Globethics Repository



De nuevo sobre la dignidad humana [Human dignity revisited]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Pereira-Menaut, Antonio-Carlos;Pereira Sáez, Carolina
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-13 01:18:56
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/213800

Copyright Cuadernos de Bioética



DE NUEVO SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

HUMAN DIGNITY REVISITED[1]

ANTONIO-CARLOS PEREIRA-MENAUT
Universidade de Santiago de Compostela
Facultade de Dereito. Campus Sur, 15782 Santiago de Compostela. 981563100 exts. 14718/40073
acp.menaut@usc.es

CAROLINA PEREIRA SÁEZ
Universidad de A Coruña
Facultad de Derecho. Campus de Elviña s/n 15071, A Coruña. 981167000 ext. 1640
c.pereira.saez@udc.es

RESUMEN:

Palabras clave:
dignidad humana, jurisprudencia constitucional, eficacia jurídica.
Recibido: 10/11/2013
Aceptado: 06/04/2014

De la Segunda Guerra Mundial en adelante, la dignidad humana es recogida en muchas constituciones, declaraciones de derechos y tratados internacionales. Esto no significa que sea un concepto nuevo, pues su significado puede rastrearse sin dificultad en la tradición judeo-cristiana y, mucho más tarde, en la influyente comprensión kantiana; y tampoco significa que no haya tenido relación con el Derecho antes de 1945. Por otro lado, las nuevas tendencias filosóficas y antropológicas así como la politización del hombre, junto con los avances de la técnica, explican su presencia cada vez mayor en el Derecho. Sin embargo, la inclusión de la dignidad en los textos jurídicos no es capaz de agotar su significado —ni aunque los textos sean los constitucionales—, y el hecho de que los jueces la aleguen no significa que la empleen realmente como criterio para su decisión, como puede verse al estudiar algunas sentencias relevantes.

ABSTRACT:

Key words:
Human Dignity, rulings of the constitutional courts, legal enforceability

Since World War II, human dignity has made its way into many constitutions, bills of rights and international treaties. As its roots can be traced easily back to the Judeo-Christian tradition, and, later on, to the influential Kantian vision, dignity cannot be deemed an entirely new concept. For the same token, it cannot be said that dignity has been entirely alien to the legal realm till 1945. On the other hand, the latest philosophical and anthropological trends, as well as the politicisation of the human being, along with some recent advances in biotechnologies, help to explain its growing presence in the legal world. However, these authors suggest that writing down dignity in legal texts does not fully settle its meaning —not even if such texts are constitutions— and the fact remains that its presence in the judicial reasoning does not always imply being the *ratio decidendi*, as the study of some relevant judicial decisions shows.

1 Las ideas de fondo de este trabajo se basan en Pereira Menaut, A.C., *Lecciones de Teoria Constitucional (3ª ed.),* Colex, Madrid, 2010a y *Política y Derecho*, Thomson, Santiago de Chile, 2010b, así como en un artículo más amplio de Pereira Menaut y Pereira Sáez, "Human Dignity and European Constitutionalism: *Flatus Vocis* or *Ratio Decidendi?",* en curso de publicación en Alemania (2014). La aportación de Carolina Pereira Sáez a este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación "Principialismo y teoría de la argumentación en la toma de decisiones biomédicas" (DER 2010-17357/JURI) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

1. Introducción

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre el lugar de la dignidad y su efectividad en los constitucionalismos de nuestros días, principalmente en el ámbito europeo. No ignoramos que en Europa predomina la visión de influencia kantiana, al igual que en las élites de muchos países de América; basta observar el principialismo bioético norteamericano o las posiciones de muchos círculos cultivados de la América hispanoparlante.

Entendemos que la dignidad es más que un derecho; es un presupuesto de los derechos[2]. Como otros conceptos pre-jurídicos básicos —conciencia, tolerancia, solidaridad y otros— se resiste a dejarse capturar en una formulación jurídico-positiva pues, en efecto, no es un concepto como el usufructo, del que una buena ley puede dar una satisfactoria definición. Esa impotencia del Derecho no es una mala noticia: poca cosa sería mi dignidad si pudiera reducirse a un artículo de una ley. Por lo mismo, la actitud del derecho ante la dignidad es de carácter más bien negativo: no ha de fomentarla, ni, menos aún crearla, que no está en su mano, sino protegerla. No generará la dignidad, normalmente, una obligación positiva, un *facere,* para el legislador (aunque puede hacerlo), pero sí la obligación negativa de rechazar comportamientos que atenten contra ella. Este aspecto encaja bien con el ser del Derecho, que siempre se sentirá más confortable con *nemo iudex in causa* que con el mandato constitucional de que los españoles sean "justos y benéficos"[3]. En el fondo, no se acaba de llevar bien con lo que no se pueda concretar en una sentencia judicial, un principio o una *regula iuris*.

Al no ser la dignidad un concepto jurídico como el arrendamiento o el testamento ológrafo, no convive sin problemas con el Derecho, tampoco con el constitucional. Hoy en España todos los grupos de opinión la proclaman, sin que ello se traduzca en mucho: la invocan los pro-aborto y los pro-vida, los defensores de la eutanasia activa y los de respetar la vida humana hasta su término natural.

2 Pereira Menaut, *op. cit*. 2010a, 452 ss.

3 Constitución española de 1812, art. 6. No toda formulación positiva repugna al Derecho; así, *pact sunt servanda*.

2. Sobre la relación entre dignidad y Derecho

La dignidad siempre ha sido un presupuesto de los derechos humanos[4], pero mientras que antes no se mencionaba, ahora, sí. Como la libertad y la igualdad, está entre los presupuestos del constitucionalismo desde su prehistoria[5]: el reconocimiento de unos derechos humanos inviolables, anteriores a la propia Constitución, fue posible por la difusión en Occidente de la noción de la dignidad de todo ser humano *qua* ser humano y la igualdad esencial entre todos. La literatura de la época reflejaba una clara percepción de la dignidad del hombre como *imago Dei*: por ejemplo, en el siglo XVII, Calderón de la Barca[6] y Milton[7] o, ya en el XIX, autores tan dispares como Melville[8] y Dostoiesvky[9].

Como decíamos, la dignidad humana ha sido presupuesto latente del constitucionalismo y del reconocimiento de los derechos humanos desde sus orígenes, pero no se le

4 No todo derecho imaginable estaría íntimamente asociado a la dignidad. Una constitución que no recoja el derecho a la cultura física y al deporte (art. 79, Constitución portuguesa), o que no conceda a los extranjeros los mismos derechos políticos que a los nacionales, no será por eso necesariamente contraria a la dignidad.

5 "Después de doscientos años de historia constitucional moderna conocemos mejor lo que distinguió ese desarrollo *desde sus inicios*: la dignidad humana forma, por así decir, el portal a través del cual el contenido igualitario y universalista de la moral es importado al Derecho" (Habermas, J., *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, 21; cursiva en el original).

