangibile: il dibattito costituyente sull'art. 1 Grundgesetz», *Quaderni costituzionali* 2006, 387ss. Para una teoría «neoabsolutista» de la dignidad cfr. J. ISENSEE, «Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten»», *AöR* n° 131 (2006), pp.173 y ss.

⁴¹ N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen ?*, Heidelberg 1993, sobre el cual cfr. R. POSCHER, «Menschenwürde als Tabu»», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 2. 6. 2004; cfr. igualmente en «Die Würde des Menschen ist unantastbar», *Juristenzeitung*

que no existan otros medios más moderados. Si no existe otro medio para salvar la vida y la dignidad de la víctima, las autoridades de la seguridad pública no sólo quedarían legítimamente autorizadas por las leyes para matar a un secuestrador no capturable, sino también para violar las prohibiciones internacionales sobre la tortura⁴². Quizás esta posición era también la ofrecida en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989, «Soering v. Reino Unido», según la cual en la interpretación de la prohibición de la tortura y de los tratamientos inhumanos y degradantes prevista en el articulado de la CEDH podían ser tenidos en consideración varios intereses privados y públicos⁴³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, con la sucesiva sentencia de 15 de noviembre de 1996, «Chahal v. Reino Unido»⁴⁴, se mostró, sin embargo, sensible a este razonamiento en virtud del art. 15.2 de la CEDH que prohíbe las derogaciones de las prohibiciones de tortura y tratamientos inhumanos y degradantes incluso en situaciones de Estado de guerra o en otros estados de necesidad: «The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct.» Esta prohibición «en términos absolutos» parece evocar la doctrina alemana de la tutela absoluta de la «dignidad del hombre», excluyendo incluso el sacrificio de una dignidad en pro de la salvación de otra distinta o el sacrificio de la integridad psico-física tutelada por la prohibición de la tortura a favor del derecho a la vida.

El Tribunal Supremo de Israel, en una sentencia de 6 de septiembre de 1999⁴⁵ declaró inconstitucional –con alusión al art. 8 de la «Basic Law on Human Dignity»– el uso sistemático de una «presión física moderada» ante sospechosos de terrorismo, considerando, sin embargo, que en un escenario «ticking-bomb», la violación de la prohibición de la tortura podría verse legitimada por un «estado de necesidad» siempre que esté disciplinado por

2004, pp. 756 y ss.

⁴² W. BRUGGER, «Darf der Staat ausnahmsweise foltern?» en *Der Staat* nº 35, 1996, pp. 67 y ss.; May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law, *American Journal of Comparative Law*, nº 48, 2000, p. 661.

⁴³ Cfr. también U. DAVY, «Darf Deutschland wirklich ausnahmsweise foltern ? Eine europäische Antwort», en C. Grewe / C. Gusy (a cura di), *Menschenrechte in der Bewährung*, Baden-Baden 2005, pp. 177 y ss.

⁴⁴ Reports 1996-V 1831.

⁴⁵ Investigation by GSS I.L.M. 1471, 1999, disponible en el link: www.derechos.org/human-

una concreta ley⁴⁶. La última parte de dicha sentencia fue censurada por el «Committee against Torture» de las Naciones Unidas⁴⁷. De ello puede deducirse que la prohibición de la tortura forma parte del «ius cogens» que impide cualquier referencia a un estado de necesidad. Con la tristemente famosa fecha del 9 de septiembre de 2001, el debate sobre la tortura pareció quedar cerrado en Europa, aunque quedaba aún abierto en Israel y en los Estados Unidos.

En 2003, la opinión pública alemana fue sacudida por el caso Gaefken, un estudiante de Derecho de Frankfurt que había confesado haber secuestrado a un menor, negándose a desvelar su paradero, presionando así al agente de policía responsable de las investigaciones a amenazar con la aplicación de la fuerza física para obtener la información necesaria para salvar la vida del rehén. Ante las posteriores acusaciones de tortura contra los soldados estadounidenses en Iraq, el presidente del «Bundesverfassungsgericht» respondía en una entrevista en relación con las posiciones doctrinales divergentes favorables a esta forma de «tortura de salvamento»⁴⁸ que «la dignidad humana no es susceptible de ser relativizada, limitada o ponderada con otros intereses públicos o privados»⁴⁹.

Sin embargo, el mismo Presidente, en una entrevista anterior, había propuesto una revisión del art. 35 de la Ley Fundamental con el fin de aclarar que las fuerzas armadas no estarían obligadas a reivindicar un estado de necesidad sino que podrían ser autorizadas para «abatir un avión sospechoso y peligroso»⁵⁰. Con fecha de 9 de julio de 2004, el «Bundestag» aprobó una ley específica que autorizaba la «intervención inmediata de la fuerza armada» contra un avión si «las circunstancias determinan la presunción de que el aeromóvil está destinado a ser usado contra la vida de seres humanos» y el uso de la fuerza represente «el único medio para la defensa de un peligro inminente».

rights/mena/doc/torture.html.

