

DIGNIDAD: UN CONCEPTO JURÍDICO INOPORTUNO

Gladío Gemma

*Catedrático de Derecho Constitucional
Università degli studi di Modena e Reggio Emilia*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El autor mantiene que la importancia atribuida por los juristas y los iusfilósofos al concepto de dignidad tras su proclamación en constituciones e instrumentos internacionales post-Segunda Guerra Mundial, no está justificada desde el punto de vista jurídico. Ante todo, la dignidad, entendida en su sentido ético-filosófico, ha sido tutelada con anterioridad a 1945. En segundo lugar, este concepto produce efectos negativos en la esfera de derechos: por una parte, el concepto dignidad no aumenta la esfera de derechos constitucionales y del principio de igualdad, por lo que es inútil. Por otra parte, si se configura la dignidad como límite a los derechos, especialmente el derecho a la libertad, puede conllevar peligrosas consecuencias.

PALABRAS CLAVE: Dignidad. Derechos. Libertad. Igualdad. Certeza del Derecho

ABSTRACT: The author argues that it is hard to justify from the legal point of view the importance attributed by legal scholars and philosophers of law to the concept of dignity, following its proclamation in Constitutions and international acts after the Second World War. First, dignity as conceived in an ethical-philosophical sense, was protected even before 1945. Second, dignity must be conceived in relation to rights. In this connection it is possible to observe two contrasting negative effects. On the one hand, the concept of dignity, that continues to be rather vague and uncertain, does not extend the scope of constitutional rights and equality and for this reason it does not appear to be useful in legal terms. On the other hand, if the concept of dignity is adopted as a way of limiting rights, especially freedom, it can have dangerous implications for such rights.

KEY WORDS: Dignity. Rights. Freedom. Equality. Legal Certainty

SUMARIO: I. CERTEZA DEL DERECHO: UN FIN NUNCA PLENAMENTE REALIZABLE, PERO SIEMPRE A PERSEGUIR II. DIGNIDAD: UN CONCEPTO ABSOLUTAMENTE INDETERMINADO Y AMBIGUO III. PROCLAMACIÓN DE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE EN DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES IV. DIGNIDAD Y DERECHOS CONSTITUCIONALES V. USO RETÓRICO DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA VI. CONFIGURACIÓN DE LA DIGNIDAD COMO LÍMITE A LA AUTODETERMINACIÓN INDIVIDUAL VII. RECAPITULACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS RELATIVAS AL CONCEPTO JURÍDICO DE DIGNIDAD

I. CERTEZA DEL DERECHO: UN FIN NUNCA PLENAMENTE REALIZABLE, PERO SIEMPRE A PERSEGUIR

En el pasado, sobre todo en los siglos XVIII y XIX (y, en particular, en la primera mitad de este último) se cultivó la esperanza de realizar la certeza del Derecho mediante la formulación de disposiciones de ley precisas y exhaustivas contenidas en textos orgánicos como los códigos y una interpretación por parte de los operadores del Derecho, *in primis* de los jueces, que no fuese discrecional y, por tanto, dotada de previsibilidad¹. A partir de la segunda mitad del siglo XIX y, aún más, en el siglo XX, tal esperanza se reveló una ilusión. Una legislación dirigida, sobre todo, a introducir normas-reglas, esto es, precisas e incontrovertibles prescripciones con un papel meramente ejecutivo de los intérpretes y de los operadores jurídicos ha resultado ser un "mito", por ser imposible su realización². Desde hace tiempo se recurre sea en la formulación de los textos normativos que en la labor interpretativa a figuras jurídicas como las cláusulas generales o los principios, que son por definición antitéticos, semánticamente y por su contenido, a las disposiciones concretas³. Si tal fenómeno se ha producido ya en el ámbito del Derecho privado, es decir, en el ámbito en el que tuvo mayor importancia la codificación, más aún se ha manifestado en el Derecho Constitucional, puesto que, particularmente en la disciplina de la relación entre Estado e individuo (la disciplina de los derechos en particular), "las disposiciones constitucionales... son formuladas habitualmente en términos a) extremadamente genéricos b) axiológicamente valorativos y emotivamente connotados"⁴.

Si lo dicho constituye un fenómeno indiscutible, no por ello la aspiración a la certeza del Derecho, que ha marcado el pensamiento jurídico del pasado, debe ser abandonada. Por tomar las felices palabras de una autorizada filósofa del Derecho italiano, aun sin caer en una visión mitológica "la certeza es constitutiva de la idea misma del Derecho...el Derecho existe

1 Sobre esta temática, tratada por una literatura plurisecular, nos limitamos a reenviar, a título indicativo, a dos excelentes escritos de síntesis: v. L. GIANFORMAGGIO, *Voz Certeza del diritto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1989, 275 ss.; A. GAMBARO, *Voz Codice civile*, *ivi*, 442 ss.

2 Para la demostración del hundimiento de la esperanza de una certeza del Derecho y por motivos que están en la base de la ilusión cultivada por el Iluminismo jurídicos en el pasado, se reenvía, siempre a título indicativo, a las dos voces citadas en la nota precedente y a la bibliografía en ellas citada.

3 Sobre este tema se reenvía, a título indicativo, a un escrito que contiene amplias referencias a la doctrina italiana y extranjera, v. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010 (para la distinción entre cláusulas generales y principios, v. *op. cit.*, 74 ss.).

4 Estas icásticas palabras son de G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, en *Ragion pratica*, 30, 2008, 397.

para esto: para ser cierto"⁵. El Derecho, para gozar de certeza, debe sustanciarse tanto en decisiones normativas como en "reglas de la argumentación normativa" que conviertan en lo más predecible posible la conducta de los intérpretes y de los operadores, in primis los jueces, siempre recordando que "la antítesis de la certeza en relación con el Derecho, es el arbitrio"⁶.

