

LA DIGNIDAD HUMANA Y SUS CONSECUENCIAS NORMATIVAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: ¿UN CONCEPTO ÚTIL?

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA

I. INTRODUCCIÓN. INFLACIÓN *VS* INUTILIDAD DEL CONCEPTO.—II. ALGUNAS OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA DIGNIDAD.—III. DIGNIDAD ¿DE QUIÉN?—IV. LAS CONSECUENCIAS NORMATIVAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DISTINTAS APLICACIONES JURÍDICAS DE CADA UNA DE ELLAS: 1. *La obligación de reconocimiento de un *minimum invulnerable* que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas.* 2. *La exigencia de cierta suficiencia económica en determinados ámbitos.* 3. *La exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas: la dignidad como autodeterminación.* 4. *La prohibición de instrumentalización de la persona.*—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN. INFLACIÓN *VS* INUTILIDAD DEL CONCEPTO

Del análisis del concepto de dignidad se ocupan distintas disciplinas, cada una desde la perspectiva que le es propia: la Filosofía con carácter general —y más particularmente la Ética o la Filosofía del Derecho—, la Bioética, el Derecho Constitucional, e incluso el Derecho penal en cuanto la misma se configure como un bien jurídico penalmente protegido *per se*. El concepto reviste —ponerlo de manifiesto constituye ya un lugar común— un carácter altamente abstracto, vago o impreciso, y sobre él se discute —en especial desde una perspectiva filosófica— casi todo: dónde reside su fundamentación última, cuáles son las condiciones necesarias para su atribución (posesión de ciertas características biológicas que impliquen pertenencia a la especie humana, de racionalidad, de ciertas propiedades psicológicas...), qué consecuencias normativas se derivarían de dicha atribución, etc.

A raíz de lo que podríamos llamar la eclosión de la reflexión bioética en la última parte del siglo XX —un contexto en el que las apelaciones a la dignidad resultan especialmente frecuentes, tanto en el nivel doctrinal como en el normativo (1)—, la polémica en torno al concepto se ha visto, si cabe, intensificada: y es que el uso maximalista que de él se viene haciendo desde determinados sectores de opinión que insistentemente recurren a la dignidad como base argumentativa de posiciones muy conservadoras sobre cuestiones tales como el aborto, la eutanasia, la reproducción asistida o la investigación con embriones (2), ha generado, por reacción, posturas también extremas de signo contrario, que, desde un acusado escepticismo sobre la utilidad del concepto, llegan incluso a proponer su erradicación del discurso bioético (3).

Las críticas a usos pocos rigurosos del término son, sin duda, correctas; así, por ejemplo, la atribución de dignidad al embrión preimplantatorio *en pie de igualdad con la de la persona ya nacida* y las diversas consecuencias que de ello quieren derivarse —proscripción de técnicas utilizadas en reproducción asistida como el diagnóstico preimplantatorio en cualquiera de sus modalidades, o la exclusión de todo tipo de investigación con células embrionarias, etc.—, defendida por la Iglesia Católica (4) pero también por un sector de la doctrina jurídica (5), se basa en consideraciones o bien netamente religiosas (ya desde

(1) Particularmente evidente en los principales instrumentos internacionales sobre Bioética, tales como la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos humanos de la UNESCO de 1997, la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 1997, o la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la UNESCO en 2005.

(2) De una «inflación» del argumento hablaban ya a mediados de los años noventa autores como BIRNBACHER (1996): 107-109, o NEUMANN (1998): 155 y sigs. *Vid.* igualmente PEÑARANDA RAMOS (2005): 1704-1706. Llama la atención sobre apelaciones excesivas a la dignidad como modo de hurtarse a la necesidad de ulteriores fundamentaciones de la propia postura, HASSEMER (2005): *passim*.

(3) Sobre el trasfondo de una frontal oposición a la utilización maximalista antes comentada, se viene a considerar la dignidad una noción vacía de contenido, que no añadiría nada a otras (supuestamente) más definidas como la autonomía o el respeto por las personas [*vid.* en esta línea los conocidos artículos de MACKLIN, *passim*, o PINKER, *passim*, con los expresivos títulos de «Dignity is a useless concept» (2003) y «The Stupidity if Dignity» (2008), respectivamente], o como concepto retórico que en todo caso presupone y enmascara una previa decisión moral sobre la admisibilidad o no de una determinada práctica (HOERSTER, 1983, *passim*). En una línea similar entre nosotros, por ejemplo, MOSTERÍN (2006): 383-385. Para otras indicaciones sobre posturas críticas con el concepto en la doctrina alemana *vid.* OEHLING DE LOS REYES (2010): 119-123.

(4) *Vid.* especialmente la Instrucción *Dignitas humanae*, aprobada por Benedicto XVI en 2008.

(5) En nuestro país, entre otros muchos, *vid.* por ejemplo la postura del penalista PÉREZ DEL VALLE (2004): *passim*. Otro buen ejemplo de ello en CORRAL GARCÍA (2009): *passim*, o, en la doctrina alemana, STARCK (2008a): *passim*.

la concepción se es hijo de Dios, creado a su imagen y semejanza y, por tanto, dotado de dignidad) (6) o cuando menos no argumentables intersubjetivamente, lo que, a mi entender, las inhabilita para servir de base de lo que a la postre —y conviene recalcarlo— no es sino una grave limitación de los legítimos intereses y los derechos de libertad de los individuos (también, por supuesto, de los que no compartan esta cosmovisión); limitación que por lo demás se pretende absoluta e inamovible en la medida en que cualquier afectación a la dignidad se considera sustraída a toda ponderación (para estas concepciones resulta indiferente, por ejemplo, las ventajas para la salud de millones de personas a que la investigación con material embrionario podría contribuir) (7). Este tipo de utilizaciones del concepto ha dado lugar, de hecho, a una transformación fundamental de uno de sus sentidos originarios, pues de la dignidad como autonomía del sujeto moral (en sentido kantiano) se pasa a la dignidad como argumento sobre el que sustentar, precisamente, limitaciones a la libertad (por ejemplo, en el ámbito reproductivo). Todo ello con la particularidad de que estas constricciones de la libertad no se fundamentan en el deber de respeto a la dignidad de otros individuos (en cuyo caso no tendrían por qué resultar especialmente problemáticas), y tampoco siquiera en la dignidad del propio sujeto cuya libertad se limita (una constricción paternalista que sí plantea problemas de importante calado, como veremos más adelante), sino en la dignidad en un sentido biologicista, atribuida a la vida humana en cualquiera de sus estadios o, incluso, a la especie humana en sí misma (8).

Ahora bien, que efectivamente pueda constatar un uso tendencioso y maximalista de la noción de dignidad no obliga sin más —como ha puesto de manifiesto, entre otros muchos, Atienza—, a dar la razón a quienes postulan su consideración como un concepto inútil y prescindible (9); en este sentido, huelga mencionar las incontables propuestas que desde hace siglos han pretendido dotarlo de sentido y extraer consecuencias normativas —en el sentido de prescribir o prohibir algo— de su atribución. No pretenden estas páginas, desde luego, dar cuenta de tales intentos, sino atender a un objetivo mucho más modesto, circunscrito —en la medida de lo posible en un concepto de origen netamente filosófico como éste— al ámbito jurídico. Lo que aquí nos interesa es *descender al nivel de lo concreto* y constatar qué sentidos se atribuyen a la dig-

(6) *Vid.*, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ (2011): 26-34.

(7) Cfr. PÉREZ DEL VALLE (2004): 204-206.

(8) *Vid.* en esta línea BIRNBACHER (2001): 244; NEUMANN (1998): 157-159; PEÑARANDA RAMOS (2005): 1704.

(9) ATIENZA, (2009): 77. Crítico con los trabajos de Macklin y Pinker, GARCÍA MANRIQUE (2009): 44-47.

nidad y cuál es su trascendencia en el mundo jurídico a través de su aplicación a situaciones o conflictos específicos, en el plano de la discusión doctrinal pero sobre todo en el de su utilización jurisprudencial. No se trata de profundizar, por tanto, en las dimensiones jurídicas más hondas o genéricas del concepto —esto es, en su posición en el conjunto del sistema constitucional y como parte de ello en su papel de fuente de la que emanarían los derechos fundamentales—, sino de identificar y sistematizar los sentidos y los contextos en que se emplea, y de aportar algunas observaciones al respecto.

Se trata, como enseguida comprobaremos, de contextos que ya una primera ojeada permite calificar de muy diversos entre sí —la dignidad se ha empleado tanto para considerar constitucionalmente impuesto reconocer a los extranjeros en situación de ilegalidad el derecho de reunión, como para declarar inconstitucional una norma que autorizaba el derribo de aviones de pasajeros que fueran a utilizarse como misiles contra la población; tanto para prohibir el sexo remunerado incluso cuando exista libre consentimiento por ambas partes como para proteger el derecho del trabajador a realizar actividades retribuidas durante su descanso vacacional—, con la particularidad, en el debate sobre algunos temas concretos —aborto, eutanasia, esterilizaciones de incapaces, ciertas formas de paternalismo jurídico— de que en ocasiones el argumento es invocado en sentido diametralmente opuesto tanto por los partidarios de una postura como por los de la contraria (10).

Varias son, como veremos, las cuestiones que han de tenerse presentes al hilo de dicho análisis, y que irán siendo puestas de relieve a medida que se avance en el mismo: en su aplicación jurídica, ¿se emplea el concepto de dignidad de un modo uniforme, o en varias acepciones? En este último caso, ¿son acepciones siempre compatibles entre sí? ¿Se utiliza la noción de dignidad al-

(10) Subraya ese carácter de «arma de doble filo» de la dignidad (en el sentido de que «puede a la vez restringir y mejorar la libertad de elección de las personas»), derivado de sus «contornos borrosos, tentaculares y multiformes», FRUMER (2013): 64-65.

Así, por ejemplo, en el caso concreto de la esterilización de incapaces (más adelante volveremos sobre el resto de los ejemplos citados en el texto), la dignidad del incapaz es alegada en la STC 215/1994, de 14 de julio, como argumento favorable a la justificación de la norma que la despenalizaba (el art. 428 del Código anterior, art. 156 del vigente Código de 1995), en la medida en que permite al sujeto «no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.CE) y a su integridad moral (art. 15 CE)» (FJ 4), especialmente si con tal vigilancia se pretendiera una represión absoluta de la sexualidad del incapaz (FJ 5). En sentido diametralmente opuesto, en cambio, alude a la dignidad el voto particular del Magistrado Mendizábal Allende a la misma sentencia, en el que viene a equiparar esta previsión con las prácticas eugenésicas más rechazables.

guna vez como criterio directamente resolutorio de conflictos, de modo que sin él no podría abordarse correctamente el problema, o más bien se invoca a modo de refuerzo argumental en mayor o menor medida prescindible? (11). Enlazando con las críticas o posturas escépticas a las que aludíamos al principio, ¿hasta qué punto se muestra como un concepto «útil» —y qué significa realmente ser «útil»— en su dimensión jurídica?

