

# LA DIGNIDAD QUEBRADA<sup>1</sup>

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

I. La Unión Europea pretende identificar en la Carta de derechos fundamentales principios constitucionales peculiares. Se destacó inicialmente, por ejemplo, la abolición de la pena de muerte<sup>2</sup>. Hoy cobra transcendencia excepcional, no sólo simbólica, la radical intolerancia frente a la tortura. ¿Se trata de un valor verdaderamente absoluto, como ha defendido recientemente Dieter Grimm<sup>3</sup>? ¿Qué posición le corresponde en la teoría constitucional? ¿Cómo procesarlo conforme a la dogmática jurídica?

Podríamos confiar en que la doctrina alemana, tras asumir la propia historia, habría hallado una respuesta inequívoca para tales preguntas; respuesta de la que nosotros quizá pudiéramos beneficiarnos. Mas no es así.

Ciertamente, la tortura constituye una agresión a la dignidad humana, que la Ley Fundamental proclama en su artículo 1.1 como intangible, y que la doctrina tradicional concibe como un derecho fundamental que no admite limitaciones. No cabe extrañarse de que se insista en que sólo cabe mantener la intangibilidad de la dignidad mediante una delimitación restrictiva de su

1. El presente estudio constituye una versión muy resumida, destinada a la exposición oral, de un texto con el mismo título pendiente de publicación, elaborado en la Universidad Humboldt de Berlín gracias a la beca concedida por la Alexander von Humboldt-Stiftung con el aval del prof. Dieter Grimm. Múltiples desarrollos han sido, por tanto, simplemente omitidos, tales como el debate alemán acerca del sentido que debe atribuirse a la garantía constitucional de la dignidad humana, el análisis de la abundante jurisprudencia constitucional española que se remite a la dignidad de la persona, o el acercamiento a ciertos problemas específicos planteados en materia de titularidad de los derechos fundamentales. La estructura del texto ha debido modificarse por completo, las notas a pie de página han sido igualmente reducidas a lo esencial.

2. Cfr. V. CONSTANTINESCO, «La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia», Anuario de Derechos Humanos, Nueva época, Vol. 2, 2001, pág. 188.

3. D. GRIMM, «Es geht ums Prinzip. Lässt sich die Folter rechtfertigen?», *Süddeutsche Zeitung*, 26 de mayo de 2004.

alcance<sup>4</sup>: serviría exclusivamente como protección frente a la transgresión del *tabú*, frente a la plena degradación del hombre<sup>5</sup>. La tortura constituiría, en tal sentido, la *situación-límite* paradigmática, que permite aprehender el sentido profundo de la dignidad humana y de su intangibilidad<sup>6</sup>.

Sin embargo, operando con los criterios dogmáticos tradicionales, ni siquiera una concepción estricta, restrictiva incluso, de la dignidad humana permite salvar incondicionalmente su intangibilidad. Para Hofmann, la dignidad «no puede ser, a la vez, relevante en la práctica e ilimitable»<sup>7</sup>. También Kloepfer entiende que la dignidad está sujeta, como los demás derechos fundamentales, a límites inmanentes y a ponderaciones, precisamente como condición para su efectiva operatividad jurídica<sup>8</sup>.

Esta concepción dogmática ha llevado a Brugger no ya a relativizar la prohibición de la tortura; sino incluso a defender, bajo ciertas condiciones, la existencia de un derecho subjetivo a exigir del Estado que proceda a torturar<sup>9</sup>. Tal posición, por sorprendente que pueda parecer, en absoluto ha quedado aislada. Isensee, por ejemplo, considera «objeto de discusión el trazado exacto de la frontera de las zonas de tabú»; a su juicio, «la cuestión sólo puede ser considerada jurídicamente si previamente se ha procurado objetividad semántica: no se habla de torturas, sino de coacción administrativa»<sup>10</sup>. Las consecuencias de tal argumentación son previsibles. En sentido similar se orienta el nuevo comentario de Herdegen al art. 1.1 de la Ley Fundamental, que

4. Desde G. Dürig, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», *Archiv des öffentlichen Rechts* 1956, págs. 124 s., y por todos, R. ZIPPELIUS, «Art. 1 Abs. 1 u. 2», en R. Dolzer u.a. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: Müller (57. Lfg., Dez. 1989), págs. 13 ss.

5. B. PIEROTH, B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 19. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pág. 82, se refieren en tal sentido a la función sociológica de tal garantía constitucional: «Nuestra sociedad está de acuerdo, sin querer plantearse en cada caso y sin poder fundamentarlo de manera general, en que resultan sencillamente insoportables ciertos modos de actuación del poder público frente al hombre».