Desde esta óptica de una certeza "que evidentemente no podrá nunca ser cumplida, pero a la que mientras tanto evidentemente todo operador jurídico deberá tender"⁷, es inevitable no configurar las figuras jurídicas, como las cláusulas generales o los principios, en términos tales que contradigan las disposiciones más específicas o comprometan el contenido de éstas.

De hecho, sólo una reconstrucción de las mencionadas figuras armonizada con imperativos más específicos y anclada en argumentos que no se funden en premisas arbitrarias (en cuanto que fundadas sobre opciones ideológicas radicalmente divergentes y, por ello, cuanto menos subjetivas) puede hacer posible un mayor consenso de los operadores jurídicos (por encima de sus divergencias ideológicas o éticas) sobre las soluciones a los problemas jurídicos, dada la mayor verificabilidad y la mayor previsibilidad de aquéllas.

Las reflexiones sobre la dignidad en su perfil constitucional se desarrollarán a la luz de esta premisa. De hecho, se trata de una figura jurídica que es objeto de un énfasis y una tendencia a la expansión aún presentando notables defectos en lo que respecta a la exigencia de certeza del Derecho y a la necesidad de evitar operaciones interpretativas arbitrarias.

II. DIGNIDAD: UN CONCEPTO ABSOLUTAMENTE INDETERMINADO Y AMBIGUO

Punto de partida del análisis puede ser la definición de la dignidad, o, más exactamente, la verificación de las definiciones proporcionadas por los juristas y filósofos del Derecho.

Sobre la base de la reconstrucción de las concepciones de la dignidad registradas en la "historia espiritual de Occidente"⁸, se pueden aportar tres definiciones distintas. Existe una dignidad "como virtud a aprender", lo que significa que el valor del hombre es medido por "el bien que puede asegurar a los demás"⁹. Existe, después, una "dignidad como mérito adquirido", es decir, "la *dignitas* comporta fundamentalmente el significado de mérito, grado, carga"¹⁰, esto es, se sustancia en mérito, reconocimiento y adquisición de una carga y un rango social.

5 Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Voz Certeza*, cit., 276.

6 Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Voz Certeza*, cit., 277.

7 L. GIANFORMAGGIO, *Voz Certeza*, cit., 276.

8 Tomamos la rica exposición de los diversos modos de entender la dignidad a lo largo de los siglos, de la antigüedad greco-romana a la época moderna, realizada por un autorizado romanista, dotado de una notable cultura tanto jurídica como filosófico-histórica, v. U. VINCENTI, *Diritto e dignità umana*, Bari, 2009, 7 ss. (las palabras entrecomilladas se encuentran *ivi*, 7).

9 Cfr. V. U. VINCENTI, *Diritto*, cit., 7, quien después ilustra esta visión de la dignidad en la época griega con referencia a la literatura de la época, v. *op. cit.*, 7 ss.

10 Cfr. U. VINCENTI, *Diritto*, cit., 12. Se trata de una concepción de la dignidad que tiene sus raíces sobre todo en la cultura romana: v. U. VINCENTI, *op. cit.*, 12 ss.

Por último, y se trata de la definición más reciente, pero también la más difundida actualmente por la evolución de la ética en los últimos siglos, se ha delineado una "dignidad como cualidad intrínseca"¹¹, un requisito que es común a todos los seres humanos, los cuales, en cuanto tales, tienen un valor en sí mismos, prescindiendo de las virtudes y rango social que posean.

Esta última versión de la dignidad es la que, por razones histórico-culturales, se ha afirmado en el pensamiento jurídico, sobre todo por mérito de Kant, al ser este filósofo quien construyó "el pasaje de la dignidad como categoría ética a la dignidad como categoría (también) jurídica"¹². Ante todo, es básica la tesis fundamental de Kant, según la que toda persona es un fin en sí misma y, de acuerdo con su célebre fórmula, existe el imperativo de tratar "a la propia persona y a la de los demás siempre como un fin y nunca como un medio"¹³.

No nos podemos detener sobre las varias concepciones de dignidad como igualdad de valor de los individuos, sea por la incompetencia filosófica de quien esto escribe, sea por la economía de este escrito. Nos limitamos a apuntar que la reconstrucción filosófica del indeterminado concepto de dignidad registra notables diferencias, incluso con soluciones muy divergentes entre sí¹⁴.

Delimitado, de modo bastante superficial, el bosquejo de los significados teóricos de la dignidad, se puede descender a los términos de sus concretizaciones, es decir, de los bienes de la persona que, implícita o explícitamente, se dice que son los intereses humanos implicados en dicho concepto. En ausencia (al menos en lo que se nos alcanza) de un elenco expreso, nos limitamos a observar, sobre la base de la cultura jurídica y de la casuística jurisprudencial¹⁵ que han sido reconducidos a la dignidad bienes como la vida, la libertad, el trato no discriminatorio, el honor, el goce de una renta mínima para una subsistencia sin pobreza, la intimidad...y el elenco no es exhaustivo.

A juzgar por esta rápida visual a la configuración de la dignidad resulta bien fundada la valoración, difundida en la doctrina, acerca de la vaguedad, indeterminación y ambigüedad del concepto examinado. Por retomar una observación de síntesis, "prácticamente todos los

11 Cfr. U. VINCENTI, *Diritto*, cit., 18 ss., con un resumen de las vicisitudes culturales de esta definición.

12 Cfr. U. VINCENTI, *Diritto*, cit., 28. Sobre el papel de Kant en la dignidad, vid. entre otros, P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009, 20 ss., quien subraya, además, que el pensamiento kantiano ha tenido antecedentes en Pufendorf.