⁴⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia Selmouni/Francia de 28 de julio de 1999 (Reports 1999-V 149) había previsto que el parámetro de la prohibición de la tortura debía de ser interpretado de forma más rígida y que incluso un tratamiento simplemente calificado hasta ahora de «inhumano» podía considerarse, de ahora en adelante, relativizando la precedente distinción entre tratamientos sólo inhumanos y tortura en v. Regno Unido, de 18. 1. 1978 2 y Tyrer v. Regno Unido de 25. 4. 1978 (v. sobre los mismos, U. DAVY, op. cit. pp. 181 y ss.

⁴⁷ Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Israel, 23/11/2001, CAT/C/XXVII, Concl. 5.

⁴⁸ C. STARCK, op. cit., 61.

⁴⁹ *Die Zeit*, 13 de mayo de 2004. Sobre el caso Gaefken cfr. D. HERZBERG, «Folter und Menschenwürde», *Juristenzeitung*, 2005, pp. 321 y ss.

El «Bundesverfassungsgericht» declaró después completamente inconstitucional dicha ley por vicios de competencia y de mérito, en concreto, por violación del combinado dispuesto por el derecho a la vida (art. 2.2 per. 1 LF) y la garantía de la dignidad del hombre (art. 1.1 LF).

Una atención especial merece la motivación en relación con este último parámetro según la cual la violación de la legítima pretensión de respeto que se desprende de la propia dignidad sería imputable no sólo a los terroristas que secuestran el avión, sino también al Estado que lo abate para salvar otras vidas y que trata a los pasajeros como «objetos», por otra parte, en el marco de situaciones muy difíciles de enjuiciar y con poco tiempo disponible considerando la limitada extensión del territorio del Estado alemán. No se puede presumir el consentimiento de los pasajeros, ni considerarlos obligados al sacrificio en virtud del principio de solidaridad.

La garantía constitucional de la dignidad de otras víctimas potenciales tampoco podría imponer el sacrificio de aquéllos ni justificar semejante imposición del legislador. En la medida en que la dignidad humana puede exigir medidas de protección a favor de concretos seres humanos, dichas medidas no pueden resolverse privando de respeto a la dignidad de otros, hallándose también éstos, por otra parte, necesitados de una protección que el Estado no ha conseguido ofrecer.

Solamente sería legítimo abatir un avión usado exclusivamente por terroristas e, incluso en este caso, tan sólo tras una advertencia explícita, necesaria para reconocer, cuando menos, su capacidad de meditar las consecuencias de su propia acción. Dicho supuesto presupondría en todo caso una certidumbre razonable a cerca de la ausencia de rehenes y un pronóstico de que el abatimiento no causará otras víctimas inocentes en tierra⁵¹.

En la medida en que constata una violación de la dignidad humana de los pasajeros inocentes, la sentencia contradice, en primer lugar, la opinión del Presidente que había considerado legítima una revisión de la Constitución, siendo la dignidad intocable incluso para el legislador en sede de revisión constitucional. Sin embargo, resulta aún más importante el dato de

⁵⁰ *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22 febrero 2003.

⁵¹ Cfr. Para un primer comentario C. STARCK, *Juristenzeitung* 2006, pp. 417 y ss.; O. LEPSIUS, «Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-Terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act, 7» *German Law Journal* no. 9 (1 September 2006); W. HECKER, «Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz», *Kritische Justiz* 2006, pp. 178 y ss.; en Italia A. DE PETRIS, Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il

que la motivación examina los requisitos de la proporcionalidad (es decir, la idoneidad, la necesidad y la ponderación del instrumento con respecto al salvamento de vidas humanas) sólo para el caso del avión usado por terroristas. En apariencia, sólo en este caso se plantea la necesidad de verificar la razonabilidad con los criterios de la proporcionalidad, mientras en el otro caso el sacrificio se considera irracional en cuanto tal y no compensable en virtud de cualquier otro beneficio posible.

Bien mirado, esta motivación quizás no convenza a quien hubiese preferido un análisis de la ponderación entre los intereses de libertad y vida de los rehenes y los intereses de seguridad y vida de los objetivos posteriores. En efecto, se podría añadir que la Constitución alemana, al igual que la italiana, se preocupa más de la libertad que de la seguridad. En todo caso, la motivación se refiere a una verificación de la ponderación pretendida por el legislador, reconociendo incidentalmente las pretensiones de respeto y protección de la dignidad humana tanto de los rehenes como de los objetivos ulteriores. En situaciones trágicas como éstas, la Constitución privilegia en todo caso el respeto de los primeros con respecto a la protección de los segundos. Por otra parte, el mismo texto constitucional ofrece a propósito un argumento literal que da prioridad al deber de respeto sobre el deber de protección, consintiendo, por tanto, que en casos de colisión tenga preferencia el primero sobre el segundo.