Un papel central en este análisis corresponderá, como veremos, a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que, como es lógico tratándose de un principio constitucional básico —consagrado por el art. 10.1 de la Constitución Española de 1978 como «fundamento del orden político y de la paz social»— ha jugado un papel esencial en la aplicación jurídica del concepto. Me serviré de dicha jurisprudencia a modo de hilo conductor, entresacando de ella los diferentes sentidos o acepciones en que la dignidad parece entenderse, para analizar después las posibles aplicaciones de cada uno de ellos (no sólo por el TC, sino en otros contextos jurídicos) en relación a problemas concretos. No obstante, como paso previo, convendría quizás comenzar por unas observaciones de carácter general sobre la jurisprudencia constitucional al respecto.

II. ALGUNAS OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA DIGNIDAD

Poco puede encontrarse en la jurisprudencia del TC sobre lo que la dignidad realmente es, y mucho más (con mayor o menor grado de concreción) sobre aquello a lo que su garantía obliga (especialmente en sentido negativo, esto es, lo que como consecuencia de su proclamación debe considerarse prohibido); con frecuencia lo que sucede, de hecho, es que el concepto mismo parece definirse por referencia a sus consecuencias normativas. La dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (12); un «mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la

(11) Distingue entre usos resolutorios y los meramente enfáticos, JIMÉNEZ CAMPO (2009): 181.

(12) STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 8).

persona» (13), o «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» (14).

Como señala Jiménez Campo en su breve pero esclarecedor comentario a la jurisprudencia constitucional relativa al artículo 10 CE, este tipo de aproximaciones a la dignidad ofrece en principio la impresión de que la vía escogida por el TC es la de ofrecer «un entendimiento sobre todo material del principio, que aportaría así criterios para la imposición o la interdicción de determinados contenidos en reglas y actos jurídicos» (15). Ahora bien, tal y como señala el autor, el problema es que la determinación de esos contenidos prohibidos o incompatibles con la noción (o mejor dicho las nociones) constitucionales de la dignidad resulta una tarea prácticamente imposible, pues máximas del estilo de las transcritas son siempre inevitablemente «circulares o tautológicas (la dignidad exige un trato acorde con la dignidad)» (16). Dicho de otro modo, declaraciones como las citadas podrían ser suscritas por todos, pero partir de esa coincidencia inicial significaría en realidad nada o muy poco, pues aun adoptándose todas estas máximas como correctas su amplitud e indefinición es tal que resulta francamente complejo llegar a acuerdos o a desacuerdos argumentados sobre si en el caso concreto una determinada norma o acto jurídicos respetan o no la dignidad; buena prueba de ello son algunos de los ejemplos que enseguida vamos a examinar en los que la dignidad es argüida por unos y otros en relación a un determinado problema (por ejemplo, la admisibilidad de la investigación con embriones humanos o conductas relacionadas con el final de la vida) para llegar a conclusiones completamente contrapuestas. Existiría, en suma, un (cierto) acuerdo sobre el *concepto* de dignidad en tanto valor intrínseco al ser humano por el mero hecho de serlo, que le hace acreedor de consideración y respeto (y ni siquiera este acuerdo es realmente tal, pues se desdibuja cuando referimos la dignidad a algo distinto a la persona nacida), pero, a su vez, coexisten muchas *concepciones* sobre en qué consiste exactamente ese valor y sobre qué tratos o prácticas lo vulneran (17).

Pues bien, aunque en el plano de las reflexiones doctrinales o propuestas *de lege ferenda* tal cosa no suponga mayor problema, en el plano de la justicia

(13) STC 120/1990, de 29 de junio (FJ 4).

(14) STC 192/2003, de 27 de octubre (FJ 7).

(15) JIMÉNEZ CAMPO (2009): 182.

(16) *Ibidem*.

(17) En este sentido MCCRUDDEN (2008): 679-680, en un trabajo que analiza de modo muy completo las argumentaciones centradas en la dignidad (cada vez más frecuentes) detectables en la jurisprudencia constitucional de diversos países así como en la de distintos tribunales internacionales.

constitucional (y muy especialmente cuando se trata del control de constitucionalidad de las normas) sí existen mayores peligros. Personalmente entiendo que el carácter intrínsecamente contramayoritario de la jurisprudencia constitucional exige extremar la prudencia ante el riesgo de que la indefinición de la noción de dignidad otorgue a la jurisdicción constitucional un excesivo margen de arbitrio a la hora de rechazar normas aprobadas por el legislador democrático, que gozan de una presunción de constitucionalidad tanto más fuerte cuanto más difuso es el límite cuya aplicabilidad se discute (lo mismo que sucede, por cierto, con valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad o la justicia) (18).

En este sentido, ha de reconocerse que nuestro TC no ha incurrido en esa tentación: salvo algunos casos excepcionales, que enseguida comentaremos, en que sí lo ha aplicado en un sentido resolutorio, lo cierto es que el concepto se emplea preferentemente a modo de refuerzo argumentativo, muchas veces meramente retórico —pues de hecho parece que a la misma conclusión hubiera podido llegarse sin recurrir a ella— (19). A este uso digamos «prudente» de la dignidad por parte del Tribunal no es ajeno, obviamente, el hecho de que la propia Constitución no la catalogue como un derecho fundamental *per se*, con la importante consecuencia de que su supuesta vulneración no resulta susceptible de recurso de amparo (20), como tampoco se encuentra afectada por la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, extremo este último que quedó claramente sentado, entre otras, en la STC 116/1999, sobre la constitucionalidad de la Ley

(18) En esta línea JIMÉNEZ CAMPO (2009): 182 o DOMÉNECH PASCUAL (2006): 406.

(19) Observa en cambio una mayor utilidad del concepto en su aplicación por la jurisprudencia constitucional OHELING DE LOS REYES (2011): 172. Un repaso a la jurisprudencia del TC sobre la dignidad puede también encontrarse en PASCUAL LAGUNAS (2009).

La citada «contención» de que hace gala el TC español no caracteriza, en cambio, a la jurisprudencia constitucional alemana, mucho más expansiva al respecto (lo que al menos en parte puede explicarse por la diferente configuración de la dignidad en uno y otro ordenamiento), como puede constatarse, a título de ejemplo, en el repaso realizado por STARCK (2008b). En ese contexto cobran mayor sentido posturas críticas como la de HOERSTER y su alusión a la dignidad como «cheque en blanco» a través del cual se deslizan en la decisión valoraciones personales del juez constitucional (1983: 96).

(20) AATC 241/1985, de 17 de abril, o 149/1999, de 14 de junio; también de modo muy claro en STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4. Sobre ello GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005): 91-92. Es cierto que alguna sentencia (en concreto la STC 192/2003, sobre la que volveremos más adelante) da pie a la duda de si (por la vía de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE) se está en realidad admitiendo un recurso de amparo sobre la alegación de la dignidad como criterio de fondo, pero en todo caso los años han demostrado que —en contra de lo que algunos temían— esta sentencia no ha constituido la puerta abierta a un exceso del TC en este sentido [*vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2004): 479-81].

de Reproducción Asistida (en lo sucesivo, LRA) (21). Parece, en efecto, plenamente acertado que un concepto tan volátil y que suscita tantos desencuentros (sobre su titularidad, su significado, sus consecuencias normativas, etc.) haya quedado excluido por el constituyente de la exigencia de mayorías reforzadas para aquellas normas que (supuestamente) puedan afectarlo, pues lo contrario —precisamente por esa volatilidad que lo hace alegable en los contextos más diversos— supondría una barrera excesiva a los propósitos del legislador democrático. En puridad, muy pocos serán los casos en los que una norma que supuestamente afecte a la dignidad humana no concierna también directamente a un derecho fundamental (entre otros, a la muy próxima integridad moral del art. 15 CE), en cuyo caso la reserva de ley orgánica está garantizada; y en los supuestos en que no sea así —como ocurrió precisamente con respecto a la LRA— probablemente nos encontraremos ante un uso de la dignidad particularmente discutido, lo que desde luego no aconseja su utilización como único fundamento para exigir a la norma el rango orgánico (22).

III. DIGNIDAD ¿DE QUIÉN?

Una de las cuestiones más discutidas en torno al concepto de dignidad —tanto en el plano ético como en el jurídico— es precisamente la de a qué o quiénes debe atribuirse, algo que, como se ha mencionado ya, ha cobrado un especialísimo auge en los últimos años no sólo en relación al aborto, sino a diversas técnicas de uso frecuente en el ámbito de la reproducción asistida (por ejemplo, el diagnóstico preimplantatorio) y a la investigación científica con embriones humanos (por ejemplo, aunque no sólo, la que utiliza células madre embrionarias). La atribución de dignidad al embrión en todos sus estadios —también al *in vitro* no implantado— constituye en efecto, como antes se indicaba, el eje articulador de las posiciones maximalistas sobre la dignidad a las que ya nos hemos referido. Dejando ahora al margen las posturas de trasfondo

(21) El voto particular del Magistrado Jiménez de Parga, por el contrario, defendió la inconstitucionalidad de la LRA por vulneración de la reserva de ley orgánica, propugnando un entendimiento material del artículo 81.1 CE según el cual carecería de sentido que la reserva afectara a los derechos fundamentales y no al «tronco» del que éstos emanan —la dignidad— que a su juicio se encontraba directamente afectada por el desarrollo legal de cuestiones como la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* (la dignidad ¿de quién? ¿del embrión? ¿del bebé que ha de nacer eventualmente? ¿de la «vida humana» o dignidad de la especie con carácter general?).

(22) Plantea en cambio la conveniencia de revisar la jurisprudencia constitucional (la no exigencia de carácter orgánico) respecto a las leyes reguladoras del campo de la genética, CRUZ VILLALÓN (2006): 27.

puramente religioso, de todos es conocida, por ejemplo, la opinión en esta línea ciertamente extendida en la doctrina alemana, lo que al menos en parte explica el carácter muy restrictivo de la regulación alemana en ámbitos como los que acaba de citarse. Nuestro TC, por su parte (así como la doctrina dominante en nuestro país, ya sea del ámbito filosófico o más propiamente jurídico) no ha seguido en este punto dicha línea de pensamiento. No lo hizo ya en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el aborto, en la que rehuyó atribuir expresamente dignidad al feto, como tampoco en las posteriores sentencias en que ha podido referirse lateralmente al tema (STC 212/1996, de 19 de diciembre, que aborda el recurso planteado contra la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos; y la ya citada STC 116/1999, de 17 de junio, que valora la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida).