6 "Al rey la hacienda y la vida / se ha de dar, pero el honor / es patrimonio del alma, / y el alma sólo es de Dios" *(El Alcalde de Zalamea,* hacia 1642). No obstante, ello no generaba desarrollos constitucionales significativos en la España de entonces.

7 Por ejemplo, "[l]o he creado libre [dice Dios del hombre], y libre debe permanecer" *(Paraíso Perdido,* III, 124; escrito originalmente hacia 1667).

8 "Los hombres pueden parecer detestables; […]burdos, estúpidos y asesinos [...]; pero el hombre, idealmente, es una tan noble, brillante y gran [...] criatura [...] Esa inmaculada hombría que sentimos en nosotros mismos [...] permanece intacta aunque todo atributo externo parezca perdido [...] Pero esta augusta dignidad [...] no es la de reyes y ropajes, sino esa superabundante dignidad no investida con ropaje externo alguno. La verás brillar en el brazo que blande un pico [...]; esa democrática dignidad que, en todos los hombres, irradia sin fin desde Dios; ¡Dios mismo! [...] ¡Centro y circunferencia de toda democracia; su omnipresencia es nuestra divina igualdad!" (Herman Melville, *Moby Dick* (1851) cap. 26). Casi las mismas ideas están en un texto quince siglos anterior: "¿Cuál es, pues, el ser que va a venir a la existencia rodeado de semejante consideración? Es el hombre, grande y admirable figura viviente, más precioso a los ojos de Dios que la Creación entera" (J. Crisóstomo, *Sermón sobre el Génesis,* 2,1; según trad. del *Catecismo de la Iglesia Católica).*

9 El *stárets* Zósimo, personaje de *Los hermanos Karamázov (1880),* se pregunta: "¿a título de que merecía yo que me sirviera otro hombre, creado, como yo, a imagen y semejanza de Dios?". Y la idea principal de sus *Memorias de la Casa Muerta* (1862), basadas en su experiencia en la cárcel siberiana, es que la dignidad sobrevive hasta en los presos más depravados.

atribuía carácter jurídico concreto ni se intentaba positivizarla: era un presupuesto, pre-jurídico. Sólo a partir de la Segunda Guerra Mundial empieza la dignidad a recogerse en instrumentos jurídicos como reacción a los horrores de aquella Guerra[10]. Hoy es raro encontrar declaración de derechos o constitución reciente en la que no aparezca la dignidad, con diferentes acentos e intensidades, según los casos. La nómina es muy larga, por lo que nos remitimos a Serna[11]. El Derecho constitucional europeo la reconoce como uno de sus presupuestos[12] y fundamento de los derechos; haciendo referencia, además, al Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (según el cual el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana es base de la libertad, justicia y paz en el mundo), y aclara que ninguno de los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede ser utilizado para atentar contra la dignidad de otras personas, y que la dignidad forma parte de la esencia de los derechos, de manera que no podrá atentarse contra ella ni en caso de limitación de un derecho. En realidad, antes de este reconocimiento expreso, la dignidad ya estaba en el Derecho europeo: en la tradición constitucional de sus estados miembros, principalmente Alemania; y algo más tarde en su zona de influencia constitucional, como España. Además, al menos desde el caso *Holanda*[13], el TJUE reconoció su deber de proteger la dignidad humana, a pesar de no tener entonces fundamento literal en los Tratados. También la Constitución española trata la dignidad como fundamento de los derechos (y no sólo de los derechos), con una redacción difícilmente mejorable[14]. Sin embargo, a pesar de la fuerza con que irrumpe la dignidad en el Derecho no es frecuente encontrar muchas sentencias en las que la dignidad sea la verdadera *ratio decidendi*[15] de la argumentación judicial.

3. Qué es la dignidad

En el lenguaje común la dignidad hace referencia a un merecimiento[16]. Implicaría que todo ser humano merece ser tratado con el respeto que se le debe por el mero hecho de serlo; pero en qué consista ese digno trato debido dependerá de la comprensión del hombre de que partamos, que ha cambiado en los últimos años y se ha convertirdo en materia de gobierno y legislación. De ahí, como explica Gregory, la amenaza que implica el naturalismo metafísico para la dignidad humana y para los derechos del hombre: si no somos, al fin y al cabo, más que biología, una combinación de moléculas y energía, no somos en último término distintos de las algas o de las amebas, y la dignidad y los derechos no pueden ser más que ficciones[17], carentes de fundamento sólido. O, como escribía Max Scheler, si el hombre deja de estar claro para el hombre, difícilmente sabremos qué significa la dignidad humana[18]. En opinión de Spaemann,

10 Zachary Calo se refiere al "giro hacia la dignidad" tras 1945 y recuerda que en 1948 había general consenso acerca de ella, aunque ahora "profundamente contestada" (Calo, Z., "Human Dignity and Health Law: Personhood in Recent Bioethical Debates" *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 26, 2 (2012), 473-499, 473 ss., 475). En septiembre de 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Ginebra) aprobó, a instancias de Rusia y otros sesenta estados, una Resolución afirmando que los valores tradicionales comunes a toda la humanidad tienen una función positiva en la promoción y protección de los derechos humanos, y que «una mejor comprensión y valoración de los valores tradicionales comunes a toda la humanidad e incorporados en instrumentos universales de derechos humanos contribuye a promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo el mundo»; sosteniendo, además, que «los derechos humanos proceden de la dignidad y del valor inherente a la persona humana». A diferencia de 1948, esta Resolución de 2012 dejó vencedores y vencidos y sólo se alcanzó tras serias disensiones (para no mencionar todas las resoluciones distintas u opuestas aprobadas en los últimos años).

11 Serna, P., "La Dignidad Humana en la Constitución Europea", *Persona y Derecho* 52 (2005), 13-77, esp. 15-22.

12 Ver TUE, art. 2; Carta de Derechos Fundamentales de la UE, art. 1, y *Explicaciones* de dicha Carta.

13 Sentencia *Holanda contra Parlamento y Consejo,* de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98.

14 Art. 10.1, que reza: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social", esto es, la persona, su dignidad y sus derechos son previos a las leyes, a la Constitución, a la comunidad política y al propio contrato social que la crea. Todo eso, tan importante y básico, se fundamentaría en la dignidad; no al revés. Nada en esa redacción hace depender la dignidad del grado de autoconsciencia y autonomía, ni de que la aprecien los demás (caso de la esterilización de deficientes), pues entonces no sería «inherente». Incluir la dignidad en la Constitución española tuvo una importancia añadida, porque influiría en diversas constituciones latinoamericanas.

15 Eso entiende Serna respecto a la jurisprudencia constitucional española (Serna, P., "La dignidad de la persona como principio del Derecho público", *Derechos y Libertades* 4 (1995), 287-306, 298-306).