Estas consideraciones demuestran la validez de la tesis sostenida más arriba, según la cual la dignidad ha de ser distinguida de la razonabilidad, pero no se la puede separar de la misma ni de las ponderaciones. En líneas generales, desvela el carácter «finito» de las ponderaciones, la necesidad de establecer equilibrios con jerarquías, si bien demuestra, en el caso concreto, la posibilidad de que en nombre de la defensa de la dignidad no ha de ser sacrificada la dignidad de los demás.

Llegados a este punto, se podría objetar, sin embargo, que la praxis no podrá distinguir a tiempo los casos de aviones con o sin rehenes y que los eventuales futuros terroristas siempre tendrán interés en tomar al menos un rehén para poder evitar así el derribo. En efecto, la solución es tan clara con respecto a los principios, como oscura con respecto a las consecuencias. La sentencia, por otra parte, da un paso hacia delante: el juicio sobre la inconstitucionalidad de la ley no implicaría juicio alguno sobre la eventual punibilidad –en virtud del estado de necesidad o de la legítima defensa– de quien actuase «de lege lata» del modo indicado en la ley. ¿El ministro o el responsable militar que –en caso de que no sea localizable el ministro – decide abatir un avión en dichas condiciones, podrá a partir de ahora invocar su deber de defensa y el derecho a la protección de las personas que

sean objetivo del atentado? ¿El art. 53 del Código Penal italiano nos obliga a considerar siempre «proporcionada» semejante defensa frente a la ofensa? ¿Debemos dejar sin castigo a quienquiera que decidiese degradar a los rehenes afectados por la acción de la fuerza pública o debemos admitir que, según las experiencias del 11 de septiembre de 2001, en caso de imposibilidad jurídica de una intervención de defensa estatal, el deber de dar protección a la dignidad de los objetivos no puede sino recaer sobre los propios rehenes y su capacidad de resistencia?.

Estas consideraciones demuestran cómo resulta «simbólica» no sólo la ley sino también la sentencia que pretende mantener el «gobierno de las leyes» en semejantes situaciones de emergencia⁵². En las decisiones trágicas e irreversibles, podríamos concluir, el reconocimiento combinado de los derechos de la dignidad y de los deberes derivados de la razonabilidad quizás nos imponen gobernarnos sólo con la conciencia.

5. En 1993 Hasso Hofmann llevó a cabo, en la Universidad Humboldt de Berlín, una lección magistral titulada «la dignidad prometida del hombre», donde vino a compararla con una suerte de juramento de fidelidad cívica que funda el Estado-comunidad⁵³. La promesa de poder caminar con la cabeza bien alta y de confiar la dignidad del hombre no sólo al mundo del arte (habría afirmado Ernst Bloch)⁵⁴. Según Hofmann, esta promesa crea problemas si aumenta el apetito de la justicia y si se descubre cómo toda experiencia de injusticia afecta de alguna forma el sentimiento de dignidad, llevando a un uso inflacionista de la dignidad humana y a su banalización como «moneda de cambio» en los litigios cotidianos. Además, presenta el riesgo de ser usada como un argumento tan sólo aparente que sirve para bloquear el diálogo y las mediaciones, como máscara para las convicciones de verdad propagadas por una concreta teología o ideología.

El primer peligro, la banalización, se debe a la configuración intensamente casuística de los significados del principio de la dignidad, caracteris-

Bundesverfassungsgericht, www.associazionedeicostituzionalisti.it (20.3.2006).

⁵² De entre la jurisprudencia constitucional italiana ha de recordarse la sentencia 15/1982 que, por otra parte, estimó como «no jurídica» la cuestión de si la prolongación de los plazos de encarcelamiento preventivo «sia il mezzo più appropriato per sradicare o, almeno, per fronteggiare con successo terrorismo ed evasione». «Un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte,» desembocaría en un «stato di emergenza» que «legittima, sì, misure insolite, ma (...) queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo. Va poi osservato che, pur in regime di emergenza, non si giustificerebbe un troppo rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia.»

⁵³ H. HOFMANN, op. cit., p. 356.

tica también verificable, por otra parte, en el canon de la razonabilidad. El segundo peligro, la radicalización, se debe sin embargo a la pretensión de considerar a la dignidad como fundamento y como ápice de todo el sistema de los derechos fundamentales.

Del primer peligro no se escapan aquéllos que consideran la dignidad humana sólo como principio de derecho objetivo o incluso sólo como norma de ética constitucional o como derecho subjetivo susceptible de ser accionado. En efecto, de este modo niegan la fuerza normativa del primer artículo de la Constitución y escinden la dignidad, como principio abstracto, de los derechos y necesidades del hombre concreto cuyas humillaciones habían hecho necesaria la reafirmación de los derechos⁵⁵.

Del segundo peligro no escapan aquéllos que proponen situar dentro de un contexto histórico la interpretación del concepto⁵⁶. Niegan de este modo su capacidad para guiar e inspirar interpretaciones innovadoras de los derechos fundamentales, así como la posibilidad de una visión evolutiva de los ámbitos en los que el hombre afirma y defiende su propia dignidad y la de su especie⁵⁷.