Con todo, la utilización de la dignidad en el ámbito de problemas bioéticos, y destacadamente en relación con la investigación biomédica, no pasa necesariamente por la atribución de dignidad a los embriones como tales. El concepto se utiliza también, y con harta frecuencia, en relación con un sustrato mucho más genérico: se habla en este sentido de la dignidad de la vida, de la especie o del género humano —así, por ejemplo, en la doctrina penal de nuestro país se apunta con frecuencia a la dignidad en esta acepción como bien jurídico protegido al menos en algunos de los delitos relativos a la manipulación genética comprendidos en los arts. 159 a 162 del vigente Código Penal de 1995 (23)—. Constituye ésta una utilización más volátil del concepto, no aceptada por quienes lo refieren exclusivamente al individuo, y más proclive —según sus críticos— a funcionar como mero ropaje de juicios sobre la corrección moral de determinadas conductas (24); salvo en algún supuesto concreto, no suele ser un

(23) La identificación de la dignidad (del individuo pero también de la «vida humana» con carácter genérico) como supuesto bien jurídico protegido en los más diversos delitos ha experimentado una verdadera eclosión en la doctrina penal española de los últimos años. Sucede con frecuencia, sin embargo, que el recurso a la dignidad oscurece más que aclara la cuestión, utilizándose por la doctrina como un fácil expediente respecto de tipos de bien jurídico extremadamente discutible —como sucede, por ejemplo, con el confuso art. 156 bis Cp, relativo al tráfico de órganos, o en los propios delitos de manipulaciones genéticas ya mencionados—. La cuestión de la dignidad como bien jurídico penal y su idoneidad para serlo merecería, con todo, un estudio específico que no puede ser acometido en estas páginas. Muy exhaustiva al respecto, ALONSO ÁLAMO (2011): *passim*.

(24) En esta línea crítica, SEELMANN (2010): 247-8, con referencias a la doctrina alemana favorable a esta utilización extensiva del concepto.

sentido empleado por nuestro Tribunal Constitucional, mientras que sí puede ser más fácilmente identificado, en cambio, en la jurisprudencia alemana (25).

Una buena muestra de una discutible aplicación jurisprudencial de esta vertiente del concepto puede encontrarse en el reciente y polémico pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Brüstle vs Greenpeace* (26), que en su resolución de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán en relación a la interpretación de la normativa europea sobre patentes [en concreto, de la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, y de su art. 6.2.c), que excluye la patentabilidad de «las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales»] recurre al parámetro de la dignidad como argumento básico sobre el que construir una interpretación muy extensiva tanto del concepto de embrión como del resto de los términos de la citada disposición. Ciertamente, el considerando decimosexto de la Directiva establece, como insiste la propia sentencia, que «el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas», pero de ello no se sigue automáticamente, como pretende el tribunal, que necesariamente haya de adoptarse un concepto amplio de embrión —que incluya, por ejemplo, al óvulo fecundado mediante transferencia nuclear— (27). Se produce aquí, a mi entender, un salto lógico en el que resta aclarar por qué y cómo un concepto más estricto de embrión comprometería la dignidad (que desde luego no sería, en todo caso, de persona alguna, sino de la vida, de la especie, etc.). Un extremo, por cierto, sobre el que no existe acuerdo alguno en las diferentes legislaciones nacionales relativas a la investigación con embriones —enormemente dispares entre sí—; no en vano en ámbitos próximos a éste otras jurisdicciones de espectro europeo, como el TEDH, se han mostrado tradicionalmente favorables a respetar las diversidades de las legislaciones internas (28).

(25) En cuanto al TC, tal cosa sucede en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 8, cuando se refiere a la posible lesión de la dignidad si llegara a patrimonializarse la utilización de embriones y fetos, o de sus células, tejidos u órganos [volveremos sobre ello *infra* IV.D.d)]. En la jurisprudencia alemana resulta muy llamativa la sentencia del caso *Omega* —comentada *infra* IV.D.f)—, en la que se da por buena la prohibición de un juego de guerra por considerar que la banalización de la violencia atenta contra la dignidad humana.

(26) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/10 (*Brüstle-Greenpeace*).

(27) «El contexto y la finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. *De ello resulta* que el concepto de «embrión humano» recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva, debe entenderse en un sentido amplio» (c.34, cursiva añadida).

(28) Más referencias a este último respecto, y en general sobre la sentencia y sus implicaciones (en principio limitadas a la cuestión de la patentabilidad) en ESCAJEDO SAN EPIFANIO (2012): 682-683 y *passim*.

En este trabajo nos ocuparemos básicamente de los sentidos en que en el ámbito jurídico se emplea el concepto de dignidad referido a la persona (entendida como sujeto nacido), aunque también se realizará alguna alusión a su referencia a embriones o a esa más genérica dignidad de la vida o de la especie.

IV. LAS CONSECUENCIAS NORMATIVAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DISTINTAS APLICACIONES JURÍDICAS DE CADA UNA DE ELLAS

Como antes se comentaba, la jurisprudencia que pretende ofrecer algún concepto de dignidad con vistas a su aplicación jurídica suele definirlo básicamente por referencia a las consecuencias que de él pretenden extraerse (es decir, aquello a lo que positivamente obliga o lo que para garantizarla se debe entender proscrito). Así pues, más que ahondar en definiciones pretendidamente jurídicas de lo que la dignidad *es*, repasaremos ahora, especialmente de la mano de la jurisprudencia constitucional, las distintas derivaciones o consecuencias normativas que en el ámbito de las relaciones jurídicas pretenden extraerse del deber de respetarla, y que creo posible clasificar en cinco exigencias o deberes: *a)* la obligación de reconocimiento de un *minimum* invulnerable que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas; *b)* la obligación de garantizar cierta suficiencia económica en determinados ámbitos; *c)* la exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas, es decir, la dignidad como autodeterminación; *d)* la prohibición de instrumentalización de la persona y —muy conectada con esta última— la proscripción de la degradación y humillación del otro. Por último, a estas exigencias podría quizás añadirse, como veremos posteriormente, la obligación de paliar el intenso sufrimiento físico del otro.

Esta clasificación no pretende desde luego agotar los sentidos en los que la dignidad es de algún modo argüida —pues en su dimensión de fuente de derechos fundamentales entra en juego en muchos otros—, sino identificar aquellos en los que (al menos en principio) parece tener una fuerza argumentativa propia, diferente de la que ya puedan ofrecer otros principios o derechos de rango constitucional. Ello explica que dejemos fuera de consideración, por ejemplo, el recurso a la dignidad en el contexto de la lucha contra la discriminación —ya sea racial, de género o basada en las opciones sexuales—, muy frecuente por cierto en la jurisprudencia constitucional comparada (29). Lo cierto es, a mi juicio, que en ese ámbito la dignidad poco o nada añade a la noción de igualdad —más allá de,

(29) Amplias referencias al respecto en MCCRUDDEN (2008): 689-692 y 704-705.

si se acepta el papel de aquélla como fundamento de todos los demás derechos, constituir su fundamento último— y a la amplia construcción teórica desarrollada por doctrina y jurisprudencia constitucionales sobre el principio que la garantiza (principio de igualdad).

1. *La obligación de reconocimiento de un *minimum invulnerable* que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas*

Esta derivación de la dignidad es a menudo mencionada por la jurisprudencia constitucional de un modo casi puramente retórico, pero también ha sido empleada por el TC en un sentido directamente resolutorio en un contexto concreto.

En efecto, una de las aplicaciones más directas del criterio de la dignidad que puede rastrearse en la jurisprudencia constitucional es su utilización como criterio básico de distinción en el problema del reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a los extranjeros (cuestión susceptible de múltiples interpretaciones dada la escasa claridad del art. 13 CE). Constituye éste un campo muy amplio y de gran complejidad, lleno de matices y dudas, a lo que contribuye también la propia evolución de la jurisprudencia del TC, que en sus numerosas sentencias al respecto (dictadas tanto en recursos de inconstitucionalidad como en amparo) ha ido redefiniendo su postura. Excedería, por tanto, con mucho el propósito de este trabajo (y la competencia de su autora) adentrarnos en la cuestión; lo que aquí interesa destacar es tan sólo, como se decía, el modo en el que el TC se ha servido del parámetro de la dignidad en este contexto. Pues bien, como es por lo demás sobradamente conocido, desde casi el inicio de su jurisprudencia sobre el tema (en concreto, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre) el Tribunal se refirió a la conexión más o menos directa e inmediata con la dignidad como parámetro de elaboración de varios grupos o categorías de derechos en relación a su reconocimiento (obligado o no) a los extranjeros y a las posibilidades de modulación de su ejercicio respecto de éstos. Así, aun partiéndose de que todos los derechos fundamentales se hallan vinculados a la dignidad (en cuanto emanaciones de ella), considera el Tribunal que algunos presentan una conexión más directa e inmediata que otros; el respeto a la dignidad obliga entonces a «reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los

poderes, incluido el legislador», lo que significa que «al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido, ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”» (30).

Aun con todas las cautelas que la complejidad del tema impone, parece asistir la razón, a mi juicio, al sector de la doctrina constitucionalista que se muestra escéptico con la utilización de este parámetro. Se trata, en primer lugar, de un razonamiento en cierto modo circular (la dignidad obliga a reconocer a todas las personas los derechos imprescindibles para garantizar la dignidad), además de muy impreciso. Y no deja de resultar paradójico que sea precisamente la dignidad el criterio empleado para, *a sensu contrario*, restringir o limitar o incluso negar derechos fundamentales (31).

2. *La exigencia de cierta suficiencia económica en determinados ámbitos*

En el lenguaje común resulta muy habitual la alusión a la dignidad en expresiones que lo entroncan con la satisfacción de ciertas necesidades económicas básicas, como cuando nos referimos al derecho de las personas a «vivir dignamente» o a acceder a una «vivienda digna» (derecho contemplado en estos

(30) STC 236/2007, de 7 de noviembre (que resuelve el recurso contra la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), FJ 3. En el caso concreto del derecho de reunión (reconocido por la norma recurrida sólo a los extranjeros con residencia legal), tras repasar los intereses protegidos por este derecho, destacar su íntima ligazón con la libertad de expresión, y analizar también su consagración en los instrumentos internacionales fundamentales, concluye el Tribunal que el derecho forma parte del núcleo inherente a la dignidad y que, por tanto, debe reconocerse también a los extranjeros en situación irregular, lo que comportó la declaración de inconstitucionalidad de ese extremo de la Ley. Similares limitaciones de los derechos de asociación y sindicación son sin embargo analizadas en la sentencia desde un prisma algo distinto.

(31) ASENSI SABATER (2001): 33; en igual sentido, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005): 129-130, proponiendo una utilización inversa del criterio al estilo de su operatividad en Alemania. No critica *per se* la utilización del parámetro de la dignidad, pero la entiende conectada a todos los derechos del Título I —lo que implica negar la distinción entre derechos acometida por el TC—, CARILLO LÓPEZ (2001): 26.