13 Cfr. P. BECCHI, *Il principio*, cit., 21, con mención en nota (15) de ulteriores pasos de Kant, aparte del citado en texto.

14 A título de mero ejemplo, se pueden citar los escritos de dos especialistas en filosofía y teoría del Derecho – aparecidos en una selección de escritos sobre el tema de la dignidad en una importante revista de dichas disciplinas-. Ambos divergen netamente acerca de la relación entre dignidad y autodeterminación individual, entre dignidad y humanidad: v. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Diritti fondamentali e dignità umana*, en *Ragion pratica*, n. 38, 2012, 11 ss.; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, *ivi*, 75 ss..

15 La bibliografía sobre esta materia es cuanto menos extensa. Por ello nos limitaremos a citar algunos escritos, que se remiten a doctrina y jurisprudencia de la que se puede recabar un resumen de intereses concretos reconducidos a la dignidad. V., aparte de las citadas obras de Vincenti y Becchi, y por limitarnos a los trabajos más recientes, G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, en E. CECCHERINI (ed.), *La tutela della dignità dell'uomo*, 68 ss.; P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, *ivi*, 80 ss.; D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, *ivi*, 119 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010, 157 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, en *Politica del diritto*, 2011, 45 ss.

autores concuerdan en que se trata de un concepto que tiene un muy elevado grado de indeterminación. Indeterminación que, a su vez, se configura en los modos más diversos y a menudo sin ningún rigor analítico"¹⁶. Puede, por tanto, compartirse la valoración de un filósofo del Derecho, según el que la dignidad es "un término relevante respecto de un determinado proyecto moral –el de los derechos–, pero esta relevancia parece ser inversamente proporcional a su claridad"¹⁷.

III. PROCLAMACIÓN DE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE EN DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES

Como se ha anticipado de pasada, la proclamación a nivel jurídico (constitucional, por ser más precisos) de la dignidad ha sido objeto, por una parte, de valoraciones enfáticas, más retóricas que racionales y, por otra, de una criticable configuración extensiva en el plano pragmático. Buscaremos, en primer lugar, demostrar la primera de las afirmaciones.

Se ha afirmado que "es necesario esperar al final de la Segunda Guerra Mundial –no obstante alguna esporádica referencia en documentos normativos anteriores– para encontrar una plena legitimación jurídica, una "juridificación" de la dignidad humana"¹⁸. La prueba principal de tal tesis es la redacción de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, cuyo artículo 1, apartado 1, reza: "La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal". A la constitución alemana de 1949 siguió la aprobación de constituciones en otros países y la adopción de documentos normativos internacionales en los que se proclaman, en solemnes términos, la dignidad humana y el deber de su tutela¹⁹.

La explicación histórica de tal proclamación de la dignidad es conocida. En la propia Alemania hubo una "reacción a los horrores perpetrados por el régimen nacionalsocialista"²⁰, del mismo modo que en otros países hubo una reacción al autoritarismo precedente y a las consiguientes violaciones de la dignidad²¹. En lo que respecta a las normas internacionales

16 Cfr. G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, en *Ragion pratica*, n. 38, 2012, 217. El autor destaca más adelante, con cita de diversos autores, que la dignidad ha sido considerada un "concepto vago, controvertido...intrínsecamente incierto...un concepto moral y jurídico que no tiene igual por la variabilidad de sus confines, un concepto intangible por su capacidad de encerrar en sí innumerables e indefinidos contenidos...casi imposible de definir en abstracto" (cfr. G. MANIACI, *La forza*, cit., 217).

17 Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Diritti*, cit., 10.

18 Cfr. P. BECCHI, *Il principio*, cit., 29. Se trata de una valoración muy difundida entre los estudiosos. Vid., por ttdos, A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto constitucional de dignidad de la persona: formas de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, 140 ss., con amplia cita de autores alemanes.

19 Para un resumen de las proclamaciones de la dignidad en los textos constitucionales de diversos Estados europeos (con un amplio espacio dedicado a la Constitución española de 1978), v. A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto*, cit., 156 ss.. Para una referencia a numerosos documentos normativos internacionales, v. M. DI CIOMMO, *Dignità*, cit., 70 ss..

20 Por decirlo en palabras de P. BECCHI, *Il principio*, cit., 30, que resumen una opinión unánime.

21 V. M. DI CIOMMO, *Dignità*, cit., 70. En España encontramos la tesis –no sabemos si fundada– de un jurista, según la que la proclamación constitucional de la dignidad sería un intento de superación de la guerra fratricida del pasado, un intento de pacificación: v. A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto*, cit., 164 ss.

se ha verificado una extensión del radio de acción de las relaciones entre Estados y una consiguiente atención a las violaciones de la dignidad en el mundo, hayan tenido lugar antes o después de la Segunda Guerra Mundial.

Dada esta proliferación de disposiciones de naturaleza constitucional o internacional que proclaman la dignidad, se ha querido ver en el post-1945 el reconocimiento de tal valor. Por traer a colación emblemáticas expresiones de un estudioso italiano, se ha hablado de la "escritura de la dignidad humana como factor de discontinuidad en el constitucionalismo de la segunda postguerra", de la "dignidad como corazón de la tutela internacional de los derechos humanos", de la "dignidad como fundamento del Estado constitucional"²² y el elenco de fórmulas semejantes podría proseguir. Ahora bien, esta valoración nos parece retórica y no significativa desde el punto de vista sustancial.

No cabe duda de que la "escritura de la dignidad humana" es un fenómeno de la segunda postguerra, como han correctamente puesto de manifiesto los mencionados autores. Tienen razón también en que las horribles vicisitudes como el genocidio de la Alemania nazi están en la base de la insistente proclamación de la dignidad en los textos antecitados.