La relación entre el derecho a la dignidad y el resto de derechos fundamentales específicos, aquel reclamo a su «combinación dispuesta», sirve también para prevenir dichos peligros. Esto surge sobre todo en las problemáticas constitucionales de la biopolítica⁵⁸. En efecto, es necesario resaltar inmediatamente cómo, en el ámbito internacional, el Tratado de Oviedo de 1997 habla de la protección de «dignidad e identidad» y cómo, en el ámbito comunitario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia habla de un derecho fundamental compuesto atendiendo «a la dignidad humana y a la integridad de las personas»⁵⁹.

Se recibe, por tanto, la prudencia usada también por los jueces alemanes, sin separar la dignidad del resto de derechos. Además es necesario añadir que la misma jurisprudencia comunitaria demuestra cómo la dignidad no es sólo un «valor añadido» al derecho a la vida, sino un derecho

⁵⁴ E. BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt 1961.

⁵⁵ F. HUFEN, op. cit., p. 314.

⁵⁶ Por ejemplo, E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Abschied von den Verfassungsvätern», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 3. 9. 2003.

⁵⁷ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, 2º ed., 2004, pp. 286 y ss.

⁵⁸ En su reciente tentativo de reconstruir las bases para un «bioderecho», C. CASONATO ha denunciado el peligro de un «laberinto de la dignidad», un título indivisible sólo si se interpreta como invitación a la razonabilidad. Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Trento 2006, pp. 47 y ss.

⁵⁹ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Netherlands vs. Parlamento Europeo y Consejo,

fundamental que también refuerza otros derechos fundamentales, partiendo de la libertad de circulación hasta llegar a las prohibiciones de discriminación por razón de género y condiciones personales de quien se dedica a la prostitución sin perder por ello su propia dignidad. Esto significa que es necesario evitar la afirmación de una relación privilegiada con el derecho a la vida y los derechos relativos al cuerpo, en perjuicio del resto de derechos y, en concreto, de aquéllos relativos a la conciencia.

Por último, antes de rendirse a la constatación de que la dignidad humana resulta un concepto vago, huidizo, ambiguo, plural, etc., en definitiva, cuya definición resulta imposible aparte de prohibida, es necesario verificar si, en el marco de la jurisprudencia, las concepciones divergentes de la dignidad han sido o no capaces, en cualquier caso, de hallar un «overlapping consensus» en algunos casos. Por ejemplo, en los casos de muerte deseada (término quizás preferible a aquél histórico de la «eutanasia»), este consenso parece converger en un derecho de rechazo a los tratamientos sanitarios, por tanto no en un derecho a la muerte sino en una libertad de morir, mientras resultan aún divergentes las opiniones sobre la libertad de rechazar la alimentación asistida⁶⁰. En la medida en que la tutela «multilevel» de los derechos implica variaciones nacionales, también la dignidad puede surgir en contextos distintos y ser objeto de diálogo intercultural sin que por ello lleve necesariamente a perderse en las ruinas de la antigua Babilonia o en las del último Imperio de Berlín⁶¹.

Podría concluirse que hablar de la dignidad sin prestar atención a los casos humanos concretos es algo que quizás sólo se permite a los teólogos y filósofos, pero no a los juristas. En los contextos de los países de «civil law», esto debe valer también para las prácticas de control de constitucionalidad de normas en materia de «bioética» o de «biopolítica» (término quizás menos equívoco, aunque no por ello menos problemático).

Centramos nuestra atención, por tanto, en el caso del «VII Programa Marco sobre Investigación» propuesto por la Comisión y por el Parlamento europeo, que impone a las actividades de investigación el respeto de «principios éticos fundamentales», prohibiendo la financiación de «research activities intended to create human embryos solely for the purpose of research or for the purpose of stem cell procurement, including by means of somatic

C-377/1998 (invenciones biotecnológicas).

⁶⁰ Jurisprudencia en C. CASONATO, op. cit., pp. 141 y ss. Cfr. también C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli 2004.

⁶¹ Cfr. J. JONES, «Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under the German Law Guide the European Court of Justice?», *Public Law*, 2004, pp. 167 y

cell nuclear transfer» (art. 6.2 in fine). El texto prosigue: «(3) Research on human stem cells, both adult and embryonic, may be financed, depending both on the contents of the scientific proposal and the legal framework of the Member state(s) involved. Any application for financing research on human embryonic stem cells must include, as appropriate, details of licensing and control measures that will be taken by the competent authorities of the Member States as well as details of the ethical approval(s) that will be provided. As regards the derivation of human embryonic stem cells, Institutions, organisations and researchers must be subject to strict licensing and control in accordance with the legal framework of the Member State(s) involved».

Del mismo se ha precisado lo siguiente: «The European Commission will continue with the current practice and will not submit to the Regulatory Committee proposals for projects which include research activities which destroy human embryos, including for the procurement of stem cells. The exclusion of funding of this step of research will not prevent Community funding of subsequent steps involving human embryonic stem cells». El Consejo de 26 de septiembre de 2006 ha definido estos textos como posición común, omitiendo, sin embargo, la última frase.