El criterio de la proximidad con la dignidad es también puesto en cuestión desde el punto de vista contrario al anterior, es decir, desde una perspectiva favorable a reconocer un margen de libertad al legislador para atribuir o no a los extranjeros derechos como reunión, manifestación, sindicación o libertad de asociación, y para en su caso distinguir a efectos del goce de los mismos entre extranjeros en situación irregular o no (DÍEZ-PICAZO 2005: 132). Asume en cambio el criterio, aunque admite las dudas que le suscita en relación a determinados derechos de extranjeros en situación irregular, ARAGÓN REYES (2001): 13-15.

mismos términos por el art. 47 CE). Expresiones de este tipo, en efecto, parten de la base de que para realizarse como persona todo individuo necesita una cobertura mínima imprescindible para la subsistencia, y al Derecho no le son desconocidas, desde luego, aplicaciones concretas de esta idea: así, en varias ocasiones ha considerado el TC que el respeto a la dignidad exige la garantía de un nivel económico mínimo de subsistencia, de tal modo que aquélla resultaría vulnerada, por ejemplo, si se permitiera el embargo del «mínimo vital» del deudor (32). Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, con todo, parece conveniente apuntar dos ideas en relación con la aplicabilidad de esta derivación de la dignidad. Por un lado, el recurso a la dignidad opera aquí como un refuerzo de principios y derechos de carácter económico ya consagrados en otros preceptos constitucionales (mencionados, de hecho, por la propia STC 113/1989: arts. 39, 41, 43 y 47 CE). Por otro, ha de tenerse en cuenta que lo que no resulta posible es extraer de la apelación a la dignidad un parámetro o criterio que impusiera al legislador un límite concreto de inembargabilidad del patrimonio del deudor; como señala Jiménez Campo, la argumentación del TC presenta de nuevo un cierto carácter circular (la dignidad exige que las cuantías inembargables sean acordes a la propia dignidad), y no cabe más que dejar a la libertad del legislador el cálculo y fijación normativa de tales cuantías (33).

3. *La exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas: la dignidad como autodeterminación*

En numerosas ocasiones ha caracterizado el TC la dignidad como «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (34). Esta idea de dignidad como autodeterminación —expresión de una imagen del ser humano como ser racional— constituye, sin duda, uno de los contenidos más

(32) SSTC 113/1989, de 22 de junio (FJ 3), y 16/1994, de 20 de enero (FJ 4). La conexión entre dignidad y derechos sociales es frecuente en la jurisprudencia constitucional comparada; ampliamente sobre ello, MCCRUDDEN (2008): 692-694 y 700-701.

(33) JIMÉNEZ CAMPO (2009): 183. En un contexto diferente —el de las indemnizaciones por la producción de muerte o lesiones— el TC vuelve a vincular la dignidad con una determinada suficiencia económica cuando considera constitucionalmente exigible al legislador que «establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 9), afirmaciones a las que resulta aplicable la segunda de las observaciones formuladas *supra* en el texto.

(34) STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 8), en un pasaje citado en muchas sentencias posteriores.

clásicos del concepto, y en nuestros días suele ser especialmente destacada en el debate público sobre determinados temas (aborto, eutanasia) en los que lo que se discute es, a la postre, la legitimidad de la constricción por parte del poder público de decisiones particularmente centrales en la vida de las personas —constricción que, como es notorio, se articula a través de normas jurídicas—. Pues bien, sin desconocer la secular tradición de este sentido de la dignidad en la historia del pensamiento, personalmente me resulta más clarificador —al menos a la luz de la multivocidad del concepto y sus imprecisos contornos— argumentar sobre estos problemas en términos de autonomía o autodeterminación; más allá de ese plano de fundamentación última que la dignidad puede desempeñar en relación a todos los derechos —también al derecho a dirigir la propia vida—, considero que cuando de lo que hablamos es de libertad, la alusión a la dignidad funciona más como un recurso retórico que como un argumento útil. Otra cosa sucede, en cambio, cuando la idea de dignidad permita captar algún matiz que no se halle presente en el concepto de mera autodeterminación —como ocurre con la apelación a la noción de paliación de un intenso sufrimiento—. Veámoslo brevemente.

Además del caso del aborto (que mencionaremos más adelante en la medida en que también entra en juego la noción de la «no instrumentalización» de la mujer), la siempre actual polémica en torno a la eutanasia constituye, sin duda, un buen ejemplo de lo que quiere decirse. Aunque existan otros en la misma línea, el argumento de mayor peso a favor de la legalización de la ayuda a morir en un contexto eutanásico pasa por la idea de la libertad, autonomía o autodeterminación (llamémosla o no «dignidad»): esa concepción del hombre como ser esencialmente racional y libre debería imponer el respeto (y, por tanto, la eliminación de las constricciones legales) a las decisiones personales sobre un aspecto tan central para uno mismo como la elección de la forma y el momento de morir, cuando se padece una situación experimentada como insostenible. Entendido en este sentido, como derecho a adoptar las propias decisiones en los ámbitos centrales de la propia existencia (al estilo del concepto amplio de la *privacy* en el Derecho constitucional norteamericano), el concepto de dignidad (más allá de ese papel «fundacional» del derecho) no añade nada al de autodeterminación.

Con todo, en el problema concreto de la eutanasia la noción de dignidad se utiliza muy a menudo con un matiz añadido al de la mera libertad o autodeterminación al que acabamos de aludir —con el que sí adquiere un peso propio—. El matiz es aportado por la noción de *sufrimiento* (de mayor alcance que la de dolor): en la vinculación entre eutanasia y dignidad (frecuentemente expresada con la apelación a un «derecho a una muerte digna») se introduce, de modo

más o menos explícito, la idea de que situaciones de extrema postración o dependencia, en las que la persona se ve privada de poder realizar por sí misma funciones básicas, situaciones, en fin, en las que la calidad de vida resulta muy pobre o ínfima, pueden ser experimentadas por el sujeto que las padece (o que no quiere llegar a padecerlas en un futuro próximo) como incompatibles con su dignidad, como una «cosificación» o reducción al estado de ser sufriente. Este tipo de apelación a la dignidad puede, a mi entender, detectarse en la conocida sentencia del Tribunal Constitucional colombiano de 1997 en la que se reconocía la ayuda activa a morir como un verdadero derecho del enfermo, con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de las conductas eutanásicas solicitadas. El Tribunal entendió, en efecto, que la licitud de tales conductas no es sino consecuencia obligada del respeto a la dignidad y la libertad individuales —consideradas verdaderos pilares de la Constitución colombiana de 1991—: si el enfermo terminal percibe su situación y sufrimientos como incompatibles con su propia dignidad, el Estado debe permitir que otros le ayuden a poner fin a su vida o incluso ejecuten su muerte (35).

La dignidad (y/o la muy próxima de integridad moral), en esta estrecha relación con la noción de sufrimiento a la que me vengo refiriendo, es también alegada en otros ámbitos próximos al anterior igualmente relacionados con el fin de la vida. Así, es frecuente que las limitaciones al esfuerzo terapéutico se fundamenten en la necesidad de respetar la dignidad del enfermo (cuyo cuerpo no puede quedar reducido a un campo de batalla contra la muerte, como sucede en el tradicionalmente llamado «encarnizamiento terapéutico»); y en los últimos tiempos la noción de dignidad (o la muy próxima de integridad moral) viene siendo argüida como fuente de un «derecho a no sufrir» del que a nivel jurídico se derivaría, por

(35) «El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral [...] Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables» (Sentencia C-239/97, de 20 de mayo, Parte 17). Con todo, en el debate sobre la eutanasia no es infrecuente que la dignidad sea alegada en sentido diametralmente opuesto, según el cual sería precisamente la solicitud de eutanasia y el acceder a ella lo que vulnerarían la dignidad del sujeto; *vid.*, por ejemplo, ANDORNO (2011): 661 (dando por sentado lo que a mi entender merecería una mucha mayor argumentación).

Como es sabido, el TC español, por su parte, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la prohibición de las conductas eutanásicas contenida en el artículo 143.4 del Código Penal de 1995; la ocasión de hacerlo a raíz del recurso de amparo planteado por el sr. Sampedro se perdió con el fallecimiento de éste, al no permitirse por el Tribunal la sucesión procesal en su reclamación.

ejemplo, la existencia de un derecho subjetivo a la aplicación de tratamientos paliativos y, en su caso, la sedación (36). El hecho de que este tipo de argumentaciones se refieran también a pacientes incompetentes —incluso aunque no hayan solicitado expresamente la supresión de un tratamiento ya inútil o la aplicación de medidas paliativas— evidencia que la noción de dignidad se emplea en estos contextos como algo diferente de la autodeterminación individual.

Fuera de estos casos en los que el recurso a la noción de dignidad (a través de su conexión con la noción de sufrimiento o postración) añade un «plus» a la apelación a la autodeterminación pura y simple, la utilización del concepto como equivalente a este último reviste, como decíamos, escasa utilidad. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se alude a la dignidad del sujeto como argumento para rechazar las limitaciones de libertad de tipo paternalista (es decir, orientadas a la preservación del propio bienestar del sujeto cuya libertad se limita).

Una buena muestra de esta utilización «antipaternalista» del concepto en la jurisprudencia puede encontrarse, por ejemplo, en el voto particular de dos magistrados a la Sentencia de 29 de enero de 2009 del Tribunal Supremo español (Sala 2.^a), en la que se dirimían diversos extremos jurídico-penales relacionados con el quebrantamiento de medidas cautelares de protección, como órdenes de alejamiento, realizado en el contexto de la violencia de género con consentimiento de la inicial víctima (que en un momento dado renuncia a dicha protección). Señalan los magistrados que «una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, de la misma manera que no es posible impedirle contraer matrimonio por considerar que su decisión es irrazonable. La mujer que solicita una medida de protección no pierde su derecho al libre desarrollo de su personalidad». Lo contrario «*implicaría una reducción de la mujer a un objeto de protección penal, incompatible con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)*» (37).

(36) GÓMEZ TOMILLO (2005): *passim*. Se refiere a la paliación del sufrimiento como uno de los derechos recientemente incorporados al contenido de la dignidad, BIRNBACHER (2001): 247.

(37) Voto particular de los magistrados Bacigalupo Zapater y Mata Martín a la STS de 29 de enero de 2009 (la cursiva es mía). Similares alusiones a la vulneración de la dignidad de la mujer que es protegida en contra de su voluntad pueden encontrarse también en la motivación de la mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad que dieron lugar a las SSTC sobre el tema citadas luego en el texto. Paradójicamente, como veremos enseguida *infra*, la dignidad es también alegada con frecuencia precisamente en el sentido contrario, esto es, como argumento justificativo de limitaciones paternalistas de la libertad (así, por ejemplo, cuando se argumenta a favor de la prohibición de la prostitución incluso voluntaria porque vulnera la dignidad —entendida en un sentido objetivo e irrenunciable— de las mujeres).