Existe, de todos modos, una objeción. No sólo gravísimos atentados a la dignidad humana han sido cometidos antes de la Segunda Guerra Mundial –genocidios, esclavismo, discriminación racial etc. se sucedieron en el tiempo cercano y lejano a 1945– sino que, conviene subrayar, del siglo XVIII en adelante existen proclamaciones constitucionales dirigidas a configurar la ilicitud de los muchos comportamientos lesivos contra la dignidad humana. Las declaraciones y disposiciones constitucionales de reconocimiento y tutela de los derechos y de la igualdad son factores jurídicos constituyen garantías para los ciudadanos, y a menudo para los individuos en general, contra el menoscabo de su dignidad.

El reconocimiento de la dignidad como valor, por tanto, ha aparecido mucho antes de 1945. ¿Qué ha cambiado tras la Segunda Guerra Mundial? A juicio de quien escribe, el empleo del término "dignidad"; pero se trata de una mera innovación terminológica. El empleo de una nueva fórmula legislativa que, en términos generales, ataque conductas que ya eran tenidas como ilícitas por disposiciones más específicas no es, de por sí, una novedad sustancial y su enfatización tiene, más que nada, naturaleza retórica²³.

IV. DIGNIDAD Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Para verificar la validez o no de la configuración extensiva y de la enfatización de la dignidad en el Derecho constitucional, conviene individuar el sentido de aquella en

22 Estas expresiones componen, en todo o en parte, los títulos de tres apartados del capítulo I del volumen de M. DI CIOMMO, *Dignità*, cit., 64. ss..

23 Si se me permite un símil para denotar la enfatización de la dignidad, se puede recurrir a comportamientos de la vida cotidiana. Por ejemplo, puede suceder que, tras un accidente de tráfico del que haya sido víctima un pariente suyo, sus familiares le recomienden, con énfasis, prudencia a la hora de conducir o recorrer ciertas carreteras. No hay, en ese caso, un descubrimiento de la prudencia, en cuanto que le exigencia de aquella existía también antes del accidente, sino más bien la enfatización de la recomendación de conducir prudentemente. Distinto sería si fuesen prohibidos ciertos medios de locomoción o ciertos recorridos que antes eran permitidos: en ese caso sí habría una verdadera novedad sustancial (¡y no sólo verbal!).

relación con los derechos (constitucionalmente sancionados)²⁴. Que subsista un nexo entre reconocimiento de la dignidad y proclamación de los derechos, con consiguiente tutela tanto de aquélla como de éstos es lógico, puesto que tanto la dignidad como los derechos constituyen una esfera jurídica individual, protegida por el ordenamiento, y, por tanto, su protección tiene la misma *ratio*. Esto puede comprobarse también por un fenómeno cultural: muchos escritos dedicados al reconocimiento constitucional de la dignidad tratan esta última junto a los derechos y este tratamiento es tan estrecho que aquélla y éstos aparecen como un *unicum* sin distinción²⁵.

En la relación entre dignidad y derechos, bien se puede decir que estos últimos son el *prius*, el elemento fundamental de tutela de la esfera jurídica de la persona humana. De hecho, en el momento en el que las exigencias individuales (usamos este término en sentido laxo) son consideradas merecedoras de tutela por parte del Estado, aquéllas sustancian los intereses tutelados por el ordenamiento y asumen la forma jurídica de los derechos. Los derechos de los individuos singulares o asociados constituyen por ello los componentes esenciales de la esfera jurídica reconocida y protegida por el ordenamiento. Como es obvio, los derechos se transforman y crecen con el tiempo, de acuerdo con la dinámica de la sociedad y de la cultura política: baste recordar el proceso que ha conducido de la inicial configuración de los derechos de libertad al reconocimiento de los derechos sociales y después a aquéllos de naturaleza bioética etc.²⁶.

Si los derechos constituyen el *proprium* de la esfera individual tutelada por el ordenamiento y si la dignidad se reconduce, o debería reconducirse, a dicha esfera, debe verificarse si la dignidad tiene un impacto favorable, y en qué medida, sobre la constelación de los derechos (constitucionales).

Sobre la existencia de un impacto de la dignidad sobre la esfera de los derechos se registra alguna toma de posición, aunque minoritaria (al menos en apariencia), en sentido negativo. Por tomar las icásticas palabras de un lúcido, documentado y meditado escrito: "el de dignidad parece ser un concepto inútil...porque, entendido como el valor intrínseco del hombre en cuanto tal, nada añadiría al valor que para el hombre en cuanto tal se deriva de la posesión garantizada (y no lesionada) de sus derechos. Y viceversa, la violación de los derechos positivamente reconocidos es ya de por sí violación de la dignidad"²⁷. A lo que se ha añadido que "la inutilidad del concepto de dignidad no está en la indeterminación de su

24 Para la necesidad de conectar lógicamente el discurso sobre la dignidad con la configuración de los derechos y para verificar el sentido de la primera sobre la base de los segundos, v. las exactas observaciones de G. CRICENTI, *Il principio di dignità umana nella bioetica*, en *Bioetica. Rivista Interdisciplinare*, n. 2, 2011, 207 ss.; V. POCAR, *Dignità e non-dignità dell'uomo*, en *Ragion pratica*, 38, 2012, sobre todo, 124 ss..

25 A título indicativo, en la doctrina italiana, v. U. VINCENTI, *Diritti*, cit., sobre todo, 41 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità*, cit., 56 ss..

26 Para un sintético resumen de tal evolución de los derechos constitucionalmente proclamados, nos limitaremos a citar los escritos de dos (muy) autorizados autores, uno español y otro italiano, v. G. PECES.-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, traducción italiana, Milano, 1993, 83 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, sobre todo 17 ss..