Según Filippo Vari, este compromiso es irracional e incoherente, dado que trata a los concretos embriones como «res» en vez de cómo persona. Se trataría de «una invitación a destruir el embrión gracias a fondos privados para recabar del mismo líneas celulares por las cuales pedir la financiación pública»⁶². La inconstitucionalidad de las financiaciones públicas que promueven la importación de embriones es sostenida también por muchos otros constitucionalistas (por ejemplo, por E.-W. Böckenförde⁶³, en el caso de Alemania).

Desde el punto de vista doctrinal, parece prejudicial la cuestión de si la tutela de la dignidad humana corresponde también al embrión humano creado «in vitro» y que la misma pueda configurarse en una medida menor con

ss.

⁶² F. VARI, «Prime note a proposito del finanziamento europeo della ricerca sulle cellule staminali embrionali, 6-9-2006», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, habla de «un torpe intento de imitar la solución (también insatisfactoria) adoptada por los Estados Unidos (...) donde se consiente la financiación federal de líneas celulares recabadas de embriones destruidos antes de una fecha determinada, previa a la decisión de financiar». Parece francamente inaceptable el uso de aserciones de derecho constitucional del tipo de «la mediación con respecto a tales principios es inadmisibile» para dar consejos de voto al Parlamento europeo.

⁶³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Menschenwürde als normatives Prinzip», *Juristenzeitung*, 2003, pp. 814 y ss. En el frente opuesto se halla, por ejemplo, E. DENNINGER, «La tutela dell'embrione e la dignità dell'uomo, o: dei limiti della forza normativa della costituzione», en V. BALDINI (a

respecto a la ofrecida para quien «ya es persona». Cualquier ley en materia de células madre –y, por tanto, también la ley 40/2004– puede resultar sospechosa de ser lesiva, por un lado, para el derecho a la vida humana, y por otro, para la libertad de investigación científica y para el derecho de los pacientes a poder gozar de curas cualitativamente acordes con el desarrollo de la técnica y de la ciencia⁶⁴.

Si, a pesar de todo, limitamos el campo de estudio a la legitimidad constitucional de los actos de gobierno en la fase ascendente de la formación y a la de los actos administrativos en la fase descendente de la implementación del Programa Marco, parece difícil negar la voluntad del legislador europeo de fundar el compromiso político en una ponderación. La cuestión es si dicho compromiso «afecta» a la dignidad del hombre, no de la humanidad sino de un ser humano concreto. Si calificáramos una concreta célula madre creada «in vitro» como una persona «in fieri» aunque no pueda convertirse en «hombre» antes de la implantación, habríamos de reconocer personalidad y subjetividad a una parte separada del cuerpo del que proviene, aún a pesar de que no esté todavía en condiciones de ejercer otros derechos distintos a los de la vida y la integridad física. Dado que el derecho a la vida podría ser tutelado sólo a través de la obligación de implantación y de la consiguiente prohibición total de aborto, se trataría sustancialmente de una dignidad que se agotaría en la protección de la integridad física. Una vez prohibida cualquier transformación de la sustancia genética –por ejemplo, operaciones que buscan la eliminación de defectos genéticos–, se negaría en sustancia a dicho ser humano una eventual «cura» de su salud (por muy breve en el tiempo que fuera la misma)⁶⁵.

Pero incluso admitiendo (y no concediendo) una pretensión de tutela anticipada de la dignidad de una célula madre «como si ya fuese un indi-

cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali*, Torino 2004, pp. 21 y ss.

⁶⁴ En relación con el debate italiano, Cfr. únicamente las numerosas aportaciones recogidas en L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino 2003; A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino 2005. Sobre los problemas de constitucionalidad de la ley alemana sobre las células madre Cfr., entre otros muchos, H.-G. DEDERER, «Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz», *Juristenzeitung* 2003, pp. 986 y ss.

⁶⁵ Si bien E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 813 argumenta que incluso una persona afectada por una enfermedad incurable estaría de acuerdo con preferir no ser usado como embrión por la investigación médica, podría replicarse que un embrión «supernumerario», que no habría podido convertirse en persona, quizás preferiría terminar su propia vida como célula madre empleada en la investigación médica para enfermedades incurables que no ser descongelado o criogenizado hasta la eternidad. Además, este argumento no presupondría una

viduo humano», resultaría complicado deducir de las garantías existentes en virtud de la dignidad humana una prohibición de circulación de células madre legítimamente creadas en otro país de la Unión Europea como Inglaterra. El derecho de la Unión no prohíbe por el momento la producción de células madre y ni siquiera un mandato eventual de protección de la Carta de Niza podría sustituir semejante disciplina. La garantía de la dignidad humana en la Carta debe de interpretarse por el contrario en el contexto específico del derecho a la integridad de la persona y de los principios de la bioética (art. 3.2) que quizás limitan pero no prohíben taxativamente prácticas semejantes. Las garantías constitucionales nacionales de la dignidad y de la integridad personal pueden legitimar la prohibición de la destrucción de embriones para la creación de células madre, pero no imponen a los gobiernos la obligación de trabajar en pro de una prohibición internacional de la circulación de las mismas. Si se reconoce que el derecho a la dignidad también puede presentar aspectos de relatividad cultural, ningún pueblo puede tener derecho a imponer al resto sus propias visiones de la dignidad humana y de los derechos humanos que concretan aquélla. Basta prohibir el comercio de células madre para evitar un efecto de incentivo eventualmente imputable a la adopción del Programa Marco⁶⁶.