Es cierto, desde luego, que no reconocer al individuo la posibilidad de dirigir su propia vida supone, por decirlo en términos dworkinianos, dejar de tratarle (y ahí residiría el insulto, el trato «indigno»), como un igual moral merecedor de consideración y respeto (38). Incluso cuando se actúe con un propósito benevolente, tratar al otro como un ser incapaz de tomar sus propias decisiones implicaría una falta de respeto. Sin embargo, plantear el debate en términos de dignidad supone configurarlo —al menos en principio— en unos términos absolutos (dignidad como valor imponderable, no constreñible) que no casan bien con el núcleo del problema planteado por el paternalismo, cuyas múltiples aristas y matices parecen captarse mejor colocando al frente la noción de la autonomía y sus posibles límites. A la postre, lo que se dirime en el debate en torno a la legitimidad del paternalismo jurídico es hasta qué punto resulta aceptable la limitación de la libertad del individuo en aras de su propia protección (39). Se trata de una cuestión de pura y simple autonomía o, si se quiere, del libre desarrollo de la personalidad (como también se apunta en el párrafo arriba citado). Y en estos términos, de hecho, se ha planteado el problema de la legitimidad del paternalismo jurídico en la jurisprudencia constitucional de otros países (40). Lástima que nuestro TC haya desperdiciado en su sentencia 60/2010, de 7 de octubre, sobre la imposición obligatoria de la pena de alejamiento como accesoria en los delitos de violencia doméstica/de género —y en las posteriores SSTC 115/2010, 116/2010 y 119/2010, todas ellas de 24 de noviembre, que a ella remiten— la oportunidad de analizar la cuestión con la profundidad que merece (41).

4. *La prohibición de instrumentalización de la persona*

La concepción de la dignidad que deriva de ella la prohibición de instrumentalización de la persona (en el sentido de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: obrar de modo que no nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás únicamente como medios sino siempre al mismo tiempo como fines), que es también el sentido que mayoritariamente se atribuye por la

(38) *Vid.* DWORKIN (1989): 377-378.

(39) Sobre las posibles justificaciones del paternalismo jurídico me permito remitir al primer capítulo de mi monografía de 1999: 7-127.

(40) Sobre los parámetros del análisis de constitucionalidad de las normas paternalistas, con alusión a la jurisprudencia constitucional comparada puede verse mi trabajo de 2011: 2-14.

(41) Sobre dicha sentencia y la citada oportunidad perdida, TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2011): 9-14.

doctrina alemana a la consagración de la dignidad en el artículo 1 de la LF de Bonn, ha sido utilizada por nuestro TC en diversas ocasiones —de hecho, éste es el sentido jurisprudencialmente más rico—, si bien, como antes se decía, casi nunca como herramienta aislada de interpretación y menos aún de limitación o anulación de normas, sino en conexión con otros argumentos. Salvo algún supuesto más excepcional en el que se le puede atribuir una fuerza más directa, y que mencionaremos en su momento, en la mayoría de los casos que vamos a ver la dignidad se utiliza, de hecho, como un instrumento para interpretar dónde reside el contenido esencial de un derecho fundamental o cuándo se puede entender vulnerado.

a) *Dignidad de la embarazada y aborto*. Esta vertiente de la dignidad como garantía de la no instrumentalización es mencionada por vez primera en la jurisprudencia constitucional en la STC 53/1985, en la que se enjuiciaba la constitucionalidad de la regulación del aborto por el sistema de indicaciones. En referencia a llamada indicación ética (que permitía la interrupción del embarazo originado en un acto constitutivo de delito contra la libertad sexual), se razonaba que «la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento» (42); y efectivamente como mero instrumento reproductivo se la estaría utilizando si se le obligara a soportar un embarazo que le ha sido impuesto del modo más coactivo —y a su vez más lesivo de la dignidad— imaginable.

Interesa preguntarse en este momento si esta apelación a la dignidad de la mujer contenida en la STC 53/85 se restringe única y exclusivamente a los supuestos del embarazo fruto de un atentado a la libertad sexual —como inicialmente podría parecer—, o si puede también aplicarse de un modo más general. Como es conocido, la noción de dignidad de la mujer es frecuentemente utilizada por los defensores de una despenalización amplia de la interrupción del embarazo, ya sea en conexión con la noción de la libre autodeterminación (ya comentada), ya sea en conexión con esta noción de instrumentalización, en el sentido de que obligar jurídicamente a una mujer a soportar un embarazo y un parto que no desea supondría tratarla como un mero medio para la reproducción (43). Pues bien, a primera vista podría parecer que la sentencia de 1985 no se refiere en absoluto a estos casos, y que limita su referencia a la dignidad de la mujer al contexto en el que el embarazo haya sido impuesto a través de la violación. Sin embargo, lo cierto es que un análisis más detenido de la resolución permite alcanzar una conclusión distinta, que puede resultar interesante resaltar

(42) STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 11).

(43) *Vid.*, por ejemplo, FERRAJOLI (1999): 85.

a la luz de la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y del recurso de inconstitucionalidad que en el momento de escribirse estas líneas aún pende ante el TC. Pues bien, como en su día destacaba entre otros Ruiz Miguel (44), la argumentación esgrimida por la sentencia para otorgar primacía a los derechos de la mujer en los supuestos cubiertos por la indicación ética (pasajes donde el respeto a su dignidad se vincula estrechamente a la noción de autonomía), bien podría aplicarse para afirmar la constitucionalidad de una ley de plazos como la 2/2010, en la medida en que el conflicto entre estos dos valores y la vida prenatal se plantea *per se* siempre que una mujer no desea continuar con un embarazo. En este sentido, la sentencia no se limita a destacar la lesión de la dignidad que de por sí implica la imposición violenta del acto sexual mismo origen del embarazo, sino que expresamente menciona que «el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar la vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos» (45), afirmación ésta que comprende a la maternidad en general, aun cuando el acto sexual origen del embarazo haya sido consentido por la mujer (46). La propia sentencia de 1985 nos brindaría así, según esta interpretación, un argumento favorable a la plena constitucionalidad del sistema de plazos adoptado por la ley de 2010.

b) *Dignidad del reo y derecho a un juicio con las debidas garantías (art. 24 CE)*. La idea de la no instrumentalización en nuestra jurisprudencia constitucional aparece de nuevo en el contexto penal en relación con el derecho fundamental del artículo 24 CE, que entre otros aspectos consagra el derecho a un proceso con todas las garantías en que se permita al reo utilizar todos los medios de defensa. En relación a la posibilidad de conceder la extradición de un reo que había sido condenado en rebeldía a una gravísima pena de prisión por asesinato, la STC 91/2000, de 30 de marzo, aplica la idea de la eficacia *ad extra* de los derechos fundamentales, como filtro de valoración de actuaciones de otros Estados en casos en que (como este de la extradición o el de reconocimiento de eficacia de una sentencia extranjera), España tiene que partir de ellas para a su vez actuar en un determinado sentido. Y en tal razonamiento, la sentencia concede (al menos aparentemente) un peso importante a la noción de

(44) RUIZ MIGUEL (1990): 94-5, 101.

(45) STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 11).

(46) Lo que nos conduce de nuevo a la noción de autodeterminación cuya conexión con la de dignidad fue tratada *supra*. Sobre la importancia de plantear la problemática constitucional del aborto ante todo como un problema de autodeterminación de la embarazada me permito remitir a mi trabajo 2009a: 94-103.

dignidad, en la medida en que se sirve de ella como instrumento interpretativo del núcleo esencial del derecho fundamental del artículo 24 que en todo caso debe respetarse (también por un Estado extranjero) y que vincula a España a la hora de reconocer un acto jurídico extranjero o conceder una extradición: el principio de dignidad de la persona y el respeto a sus derechos inviolables expresa «una pretensión de legitimidad y, al propio tiempo, un criterio de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables» (47). Condenar a una persona en rebeldía a una gravísima pena de cárcel vulnera su dignidad, entiende el Tribunal, en la medida en que se le convierte en mero objeto del poder público y de sus procedimientos, sin haberle dado la posibilidad de intervenir en el proceso (48).

c) *Dignidad del reo y principios de culpabilidad y proporcionalidad.* Aunque no se indique expresamente, la proscripción de la instrumentalización del otro parece ser el sentido de dignidad al que parece estar aludiéndose cuando se la considera (*obiter dicta*) en la base del principio de culpabilidad penal (49), y más claramente, cuando se deriva de ella la necesidad de proporcionalidad de las penas, pues la pena arbitraria o desproporcionada «socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (50). Y en efecto, la estrecha conexión entre dignidad de la persona y proporcionalidad de las penas continúa siendo aceptada —y especialmente destacada en la doctrina alemana— con independencia de que lo sea o no la concepción retributiva de la pena en la que dicha conexión se enmarca dentro del pensamiento kantiano: al margen de que se sustente una concepción retributiva o (dentro de sus múltiples modalidades) preventiva de la pena, resulta claro que subordinar la severidad de las sanciones no a la gravedad del delito sino a necesidades sociales (por definición relativas) de prevención —de tal modo

(47) STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

(48) «Imponer, sin audiencia y defensa personal previa ni posterior, penas que afectan profundamente a los derechos más estrechamente ligados a la personalidad, sobre la base de imputaciones que comportan una reprobación de tal gravedad que se proyecta sobre la condición de la persona misma parece ya, prima facie, incompatible con su dignidad. Y lo es tanto más 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» (*ibidem*, FJ 14, en consideraciones reiteradas en lo sustancial en la STC 181/2004, de 2 de noviembre).

(49) STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4.

(50) STC 55/96, de 28 de marzo, FJ 8. Considera que la exigencia de proporcionalidad entronca más directamente con la interdicción constitucional de la arbitrariedad *ex* artículo 9.3 CE, JIMÉNEZ CAMPO (2009): 183.

que fuera admisible penar gravemente delitos leves con el fin de disminuir su frecuencia— supondría, además del riesgo de una progresiva exasperación de las penas que terminara incurriendo en el terror penal, una inadmisibles instrumentalización del reo (51).

d) *Dignidad y no patrimonialización de la persona, del cuerpo humano o de formas de vida humana.* Como parte de la noción de dignidad que ahora comentamos ha de aludirse también a una de sus derivaciones más clásicas: la que excluye la consideración del ser humano como una mera «cosa» objeto de propiedad ajena y de intercambio económico. Más allá de proyecciones evidentes, como la prohibición absoluta de la esclavitud, en la actualidad la idea viene siendo utilizada con frecuencia en el debate bioético en relación con diversos ámbitos, alguno de los cuales ha encontrado reflejo, siquiera tenue, en nuestra jurisprudencia constitucional. Así, a título de *obiter dicta* enuncia el TC una idea que —en caso de promulgarse alguna norma que la contradijera— sí podría suponer una aplicación muy directa del principio de dignidad en esta vertiente. En la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que aborda el recurso planteado contra la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos, se enfrenta el TC a la objeción de los recurrentes según la cual la donación de estos objetos supondría una patrimonialización de la persona constitucionalmente prohibida; rechaza el TC que en los casos previstos por la ley se produzca tal cosa —puesto que precisamente lo que se prevé expresamente es la gratuidad de la donación—, pero *en passant* señala que si tal patrimonialización concurría en este contexto o en el de la donación de órganos humanos (*inter vivos* o incluso de órganos de cadáver), ello sería «desde luego» incompatible con la dignidad de la persona (52).