27 Cfr. G. CRICENTI, *Il principio*, cit., 209.

significado, sino en la ausencia de autonomía respecto de cualquier derecho fundamental"²⁸, con una afirmación conclusiva según la que "la fuente de los derechos no puede ser otra que la Ley"²⁹. La tesis que querríamos formular es ligeramente distinta: la dignidad es, en el ámbito jurídico, un concepto que, en cuanto difuso e indeterminado, o no tiene impacto alguno sobre los derechos (y por tanto es inútil, como sostiene la citada doctrina) o tiene un impacto, pero que se nos muestra como arbitrario y peligroso. Intentemos demostrar esta afirmación.

Acerca de la posible incidencia de la dignidad sobre la estructura de los derechos constitucionales, un análisis riguroso (y privado de retórica) de un joven y prometedor constitucionalista italiano ha propuesto cuatro modalidades. Más exactamente, por tomar sus palabras, la dignidad puede ser "valor fundante de otros derechos individuales", "reforzador de otros derechos constitucionales", "especificaciones de otros derechos" o un "autónomo derecho subjetivo"³⁰.

Tales modalidades de relación entre dignidad y derechos pueden encontrarse en la jurisprudencia de los Tribunales supremo y constitucional italianos parecen bien individuadas. A los fines de nuestra argumentación parecen relevantes sobre todo dos de estas modalidades. De hecho, para la dinámica de los derechos y su configuración son fundamentales dos tendencias: a la definición, con eventual ampliación, de los derechos o al incremento de su número, de su catálogo. Por ello nos interesa sobre todo el eventual "valor fundante de otros derechos" o la eventual configuración de la dignidad como un "derecho autónomo". Ahora bien, consideramos que el concepto de dignidad, por su extremada vaguedad, no constituye un parámetro válido para la reconstrucción de los derechos constitucionales.

De hecho, una investigación realista, y con posibilidad de verificar la plausibilidad de los resultados prescindiendo de la ideología propia de juristas y operadores del Derecho, reconduce la codificación de los derechos en vía legislativa o jurisprudencial al surgimiento de exigencias de los individuos o al reconocimiento de la satisfacción de aquéllas mediante su traducción en situaciones jurídico-subjetivas activas. El fundamento y la fuente de expansión y protección de los derechos se encuentran por tanto en la necesidad de mejorar la condición humana mediante la satisfacción de necesidades individuales de variada naturaleza –biológicas, psicológicas, culturales etc.–, las cuales son, de algún modo, perceptibles observando la persona humana en su ser concreto en la sociedad y la historia. Para completar este argumento se pueden añadir dos condiciones de fondo sobre la estructura de los derechos.

La individuación de nuevos derechos, en vía jurisprudencial, para no ser arbitraria, debe establecerse sobre la base o de la conciencia social o, como le parece preferible a quien escribe, de la relación lógica que se entabla entre los derechos existentes en vía legislativa y los nuevos. Más exactamente, un nuevo derecho o es un presupuesto de los derechos ya

28 Cfr. G. CRICENTI, *Il principio*, cit., 209, nota 43.

29 Cfr. G. CRICENTI, *Il principio*, cit., 210.

30 Cfr. G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, en *Politica del diritto*, 2011, 61 ss. (las fórmulas mencionadas en el texto son títulos extraídos del apartado 5 de dicho trabajo, que lleva por título: *Le molteplici applicazioni del concetto di dignità ad opera della Corte costituzionale e alcuni sviluppi suggeriti dalla Corte di Cassazione*).

reconocidos –p. ej., el derecho a la vida, incluso sin estar recogido expresamente en una disposición constitucional, como sucede en Italia, subsiste ciertamente porque es presupuesto de todos los derechos constitucionalmente proclamados- o es una derivación lógica de otros –por ejemplo, el derecho al medio ambiente es una implicación del derecho a la salud³¹. La configuración de nuevos derechos de naturaleza constitucional no puede derivarse, si no se quiere caer en la arbitrariedad axiológica, de conceptos evanescentes e indeterminados.

En segundo lugar, al estructura de los derechos viene determinada también por una labor de ponderación entre ellos. En la actualidad, es una opinión largamente compartida en la doctrina y la jurisprudencia que entre los derechos constitucionales no existe una plena compatibilidad y armonía, sino una frecuente colisión.

Obviamente, la disonancia se supera, porque el ordenamiento no tolera antinomias insolubles, y el modo para armonizar es la ponderación de derechos, de modo que sean compatibles los unos con los otros³². Las técnicas de ponderación son conocidas: la necesidad de limitación de los derechos individuales, la proporcionalidad y la vinculación a no comprometer el núcleo esencial de cada derecho.

Si se confronta la noción de dignidad con estos cánones de reconstrucción de la estructura de los derechos constitucionales, aquélla muestra su vacuidad. No nos ofrece indicaciones para la individuación de las necesidades individuales, que puedan constituir la *ratio* de los derechos, con un mínimo de verificabilidad, de posibilidad de predeterminarlas, ni nos arroja luz para efectuar la necesaria ponderación de derechos³³. Se trata de un concepto inútil para una serie de operaciones necesarias para la reconstrucción de los derechos, en cuanto no puede verdaderamente servir ni como "valor fundante de otros derechos", ni como fuente de un "derecho autónomo"³⁴.

V. USO RETÓRICO DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Lo anteriormente expuesto para sostener la inutilidad del concepto jurídico de dignidad parece encontrar cierta confirmación en un dato de la experiencia jurídica. En efecto, diversas investigaciones sobre la jurisprudencia constitucional de algunos Estados

31 Por un resumen de esta problemática de la configuración de nuevos derechos, por parte de los intérpretes de la Constitución, y de las diversas opiniones sobre ello, v. a título indicativo, en la doctrina italiana, F. MODUGNO, / "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale, Torino, 1995, 1 ss.