Este ejemplo también puede ser útil para demostrar que no hay un solo discurso relativo a la dignidad en el que no se hagan también referencias implícitas a la razonabilidad. La ponderación de los derechos ligados a la dignidad y la ponderación de la dignidad de la célula madre con la de quien «dona» el embrión, de quien desarrolla investigaciones controladas por comités de bioética, de los posibles beneficiarios de dichas investigaciones y, por qué no, de los legisladores que pretenden mediar entre las múltiples visiones de la dignidad humana presentes en una comunidad política, resulta una operación demasiado compleja para poder ser extraída «in toto» de la motivación de las sentencias del juez de una ley en dicha materia. Sería irracional confundir los dos planos en una misma ponderación, así como lo sería separar completamente el discurso de la dignidad del de la razonabilidad.

6. Las reflexiones aportadas hasta el momento también pueden resultar útiles para comprender mejor la jurisprudencia constitucional italiana que, a diferencia del uso ilimitado del criterio de la «razonabilidad», ha venido demostrando hasta ahora mucha cautela, pero también algún punto de contacto con la jurisprudencia extranjera en las pocas ocasiones en las que ha hecho uso del criterio de la «dignidad».

teología hindú.

En primer lugar puede observarse que, hasta la fecha, la jurisprudencia italiana ha conectado la dignidad humana preferentemente con el derecho al trabajo (art. 36)⁶⁷ y a la salud. Por ejemplo, según la sentencia n° 218 de 1994 en materia de SIDA, según la cual «la dignidad de la persona... comprende también el derecho a la privacidad en relación con su propio estado de salud y al mantenimiento de la vida laboral y de las relaciones de forma compatible con dicho estado»⁶⁸. Además, según la sentencia n° 252/2001, «el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se halla «constitucionalmente condicionado» por las exigencias de ponderación con otros intereses constitucionalmente protegidos, salvando, en todo caso, la garantía de «un núcleo irreducible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana el cual impone un impedimento para la constitución de situaciones carentes de tutela que puedan, precisamente, perjudicar la actuación del derecho»⁶⁹. Este paso parece sugerir que la dignidad está ligada –es más, quizás sean sinónimos– al «núcleo esencial» del derecho a la salud, no susceptible de ponderaciones «ulteriores» con otros intereses constitucionalmente protegidos. Dicha relación, usada hasta ahora tan sólo con referencia a las prestaciones sanitarias a favor de los conciudadanos extranjeros, podría aplicarse en el futuro también a los casos de bioética, resultando de utilidad también para la tutela de los aspectos de libertad e integridad psicofísica relacionados con la salud⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. H. DREIER, op. cit., pp. 194 y ss.

⁶⁷ Cfr. por ejemplo, la sentencia n° 51/1967: «la dignidad humana puede ser ofendida por la exigüidad de la retribución o por la inconveniencia o dureza del lugar o de las condiciones de trabajo; no por la existencia *per se* de una relación de preeminencia entre un trabajador y otro o por un cierto grado de responsabilidad laboral de uno ante el otro ni por la simple calificación del primero como empleador del segundo».

⁶⁸ En la sentencia n° 11/1956 (inconstitucionalidad del instituto de la amonestación del Prefecto), la Corte interpreta el art. 2 de la Constitución como garantía de un «patrimonio irrevocable de la personalidad humana: derechos que pertenecen al hombre entendido como ser libre» y revela el nexo con la igual dignidad social recogida en el art. 3 apartado 1 LF. En la sentencia n. 78/1958 se interpreta la dignidad humana tal y como se contempla en el art. 41 de la Constitución dentro de un paréntesis, como protegida de «actividades nocivas para la salud e indemnidad de los ciudadanos o que comporten humillación o explotación de los trabajadores». Cfr. también, por ejemplo, las sentencias n° 161/1985 en materia de rectificación de atribución de sexo («civismo jurídico en evolución, cada vez más atento a los valores de libertad y de dignidad de la persona humana, que investiga y tutela incluso en las situaciones minoritarias y anómalas») y 561/1987 que reconoce la libertad sexual como derecho inviolable ex art. 2 que justifica una tutela penal particular «siendo la sexualidad uno de los modos de expresión esenciales de la persona humana».

⁶⁹ Cfr. también las sentencias n° 509/2000; 111, 432/2005.