Ciertamente, el argumento de la afectación de la dignidad se erige como uno de los más utilizados en el debate (creciente en el ámbito bioético) relativo a la admisibilidad de una venta o mercado de órganos *inter vivos*, aunque desde luego no constituye en modo alguno el único. A las voces (algunas de ellas autorizadas, pero en todo caso todavía muy minoritarias) que tanto con argumentos centrados en la autonomía individual como desde una óptica consecuencialista abogan por la venta de órganos como un modo moralmente admisible y efectivo de paliar

(51) La literatura penalista al respecto resulta inabarcable. *Vid.*, por todos, OTTO (1981): *passim*, o ROXIN (1976): 24-29 y *passim*.

(52) STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 8. Como ya se ha mencionado *supra* III, en la medida en que el argumento se refiriese al tráfico de células o tejidos procedentes de embriones o fetos, pareceríamos encontrarnos ante una noción de la dignidad predicada no tanto del individuo o persona, ni siquiera del feto o embrión (a los que no puede decirse que en la sentencia se les atribuya dignidad *per se*) como del más genérico sustrato de la «vida humana».

su escasez y salvar vidas humanas (53), se oponen, en efecto, razonamientos de diverso signo, que abarcan desde el más puramente paternalista (necesidad de proteger a quien adopta una decisión irracional que le perjudica) hasta el centrado en el carácter intrínsecamente inmoral de la práctica por lesiva de la dignidad (en el sentido kantiano al que nos venimos refiriendo) (54), pasando por argumentos consecuencialistas de pendiente resbaladiza (referidos a los indeseables efectos que se derivarían de la legalización de la venta), así como por diversas versiones del argumento de la explotación (55). En el ámbito jurídico-constitucional de nuestro país, en cualquier caso, cuando menos el argumento de la dignidad tal y como es mencionado en la STC 212/1996 parecería augurar escasas posibilidades de éxito a una eventual (y por lo demás totalmente improbable) legalización de esta práctica.

Al margen de lo anterior, el problema de la admisibilidad de intercambios comerciales sobre el cuerpo humano se ha intensificado en los últimos años de modo especial en el ámbito de la medicina reproductiva y sus derivados, en el que la objeción de la dignidad (en su vertiente de prohibición de instrumentalización o de «cosificación» de la persona) se presenta en variadas formas dependiendo de la práctica concreta de que se trate. Respecto de la venta de óvulos o esperma el argumento suele referirse no tanto (o no sólo) a la dignidad del individuo que los vende como a la de la «vida humana» de un modo más genérico (56), o a la del futuro ser humano que haya de nacer a partir de un gameto objeto de intercambio comercial (57); en el ámbito de la discusión sobre la maternidad subrogada, en cambio, la idea es esgrimida sobre todo en relación a la mujer gestante, que sería tratada de modo instrumental como mero receptáculo del ser en formación en aras de la satisfacción de los deseos de paternidad de otras personas. Al margen

(53) *Vid.*, por ejemplo, el breve pero muy citado trabajo de G. DWORKIN (1994), así como los más argumentados de TAYLOR (2002) o GILL y SADE (2002). Breve pero ilustrativo, ERIN y HARRIS (2003), y el posterior comentario de SAVULESCU (2003). Casi todos estos autores abogan, en todo caso, por un mercado estatalmente regulado que sustraería la cuestión al intercambio puramente privado entre partes.

(54) MORELLI (1999). Una inteligente crítica a su argumentación en GILL y SADE (2002): 8-13.

(55) *Vid.* entre otros muchos ZUTLEVICS (2001) o RIVERA LÓPEZ (2006). Un útil repaso a los puntos clave sobre el debate en torno al mercado de órganos puede encontrarse en DE LORA DEL TORO (2008): 188 y sigs.

(56) *Vid.*, por ejemplo COHEN (1999): 295-301.

(57) Se centra en esta perspectiva, por ejemplo, el trabajo de LYNDON SHANLEY (2001). Interesa apuntar aquí, en todo caso, que al margen de las previsiones legales actualmente vigentes en nuestro país respecto a la gratuidad de las donaciones (arts. 5.1 y 5.3 de la Ley 14/2006, de Reproducción Asistida), la «compensación» económica de las molestias ocasionadas por todo el proceso en el caso de la donación de óvulos parece estar convirtiendo esta práctica en una verdadera venta encubierta. Sobre las dificultades de coordinar la lógica legal de la gratuidad con la noción de una «compensación» (suficiente para el fin de indemnizar las molestias pero no tan alta como para hacer del lucro el único motivo de la donante), LEMA AÑÓN (2011): 864-6.

de plantear la ardua cuestión de si resulta conceptualmente posible vulnerar la dignidad de otra persona a través de una práctica voluntariamente aceptada por ella (problema sobre el que volveremos enseguida), el tema suscita multitud de interrogantes, como, por ejemplo, el de si la supuesta vulneración de la dignidad se considera inherente a este tipo de pactos *per se* o si, por el contrario, su afirmación se restringiría únicamente a los casos de percepción de una remuneración económica por parte de la gestante (donde sí pudiera hablarse de una verdadera «patrimonialización»), de tal suerte que la práctica se consideraría éticamente admisible en supuestos altruistas (como ocurre, de hecho, en el contexto de la donación de órganos) (58).

e) *Dignidad del trabajador y proscripción de su consideración como «mero factor de producción»*. Una de las aplicaciones más directas del principio de dignidad que pueden encontrarse en la jurisprudencia constitucional se contiene en la STC 192/2003, de 27 de octubre, en relación con el ámbito laboral, pues aunque se articule por la vía de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, lo cierto es que el amparo concedido en este caso al trabajador —despedido por trabajar para otra empresa durante el tiempo de vacaciones— se basa claramente (y de modo expreso así lo dice también el fallo) en la vulneración de su dignidad. La sentencia considera que

«la dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para la que presta servicios. [...] 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 supone 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 artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad)» (59).

(58) Sobre ello puede consultarse entre otros muchos el trabajo de SÁNCHEZ ARISTI (2010).

(59) STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7. Entiende BAYLOS GRAU que aunque el prisma de la libertad de trabajo del artículo 35.1 CE juega un importante papel en el razonamiento de la sentencia, resultaba necesario ascender al nivel superior de la dignidad, la libertad personal y la vida privada para mostrar en toda su extensión «el fundamento político de la limitación del control sobre la persona y de la vida privada del trabajador y, por tanto, la función interpretativa que la dignidad personal del trabajador proyecta sobre las condiciones de ejecución del contrato de trabajo

f) *Dignidad y proscripción de la utilización del otro como mero instrumento de placer o diversión.* En este contexto se antoja fundamental realizar una distinción, según nos encontremos ante una utilización consentida o no.

Las cosas son mucho más sencillas cuando quien se sirve de otro como mero medio de obtención de su propio placer o diversión lo hace sin contar con el consentimiento del afectado. Es conocida en este sentido la STC 231/1988, de 2 de diciembre, sobre la emisión del vídeo de los momentos previos a la muerte de un famoso torero, en la que el parámetro de la dignidad se utilizó como criterio interpretativo del derecho fundamental a la propia imagen: «En ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el artículo 10 de la CE» (60). Este caso presentaba, con todo, algunas peculiaridades interesantes, en la medida en que la persona cuyo sufrimiento se convertiría en objeto del divertimento o curiosidad morbosa de otros estaba ya muerta en el momento de producirse esa acción supuestamente lesiva de la dignidad, lo que suscita la polémica cuestión de si tiene sentido hablar de la dignidad de quienes ya no viven. En cualquier caso, volviendo a lo que ahora interesa, y refiriéndonos sólo a personas vivas, resulta indudable que utilizar a otro contra su voluntad como mero instrumento de placer o diversión —humillándole o degradándole— supone una de las vulneraciones más claras de la dignidad, directamente conectada, por cierto, con la integridad moral y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del artículo 15 CE.

La noción de dignidad guarda en efecto, como es conocido, una estrechísima relación con la de la integridad moral, consagrada como derecho fundamental (junto a la vida y la integridad física) en el artículo 15 CE, que establece también la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes. En puridad, la noción de integridad moral, al igual que la de dignidad, posee diversas acepciones, y es una de ellas (la referida a la consideración de la persona como sujeto moral, con capacidad de decisión y voluntad) la que más coincidencias presenta con la dignidad (o, mejor, con una determinada acepción o consecuencia

(2004): 662. Precisamente en el ámbito del Derecho del Trabajo encuentra la noción de dignidad una de sus aplicaciones jurídicamente más directas, en la medida en que el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores prevé como causa justa de rescisión unilateral del contrato por parte del trabajador «las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo [...] que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador».

(60) STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 8.

normativa de la dignidad: la que ahora nos ocupa relativa a la prohibición de la instrumentalización, cosificación y consiguiente degradación o humillación de otro contra su voluntad) (61).

Como es sabido, la integridad moral constituye *per se* un bien jurídico-penal, objeto de protección directa por los tipos que sancionan las «torturas y otros delitos contra la integridad moral» (tal es la rúbrica del Título VII del Libro II del Código Penal de 1995, que acoge diversas figuras delictivas). Dejando al margen las particularidades del delito de torturas dentro de los delitos contra la integridad moral, y sin desconocer tampoco que la identificación entre este concepto y el de dignidad es objeto de discusión en la doctrina penal relativa a estos delitos (62), puede constatarse que la zona de intersección entre ambos es particularmente explícita en la jurisprudencia penal ordinaria, sobre todo en la referida al delito recogido en el artículo 173.1 Cp (63). Un repaso a la aplicación jurisprudencial de este precepto permite constatar, en efecto, que a la hora de identificar los rasgos de la conducta típica (qué sea infligir un «trato degradante» con menoscabo de la integridad moral) los tribunales (y en particular la Sala de lo penal del Tribunal Supremo) siempre recurren, a la postre, a la noción de dignidad, y a la lesión que de ella comportan las conductas claramente humillantes, envilecedoras o vejatorias, que tratan a la persona como un mero objeto (64).

La cuestión verdaderamente problemática se plantea, en cambio, cuando la utilización de una persona es libremente consentida por ella. Nuestra sociedad ofrece numerosos ejemplos en este sentido, más o menos habituales o extraordinarios. El más evidente es sin duda el de la prostitución u otro tipo de actividades de carácter sexual libremente ejercidas a cambio de una remuneración (espectáculos pornográficos, cabinas de exhibicionismo en los llamados *peep-shows*, etc.), pero podrían mencionarse también otras muestras de ello. Piénsese, por ejemplo, en la tendencia —lamentablemente harto generalizada en las sociedades occidentales— a convertir los medios de comunicación de masas, y especialmente la televisión, en espacios de exhibición (evidentemente a cambio de una contraprestación económica) de la propia intimidad o incluso del propio

(61) *Vid.* STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13. Sobre ello y otros posibles sentidos de la integridad moral en la jurisprudencia constitucional (como integridad y salud psíquica de la persona, o como inviolabilidad de la propia personalidad o identidad moral), PÉREZ MANZANO (2009): 326-327.

(62) *Cfr.*, por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ (1999): 19-28 (y los que cita) y ALONSO ÁLAMO (2007): *passim*, también con amplias indicaciones bibliográficas.

(63) En el que se sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años al que «infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral».