6. Cfr. extensamente W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 1968, págs. 11 ss., invocando el testimonio de Jean Améry.

7. H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, Berlin: Humboldt-Universität, 1993, págs. 19 ss. en relación con 12 s.

8. M. KLOEPFER, «Humagentechik als Verfassungsfrage», *Juristen Zeitung* 2002, págs. 422 s.; «Leben und Würde des Menschen», en P. BADURA, H. DREIER, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, págs. 97 s., 101 ss., 77 («la dignidad humana no puede ser menos susceptible de limitación que la vida»).

9. W. BRUGGER, «Darf der Staat ausnahmsweise foltern?», *Der Staat* 1996, págs. 67 ss., esp. 79 ss.; «Darf der Staat foltern? - Eine Podiumsdiskussion», *Humboldt Forum Recht* 2002, Beitrag 4, págs. 2 ss. En *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte* Baden-Baden: Nomos, 1997, enmarca sus tesis en una interpretación alternativa del art. 1 de la Ley Fundamental que niega el carácter absoluto de la garantía de la dignidad humana (págs. 22 ss.), pues su propio desenvolvimiento la remite a una libertad personal jurídicamente limitada (págs. 24 ss., 31 ss., 36 ss.). Cfr. la respuesta de B. Schlink en «Darf der Staat foltern? - Eine Podiumsdiskussion», cit., pág. 6, y en el debate subsiguiente.

10. J. ISENSEE, «Der Verfassungsstaat als Friedensgarant», en R. Mellinghoff, G. Morgenthaler, Th. Puhl, *Die Erneuerung des Verfassungsstaates. Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Professor Dr. Paul Kirchhof*, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, págs. 31 ss.

sustituye al originario de Dürig en los celeberrimos editados por Maunz-Dürig-Herzog<sup>11</sup>.

La realidad, lamentablemente, tampoco ha permanecido ajena a tales planteamientos. La fiscalía de Frankfurt del Meno ha presentado hace un par de meses una denuncia por torturas contra el vicepresidente de la policía Daschner en un caso de secuestro y extorsión: aprehendido el secuestrador, se negaba a revelar el paradero de la víctima: un menor que, en realidad, había sido asesinado el mismo día de su secuestro. El dramatismo del caso ha permitido que se considerara quebrado el tabú y abierta la discusión en el ámbito académico<sup>12</sup>. ¿Es posible someter la prohibición de la tortura a «ponderación»? ¿Qué queda entonces del carácter intangible de la dignidad humana?

Nuestro Tribunal Constitucional, enfrentado a recursos de amparo en los que se denunciaban torturas, ha elaborado una doctrina que tampoco excluye la ponderación. Ciertamente ha proclamado como absolutos los derechos a la vida y a no sufrir tortura. Son excepciones a su doctrina general, de acuerdo con la cual todos los derechos son susceptibles de limitación. El hecho de que no haya entendido necesario justificar tales excepciones genera incertidumbre: su autoridad le permite proclamar el tabú, la ausencia de fundamentación impide una elaboración dogmática que proporcione seguridad jurídica. Y, así, el propio Tribunal introduce en su argumentación ulteriores matices que reducen la proclamación formal a retórica.

Pierde la dignidad su carácter absoluto cuando el Tribunal Constitucional considera inherente a la noción de tortura el hecho de que el trato tenga la «intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (STC 120/1990). Todas las resoluciones que siguen este camino conceden relevancia argumental a la intención del supuesto ofensor a la hora de cualificar una conducta como lesiva de la dignidad. En Alemania se ha observado que precisamente la buena intención puede resultar peligrosa<sup>13</sup>. Y, en cualquier caso, al tomar en consideración el fin de la injerencia en el derecho fundamental, se abre el proceso argumental a los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad entre el trato infligido y la finalidad (eventualmente legítima) perseguida por el agresor.

El contenido esencial de la garantía de la dignidad queda reducido en esta jurisprudencia a la preservación del pudor, que no procedería por ejemplo ante una intervención médica. El tribunal (SSTC 37/1989, 7/1994) parece no plantearse que el mero hecho de ser sometido a ciertos procedimientos

11. M. HERDEGEN, «Art. 1 Abs. I», en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München: C.H. Beck (Lfg 42, Februar 2003), págs. 24 ss. Cfr. la réplica de E.-W. Böckenförde, «Die Würde des Menschen war unantastbar», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de Septiembre de 2003.