32 La literatura sobre el tema de la ponderación de intereses constitucionales en general y de los derechos en particular es inabarcable, al tratarse de un fenómeno que interesa a muchos ordenamientos. A título indicativo, nos limitamos a citar un manual de Derecho constitucional y un artículo de una enciclopedia jurídica. v. F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, 169 ss.; A. MORRONE, *Voz Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, Tomo 2, Milano, 2008, 185 ss., con amplia bibliografía.

33 Ha sido correctamente puesta de relieve la absoluta inidoneidad del concepto de dignidad para proporcionar un canon de ponderación de derechos, puesto que "si la dignidad constituyese...el fundamento de los derechos inviolables, no sería posible justificar la prevalencia de un derecho respecto de otro en caso de conflicto entre ellos, teniendo en cuenta que ambos garantizan el respeto por la dignidad del hombre", cfr. G. MONACO, *La tutela*, cit., 70.

34 Con la finalidad de reforzar lo sustentado en el texto, se puede destacar que en importantes obras dedicadas a los derechos no se le otorga ninguna importancia a la dignidad como fuente de derechos. V. a título indicativo, G. PECES-BARBA, *Teoría*, cit.

permiten comprobar el empleo retórico del término "dignidad" sin que ello constituya un componente esencial en la configuración de los derechos. Nos limitaremos a la cita de tres significativos ejemplos:

En lo que respecta a la jurisprudencia alemana, ha sido observado que "no obstante el valor esencial de la dignidad humana para el Estado-comunidad, las expectativas referidas a la protección de la Constitución y de derecho social han sido desatendidas", con ulterior afirmación de que "el argumento de la dignidad humana se configura como un refuerzo de otros derechos, objetivo, en cambio, que podría ser alcanzado igualmente"³⁵. Se trata, como sostiene dicho autor, de una "conclusión ambivalente"³⁶, que puede no aparecer como inequívoca para los fines de nuestra argumentación. Sin embargo, relacionándola con una afirmación efectuada después de un análisis de la reconstrucción de los derechos, no parece infundada nuestra interpretación del pensamiento del jurista alemán. De hecho, éste ha afirmado que "los resultados alcanzados a través de esta vía habrían podido ser alcanzados a través de los derechos individuales y los métodos argumentativos clásicos, incluido el principio de proporcionalidad, *incluso sin hacerse valer de la dignidad humana*"³⁷.

En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional española, hay una significativa observación de un jurista español en las páginas finales de una reseña jurisprudencial. Más exactamente: "en lugar de operar la dignidad como pauta hermenéutica de los derechos – que es lo esperado de un principio acerca del cual el TC y la propia Constitución afirman su carácter de fundamento de los mismos-, éstos se conciben siempre como determinaciones de aquélla", lo que significa que "el Tribunal alude a la dignidad limitándose a señalar su relación con los derechos, y a resaltar la exigencia de respeto a la persona que comporta. Pero cuando desea pasar al caso concreto, olvida la dignidad y se dedica a determinar qué derecho en particular es objeto de discusión en el caso; y en aquellos casos donde no está en juego ningún derecho fundamental, el TC refuerza la invocación de la dignidad haciendo intervenir junto a ella, como si no fuese suficiente, otros principios de carácter material"³⁸.

Conclusiones no muy distintas se derivan de una reseña de la jurisprudencia de los Tribunales constitucional y supremo italianos. El autor de dicha reseña destaca que el "recurso a la dignidad" ni ha contribuido "a definir mejor los derechos constitucionales y las restricciones que pueden sufrir a causa de previsiones constitucionales específicas o de complejas ponderaciones de valores"³⁹.

Como se puede observar de las anteriores citas relativas a la dignidad en la jurisprudencia, ha habido una tendencia a utilizar dicho concepto más en una clave retórica que en términos de un razonamiento jurídico. Por retomar las palabras de un jurista español, se ha verificado un "establecimiento de derivaciones y proyecciones del principio de dignidad,

35 Cfr. D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, en E. CECCHERINI (ed.), *La tutela*, cit., 135.

36 Cfr. D. SCHEFOLD, *Il rispetto*, cit., 114.

37 Cfr. D. SCHEFOLD, *Il rispetto*, cit., 128. La cursiva es nuestra.

38 Cfr. P. SERNA, *Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial*, en *Persona y Derecho*, n. 4, 1999, 190-191.

39 Cfr. G. MONACO, *La tutela*, cit., 71.

para las que no se aporta ninguna justificación o argumentación y cuyo valor no pasa de ser meramente retórico"⁴⁰.

VI. CONFIGURACIÓN DE LA DIGNIDAD COMO LÍMITE A LA AUTODETERMINACIÓN INDIVIDUAL

Como se ha anticipado, el concepto de dignidad puede tener un escaso (incluso nulo) significado, o puede sufrir una dilatación arbitraria y peligrosa, si se construye un significado amplio, sin anclarlo a datos jurídicos predeterminados.

Esta dilatación arbitraria se ha concretado en la teoría –sostenida incluso por juristas y filósofos del Derecho de indudable valía– según la que la dignidad del individuo es proclamada y tutelada no sólo frente a terceros sujetos, públicos o privados, sino incluso frente a su propio titular⁴¹. El recorrido argumental de esta tesis se puede describir brevemente del siguiente modo: la dignidad es un valor supremo, supraconstitucional, que se impone a todos los ciudadanos y prevalece sobre los derechos de éstos. La supremacía de la dignidad se manifiesta también frente a la autonomía y a la libertad de los individuos, toda vez que la libertad es considerada un valor inferior a la dignidad, sobre la base de una serie de razonamientos de tipo filosófico. Desde esta perspectiva, se propone una distinción, es más, una contraposición: "autodeterminación vs. autonomía"⁴², con la negación de la primera y la afirmación de la segunda, concebida como fuente de límites y de rechazo a una "soberanía" del individuo. Dada la connotación potencialmente antiliberal de la tesis, quienes la sostienen buscan convertirla en aceptable para los partidarios del constitucionalismo liberal a través de una doble argumentación.