(64) *Vid.* a título de mero ejemplo las SSTS (Sala 2.^a) de 3 de octubre de 2001, 18 de febrero de 2008 (FJ 5), 3 de marzo de 2009 (FJ 4) o 26 de octubre de 2009 (FJ 9). En esta línea, entre otros, PÉREZ ALONSO (1999): *passim* y especialmente 164.

sufrimiento, que se convierten así en medio de entretenimiento de un público morboso. A la venta y (correlativamente) al consumo de la intimidad de personajes más o menos famosos ya nos hemos acostumbrado plenamente (o a que un determinado sujeto se deje insultar o vapulear en un programa televisivo), aunque algunos supuestos extremos sí despierten, cuando menos, cierta inquietud —pensemos, sin ir más lejos, en el programa *Gran Hermano* de una cadena de televisión británica, en el que una mujer fue vendiendo la retransmisión de los diferentes estadios de su grave enfermedad hasta su muerte, o en la muy reciente emisión por un canal de la televisión danesa de un programa en el que mujeres desnudas se someten al escrutinio y valoración de varios «jueces»—. Del mismo modo, no deja de suscitar ciertas dudas —como mínimo desde el punto de vista de la deontología profesional— la conducta de los cirujanos que intervienen quirúrgicamente a personas que optan por adquirir un aspecto ridículo, risible o (como en el caso extremo de las llamadas «barbies humanas») directamente deshumanizado (65).

Pues bien, la cuestión que aquí interesa plantear desde el punto de vista jurídico es la de si los poderes públicos deben encontrarse o no facultados para impedir conductas, actividades, espectáculos, emisiones televisivas, etc., sobre la base de que, aunque cuenten con el libre consentimiento del afectado, suponen un atentado «objetivo» contra la dignidad humana (que como tal debería ser impedido o, cuando menos, no facilitado). Como es evidente, sucede aquí que en este tipo de supuestos vienen a contraponerse —de modo paradójico— dos sentidos diferentes de la dignidad (como proscripción de la instrumentalización, cosificación o degradación del otro, por un lado, y como deber de respeto de las decisiones libremente adoptadas por él, por otro): en el debate sobre la prostitución libre, por ejemplo, nos encontramos en efecto con un discurso que alega la protección de la dignidad (en el primer sentido citado) como argumento paternalista para limitar lo que para el discurso contrapuesto constituye el elemento definitorio de la misma (en la segunda acepción, esto es, la de libertad o autodeterminación) (66).

Nos referimos aquí a la limitación de actividades en las que primariamente parezca afectada la dignidad de una persona que, sin embargo, desea libremente realizarla, esto es, a la utilización de la dignidad en un sentido paternalista. No es éste el caso, por ejemplo, de las restricciones a la publicidad —recordemos que el art. 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publici-

(65) Sobre todos estos supuestos es fácil localizar información mediante una sencilla búsqueda en la red.

(66) Sobre ello, en referencia a la prostitución, REY MARTÍNEZ (2006): 104 y sigs.

dad, declara ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona», con una especial referencia a los anuncios vejatorios para las mujeres introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género—. Con independencia de que la persona cuya imagen sea utilizada para este tipo de publicidad haya prestado libremente su consentimiento para ello, esta previsión no se orienta a preservar *su* dignidad, sino a evitar que la publicidad proyecte una determinada visión ya sea del ser humano como tal, ya de grupos sociales (mujeres, discapacitados, trabajadores), lo que puede justificarse con argumentos de variado signo: proteger la sensibilidad de los grupos sociales denigrados, evitar que la publicidad contribuya a que los sectores más influenciados por ella (especialmente los menores) se forjen una determinada imagen de aquéllos, etc. (67).

Otro ejemplo en línea similar al anterior (prohibición de una actividad por lesiva de la dignidad no de los individuos que toman parte en ella— según reconoce la propia sentencia—, sino de la dignidad humana en un sentido mucho más amplio) es el proporcionado por el llamado *caso Omega*, en el que el más alto tribunal del orden administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) dio por buena la prohibición por las autoridades de la ciudad de Bonn de un juego de guerra realizado con equipamiento y tecnología proporcionados por una sociedad británica —cuyo objetivo consistía en tirar «a matar» con ametralladoras láser a los otros jugadores, provistos a su vez de los correspondientes chalecos dotados de sensores—, basándose, en este caso, en la vulneración de la dignidad humana que dicha banalización de la violencia comportaba (68). Al margen de suscitar algunas cuestiones de gran interés de Derecho comunitario (en esencia: las implicaciones que las divergencias entre los Estados respecto de la comprensión de derechos o valores fundamentales pueden revestir para la libre prestación de servicios), abordadas por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que resolvió la cuestión prejudicial planteada al respecto por el propio tribunal alemán (69), la sentencia definitiva de este último constituye un ejemplo inmejorable de hasta qué punto la herencia histórica forja la interpretación de la dignidad (a menudo, como en este caso, extensiva hasta la desmesura) todavía hoy en Alemania.

(67) Ello, por supuesto, con las dificultades inherentes a identificar tal lesión de la dignidad, sobre todo cuando se atribuye a colectivos. *Vid.*, por ejemplo, STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) de 21 de febrero de 2005 (anuncio vulneratorio de la dignidad de la profesión médica y de la libertad sexual de los menores) o STS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2010 (en la que no se aprecia afectación alguna).

(68) *BVerwG* 6C 17.06, de 13 de diciembre de 2006.

(69) Sentencia TJCE (Sala 1.^a) de 14 de octubre de 2004 (AS. C-36/02: «Omega»), objeto de un interesante comentario en SÁNCHEZ LORENZO (2006).

Pues bien, volviendo a los usos paternalistas de la dignidad, aunque nuestro Tribunal Constitucional no se ha enfrentado a ningún caso de este tipo, sí pueden encontrarse algunos ejemplos de resoluciones interesantes de la jurisdicción ordinaria (española), así como de ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, ciertamente de calado muy diverso. En este sentido, resulta sobradamente conocido el caso del llamado «lanzamiento de enanos», que recaló incluso en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Después de que autoridades administrativas municipales francesas (con el posterior refrendo del Consejo de Estado) prohibieran en varias ocasiones la celebración de este tipo de espectáculos sobre la base de que resultaban denigrantes para la dignidad (elemento integrante del orden público), un ciudadano afectado de enanismo, que tenía en este tipo de actividades su modo de vida, recurrió ante el mencionado Comité por entender que la lesión de su libertad y su dignidad residía precisamente en privarle de su medio de obtener el sustento. Sin embargo, en la comunicación *Wackenheim v. Francia*, el Comité dio por buena la actitud del Estado francés (y con ello la visión de la dignidad como dotada de una dimensión objetiva, protegible incluso en contra de la voluntad del afectado) (70).

Con todo, es en el ámbito de los negocios de contenido sexual donde esta contraposición resulta más evidente. En este sentido, en su momento fue muy conocida una sentencia del antes citado *Bundesverwaltungsgericht*, de 1981, que consideró constitucional la denegación de licencia a un negocio de exhibicionismo sexual en cabinas de pago, por entender que las características especialmente despersonalizadas de este tipo de negocios convertían a la mujer observada en un mero objeto para motivar el placer sexual de quienes la contemplaran, lo que constituía una lesión del valor objetivo de su dignidad personal, y ello con total independencia —y así lo decía expresamente la sentencia— de que la interesada realizara la actividad de forma plenamente voluntaria (71). En parte, esta idea late también en las normas radicalmente prohibitivas de cualquier tipo de negocio sexual (con independencia de la mayor o menor libertad de la mujer); piénsese, por ejemplo, en la Ley que Prohíbe la Compra de Servicios Sexuales, que entró en vigor en Suecia el 1 de enero de 1999. Es cierto, desde luego, que la idea de la protección de la dignidad como un valor «objetivo», independiente de la voluntad de su titular, no constituye la única explicación de esta norma —como tampoco de la corriente de pensamiento prohibicionista que le sirve de base, ni, por lo demás, de la corriente abolicionista—, pues tanto uno como otro enfoque suelen partir de la presunción de la prostitución como una

(70) Comunicación núm. 854/1999, adoptada el 15 de julio de 2002.

(71) *BVerwGE* 64, 274.

actividad no verdaderamente libre, en la que la mujer es objeto de una verdadera explotación sexual por parte de terceros (72). Pero incluso así, el argumento que aquí nos interesa sí mantiene su importancia con respecto al porcentaje de prostitución libre (más o menos residual) que indudablemente existe. Y aquí nos encontramos con un discurso en el que la referencia directa a la «amoralidad» de la práctica, tan presente en tiempos pasados, ha sido sustituida (especialmente en el discurso del sector abolicionista del feminismo) por la bandera de la dignidad de la mujer. Un excelente ejemplo de ello puede encontrarse en el Informe de la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer del Congreso y del Senado, de 2007, según el cual «... a los efectos de la intervención del Estado nada aporta la distinción entre prostitución libre o forzada que olvida que el ejercicio de la prostitución atenta contra la dignidad de las personas que la ejercen» (73); en el ámbito penal, parecidas consideraciones sirven de base también a voces que entre nosotros proponen la intervención penal ante cualquier tipo de prostitución, combinando el argumento de la explotación con (en los casos en que la prostitución pudiera estimarse voluntaria) el argumento de la vulneración de la dignidad que toda utilización de servicios sexuales comporta *per se* (74).

Este uso de la dignidad como limitador o restrictivo de derechos —de la libertad con carácter general o, en algunos casos, de la más específica autodeterminación en el ámbito de lo sexual— resulta, huelga decirlo, especialmente pro-

(72) Un buen resumen sobre los modelos o enfoques prohibicionista, abolicionista y reglamentarista de la prostitución y de los términos del debate (que obviamente van mucho más allá de la discusión en torno a la degradación de la mujer) puede encontrarse en DE LORA DEL TORO (2007).

(73) «Informe de la Ponencia sobre la prostitución en nuestro país» (aprobada en sesión de la ponencia de 13 de marzo de 2007), *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 13 de abril de 2007, pág. 20.