12. Cfr. E. Hilgendorf, «Folter im Rechtsstaat?», *Juristen Zeitung* 2004, págs. 331 ss.

13. Frente a una tentativa jurisprudencial (BVerfGE 30, 1) de atribuir relevancia a la intención del agresor o al sentido subjetivo de su acción, en la que el Tribunal no habría vuelto a insistir, la crítica doctrinal resulta unánime —por todos, W. HÖFLING, «Die Unantastbarkeit der Menschenwürde», *Juristische Schulung* 1995, págs. 858 ss., y «Art. 1», en M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl., München: C.H. Beck, 2003, págs. 83 ss.

médicos pueda ser contrario a la dignidad de la persona; las traumáticas experiencias que han ido acuñando el postulado de la dignidad humana demuestran que ello constituye un error de principio. Pero tampoco entiende el Tribunal Constitucional que se pueda haber violado ese pudor en la STC 57/1994, de cuyos fundamentos jurídicos voy a reproducir un extracto:

«El contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica. En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el art. 15 C.E.».

¿Resulta satisfactoria esta jurisprudencia, al menos a la vista de la experiencia acumulada en los últimos meses? ¿Se corresponde con los, supuestamente ejemplares, valores europeos? ¿Es absoluta, en fin, la garantía de la dignidad que consagra el artículo primero de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Que afirma, lo recuerdo, «la dignidad humana es inviolable»; y, en las explicaciones a la Carta proporcionadas por el *Presidium* de la Convención que la redactó, se puede leer: «La dignidad humana no sólo es en sí un derecho fundamental sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales (...) forma parte de la esencia de los derechos consignados en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho».

II. a) El reto parece consistir, pues, en idear una construcción dogmática que permita mantener la dignidad inmune frente a toda ponderación, sin que ello comporte reducir su alcance en términos tales que prive a tal intangibilidad de toda consecuencia práctica. Pero también debe evitarse el bloqueo de los debates públicos mediante el recurso a una concepción de la dignidad que pretenda proteger al hombre de toda incertidumbre frente a los desarrollos científicos y culturales<sup>14</sup>. No debe olvidarse que, en Alemania, la dignidad del hombre también se proyecta como derecho fundamental frente a la destruc-

14. Por todos H. DREIER, «Artikel 1 I», en H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, págs. 164 ss.

ción de embriones conservados *in vitro* para obtener las denominadas *células-madre* destinadas a la investigación científica<sup>15</sup>.

Todo ello impone una concepción *positiva y dinámica* de la dignidad humana. La usual concepción *negativa* se limita a constatar supuestos extremos en los que tal dignidad es violada<sup>16</sup>, y descansa sobre ciertos consensos morales que siempre tropezarán con mentalidades iconoclastas que los pongan en tela de juicio. La concepción estática toma en consideración construcciones religiosas o filosóficas intemporales<sup>17</sup>, cuya aplicación a los nuevos problemas no puede realizarse al margen de los procesos históricos de conformación colectiva de la conciencia moral. La concepción positiva y dinámica de la dignidad humana se ha concretado proyectando la kantiana interdicción de instrumentalizar al hombre<sup>18</sup> en diversos ámbitos, por ejemplo orientándola hacia los demás derechos fundamentales, en los que sistemáticamente se busca un *contenido de dignidad*<sup>19</sup>. Ésta queda así inmersa en los procesos históricos de concreción y desarrollo de los propios derechos fundamentales, al mismo tiempo que permite reducirlos a orden. Orden, o sistema, entiéndase bien, que ya no es aquél *orden objetivo de*

15. Más detalles en I. Gutiérrez Gutiérrez, «El debate alemán sobre la investigación con células-madre de origen embrionario», *Teoría y Realidad Constitucional* nº 10-11, págs. 533 ss. Más recientes E. Denninger, «Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2003, págs. 191 ss.; H. Schulze-Fielitz, «Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße? - Zum Beispiel der Menschenwürde in der biomedizinischen Forschung», en A. Blankennagel, I. Pernice, H. Schulze-Fielitz in Verbindung mit M. Kotzur, L. Michael, M. Morlok und R. STETTNER, *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, págs. 355 ss.; y, finalmente, el comentario de Dreier citado en la nota anterior.

16. Ya lo subraya G. DÜRIG, «Artikel 1», en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München: C.H. Beck, 1958, págs. 14 s.

17. Véase tal tendencia en Ch. STARCK, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat», *Juristen Zeitung* 1981, pág. 457.