Ante todo, se ha puesto de relieve que también en los Estados liberaldemocráticos hay prohibiciones que alcanzan conductas que no lesionan intereses de terceros⁴³. El argumento, sin embargo, no resulta persuasivo, puesto que está por demostrarse la compatibilidad de tales prohibiciones con los principios del constitucionalismo liberal. Por ello, se ha añadido una segunda motivación, afirmando que la dignidad no es un valor con un específico componente cultural y social, sino algo que constituye el resultado de dispares tradiciones filosóficas y religiosas, esto es, "el mayor resultado del *"overlapping consensus"* que de acuerdo con J. Rawls permite formas de acuerdo incluso entre *"comprehensive doctrines"*"⁴⁴.

40 Cfr. P. SERNA, *Dignidad*, cit., 190.

41 Los exponentes de tal visión son numerosos, dada también la presencia de un consistente filón, mayoritariamente de matriz católica, inspirado en el paternalismo, en la cultura filosófica y jurídica. Por limitarnos nuevamente a alguna cita indicativa de escritos destacados y recientes, v. A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo il diritto costituzionale*, en ID., *Itinerari per una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, *Studi dell'anno 2010*, 511 ss.; G. AZZONI, *Dignità*, cit., 77 ss.; V. PACILLO, "Rovescio della dignità" e dignità del diritto, en *Ragion pratica*, 38, 2012, 144 ss.

42 Por retomar la fórmula de un partidario de la prevalencia de la dignidad sobre la autodeterminación individual, cfr. G. AZZONI, *Dignità*, cit., 77.

43 V. una anotación en ese sentido de V. PACILLO, "Rovescio della dignità", cit., 150 ss.

44 Por tomar las palabras textuales de G. AZZONI, *Dignità*, 77. Sobre la dignidad como objeto de *"overlapping consens"*, v. también V. PACILLO, "Rovescio della dignità", cit., 158-159, quien, animado por una mayor sensibilidad hacia las

Frente a tales tesis se ha posicionado una parte igualmente numerosa de la doctrina (y con la presencia también aquí de voces autorizadas)⁴⁵. Sin detenernos sobre los variados argumentos aportados por juristas, filósofos del Derecho y sociólogos (argumentos a los que se ha sumado en otra sede quien escribe estas líneas) nos limitamos a unos concisas consideraciones:

A) El constitucionalismo, es decir, la filosofía que está detrás de las actuales constituciones (y de las de los siglos anteriores, tras la superación del absolutismo) está estrechamente correlacionado con el liberalismo⁴⁶. Y, como se puede comprobar acudiendo a los líderes culturales del liberalismo – Kant, Mill, etc.⁴⁷ –, esta filosofía político-jurídica postula la autodeterminación del individuo, el rechazo a su tutela y la configuración de límites –más o menos consistentes– sólo en interés de terceros. Si se mantiene que existe un deber respecto de sí mismos, esto es, sin embargo, admisible sólo en términos morales y nunca jurídicos (sin referencia, por tanto, a normas constitucionales y prohibiciones legales)⁴⁸. Por tanto, una concepción de la dignidad como fuente de límites jurídicos impuestos al individuo en nombre de una tutela frente a sí mismo constituye un paternalismo antiliberal y es absolutamente incompatible con el constitucionalismo liberaldemocrático de los ordenamientos modernos no autocráticos.

B) La concepción de la dignidad como límite a la autodeterminación del sujeto titular de aquélla no constituye en absoluto el resultado de un "*overlapping consensus*", sino de un silogismo falaz por la equivocidad de sus términos. La dignidad es completamente distinta desde el punto de vista moral, y sobre todo jurídico, si la entendemos como valor a tutelar contra las lesiones producidas por terceros o contra las producidas por su propio titular. Desde el punto de vista semántico existe identidad, pero desde la óptica de los efectos y de la *ratio* justificativa existe una enorme diferencia.

Si se afirma que la dignidad es objeto de un "*overlapping consensus*", se hace una constatación correcta, pero sólo en cuanto se alude a la dignidad entendida como valor

instancias liberales, distingue entre un "contenido nuclear" y un "contenido extensivo" de la dignidad, sosteniendo que sólo el primero "constituido por un núcleo duro e intangible de valores...no puede nunca ser comprometido por la libertad personal" (cfr. *op. cit.*, 158).

45 Siempre a título indicativo, con referencia a contribuciones recientes, S. RODOTA', *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, en S. RODOTA', P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2010, 169 ss.; G. RESTA, *La dignità*, en S. RODOTA', P. ZATTI (dir.), *Trattato*, cit., 265 ss.; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Diritti*, cit., 149 ss.; V. POCAR, *Dignità*, cit., 119 ss.; F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, *ivi*, 161 ss.; G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalistica nell'argomentazione morale e giuridica*, *ivi*, 211 ss..

46 Resulta superfluo destacar que, en esta perspectiva, el liberalismo es relevante sólo como concepción político-jurídica, sin relación con el liberalismo económico.

47 V. E. KANT, *Sopra il detto comune: "questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica"*, en KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, (a cargo de Bobbio, Firpo e Mathieu), Torino, 1956, 255; J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 1999, 90 ss..