16 Ver los posibles sentidos de la dignidad en el exhaustivo trabajo de García Cuadrado, A., "Problemas constitucionales de la dignidad humana", *Persona y Derecho* 67 (2012), 449-551, 456-476.

17 Cfr. Gregory, B., *The Unintended Reformation*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.), 2012, 224-230 y *passim*.

18 Si "el hombre es, sencillamente, un muy tardío producto de la evolución del planeta Tierra; un ser que sólo se diferenciaría de sus precursores en el reino animal por el grado de complejidad con que se combinan en él las energías y facultades, que en sí mismas ya están

aunque siempre ha habido vulneraciones de la dignidad de personas o de grupos, nunca como hasta ahora ha sido amenazada la dignidad del hombre, que la objetivización científica ha reducido a un ser natural[19], un objeto de investigación. El desencantamiento del mundo señalado por Max Weber a principios del siglo XX no puede tolerar conceptos como el de la dignidad a menos que los despiece, analice y los encuentre capaces de soportar el análisis "científico". Este error —comprender al hombre como una combinación de moléculas y energía— subyace, por ejemplo, en el reconocimiento de derechos a los animales. (El inconveniente no está en reconocer que tengamos deberes para con los animales, pues los tenemos, igual que para con la naturaleza[20], sino en considerar que los animales pueden tener auténticos derechos porque al fin y al cabo no difieren radicalmente de nosotros).

Por otro lado la reciente transformación del hombre y la vida humana en materia de política y de legislación explica también que la dignidad sea apelada en muchos de los debates jurídicos y éticos más importantes. Sin embargo, no son claros su significado ni sus exigencias, ya que se alega incluso para defender pretensiones contrarias. Entonces, ¿qué aporta al Derecho positivo la inclusión en él de la dignidad humana? ¿Derivan de la dignidad algunas exigencias jurídicas concretas, de manera que deba ser utilizada para resolver casos? ¿Puede el Derecho positivo definirla de forma segura? ¿No podría ser que la pretensión de definirla, aun motivada por la loable intención de garantizar su respeto, resultase perjudicial para la dignidad? Poco será su significado para el Derecho si de ser su presupuesto pasa a ser un objeto que el Derecho configura. Ser digno no sería entonces más que caber en un concepto que otros han convertido en criterio de reconocimiento, cuando en realidad ningún texto jurídico va a hacernos dignos si no lo somos. ¿Es la dignidad para el Derecho algo más que un *flatus vocis*? Siendo un presupuesto, ya es más que un *flatus vocis*, pero su inclusión en un texto jurídico no cambia su naturaleza ni la convierte en algo tan operativo jurídicamente como pueda ser, por ejemplo, el principio *accesorium sequitur principale* en un litigio sobre intereses de una deuda. Con todo, también en esto hay matices según países y culturas constitucionales: por ejemplo, la dignidad en Alemania forma parte de su "identidad constitucional"; en España, no.

¿Qué podemos entender, entonces, por dignidad humana? ¿Qué tenían en mente los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando reconocieron en su Preámbulo "la dignidad intrínseca […] de todos los miembros de la especie humana", o los redactores de la Constitución alemana al establecer que "la dignidad humana es inviolable"? ¿Se trataba de crear una cortina de humo para ocultar provisionalmente otros desacuerdos más profundos? No parece que fuera así, sino que para ellos la dignidad humana no requería explicación: todos sabían qué significaba, aunque no pudieran dar razón del fondo filosófico de su porqué[21]. Tampoco se preguntaban nuestros antepasados de hace un siglo qué es un hombre; al menos, no se lo preguntaba la persona medianamente cultivada en la vida cotidiana[22].

Es frecuente encontrar dos formulaciones básicas de la dignidad: una de tradición judeo-cristiana, que apela a la *imago Dei* inscrita en el hombre, y otra de raíz kantiana fundamentada en la autonomía del hombre, habitual

presentes en la naturaleza infrahumana", no es, al fin y al cabo, más que un animal (Scheler, M., *El puesto del hombre en el cosmos. La idea de la paz perpetua, Alba, Barcelona, 2000*, 33 y 36). Según él esta tesis era tradicional ya en 1928; pero en realidad circulaba en ambientes muy reducidos y no trascendía al hombre de a pie, a diferencia de hoy.

19 Cfr. Spaemann, R.,"Sobre el concepto de dignidad humana" en Massini, C. I. y Serna, P. (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, 81-110, 106.

20 La relación entre un hombre y un animal nunca puede ser jurídica porque falta la "paridad ontológica" a que se refiere Ballesteros cuando propone la universalidad del respeto incondicionado al otro como fundamento del Derecho (Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho (2ª ed.),* Civitas, Madrid, 1992, 128-129). El Derecho resuelve litigios entre hombres, no entre hombres y animales. Puedo matar a un animal para comer, o puedo tenerlo en propiedad por puro recreo o para obtener rendimiento, cosas que nunca podría hacer con un hombre.

21 Según Matláry, hasta los años sesenta hubo en Occidente un notable acuerdo ético fundamental (cfr. Matláry, J., *When Might becomes Human Right, Gracewing, Leominster, 2007,* 20-21). Taylor entiende también que hasta los años sesenta existió un gran acuerdo moral básico (cfr. Taylor, C., *A Secular Age, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2007, passim).*

22 Soto Kloss, E., *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Jurídica, Santiago de Chile, 1996, t. I, 56-60; ver *Éxodo,* 22, 20-23; *Deuteronomio,* 24, 10-13, 14-15, 17-18, 19 ss.; *Levítico,* 19.13; *Proverbios,* 22.2, 29.13.

en nuestro entorno cultural. Sin embargo, la dignidad, según Soto Kloss, es muy antigua, pues ya "está en el núcleo de todo el pensamiento veterotestamentario"[23]: en el Génesis se afirma la condición del hombre a imagen de Dios[24], única criatura en la Tierra amada de Dios por sí misma, poco inferior a los ángeles[25]. Todos los miembros del pueblo elegido son en última instancia iguales ante la ley de Dios[26]; y se prescribe el amor a los demás como a uno mismo[27], así como el respeto a la persona[28]. Catalina de Siena, en el siglo XIV escribía: "Qué cosa, o quién, fue el motivo de que establecieras al hombre en semejante dignidad? Ciertamente, nada que no fuera el amor inextinguible con el que contemplaste a tu criatura [...]"[29]. También Habermas, al estudiar la genealogía del concepto de dignidad, se remonta bastante atrás, y considera decisiva en particular la aportación de la tradición judeo-cristiana:

> "En aquel entonces [se refiere al humanismo romano], la *dignitas* humana era explicada por la posición, ontológicamente señalada, del hombre en el cosmos, esto es, por el rango particular asumido por el hombre en virtud de las facultades propias de su especie, tales como la razón y la reflexión, frente a seres vivos «inferiores». Ahora bien, el valor superior de la especie puede quizá justificar alguna clase de protección de la misma, pero no la inviolabilidad de la dignidad de la persona individual como fuente de exigencias normativas.
>
> Faltan aún dos etapas decisivas en la genealogía del concepto. En primer lugar, a la generalización colectiva debía añadirse la individualización. Se trata del valor del individuo en las relaciones horizontales entre los seres humanos y no de la posición «del» hombre en su relación vertical con Dios o con niveles del ser subordinados. En segundo lugar, la relativa superioridad de la humanidad y de sus miembros debía ser reemplazada por el valor absoluto de la persona. Pues se trata del valor incomparable de cada cual. Estos dos pasos se dieron en Europa por la vía de una recuperación filosófica de motivos e ideas provenientes de la tradición judeocristiana, un proceso al que quisiera referirme brevemente.
>
> Ya en la Antigüedad se había establecido un vínculo estrecho entre las nociones de *dignitas* y persona, pero fue solamente a partir de las discusiones medievales sobre la condición del hombre creado a imagen y semejanza de Dios cuando la persona individual se destaca de su estructura de rol. Todos tendrán que enfrentarse el Juicio Final como personas irreemplazables e inconfundibles."[30]

Para hacernos una idea de qué significa la dignidad podemos recordar sucintamente el sentido de la dignidad en cada una de esas formulaciones y hasta qué punto son o no compatibles. No conocemos defensas más o menos elaboradas y articuladas de la dignidad hasta el discurso polémico *De Hominis Dignitate* de Giovanni Pico della Mirandola de 1486; si bien, como decíamos, ello no quiere decir que antes no existieran[31]. En 1785 Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* hace radicar la dignidad del hombre en su autonomía o capacidad de darse leyes y afirma que exige tratar al hombre siempre como fin, nunca como medio. La manera de entender la dignidad ha experimentado, por tanto, un cambio decisivo que, como escribe Habermas, radica en la moralización de la libertad individual, en la estela de Grocio y Puffendorf[32]. Según d'Ors, des-

23 *Génesis,* 1.27
24 Salmo 8, 6-8.
25 Soto Kloss *op. cit*., t. I, 57.
26 *Cfr. ibídem y Levítico,* 19.18.
27 Soto Kloss, *op. cit*. t. I, 60.
28 *Dialogo della Divina Provvidenza,* 4,13; hacia 1378 (según trad. del *Catecismo de la Iglesia Católica,* § 356).
29 Habermas *op. cit*., 27-28.
30 Se trataba de un discurso público en el que desafió a los doctores de las escuelas tradicionales y en el que, más que defender la dignidad en sentido nuestro, defendió la capacidad del intelecto humano y la dignidad de los filósofos (lo que le incluía a él) y afirmó sus tesis, típicas del sincretismo renacentista. No hizo de la dignidad humana como tal el objeto único ni principal de su exposición. Fundamentó la dignidad en los clásicos griegos y la corriente judeocristiana: el hombre, creado por Dios a imagen suya y poco inferior a los ángeles. Pico no se centró tanto en la dignidad humana como en la del oficio filosófico y en las posibilidades del conocimiento humano y de las artes liberales, lo que sugiere que la primera era menos polémica.
31 *Cfr.* Habermas, *op. cit*., 28.
32 D'Ors, A., "La llamada 'dignidad humana'", *La Ley*, XLV,

de Kant muchos filósofos encontraron en esta dignidad humana, dependiente de la absoluta autonomía del hombre, el fundamento de su ética[33]. Pero, ¿por qué la autonomía exige ese respeto absoluto? En realidad, la dignidad humana y la exigencia de respeto absoluto no puede ser justificadas sólo en las propiedades que puedan descubrirse en el ser humano: esas propiedades pueden ser indicios de la dignidad, pero no su causa ("nadie puede elevarse tirando de los cordones de sus propias botas", dicen los americanos). Entre otras cosas, lo que eso explicaría sería la igualdad entre los miembros de la especie humana y su superioridad respecto del resto de criaturas inferiores, pero no necesariamente la dignidad de cada ser humano[34], ni, menos aún, su carácter absoluto e inamisible.

El único sentido dable a la condición del hombre de fin en sí mismo, a que se refiere Kant, y que podría fundamentar la exigencia de respeto absoluto, es entenderlo como querido por sí mismo. El hombre sería la única criatura querida por sí misma, y en esto radicaría su dignidad. Según Serna, éste es el sustrato del pensamiento kantiano sobre la dignidad: el hombre es fin en sí mismo en el sentido de querido por sí mismo; sin embargo Kant no puede expresarlo así por los condicionamientos que le impone su filosofía general[35]. En principio, por tanto, no eran necesariamente contradictorios los conceptos kantiano y judeo-cristiano de dignidad, aunque hoy pueda serlo la comprensión desarrollada a partir del pensamiento kantiano, insistiendo en radicar la dignidad en la actualización de la autonomía.

Si nadie puede levantarse del suelo sólo a base de tirar de los cordones de sus propias botas, la última causa posible de la dignidad humana tendría que ser transcendente, conferida por algo o alguien no igual ni inferior a mí; la dignidad sería, entonces, recibida, como en el argumento de Pico della Mirandola[36]. Pero, ¿hemos dicho 'recibida' o 'conferida' desde algún tipo de instancia transcendente, se preguntará más de un europeo laicista? La respuesta tendrá que ser que sí. Con todo, según Habermas, los ciudadanos secularistas que ya hayan superado el acné juvenil de un laicismo descarrilado, no deben renunciar a ese concepto judeo-cristiano (ni a otros); más bien habrán de traducirlos a lenguaje secular[37] sin rechazar la comprensión religiosa, porque rechazándolos se perderían muchos aspectos de la realidad a los que no es fácil renunciar.

Por lo que se refiere a la vida cotidiana del Derecho, y mientras no se planteen casos particularmente difíciles, para que en la sociedad haya un razonable respeto a la dignidad de los demás, debería ser suficiente con que el hombre medio, así como los legisladores, jueces y policías, admitan los indicios de la dignidad humana, aunque no siempre se pueda explicar a fondo su causa última. La realidad de hoy, sin embargo, presenta unos desafíos específicos.

4. Desafíos

Hemos mencionado la noción de dignidad en relación con los orígenes del constitucionalismo, pero esos tiempos ya pasaron. El mencionado desencantamiento del mundo, la reciente consideración del hombre como un objeto más de la investigación científica, de la legislación e incluso de la administración pública cotidiana, los riesgos que advertía Scheler en 1928, la pérdida del acuerdo fundamental a partir de los años sesenta y otros diversos factores más, nos han llevado a una situación en la que la creencia en el hombre y en su dignidad no se puede dar por supuesta[38]. La idea

148 (31.07.1980), 1-4, 3. Esta fundamentación de la ética en la autonomía sé ve con claridad, por ejemplo, en el principialismo bioético norteamericano.

33 *Cfr.* Spaemann, *op. cit*. 91-92.