18. Huelga citar una vez más por extenso los célebres pasajes de la *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Stuttgart: Reclam, 1984, págs. 78 ss., 85 ss. —donde se opone a la dignidad el valor relativo, el precio); las ideas son condensadas en la *Kritik der praktischen Vernunft*, Stuttgart: Reclam, 2002, pág. 209, y en *Die Metaphysik der Sitten*, Stuttgart: Reclam, 1990, pág. 272. Tal concepción resulta central en la interpretación del postulado constitucional de la dignidad humana al menos desde las contribuciones de Dürig ya citadas, tempranamente consagradas por la jurisprudencia constitucional (BVerfGE 9, 89 [95]; E 27, 1 [6]: «Convertir en el Estado al hombre en simple objeto contradice la dignidad humana»). Cfr. ampliamente sobre tal fórmula T. Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990, págs. 31 ss.; G. Luf, «Menschenwürde als Rechtsbegriff. Überlegungen zum Kant-Verständnis in der neueren deutschen Grundrechtstheorie», en R. Zaczyk, M. Köhler, M. Kahlo (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin u.a.: Springer, 1998, págs. 308 ss.

19. Por todos, A. Podlech, «Art. 1 Abs. 1», en E. Denninger u.a. [Hrsg.], *Alternativkommentar-GG*, Neuwied u.a.: Luchterhand, 2001. Los presupuestos metodológicos deben situarse en la obra de P. Häberle; cfr. sólo "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987.

valores que defendía Dürig<sup>20</sup>, y que ya ha sido abandonado por la jurisprudencia alemana<sup>21</sup>.

b) La eficacia de tal expediente depende, en cualquier caso, de que la propia dignidad humana sea reconocida material y procesalmente como derecho fundamental<sup>22</sup>. Por ello no parece posible importar, aquí en España, tal solución. La dignidad de la persona, al margen de la garantía reconocida por el art. 53.1 de la Constitución, excluida del ámbito del recurso de amparo y ajena incluso a la protección reforzada que brinda el art. 168, no opera en nuestro ordenamiento como derecho fundamental. El consenso doctrinal al respecto es absoluto, y los pronunciamientos de la jurisprudencia inequívocos.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha argumentado en un par de ocasiones con la *fórmula de no-instrumentalización*. Así, la STC 91/2000 se refiere a «la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos». Y de ello extrae una consecuencia precisa, en un aspecto por demás relevante, «si se atiende a la esencia comunicativa que, como sujeto de derecho, corresponde a la persona: ese núcleo de imputación jurídica y, por tanto, de acción y expresión en que la personalidad consiste, quedaría radicalmente negado si se condenase en ausencia cerrando toda posibilidad de oír directamente en justicia al acusado de un delito muy grave». En este supuesto, pues, la interdicción de instrumentalizar al hombre es utilizada para determinar el alcance del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

La más reciente STC 192/2003 contiene un razonamiento más detallado: «La concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso (...) equivale a desconocer *la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno (...)* La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supo-

20. G. Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", cit., págs. 117 ss. También H. C. Nipperdey, "Die Würde des Menschen", en F. Z. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Zweiter Band, Berlin: Duncker & Humblot, 1954, págs. 9 s., se refiere a la dignidad humana como punto central del sistema de valores, como valor superior, equivalente a la libertad del individuo. Cfr., en cualquier caso, F. Domke, Grundrechtliches System und systematisiertes Grundrecht: ein Beitrag zur grundrechtlichen Systemdiskussion, Frankfurt a.M. u.a.: Peter Lang, 1998.

21. K. Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1. Allgemeine Lehren der Grundrechte, München: C.H. Beck, 1988, págs. 64 s.

22. En la propia Alemania ha sido impugnada esta concepción; cfr. T. Gedert-Steinacher, cit., págs. 167 ss., esp. 171 s.; con mayores ambiciones, siguiendo a Dürig, Ch. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, págs. 92 ss., 377 ss.

ne *reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción* y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y *la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo*, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad).

Mas precisamente estas sentencias, quizá las únicas en las que la argumentación del Tribunal Constitucional se basa de forma decisiva sobre la dignidad de la persona, son *cuerpos extraños* en nuestro sistema de derechos fundamentales. La primera, por razones que constan en los votos particulares, y que aquí no es preciso repetir. En la segunda, la prohibición de instrumentalizar al hombre cobra plena autonomía, imponiéndose al juez como criterio que debe tomar en consideración al dictar sentencia; pero la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, apreciada por el Tribunal Constitucional, sólo tiene sentido en este caso en la medida en que el juez no haya tenido en cuenta el contenido objetivo de una norma de derecho fundamental, que se hace derivar del art. 10.1 CE sin fundamento suficiente.

c) La dignidad de la persona, en definitiva, no desempeña un papel relevante a la hora de conformar en España un sistema de derechos fundamentales. El que la doctrina halla es, en rigor, sólo un *sistema de garantías*; o, todo lo más, un *sistema dogmático* que permite el procesamiento jurídico de las normas constitucionales con criterios formales relativamente homogéneos. Pero el peculiar reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona no permite articular en torno a ella un cierto *sistema material de derechos fundamentales*; tal que permita concebir éstos como verdaderamente fundamentales, esto es, como base de un ordenamiento constitucional construido al servicio del hombre<sup>23</sup>. En su defecto, la Constitución resulta identificada exclusivamente por ciertas cualidades formales, los derechos fundamentales quedan reducidos a simples disposiciones constitucionales, y el *sujeto*, el gran logro filosófico de la modernidad, es concebido como mero centro de imputación jurídica de tales normas.