⁷⁰ Se señala además la ord. n° 108/1981 en materia de aborto según la cual el consul-

Fuera del ámbito de los derechos sociales⁷¹, la sentencia nº 293/2000 ha empleado la dignidad humana como un «bien fundamental» al que se refiere el «sentimiento común de la moral» como elemento del delito de publicación de imágenes espeluznantes (art. 15 de la Ley sobre la prensa de 1948). El contenido mínimo de esta moral, «aquello que es común a las distintas morales de nuestro tiempo, pero también a la pluralidad de las concepciones éticas que conviven en la sociedad contemporánea» sería el respeto de la persona humana. Por otra parte, la orientación de la interpretación de la dignidad hacia un «overlapping consensus» en el pluralismo de las éticas constituiría la «razón del uso prudente del instrumento punitivo: es precisamente la necesidad de una atenta valoración de los hechos por parte de los diferentes órganos judiciales, que no pueden ignorar el valor cardinal de la libertad de manifestación del pensamiento. No por esto la libertad de pensamiento resulta capaz de invalidar la norma desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, dado que la misma se concibe aquí como mecanismo de protección del bien fundamental de la dignidad humana».

La dignidad es comprendida aquí también como principio aparentemente desligado de un derecho específico de la personalidad, pero presumiblemente se trata del derecho al honor de la persona que es objeto de las imágenes en cuestión. En un caso muy similar de una sentencia civil que había juzgado como lesivo para la dignidad humana la utilización de imágenes chocantes del fotógrafo Oliviero Toscani con fines publicitarios para Benetton, el «Bundesverfassungsgericht» entró en los detalles del caso para concluir que se podía dar una interpretación del hecho como no lesivo para la dignidad⁷².

Estos y otros casos permiten indicar aún algunas líneas de convergencia y de comunicación entre los criterios de la razonabilidad y de la dignidad, así como extraer alguna conclusión provisional e interlocutoria. En primer lugar, puede afirmarse que la aplicación de los criterios de razonabilidad y dignidad exige siempre una cuidada reconstrucción de los principios cons-

torio y la estructura sanitaria «valorando las soluciones posibles del caso conjuntamente con la mujer y, en los casos en que ella lo consienta, con el sujeto identificado como padre del concebido, desde el respeto por la privacidad y la dignidad de los interesados».

⁷¹ Cfr. el dictado de la sentencia nº 287/1988: «crear las condiciones mínimas de un Estado social, garantizar al mayor número posible de ciudadanos un derecho social fundamental como es el de la vivienda, contribuir a que la vida de toda persona refleje todos los días y en todos los aspectos la imagen universal de la dignidad humana, son tareas con respecto a las cuales el Estado no puede abdicar en ningún caso.»

⁷² BVerfG, 1 BvR 1762/95 del 12.12.2000, disponibles en la dirección web siguiente. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20001212_1bvr176295.html

titucionales implicados y de las circunstancias de hecho producidas por el caso. Dicho de otra manera, no exonera del deber de respeto a los cánones filológicos de la interpretación. En efecto, del mismo modo que la razonabilidad debe permanecer ligada a la igualdad y a la ponderación entre todos los bienes constitucionales implicados en el caso, la dignidad también queda siempre ligada a los derechos fundamentales, tanto a los de libertad como a los de igualdad social tutelados en el caso concreto.

Se puede hablar además de una auténtica relación de complementariedad que ata a ambos criterios.

Partiendo de la dignidad podría afirmarse que el jurista ha de interpretarla siempre razonando y siendo consciente al mismo tiempo de los límites de la propia profesión, jamás de forma abstracta, separada de los casos y de la ponderación de los derechos. La dignidad es, por tanto, impensable y jurídicamente inconcebible si se prescinde de referencias a la razonabilidad del caso. Incluso allí donde se argumenta una violación de la dignidad revelando un sentimiento difuso de injusticia, en el fondo se apelará siempre a la razonabilidad de quien debe reconocer la evidencia de la misma violación. No podemos hablar de dignidad humana sólo en términos sentimentales, olvidándonos de nuestros deberes de razonabilidad y eliminando la conciencia de los límites de nuestra capacidad de razonar. Se puede incluso creer en la dignidad, pero no puede considerársela solamente el producto de una fe capaz de acallar el razonamiento.

Por el contrario, partiendo de la razonabilidad se podría afirmar que el jurista puede pretenderla de las autoridades, incluso del legislador, solamente si está dispuesto a reconocer que el relativismo de las ponderaciones siempre debe hacer cuentas con la posibilidad de que al menos uno de los principios, la dignidad, sea considerado por la mayoría como un principio supremo y absoluto. Esto significa que el argumento de la dignidad denegada no puede ser excluido, sino que debe incluirse en la verificación de las ponderaciones de forma que pueda resultar aceptable tanto para los relativistas como para los absolutistas. La razonabilidad ha de manifestarse en razonamientos que no excluyen la posibilidad de la existencia de valores absolutos y de meros sentimientos de injusticia. La razonabilidad, por tanto, resulta impensable y jurídicamente inconcebible si se rechaza una evaluación de impacto sobre la dignidad. Las violaciones de la dignidad nunca son razonables, si bien la ausencia de razonabilidad por sí sola no constituye necesariamente una violación de la dignidad. Viceversa, la razonabilidad de una elección y, en concreto, el reconocimiento de que una acción se basa en una ponderación razonable y completa, permite excluir que el mismo implique una violación de la dignidad.