34 Serna, "El Derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", en Massini, *op. cit*., 23-79, 67-68.

35 Según Kirk, "Pico [...], sabía que ningún ser puede hacerse digno a sí mismo: la dignidad es una cualidad con la cual uno es *investido;* tiene que ser conferida. Para que exista dignidad humana tiene que haber un Señor *[Master]* que pueda levantar al Hombre sobre la creación animal. Si ese Señor es negado, la dignidad es inalcanzable para el hombre" (Kirk, R.,"Introducción" en Pico della Mirandola, G., *De Hominis Dignitate*, Henry Regnery, Chicago, 1956 cit., pp. xvii-xviii).

36 Según Habermas el estado liberal constitucional y laico no debería abandonar las bases éticas de la tradición judeo-cristiana (cfr. Habermas, J, *Dialéctica de la secularización: sobre la razón y la religión,* Encuentro, Madrid, 2006, 25-26, 27-29, 32 y 40).

37 Sobre el cambio en la posición del hombre respecto de la política, véase Negro, D., *El Mito del Hombre Nuevo, Encuentro, Madrid, 2009, passim.* Según Negro, la política cratológica ya no ansía colonizar territorios sino colonizar al hombre; las ideologías políticas han dejado paso a las "bioideologías", que más que tratar de formas de estado o libertad política tratan del hombre, la vida, el sexo.

38 Sobre el posthumanismo ver Ballesteros, J. "Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*", *Cua-*

postkantiana de la dignidad, moneda todavía corriente, podría verse obligada a ceder el sitio a otra visión cuando el giro filosófico a la postmodernidad —que ya se ha producido o se está produciendo—, produzca sus efectos en la opinión pública. No podemos ignorar que las nuevas tendencias filosóficas y antropológicas del posthumanismo[39], que niega la naturaleza humana fija e inmutable y la considera politizable y maleable, y el transhumanismo, que establecería fuertes desigualdades entre los hombres normales y los hombres "mejorados", plantean serios problemas a la dignidad. En otros casos se rechaza abiertamente el concepto de dignidad humana[40].

Hemos dicho también que en la vida cotidiana una persona con sentido común no debería necesitar un estudio profundo para respetar la dignidad mientras no se encuentre con grandes problemas, pero también esto ha cambiado, en primer lugar —al menos en España— por lo difícil que resulta encontrar sentido común vivo y operativo en la sociedad. El cientificismo, el legalismo, el desuso del razonamiento por analogía y su sustitución por el de evidencia, la pérdida del hábito de leer por uno mismo en la naturaleza y en los sucesos de la vida, así como la falta de confianza en nuestro propio juicio, socavan el sentido común, que parece haber cedido el lugar a los informes de los expertos, aunque demuestren tan poca fiabilidad y sentido común como vemos en la presente crisis económica. En segundo lugar, aquellos tremendos problemas que no eran los cotidianos, ya están ante nosotros hoy: el terrible terrorismo de nuestros días y la respuesta que se le ha dado, que justifica ignorar la dignidad; la posibilidad de patentar embriones y comerciar con ellos, la posibilidad de "mejorar" la especie humana, y así sucesivamente.

Habermas tiene razón cuando afirma la conveniencia de respetar las fuentes de origen religioso de la dignidad, y demuestra con ello su flexibilidad mental y honradez intelectual, pero, como dice el refrán inglés, *sooner said than done*. Si van adelante los proyectos laicistas que hoy no escasean en Europa, difícil será que la religiosidad siga aportando material para mantener las hogueras vivas, porque ese proyecto implica como primera premisa la restricción de la religiosidad a la esfera estrictamente privada, punto del que nuestros laicistas parecen hacer cuestión de honor. Si no puede tomar parte en la conversación pública, si se vuelve invisible en el foro y en el ágora donde crece el árbol de lo público, poca savia podrían aportarle. Taylor no está descaminado cuando sostiene que los fuertes *standards* de comportamiento moral piden fuentes nutricias proporcionadamente fuertes y sólidas, y que las más sólidas proceden del acervo judeo-cristiano[41].

5. Dignidad, acuerdo fundamental y acuerdo procedimental

Por ser la dignidad lo que es, no se percibirá ni respetará adecuadamente si no vive sobre la base de un acuerdo fundamental. Esto nos obliga a detenernos, siquiera brevemente, en el problema del acuerdo, fundamental y procedimental. En todo grupo humano que no

dernos de Bioética XXIII, 1 (2012), 15-23, *passim*, donde explica cómo la pretensión de eliminar toda deficiencia en el hombre conduce a la inhumanidad; y "Biotecnología, biopolítica y posthumanismo", en Ballesteros, J. y Fernández, E. (coords.), *Biotecnología y posthumanismo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, 21-46, *passim*.

39 Pinker, S., "The Stupidity of Dignity", *The New Republic*, 28. 05.2008. La considera un concepto religioso y conservador, barrera para el progreso y la libertad, contra el cual dispara una inmoderada artillería que no se detiene ni en argumentos *ad hominem. Propone sustituirla* por respeto hacia la persona, que reduce a tratar a cada uno como quiere ser tratado. A Macklin (Macklin, R., "Dignity is a Useless Concept", *British Medical Journal* 327 (2003), 1419-1421) los excesos y abusos retóricos de la dignidad le suministran munición para sus ataques. Dice que es un concepto inútil que puede ser eliminado sin pérdida alguna de contenido real (1419).

40 En nuestra opinión, la disminución del sentido común tendría consecuencias no menos graves que la difusión de la maldad moral o de comportamientos contrarios a la ética, mientras fuesen puntuales.

41 Taylor, C., *Sources of the Self, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989,* 516. No teniendo suficiente fuerza el humanismo naturalista heredero de la Ilustración, pone más esperanza en el teísmo judeo-cristiano (p. 521). Pienso que el humanismo naturalista es insuficiente en estos respectos –o, quizá mejor dicho, que por grande que sea el poder de las fuentes [morales] naturalistas, el potencial de una cierta perspectiva teísta es incomparablemente mayor–, como Dostoievsky mostró insuperablemente (p. 518).Un matiz acerca del gran escritor ruso: su defensa de la necesidad del teísmo convence, pero no defiende igual el valor de lo humano; como si entre el Derecho divino y la ley humana positiva hubiera un salto, por faltar un Derecho natural accesible a todos. Le falta visión positiva de la naturaleza y la razón humanas a pesar de que, habiendo sido creadas por Dios, como él recuerda sin cesar, no deberían de parecerle tan defectuosas. Para nosotros, aun valorando positivamente todo lo aportado por otras tradiciones, la suma de humanismo grecorromano más teísmo judeocristiano, bajo los cuales hemos vivido hasta ayer en Occidente, no nos parece fácil de superar.

sea una mera coincidencia de personas accidentalmente presentes en un lugar, necesariamente tendrá que haber algunos acuerdos, de los que unos serían más importantes que otros, y alguno especialmente importante, incluso fundamental[42].