48 Es significativa la correcta (e intelectualmente honesta) precisión, por parte de un autor que niega la autodeterminación del individuo y que también hace referencia a consideraciones kantianas, y de Rosmini, para sostener su tesis, en el sentido de que "Kant y Rosmini afirman que los deberes respecto de uno mismo pertenecen a la esfera moral y no a la jurídica": cfr. G. AZZONI, *Dignità*, cit., 91, nota 60.

de un individuo que debe ser reconocido y tutelado frente a otros, porque tal es el sentido que la tradición cultural y jurídica da al concepto. Pero aquí se detiene el consenso y de ello sólo podemos extraer la proposición "la dignidad es un bien del individuo y se debe impedir, con medidas jurídicas, su violación por parte de terceros. El pasaje a la afirmación de que la dignidad se debe defender también frente a su titular sólo puede operarse jugando con la equívocidad del término.

C) Por último, permanece la consideración según la que si la dignidad se entiende, extensivamente, como enfrentada a los derechos constitucionales, se abre una falla inmensa, precisamente porque puede justificar violaciones de intereses y derechos de la persona. En suma, acecha el peligro –siempre que la dignidad sea desvinculada de los derechos y se reconstruya en detrimento de éstos– de una configuración extensiva y arbitraria, carente de todo "*overlapping consensus*", que, además, no cuente ni con el más mínimo grado de certeza jurídica.

VII. RECAPITULACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS RELATIVAS AL CONCEPTO JURÍDICO DE DIGNIDAD

Podemos concluir este trabajo con una recapitulación de las tesis mantenidas y con alguna observación ulterior que pueda clarificarlas:

A) La dignidad, como prueba la literatura que en los últimos siglos se ha ocupado de ella, es un concepto que tiene una...dignidad. El concepto en examen tiene utilidad en el campo de la filosofía y de la ética y, si se quiere, del pensamiento político, análogamente a cuanto se puede afirmar de conceptos como justicia, el bien de la humanidad, etc. No obstante, un concepto puede tener prestigio en un campo y no tener ninguno en otro campo. Por poner un ejemplo, el valor de la justicia puede tener un sentido en las reflexiones y el debate de naturaleza ética o filosófica, pero tiene mucho menos en el Derecho positivo. Una norma que, por poner una hipótesis irreal, prescribiese que los jueces decidan las controversias de acuerdo con la justicia, pero sin indicar ningún canon de juicio, carecería de sentido. Lo mismo puede valer para la dignidad, que, en el Derecho, no tiene el valor que puede tener en otros campos, dada su indeterminación.

Es cierto que en distintos sectores del Derecho, subsisten prescripciones que hacen referencia a conceptos que no son definidos desde el primer momento: baste recordar cláusulas generales como "buenas costumbres" o "buena fe". Pero una cosa son las fórmulas vagas, que no obstante tienen validez en ciertos ámbitos y pueden ser traducidas en reglas específicas sin peligro de graves distorsiones en los principios constitucionales –las buenas costumbres o el honor de las personas pueden constituir un límite a la libertad de expresión de pensamientos, sin que ello genere particulares dificultades y sin que necesariamente se dé entrada a valoraciones fuertemente ideológicas– y otra cosa es un concepto que "representa... un contenedor fuente de confusiones y de vaguedad que es de por sí confuso, un contenedor en el que todo puede ser vertido o por el que todo puede ser justificado"⁴⁹. La dignidad, como

49 Por retomar las palabras de V. POCAR, *Dignità*, cit., 120.

la justicia etc., es ciertamente un contenedor, que puede tener las connotaciones negativas antes expuestas.

B) En lo que concierne a la aparición de la dignidad en el Derecho, y de modo particular en los textos constitucionales, hemos sostenido que tal concepto debe ser desvalorado, es decir, o no utilizado o, si se quiere utilizar, se le debe atribuir un significado cuanto menos reducido y, por tanto, más bien marginal.

La desvaloración total viene motivada por la inutilidad del concepto de dignidad. El bien, o el conjunto de bienes que, desde el punto de vista extrajurídico, pueden constituir la dignidad humana, encuentran reconocimiento y tutela en la prefiguración de derechos constitucionales de variada naturaleza y en el principio de igualdad, en su titularidad y en su goce. Además, para la implementación de los derechos y del principio de igualdad entendemos que existe un parámetro que puede determinar resultados menos controvertibles y más verificables de los alcanzados con ese contenedor confuso y vago que es la dignidad. De hecho, hemos puesto de relieve que los derechos constitucionales y la igualdad pueden encontrar una *ratio* en las necesidades de los individuos, en las exigencias de la concreta condición humana, con la configuración de nuevas situaciones subjetivas activas correlacionadas lógicamente con las ya reconocidas y protegidas, vinculando con ello la definición de la esfera jurídica de los individuos constitucionalmente tutelada al reconocimiento por el legislador (constitucional) de ciertos intereses de la persona. Por ello, no es la dignidad, sino las exigencias concretas inherentes a la persona humana, detectables mediante datos empíricos y reconducibles a elecciones específicas efectuadas por el legislador constitucional, pueden constituir el faro para la reconstrucción de los derechos y la igualdad y para su eventual ampliación en número o en contenido.

Si no se acoge semejante desvaloración radical y se quiere buscar algún significado al concepto dignidad proclamado en documentos jurídicos –de naturaleza constitucional o internacional– se deberá configurar su alcance de modo muy restrictivo.

Sin detenernos en este punto, entendemos que la operación interpretativa debe tener como canales los derechos y el principio de igualdad constitucionalmente sancionado, sobre los que sí existe un "*overlapping consensus*".

Desde esta perspectiva, y obviamente hechas las reservas avanzadas antes cuando se propuso una desvaloración radical del concepto, puede acogerse la tendencia que utiliza la dignidad como factor de extensión de los derechos constitucionales a aquellas categorías marginales – *in primis*, los presos– que, en el pasado, han sido excluidos de ciertos derechos⁵⁰.

50 Para tal orientación, v. P. SERNA, *Dignidad*, cit., 194–195; A. BELVISI, *Dignità*, cit., 170 ss.