Como prueba de que tal proceso se ha culminado en España podría servir el hecho de que la dignidad de la persona no haya dado lugar a argumentaciones consistentes en materia de titularidad de los derechos fundamentales. En efecto, la *imagen del hombre*, que parece imprescindible para comprender rectamente el orden constitucional<sup>24</sup>, habrá de inferirse preferentemente de análisis precisos sobre su condición de titular de los derechos fundamentales.

23. H. Hofmann, *Die Entdeckung der Menschenrechte*, Berlin/New York: de Gruyter, 1999, págs. 7 s.; B. Clavero, *Los derechos y los jueces*, Madrid: Civitas, 1988.

24. R. SMEND, "Ciudadano y burgués en el Derecho político alemán", en R. Smend, *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid: CEC, 1985, págs. 251 ss.; G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México: FCE, 1951, págs. 157 ss.; P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

Los diversos problemas que se plantean en este ámbito imponen un estudio sistemático e integrado. En este sentido resulta esclarecedora la experiencia alemana. Porque es cierto que, allí como aquí, los problemas de la titularidad de los derechos fundamentales se diferencian y ordenan convencionalmente de acuerdo con clasificaciones tipificadoras: personas naturales y personas jurídicas, distinguiendo en el primer caso entre derechos de los alemanes y de todos, en el segundo entre personas jurídicas de Derecho privado y de Derecho público. Pero esta construcción dogmática es secundaria respecto del art. 1.1 de la Ley Fundamental, que proclama la intangibilidad de la dignidad del hombre. Tal precepto identifica el rasgo fundamental de la buscada imagen del hombre, a partir del cual cobran sentido las ulteriores distinciones.

En España, la parcelación del terreno de estudio no se suspende en un plano superior. La diferenciada respuesta que reciben en el ordenamiento jurídico español los problemas de la titularidad de los derechos fundamentales invita a pensar en una cierta fragmentación de la imagen del hombre, que contrasta con la potencia sistematizadora de la apelación alemana a su dignidad. Así, el problema del embrión *in vitro* remite a la noción de persona consagrada por el Código Civil, referente insatisfactorio para la dignidad constitucionalmente reconocida y, en consecuencia, inadecuado para la identificación del sujeto de los derechos fundamentales. Las personas jurídicas de Derecho público, titulares aunque sea sólo de ciertas garantías procesales, ponen en primer plano la denominada dimensión institucional de los derechos, pero dotándola de una autonomía incompatible con la primacía del sujeto. Y, por último, son particularmente significativas las restricciones al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros precisamente apelando a una dignidad de la persona que no articula los derechos fundamentales, sino que los clasifica y los separa.

Morlok señala que el Derecho atiende a aspectos parciales del hombre, siendo tarea de éste sintetizar su propia imagen. La dignidad humana opera como referencia para tal síntesis: «la garantía de la dignidad humana representa jurídicamente el reconocimiento de la sustancial transcendencia del individuo respecto de sus roles específicos», permitiendo que el hombre se despoje de las máscaras con las que los representa<sup>25</sup>. En España, al no ser la dignidad de la persona un derecho fundamental, el sujeto queda irremisiblemente fragmentado como eventual centro de imputación de múltiples derechos singulares, sin que desde ellos quepa recomponer su esencial integridad. El hecho de que la dignidad no opere como derecho fundamental determina que tampoco en los derechos fundamentales particulares se busque sistemáticamente su *contenido de dignidad*. No se trata, pues, de una *dignidad bumillada o herida*, de las lesiones a la dignidad constitucionalmente reconocida, que infringen, pero no niegan el orden constitucional; sino, más radi-

25. M. MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993, págs. 208 ss., 285 ss.



calmente, de la dignidad menguada, de la deficiente forma en que la dignidad es recogida por nuestra Constitución. Una dignidad *menguada* que es también, y precisamente por ello, dignidad *quebrada*.