El acuerdo fundamental es el acuerdo en las cuestiones que por tanto no se cuestionan, dedicándose las confrontaciones políticas a otras cosas discutibles y menores. Es una de las respuestas a la tensión entre orden y libertad, entre acuerdo y desacuerdo; una idea inglesa de los siglos XVII y XVIII que tuvo origen religioso[43]. En cambio, el acuerdo procedimental es acuerdo en el procedimiento. Es frecuente entender que en una democracia constitucional no debe haber acuerdo fundamental sino sólo procedimental, como si el primero implicase un planteamiento «perfeccionista» anticuado o autoritario[44]. El mero acuerdo procedimental supondría que, respetando los procedimientos —no interrumpir a los demás en el parlamento, por ejemplo—, se puede defender lo que se desee, aunque sea la disolución de la propia comunidad política, la sustitución de la democracia por una dictadura, o un trato a ciertos seres humanos que no respeta su dignidad. En principio, es mejor el acuerdo fundamental, pero ¿qué ocurre cuando el acuerdo fundamental es débil o no lo hay? ¿Se puede conseguir un acuerdo procedimental sin que haya antes un acuerdo sustancial? Por ejemplo: «como todo es discutible y no estamos de acuerdo en nada, tomemos las decisiones por el voto igual de todos». Aunque esa proposición parezca una defensa del relativismo y del acuerdo sólo procedimental, implica un pronunciamiento de acuerdo fundamental: una declaración de la igual naturaleza humana de todos. En realidad, a la larga, el acuerdo procedimental no puede funcionar sin un mínimo de acuerdo sustancial.

Hoy, en muchas comunidades políticas postmodernas el acuerdo fundamental es escaso, de manera que hay que vivir con acuerdos procedimentales, *velis nolis*. Si no hay otra cosa, *half a loaf is better than none*. Pero si un grupo político se toma en serio el acuerdo procedimental —ejemplo: respetar sinceramente al rival político—, acabará reinventando un mínimo acuerdo fundamental. Incluso el más *light* de los acuerdos procedimentales —igual participación de todos, deliberación por todos— ya es una protección frente al totalitarismo; ya garantiza una cierta defensa al débil. El fallo del acuerdo sólo procedimental es que si no hay un mínimo compromiso de fondo puede resultar poco operativo, pues, como dice el dicho, «hecha la ley, hecha la trampa».

Lo que nos sucede hoy, al menos en Europa, puede ser considerado como sigue. Empeñados en configurar la democracia como discrepancia, hemos ido deshaciéndonos de las sucesivas capas históricas de acuerdo fundamental acusándolas de postizas y cristianas; algo así como un restaurador que debe restaurar una pintura antigua y en su afán de borrar capas y adherencias posteriores termina por borrar el original. De tantas capas que hemos borrado, hemos retrocedido hasta más allá de la tríada básica grecorromana (orden del mundo, *pietas* y ley moral universal, a la que había que añadir la moderación personal). Tenemos menos acuerdo fundamental no sólo que la Europa medieval, no sólo que la decimonónica, sino menos que los griegos y romanos; tenemos menos terreno en común que el Cristianismo y los filósofos grecorromanos que discutieron con Pablo de Tarso en el Areópago. Todo eso no puede dejar de afectar a la dignidad en su vida real.

42 Uno de los mejores ejemplos de acuerdo fundamental es la Declaración de Independencia norteamericana de 1776: "Sostenemos que estas verdades son auto-evidentes: que todos los hombres son creados iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos son instituidos entre los hombres para asegurar esos derechos, y derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados […]". (Con todo, habría que preguntar cuán auto-evidentes parecían a los negros, los indios, las mujeres y los colonos leales a la Corona que tuvieron que emigrar al vecino Dominio del Canadá; pero ésa es otra historia que no destruye el elevado grado de acuerdo entonces existente entre los colonos independentistas norteamericanos). El nivel más profundo del acuerdo es a menudo, más que de carácter moral, epistemológico —¿es «una rosa una rosa» o es una sensación, un nombre, una convención, una ilusión óptica?—; un pronunciamiento, a menudo implícito, sobre si existe o no un mundo objetivo, si podemos conocerlo y, como consecuencia, preferir lo correcto y rechazar lo incorrecto.

43 Ahora en Inglaterra, como en otras democracias tradicionales, ese acuerdo se está perdiendo. El mencionado artículo 10.1 de la Constitución española vale como una declaración sobre el orden básico y el acuerdo fundamental.

44 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn,* asunto C-36/02, sentencia de 18 de octubre de 2004. Se trataba de una sala de juegos de Bonn en la que se instaló una máquina cuyo juego implicaba homicidios simulados.

6. Dignidad y eficacia jurídica

La cantidad de instrumentos jurídicos es hoy tan grande que no podríamos entrar en muchos detalles ni aunque dispusiéramos del doble de espacio; pero además no todos esos instrumentos y jurisprudencias justifican su estudio, pues abundan las proclamaciones retóricas y repetitivas y son pocas las sentencias que entran en el fondo del problema de la dignidad y todavía menos las que la usan como *ratio decidendi*. Poca diferencia hay entre que la dignidad esté presente o ausente de las constituciones, ni siquiera en asuntos sensibles como el aborto, si los tribunales constitucionales terminan por dejarlos en manos del legislador, casi *etsi dignitas non daretur*. Esto parecería dar la razón a Macklin, pero por un motivo contrario al suyo: lo inútil no sería la dignidad —demasiado importante para poder ser capturada por una norma jurídica, ni siquiera constitucional—, sino el creer que sólo con ponerla en una norma jurídica, con alegarla retóricamente a hora y a deshora, va a producir efectos reales.

Con todas esas precauciones comentaremos muy brevemente cinco sentencias significativas, aunque no son las únicas relevantes ni recogen todas las posturas acerca de la cuestión.

A) La famosa sentencia del TJUE *Omega*[45], originada en Alemania, podía llegar a la misma conclusión sin acudir a la dignidad. En este caso chocaba la libertad de circulación de bienes con la protección de la dignidad, tan importante para la Constitución alemana, y lo que hizo el Tribunal de Luxemburgo, más que proteger él la dignidad, fue respaldar la protección alemana. Brilló con luz propia la argumentación de la abogada general, Christine Stix-Hackl, que lo planteó como un choque entre esa libertad y el derecho fundamental de la dignidad, a resolver ponderando intereses, pero sin incurrir en excesiva restricción de los derechos fundamentales implicados. Consideró que la dignidad humana "forma parte de los intereses fundamentales de cualquier sociedad comprometida con la protección y el respeto de los derechos fundamentales"[46]. Stix-Hackl defendió un margen de discrecionalidad para respetar la comprensión de la dignidad humana según las respectivas "identidades constitucionales" y nacionales, pues no es entendida exactamente igual en todos los estados miembros (en Alemania, por razones históricas, adquiere un énfasis especial).