La dignidad sólo puede ser respetada y protegida razonando. Sin embargo, la capacidad de razonar de una persona es una «*conditio sine qua non*» sólo para el reconocimiento de la dignidad de los demás, no de la propia. No sería razonable afirmar que una persona no tiene dignidad porque no es capaz de razonar y razonable el reconocer la dignidad también a quien no razona. Del mismo modo que la capacidad de entender y querer, la capacidad de razonar no es un presupuesto de la dignidad de una persona concreta, sino un requisito indispensable para el legislador, el juez de las leyes y para todo el que participa en las decisiones colectivas de la república.

Entonces, sólo de forma conjunta, razonabilidad y dignidad hacen del Estado de Derecho europeo algo comprensible y operativo. El máximo posible de la razón, la razonabilidad del legislador, debe conjugarse con el mínimo indispensable de un sentido o sentimiento difuso de los ciudadanos: la dignidad humana como preceptor común de la justicia. Es más: la razonabilidad es el primer deber republicano y presupuesto antropológico y cultural del Estado de Derecho, la dignidad quizás el primero de los derechos de la república, presupuesto antropológico y cultural de la democracia. En la república, el buen ciudadano ha de aspirar conjuntamente a lograr una «razonabilidad digna» y a defender una «dignidad razonable». Esto no excluye en realidad un uso cínico de la razonabilidad y de la dignidad, incluso por parte de los jueces constitucionales, pero permite juzgar eventuales abusos incompatibles con la idealidad intrínseca de los dos términos. El juez constitucional no puede dejar de ser un ciudadano razonable y digno. Por tanto, más que invocar los dos términos para captar benevolencia, habría de juzgar de forma razonable y digna y dejarse juzgar en función de ambos criterios por parte del propio público.

RESUMEN

¿Cómo deben relacionarse razonabilidad y dignidad? Desde el convencimiento de la dificultad que entraña una respuesta en ausencia de premisas (*ius-*)filosóficas o de opciones religiosas o laicas y teniendo en consideración la presencia de posturas tanto «relativistas» como «absolutistas» (donde las primeras defienden la necesidad de practicar una ponderación de los intereses en conflicto y, las segundas, la presencia de valores absolutos e inderogables), el presente estudio plantea una reflexión en torno a la cuestión desde la óptica del derecho constitucional positivo, recurriendo a algunos elementos de comparación centrados principalmente en la experiencia europea. En un intento de dar una respuesta al interrogante, el estudio

parte de un análisis del lenguaje común y de la historia de las ideas y de las instituciones políticas y jurídicas (2), profundizando después en la jurisprudencia constitucional y en las controversias de la doctrina alemana en torno a la dignidad humana (3) y examinando supuestos de aplicaciones específicas de los criterios de razonabilidad y dignidad, concretamente en las problemáticas jurídicas relacionadas con la lucha contra el terrorismo, el caso del derribo de un avión civil cuyo rumbo fue variado (regulado por la reciente ley alemana sobre la seguridad del tráfico aéreo) (4), y supuestos relativos al ámbito de la «bioética» o «biopolítica», como el caso de la importación de células madre de Inglaterra regulado por el séptimo programa comunitario sobre investigación (5). También se aportarán una serie de ejemplos extraídos de la jurisprudencia italiana que permitirán llegar a algunas conclusiones (aunque las mismas tan sólo sean provisionales e intuitivas, según el propio juicio del autor) que pondrán de manifiesto la necesidad de conjugar la aplicación del principio de razonabilidad con el respeto de unos mínimos indispensables en relación con el valor de la dignidad humana (6).

PALABRAS CLAVE: Principio de razonabilidad, Dignidad Humana, Ponderación de intereses jurídicos y derechos, Derechos Humanos, Derecho a la vida, Derecho a la integridad física, Bioética, Lucha contra el Terrorismo.

ABSTRACT

¿How must be related reasonableness and human dignity? The present article is a reflection from the point of view of positive constitutional law using some comparative elements focus on the European experience. In this sense, the author refuses to use the philosophical or religious considerations to make his analysis. Trying to answer the question, this article starts from the study of the common language, history of ideas and political and juridical institutions. Then the author analyses the constitutional jurisprudence and the controversies about human dignity that German doctrine maintains. After that, the author examines how reasonableness and human dignity are used in a case of combating terrorism (the case of an aeroplane which was pulled down after it lose their course) and in case of bioethics and biopolitics (the importation of mother cells from England). The researcher also gives some examples of the Italian jurisprudence and he finally offers some provisional and intuitive conclusions. These conclusions point out the need of using the reasonableness principle showing respect to the exigencies of the human dignity value.

KEY WORDS: Reasonableness principle, Human dignity, Consider juridical interest and rights, right to life, Right to physical integrity, Bioethics, Fight against terrorism.