III. La pregunta que queda planteada es, pues, en qué medida los derechos fundamentales, como respuestas que pretenden ser eficaces también ante los retos actuales, postulan efectivamente una imagen del hombre dotada de algún perfil unitario. Esto es, se trata de comprobar si tal quiebra de la dignidad se corresponde en alguna medida con la lógica propia del desenvolvimiento histórico del Estado constitucional, aunque la dignidad *menguada* sea un elemento peculiar de nuestro orden constitucional.

Para responder a tal cuestión no cabe aceptar como *dogma* cada una de las nuevas *excéntricas* que, imitando a la decadente cosmología ptolomeica, y para mantener su peculiar *cosmovisión*, sea capaz de trazar la inagotable capacidad retórica de la jurisprudencia constitucional. Tampoco los métodos y la dogmática tradicional de raíz positivista proporcionan respuestas inequívocas. Como apuntó Maihofer, la «interpretación del concepto de la dignidad humana debe resultar simultáneamente del horizonte espiritual y de la situación histórica»<sup>26</sup>.

Las raíces filosóficas de la dignidad humana remiten a Kant. Él vincula la *imagen del hombre* con los principios de un gobierno conforme a su dignidad; a saber, «1. *La libertad* de cada miembro de la sociedad en cuanto hombre. 2. La igualdad de éste con cualquier otro, en cuanto *súbdito*. 3. La *independencia* de cada miembro de una *comunidad*, en cuanto *ciudadano*»<sup>27</sup>. La concreción histórica de esta concepción integral de la dignidad resultó congruente en los orígenes del Estado constitucional con tal perfil unitario; como han probado Wahl y Grimm, para la originaria concepción americana y europea-occidental de los derechos fundamentales existía «una conexión indisoluble entre la libertad civil y política»<sup>28</sup>.

Desde los inicios del constitucionalismo hasta hoy, esa imagen ilustrada del hombre, tal concepción integral de su dignidad, se encuentra en tensión con un acervo histórico que de modo recurrente ha sido instrumentalizado en su contra. En efecto, la kantiana *autodeterminación* fue sustituida por la *fraternidad*, la *universalidad* por la *nación*. El orden político reposa no sobre la libertad del sujeto individual, sino sobre una homogeneidad social que había sido articulada por el absolutismo, y que especialmente se concreta en la hegemonía de las

26. W. Maihofer, op.cit., pág. 10.

27. I. Kant, «En torno al tópico: 'Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'», en I. Kant, *Teoría y Práctica*, Madrid: Tecnos, 1986, pág. 27, desarrollando a continuación ampliamente el sentido particular de tales principios.

28. R. Wahl, «Rechtliche Wirkungen und Funktionender Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts», en R. Wahl, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp: 2003, pág. 343; D. Grimm, «Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft», en D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, pág. 74.

diversas burguesías nacionales. Entretanto, los derechos dejan de traducir una imagen unitaria del hombre, para retirarse hacia su función de garantías subjetivas de una esfera privada exenta y potencialmente descomprometida. La tensión entre ambas perspectivas resulta perfectamente identificable en la oposición entre *ciudadano* y *burgués* que, buscando por vías diferentes alguna síntesis, trazan Heller<sup>29</sup> o Smend<sup>30</sup> en sus escritos. Resulta igualmente decisiva en la *Teoría de la Constitución* de Carl Schmitt, que contrapone los derechos liberales, que determinan el principio de distribución propio del Estado de Derecho, y el principio político formal de la democracia identitaria<sup>31</sup>.

Al cabo de un proceso ciertamente conflictivo y complejo, la democratización de los regímenes liberales conduce finalmente al Estado social de Derecho y a la eficacia directa de la Constitución como norma que garantiza derechos fundamentales incluso frente al legislador. Ese rasgo se convierte en adelante, dice Pedro Cruz, en «la característica esencial de los derechos fundamentales (...), diferenciándolos así de cualesquiera otros derechos subjetivos creados por el legislador o derivados de la ley»<sup>32</sup>. En los derechos fundamentales se encarna ahora una cierta garantía del ordenamiento jurídico preexistente. Ahora bien, si el propio sistema económico capitalista es objeto central de la garantía antes indirectamente incorporada a las restricciones del derecho de sufragio, la titularidad de los derechos puede extenderse igualmente a cuantos concurren (de manera desequilibrada) en el mercado. Sólo en ese contexto puede comprenderse la irrelevancia jurídica del hombre en el formalismo de Kelsen<sup>33</sup>, a la postre especialmente iluminador cuando se considera la evolución subsiguiente de los derechos fundamentales.