B) Igualmente originada en Alemania (lo que se entiende por ese peso específico de la dignidad en su Ley Fundamental, su "identidad constitucional" y su cultura política) es la reciente sentencia europea sobre la patentabilidad y uso comercial de los embriones congelados[47]. Es un ejemplo de cómo los nuevos desafíos, en este caso la ingeniería genética, terminan por traer la dignidad a primer plano. En ella el Tribunal de Luxemburgo esgrime abiertamente la dignidad, que puede considerarse *ratio decidiendi* del caso. Es una sentencia breve en la que el Tribunal afirma que la patentabilidad de los embriones humanos —o de productos cuya elaboración exija la previa destrucción de embriones humanos o los utilice como materia prima— es contraria a las exigencias de la dignidad humana; para lo cual tiene que pronunciarse sobre el embrión humano. Se puede entender que si la dignidad humana excluye la patentabilidad de embriones humanos o de productos que los utilicen, es porque el embrión es titular de tal dignidad, y que, por otro lado, la patentabilidad respecto del ser humano es contraria a la dignidad porque implica un tratamiento cosificador. Pues bien, podemos preguntarnos: en caso de faltar esta referencia a la dignidad ¿podrían los jueces llegar al mismo resultado? Probablemente no, o no con idéntica facilidad, de lo que se puede deducir que en este litigio la dignidad ha probado una cierta eficacia. Por cierto que la eficacia que aquí muestra es negativa —impedir el trato de los embriones humanos como material patentable y comercializable—, lo que es enteramente correcto, según nuestro punto de vista, pues la dignidad no debe ser promovida, sino respetada y defendida.

45 Conclusiones de la Abogada General de 18 de marzo de 2004, apartados 104 y 105.

46 *Brüstle contra Greenpeace, asunto C- 34/10, de 18 de octubre de* 2011.

47 Sentencia de la *Luftsicherheitsgesetz,* (abreviadamente, *LuftSiG,* Ley de Seguridad Aérea) del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006.

C) La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea[48] usa la dignidad, y lo hace correctamente, y en *passant* los jueces dan una lección, aunque breve, de filosofía de la dignidad *more kantiano*. De nuevo, la dignidad es traída a escena como efecto de los brutales desafíos actuales, en este caso, la respuesta al terrorismo como el del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York en 2001. El Tribunal consideró incompatible con la Constitución alemana el artículo 14.3 de esa ley, que autorizaba al ejército federal a derribar aviones comerciales ocupados por pasajeros civiles cuando fueran secuestrados para ser usados como proyectiles, como había ocurrido en Nueva York. Según los jueces, eso sería contrario al derecho a la vida (art. 2.2 de la Constitución alemana) y a la garantía de la dignidad humana (art. 1.1) porque el uso por el Estado de su muerte como medio para salvar a otras personas los convertiría en objetos, negándole el valor debido a todo ser humano, inconmensurable, que no admite, por tanto, cálculos cuantitativos ni el sacrificio de unos pocos en beneficio de la mayoría. Bajo la dignidad del artículo 1.1 de la Ley Fundamental, es completamente inadmisible matar intencionadamente a personas inocentes alegando la obligación de la proteger la vida de las posibles víctimas del avión-proyectil.

La opinión de algunos —que en un hipotético caso similar al del 11 de Septiembre de 2001 los pasajeros del avión secuestrado están en todo caso destinados a morir— es rechazada por el Tribunal de Karlsruhe, que dice que la vida y la dignidad humana disfrutan de la misma protección constitucional con independencia de la duración de la existencia física del individuo afectado.

Estamos ante otro buen producto de la factoría judicial germana. La dignidad, aquí, no es un *flatus vocis*. Es posible que, de no existir la dignidad en la Ley Fundamental germana los jueces llegasen a la misma conclusión basándose en otros argumentos como el derecho a la vida y el criterio de que un fin lícito no justifica medios ilícitos; pero no se puede negar que la dignidad ha facilitado las cosas. Los jueces constitucionales hacen dos concreciones, parciales pero plausibles, del contenido de la dignidad: la prohibición de tratar a otro ser humano como un objeto y la condición ser uno querido por sí mismo. Con una mente más específicamente kantiana, el Tribunal, para formar su juicio, no se olvida de la autonomía de las personas que van en el avión. Por último, otro aspecto correcto es la eficacia negativa que atribuida a la dignidad: en este caso, y en relación con el derecho la vida la exigencia de respeto derivada de la dignidad exige en primer lugar no matar, antes de hacer lo necesario para proteger la vida[49]. Sumándolo todo, estamos ante otra sentencia que desautoriza las acusaciones de que la dignidad es inútil o estúpida.

D) En la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre asistencia social y mínimo vital[50], la dignidad no sería imprescindible, pues para llegar a la misma decisión bastaría con el principio de Estado Social (art. 20.1 de la Ley Fundamental). Los jueces hablan muchas veces del mínimo de subsistencia acorde con la dignidad humana, aunque prudentemente rehúsan concretar cantidades. El derecho fundamental a la garantía de un mínimo de subsistencia procede de conectar la dignidad con el principio de Estado Social, y asegura a toda persona necesitada las condiciones materiales indispensables para la supervivencia física y un mínimo de participación en la vida política, social y cultural, todo lo cual deja de estar a disposición del legislador, aunque las cantidades y detalles concretos habrán de ser actualizados por él.

No es la primera vez que el problema de la asistencia social y el mínimo de subsistencia saltan a la jurisprudencia, pero aunque la dignidad no estuviese formalmente proclamada en la Constitución podría llegarse a la misma conclusión. Si, en cambio, la Constitución alemana careciera del principio del Estado Social, seguramente este litigio no habría llegado a plantearse ante el Tribunal Constitucional Federal.

48 Sobre el carácter negativo del respeto ver Stith, R., "La prioridad del respeto", *Persona y Derecho* 62 (2010), 181-210.

49 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 de febrero de 2010.

50 Sentencia dfa-0004-000574/2013 de 28 de agosto de 2013, del Tribunal de Apelaciones Civil de Uruguay.

E) Es también interesante una sentencia reciente del Tribunal de Apelaciones civil de Uruguay[51]. Se trata de un proceso civil en el que se pide indemnización por daños y perjuicios por destrucción de embriones crioconservados. El Tribunal, sin apelar directamente a la dignidad, utiliza sus exigencias como criterio básico, prácticamente único, de decisión. Al no reconocerse en Uruguay —como en muchos otros países— al embrión humano jurídicamente la condición de persona, no lo considera titular de derechos. Sin embargo, "tiene un status propio, no idéntico al de las cosas o bienes, y como tal merece respeto. Ello implica que no puede ser voluntariamente destruido, desechado, utilizado para otros fines que no sean el de su propia culminación como ser humano y menos aún manipulación, ni utilización para fines de investigación o experimentación". Es decir, estamos ante la exigencia de respeto, prohibición de tratamiento cosificador y condición de fin querido por sí mismo que implica la dignidad del ser humano. ¿Es la dignidad *ratio decidendi* de este fallo? Hay que responder que sí, con el añadido de que no es así porque los jueces se apoyen en un precepto legal que la consagre, lo que abonaría la idea de que su inclusión formal en un texto legal no es definitiva.