29. H. Heller, en "Ciudadano y burgués", págs. 241 ss., pero también en todos sus Escritos políticos, Madrid: Alianza, 1985. De las dificultades que se daban en Alemania para articular poder público mediante la ciudadanía da cuenta el hecho de que incluso el socialdemócrata Heller, que acuña la expresión Estado social de Derecho, acuda a la idea nacional como garantía de las condiciones mínimas de homogeneidad social, por más que "a partir del 'mito de la nación' [...] nunca se podrá engendrar realmente un pueblo" ("Democracia política y homogeneidad social", pág. 268); cfr. A. López Pina, "Prólogo. Fascismo o democracia, dilema de Hermann Heller", en esta misma obra, págs. 14 ss.

30. Cfr. R. Smend, "Ciudadano y burgués", en op. cit., págs. 249 ss.; pero especialmente el sentido mismo de la teoría de la integración sobre la que edifica Constitución y Derecho Constitucional (cfr. por ejemplo págs. 52 ss., 58 ss., 88 ss., passim).

31. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1982, págs. 169 ss. y 215 (cfr. igualmente págs. 62, 71 s., 124 s., 137, 152, 201ss., 223 ss., 247, en relación con págs. 222 y 224).

32. P. Cruz Villalón, "Derechos fundamentales", en P. Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista* persona y otros estudios sobre la Constitución, Madrid: CEPC, 1999, págs. 249 s.

33. No plenamente aún en H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik* -- 1. Auflage, Aalen: Scientia, 1994 (2. Neudruck der 1. Aufl.), págs. 41 ss. y 52 ss., aunque ya entonces "persona" es sólo una expresión de unidad personificadora aplicada a un ramillete de obligaciones y legitimaciones, esto es, a un complejo de normas (...) 'Persona física' no es --como pretende la doctrina tradicional-- el hombre. No es éste un concepto jurídico, sino bio-psicológico. No expresa una unidad dada para el Derecho o el conocimiento del Derecho. Puesto que el Derecho comprende a los hombres no en su totalidad, no con todas sus funciones espirituales y corporales". Estas ideas esenciales son desarrolladas y elaboradas en la *Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auf.*, Wien: Franz Deuticke, 1960. págs. 172 ss.

En efecto, su garantía jurídica como derechos sustantivos, deferida ahora a Tribunales o instancias administrativas que actúan a requerimiento de sus titulares, transforma igualmente el sentido de los derechos fundamentales. De los derechos del hombre-ciudadano, que éste tutela en cuanto puede participar en el proceso político, se pasa a los derechos de la persona, entendida como persona jurídica legitimada procesalmente. Ello tiene un cierto efecto disolvente. En adelante no estamos ante derechos del hombre libre en una sociedad libre, que se configura a través de la participación de todos; la libertad deja de ser una cualidad de la sociedad y del individuo recíprocamente referidos. La tutela judicial de los derechos fundamentales los parcela como derechos subjetivos singulares. La imagen del hombre constitucionalmente adecuada no sería ya la de la persona física dotada de dignidad, a la que por ello se atribuye una libertad fundamental especificada en derechos singulares. Antes bien, la personalidad queda configurada por el Derecho constitucional positivo, diferenciadamente, como centro de imputación de disposiciones constitucionales, un mero agregado de derechos o de intereses. Los derechos fundamentales garantizarían no tanto la autonomía del hombre como, en términos de Luhmann, la autonomía de sistemas funcionales diferenciados (la ciencia, la economía, la religión ...) <sup>34</sup>.

De manera inequívocamente relacionada, la autodeterminación colectiva mediante la participación política se enfrenta a crecientes dificultades estructurales. Asensi se refiere a «la disociación entre 'contexto cultural' y texto cons-

34. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1986., págs. 11 ss., 14 ss., 30 ss., 40 ss., 46 ss., 71 s., 79 ss., 84 ss., 187 ss.; "Zur Funktion der 'subjektiven Rechte'", en N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981, págs. 364 ss. Su teoría social, progresivamente depurada y sistematizada, se proyecta finalmente en el ámbito del Derecho en *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995 (cfr. págs. 42 ss. para los presupuestos generales, 297 ss. para la diferenciación interna del sistema jurídico, 440 ss. para la conexión estructural entre sistemas diferentes). Sus limitaciones pueden apreciarse, por ejemplo, al comprobar la naturaleza a-dialéctica de la conexión estructural entre Derecho y política (págs. 467 ss., esp. págs. 478 s., donde el entero Estado constitucional resulta presupuesto como "mecanismo de conexión estructural"; cfr. las inseguridades iniciales acerca de la función y el estatuto teórico que corresponde al Estado en *Grundrechte als Institution*, págs. 14 ss., donde, tras remitirse a la concepción de H. Heller, dice que "la teoría del Estado debería quedarse quieta y esperar hasta que la teoría sociológica haya madurado" -pág. 17). Sobre la posición que finalmente corresponde al hombre cfr. *Das Recht der Gesellschaft*, págs. 535 ss., con las irónicas versales de pág. 537, y pág. 579: "La garantía efectiva del postulado del Estado de Derecho equivale funcionalmente al reconocimiento de los derechos humanos y los hace casi superfluos para la técnica jurídica". En *Grundrechte als Institution* cfr. págs. 60 ss.; en pág. 21 s. con n. 18, decía que "la identidad de la persona ya no garantiza, como en todas las sociedades elementales, una conexión entre los roles sociales"; por ello se puede hablar de roles impersonales, por más que el concepto "naturalmente no pretende sostener que la conducta ya no pueda referirse en absoluto a personas" (cfr. también págs. 32 ss. sobre las exigencias que comporta para el individuo la diferenciación funcional de la sociedad: "todo eso no puede quedar a disposición de la persona individual" -pág. 34-, por eso se precisa la institucionalización del individualismo -págs. 48 ss.). Cfr., sobre su estela, Th. Vesting, "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus. Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte", en Ch. Grabenwarter et alii (Hrsg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Dresden: Boorberg, 1994.

titucional», y plantea «la hipótesis de (...) una nueva subjetividad desarticulada que implica la pérdida de todo sentido activo de la historia, sea como esperanza o como memoria (...) Ante todo esto, en *cierto sentido*, el discurso constitucional habla una lengua muerta, una lengua de simulacros, carente de distancia crítica»<sup>35</sup>. Como señala de Cabo, «la post-modernidad se define en base a la destrucción, a la deconstrucción del sujeto (...) Se advierte hoy la dificultad para ser '*sujeto*' capaz y autodeterminado (...) El protagonista no es ya el sujeto individual ni la autonomía de su voluntad»<sup>36</sup>.

El hombre, sin embargo, no se desvanece en la realidad merced a la presión de los filósofos *deconstructores* de la subjetividad; y sobre él, sobre el hombre, recaen incertidumbres crecientes. A partir de la década de los ochenta del siglo inmediatamente pasado, con la pérdida de confianza en el Estado social y su desmantelamiento efectivo, en un momento en el que las inseguridades existenciales llegan a ser insoportables, retorna al primer plano la apelación a los presupuestos paraconstitucionales de la estatalidad, y afanosamente se busca entronque constitucional no sólo para las demandas de seguridad, sino también para la identidad cultural, incluso religiosa. Ello, cuando la *fratría* nacional apenas puede disimular ya su carácter de cobertura ideológica, pues la vieja doctrina nacional de los derechos ha sido definitivamente descontextualizada: éstos no se vinculan ya a la participación de su titular en comunidad alguna, sino que resultan progresivamente fragmentados y diferenciados en los procesos de globalización.

Son reacciones, en definitiva, frente a un desarrollo desequilibrado del Estado constitucional, en el que se ha difuminado la naturaleza política de los derechos fundamentales y se ha sobrevalorado su tutela judicial. La jurisdicción proporciona una protección, en efecto, por demás limitada. En tanto los derechos se configuran simultáneamente como principios objetivos que informan el ordenamiento jurídico y rigen su desenvolvimiento, corresponde al legislador un papel decisivo, no ya como eventual limitador de los mismos, sino en cuanto configurador de su efectividad material, organizativa y procedimental. Por ello, la realización de los derechos y su garantía están indisolublemente unidas a la participación institucionalizada en procesos colectivos de autodeterminación.

Una alternativa a los actuales desarrollos erráticos, una respuesta coherente a los problemas planteados, podría buscarse en la recuperación de la imagen unitaria del hombre que clásicamente subyacía a los derechos fundamentales, y a la que Kant incorporaba las ideas de participación y de *república*. Mas quizá no baste con invertir los hechos de cualquier situación para obtener el programa que permita superar sus deficiencias o sus dificultades. El análisis histórico debe darse por satisfecho comprobando que las incerti-

35. J. Asensi Sabater, "Recensión" a P. Häberle, *El Estado Constitucional, Teoría y Realidad Constitucional* nº 10-11, págs. 747 ss.

36. C. de Cabo, "El sujeto y sus derechos, en M. A. Aparicio (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Barcelona: CEDECS, 2001, pág. 31.

dumbres planteadas por la titularidad de los derechos fundamentales, vistas en su proyección objetiva sobre el Estado social y democrático de Derecho, colocan en primer plano la pérdida de centralidad de la *ciudadanía*, inherente a la dignidad de la persona constitucionalmente reconocida.