7. Conclusión

La dignidad implica una obligación de respeto que excluye particularmente tratar a los demás como objetos y, en general las relaciones de dominación muy desproporcionada, porque en ellas no se cumple la mencionada paridad ontológica (en la historia ha habido millones de esclavos que no fueron tratados como cosas, pero aun así la esclavitud es radicalmente incompatible con la dignidad).

Consideramos que la dignidad, como otros grandes conceptos —vida, amor, belleza, bien, conciencia, solidaridad y un moderadamente largo etcétera— desborda al Derecho, que no puede captarlos adecuadamente. Como dijimos, nada malo: poco sería mi dignidad si dependiera sólo del Derecho. Ahora bien: aunque el Derecho no pueda producirla ni promocionarla, quizá pueda protegerla o reprimir a los que atentan contra ella. En la experiencia histórica, siempre que ha habido derechos serios, más fuertes que la ley, la dignidad humana estaba detrás, como un trasfondo o unos cimientos, con o sin reconocimiento en los textos legales.

Como otros grandes conceptos que funcionan bien cuando se dan por supuestos, la dignidad está cómoda cuando está respaldada por unas fuentes generadoras de sentido sólidas y vivas. En Trafalgar, Nelson sólo dijo a sus hombres: "Inglaterra espera que cada uno cumpla con su deber" ("*England expects that every man will do his duty*"). Si los marineros hubieran celebrado asambleas para discutir los conceptos de "Inglaterra", "hombre" y "deber", la batalla la hubiera ganado la escuadra hispanofrancesa, que era superior en número. La dignidad está más cómoda en el terreno de las *trained emotions*, las "emociones subyacentes", las disposiciones mentales y de ánimo, que Platón colocaba en el pecho de los hombres. De ahí la importancia del sentido común.

Las constituciones no pueden hacer milagros, pero la suma de constitución, cultura política e "identidad constitucional" puede hacer algo; al menos, lo que esté en su mano. Esto explica que en algunos países la dignidad sea sólo *flatus vocis* mientras que en otros se tome más en serio. Es igualmente importante la actitud de cada tribunal constitucional: si está demasiado politizado y tiene el hábito de no desafiar al legislador y al gobierno, fácil es suponer que la virtualidad de la dignidad no será mucha. De entre las distintas constituciones y tribunales constitucionales descuella en este apartado Alemania. Aquí hemos mencionado dos sentencias europeas (pero originadas en Alemania) y dos alemanas, pero no son propaganda germanófila en versión académica: si no fuera por la limitación de espacio propia de un trabajo como el presente, sin dificultad podríamos señalar otras en que la jurisprudencia alemana no hizo el uso de la dignidad que debiera, o la usó como argumentación añadida cuando la verdadera *ratio decidendi* era otra, pero ello no obsta para reconocer la diferencia en este punto entre el Tribunal Constitucional Federal y otras jurisdicciones

51 Las "emociones subyacentes" son la música de fondo; las ideas políticas, el libreto (Sir Lewis Namier, cit. en *The Economist*, 24 Junio 2006, 11).

constitucionales europeas. Los jueces alemanes —deliberadamente o no; no podemos saberlo— en general parecen prontos a proteger la dignidad sobre todo en cuestiones económicas, sociales o de seguridad pública (el grosero enriquecimiento de la empresa de juegos en *Omega*, las prestaciones sociales en *Stauder* y otros, el abuso de la fuerza militar en la Ley de Seguridad Aérea), en las que un público europeo secularizado la aceptará más fácilmente. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional Federal alemán se toma su Constitución —en general, no sólo en relación con la dignidad— más en serio que otros.

Uno se pregunta cómo con esta clase de razonamientos no desembocan esos jueces en la inadmisión del aborto, pero esa es otra cuestión que desborda estos límites. Sin duda, la Constitución alemana no se redactó con mentalidad abortista ni ofrece asideros claros para admitir el aborto. ¿Incoherencia? Muchos ordenamientos jurídicos contienen incoherencias: en España, *concepturus iam pro nato habetur* en todo lo que le favorece, así que, por ejemplo, puede heredar, pero no se le puede garantizar que llegue a nacer.

Referencias

Ballesteros, J. *Sobre el sentido del Derecho* (2ª ed.), Civitas, Madrid, 1992.

—"Biotecnología, biopolítica y posthumanismo" en Ballesteros, J. y Fernández, E. (coords.), *Biotecnología y posthumanismo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, 21-46

—"Más allá de la eugenesia: el posthumanismo como negación del *homo patiens*", *Cuadernos de Bioética* XXIII, 1 (2012), 15-23

Calo, Z., "Human Dignity and Health Law: Personhood in Recent Bioethical Debates" *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 26, 2 (2012), 473-499.

García Cuadrado, A., "Problemas constitucionales de la dignidad humana", *Persona y Derecho* 67 (2012), 449-551.

Gregory, B., *The Unintended Reformation*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.), 2012.

Habermas, J., *La Constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012.

Habermas, J. y Ratzinger, J., *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión,* Encuentro, Madrid, 2006.

Kirk, R.,"Introducción", Pico della Mirandola, G., *De Hominis Dignitate*, Henry Regnery, Chicago, 1956, pp. xvii-xviii.

Macklin, R., "Dignity is a Useless Concept", *British Medical Journal* 327 (2003), 1419-1421.

Matláry, J., *When Might becomes Human Right,* Gracewing, Leominster, 2007.

Negro, D., *El Mito del Hombre Nuevo*, Encuentro, Madrid, 2009.

Ors, A. d', "La llamada 'dignidad humana'", *La Ley*, XLV, 148 (31.07.1980), 1-4.

Pereira Menaut, A.C., *Lecciones de Teoria Constitucional* (3ª ed.), Colex, Madrid, 2010.

Pinker, S., "The Stupidity of Dignity", *The New Republic*, 28. 05.2008.

Scheler, M., *El puesto del Hombre en el Cosmos. La idea de la paz perpetua*, Alba, Barcelona, 2000.

Spaemann, R.,"Sobre el concepto de dignidad humana" en Massini, C. I. y Serna, P. (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, 81-110.Serna, P., "La Dignidad de la Persona como principio del Derecho público" *Derechos y Libertades* 4 (1995), 287-306

—"La Dignidad Humana en la Constitución Europea", *Persona y Derecho* 52 (2005), 13-77.

Soto Kloss, E., *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Jurídica, Santiago de Chile, 1996.

Stith, R., "La prioridad del respeto", *Persona y Derecho* 62 (2010), 181-210.

Taylor, C., *Sources of the Self*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989.

—*A Secular Age*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2007.