(74) *Vid.* ALONSO ÁLAMO (2007): 18-20. Aunque insistiendo sobre todo en la falta de voluntariedad de la práctica de la prostitución, *vid* también de la misma autora 2011: 43-4. Por su parte, en el ámbito laboral, la idea de la explotación pero también la de dignidad ha servido de base a diversas sentencias de Juzgados de lo Social que rechazan atribuir la consideración de relación laboral a la vinculación entre el propietario de un local de alterne y las mujeres que realizan en él no sólo el alterne en sentido estricto (que sí fue en su día considerado por el Tribunal Supremo como apto para ser objeto de una relación laboral) sino actividades de prostitución. *Vid.* SS Juzgado de lo Social número 2 de Vigo de 9 de enero de 2002 y de 7 de mayo de 2004, así como la del Juzgado de lo Social número 2 de Tarragona de 20 de julio de 2007. Parece con todo, que esta visión no encuentra hoy respaldo en la jurisprudencia del TS, cuya Sala 2.^a afirmaba recientemente que «la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho...» (sentencia de 14 de abril de 2009).

blemático, por mucho que un sector doctrinal parezca considerarlo obvio (75). Tanto más dificultoso cuanto, como hemos visto reiteradamente, uno de los sentidos más clásicos de la dignidad es precisamente el entendimiento del hombre como sujeto moral capaz de autodeterminarse (76). Las dificultades para determinar cuándo se ve vulnerada y cuándo esa vulneración ha de ser impedida, ya inherentes al concepto, se acrecientan si cabe en estos casos en que el propio individuo afectado, libremente, no lo entiende así o —por qué negarlo— sí es consciente de su propia humillación o cosificación pero tiene sus motivos para aceptarla (libremente). En puridad, no se trata tanto de que no sea posible conceptualmente vulnerar la dignidad de quien consiente; incluso aunque a efectos dialécticos admitamos tal posibilidad, la clave sigue encontrándose en si es conveniente reconocer a los poderes públicos la potestad de determinar qué prácticas consentidas conculcan la dignidad y la de, sobre esta base, prohibir la actividad en cuestión (77). Personalmente creo que existen buenas razones para no hacerlo así: aunque algunos de los ejemplos que hemos manejado nos resulten desagradables o incluso repulsivos (el lanzamiento de enanos, la venta de la propia muerte a un espacio televisivo), los peligros de que sea el Estado quien determine qué actividades consensuadas vulneran la dignidad se antojan demasiado importantes y los costes para las esferas de libertad de los ciudadanos (especialmente en el ámbito de lo sexual) demasiado altos.

(75) Sirvan de ejemplo las contundentes palabras de ANDORNO (2011): 661, para quien «puede decirse que es la dignidad humana la que fija el marco en el que las decisiones autónomas gozan de legitimidad» (si bien ha de decirse que el autor no se refiere a ejemplos como la prostitución o la pornografía, sino a otros como la venta de órganos o la petición de eutanasia). En similar línea GONZÁLEZ PÉREZ (2011): 78 y 166-7 u OEHLING DE LOS REYES (2010): 426-429. En pág. 428 cita por cierto este último autor algunos de los supuestos mencionados en el texto (*Peep Show*, lanzamiento de enanos) en pie de igualdad con otro ejemplo en el que a mi juicio no concurren en modo alguno las notas que fundamentan el carácter esencialmente problemático de aquellos, como es el AAP de Barcelona de 14 de marzo de 2006, en el que se dispone la hospitalización forzosa de una chica anoréxica. La cuestión central no es aquí que «el hecho de que una chica pueda supeditar el patrón social estereotipado de belleza por encima de su propia salud física y psíquica afecta a la noción mínima de dignidad y requiere de una intervención pública», sino que reside (y así la enfoca la Audiencia) en la valoración de la competencia psíquica de una persona para adoptar una decisión de no ingerir alimentos que pone en peligro su salud y su vida —cuestión para la que, entiendo, poco aporta traer a colación la noción de dignidad—.

En el ámbito penal *vid.* igualmente la interesante aportación de GUÉREZ TRICARICO (2012): 344-351, en el que pese a abogar *de lege ferenda* por la eficacia justificante del consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones, defiende el criterio de la afectación de la dignidad como límite último, en determinados casos, a dicha eficacia.

(76) Resalta especialmente esta contradicción, aludiendo a la jurisprudencia del TC sobre dignidad como autonomía, MAQUEDA ABREU (2010): 1-2.

(77) Sobre autolesiones de la propia dignidad, GARZÓN VALDÉS (2006): 44 y sigs.

g) *Dignidad y utilización de la persona (inocente) como medio de salvación de otro (igualmente inocente o no agresor: la Ley alemana de Seguridad Aérea de 2005 y la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006.* En el grupo de casos anterior nos hemos referido a la posible instrumentalización de otra persona en aras de la obtención del propio placer o interés de quien la utiliza, pero lo cierto es que la cuestión también se plantea cuando la utilización del otro se dirige a la consecución de fines valorables positivamente. El tema resulta sobradamente conocido y el debate al respecto goza de una larga tradición —tanto desde la perspectiva filosófico-moral como desde la penal—, normalmente a partir de ejemplos de casos difíciles en los que se discute la posibilidad de justificar moral y/o jurídico-penalmente el sacrificio de la vida o la integridad física de uno o varios sujetos como medio para la salvación de otro u otros: en este sentido son ya clásicos los ejemplos de la extracción de un riñón a un paciente para trasplantarlo a un enfermo gravísimo, la extracción coactiva de sangre para transfundirla a quien la necesita, el sacrificio del pasajero más débil de la barca para servir de alimento a los demás naufragos, el desvío a una vía secundaria de un tren de mercancías a punto de colisionar con otro repleto de pasajeros, a pesar de que con ello se sacrifica conscientemente la vida de varios operarios, etc. (78)

Pues bien, el principio rector de la dignidad resulta útil (aunque desde luego no sería el único argumento para ello) para resolver algunos de estos supuestos —así, por ejemplo, el rechazo unánime a la justificación en el caso del trasplante suele sustentarse en que aquí el enfermo es absolutamente cosificado como un mero sustrato corporal al servicio de los intereses de otro— (79), pero no parece serlo para todos ellos. Y es que, en efecto, pueden entrar en juego diferentes factores que desdibujan la rotundidad de la argumentación. Así, por ejemplo, en el supuesto de la extracción de sangre es la gran diferencia entre la (insignificante) lesión y el (enorme) beneficio obtenido la que sirve de base a penalistas tan autorizados como Roxin y algunos otros para estimar que la ex-

(78) Sobre estos y otros ejemplos, con numerosas referencias, HÖRNLE (2010), *passim*, o DOMÉNECH PASCUAL (2006): 392-397.

(79) Propone una variante de este conocido ejemplo —la imposibilidad de justificar la extracción del riñón también de un paciente en coma irreversible—, para mostrar cómo la dignidad integra el bien jurídico salud personal (dando lugar a un delito de lesiones no justificado en ningún caso), al margen de que ésta sea o no el medio para la autorrealización del individuo, PEÑARANDA RAMOS (2003): 368. Otra cuestión, desde luego, es el juego que debería concederse al argumento de la dignidad en relación a los órganos de cadáver, cuya confiscación por el Estado como medio para lograr paliar su carestía y evitar la pérdida de vidas humanas es defendida entre nosotros por DE LORA DEL TORO (2012).

tracción coactiva (en principio penalmente relevante como delito de coacciones) se encontraría justificada por estado de necesidad (80).

Con carácter general, es cuestión largamente discutida la del papel que deba otorgarse a la dignidad en la ponderación de los intereses en juego a efectos de justificar o no por estado de necesidad (art. 20.4 del Código Penal español) un hecho penalmente típico (81). Una discusión que en los últimos años se ha abierto en el mundo occidental (y en lo que aquí más interesa, en Alemania) incluso en un ámbito, como es el de la justificación de la tortura en casos extremos, en el que nunca antes se había planteado con claridad a nivel doctrinal. Aunque desde luego la postura muy mayoritaria sigue siendo la contraria a la justificación por estado de necesidad, es interesante constatar que penalistas de prestigio —como es el caso de Gössel— ponen en duda el carácter supuestamente indiscutible del razonamiento, basándose, entre otras ideas, en el rechazo al pretendido carácter absoluto e imponderable de la dignidad (82). La cuestión no puede ser tratada aquí con la profundidad que merece; baste decir que, a mi entender, la posibilidad de justificación se encuentra vedada también en estos supuestos por el artículo 15 CE, que en su prohibición de la tortura «en todo caso» consagra una regla especial de solución del conflicto, que —dado su rango constitucional— no puede ser obviada por una ponderación distinta llevada a cabo por el juez o tribunal penal conocedor del caso (83).

En esta misma línea de discrepancias, en los últimos años estamos asistiendo a una polémica sobre un nuevo «caso difícil» que en esta ocasión presenta el interés añadido de haber sido plasmado en una norma a su vez objeto de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán. Después de los acontecimientos del 11-S y del 11-M, y en el contexto de un incremento constante de la preocupación por la seguridad sobre todo aérea ante ataques terroristas, se aprobó en 2005 en Alemania una Ley de Seguridad Aérea cuyo párrafo 14 autorizaba al Ministro Federal de Defensa a ordenar el derribo de aviones comerciales secuestrados cuando «pueda concluirse que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro

(80) Por todos, ROXIN (2006): § 16, ns.ms. 48-49 y 92, con numerosas referencias bibliográficas. No es ésta, ha de reconocerse, la postura mayoritaria en Alemania, que incluso en este caso rechaza la justificación con el argumento de la instrumentalización lesiva de la dignidad [por todos, JESCHECK Y WEIGEND (1996): 364].

(81) Entre nosotros *vid.* al respecto, por ejemplo, CEREZO MIR (1998): 35-35.

(82) *Vid.* GÖSSEL (2007): 52-62. Una muestra de la postura contraria —muy mayoritaria— que sí otorga un peso decisivo al argumento de la dignidad, en ROXIN (2004).

(83) *Vid.* TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2009b): 103. En igual sentido, MOLINA FERNÁNDEZ (2006): *passim*.

inminente». Pues bien, este precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 15 de febrero de 2006, además de por razones competenciales que aquí no interesan, merced a dos argumentos, el de la vida humana y el de la dignidad, en la medida en que el derribo afectara a personas inocentes (84). En lo que ahora importa, la argumentación del Tribunal se basó en el entendimiento de que la consagración de la dignidad en el artículo 1.1. LF de Bonn veda de modo absoluto cualquier instrumentalización de la persona, siquiera sea en aras de la salvación de la vida de otros: en la medida en que la norma permite el derribo del avión con pasajeros inocentes, se estaría tratando a éstos como meros instrumentos o cosas, simples objetos con los que proteger a otras personas (85). Eso sí, no se lesionaría la dignidad en caso de que en el avión derribado únicamente hubiera terroristas, pues en la medida en que serían ellos mismos los que con su previo comportamiento autodeterminado se habrían colocado en esa situación antijurídica extrema, la respuesta defensiva del Estado no les convertiría en meros objetos; dependía de ellos mismos evitar su propia muerte, de la que sólo a ellos cabría responsabilizar por haber provocado antijurídicamente la actuación estatal (86).

En toda la sentencia late la idea de que la dignidad humana se encuentra sustraída a cualquier ponderación: no es posible dar por buena esta regulación sobre la base de un supuesto «saldo positivo» en cuanto a las vidas sacrificadas y las preservadas con el derribo del avión, pues los cálculos cuantitativos son inadmisibles en este contexto (87). Esta idea de sustracción de la vida (en cuanto directamente derivada de la dignidad) a toda ponderación fue manejada por el propio Tribunal Constitucional alemán en la primera de sus dos sentencias sobre el derecho al aborto, la de 25 de febrero de 1975, que anuló por inconstitucional la ley que preveía un sistema de plazos; ante la alegación de que dicho sistema redundaría en realidad en una disminución del número real de abortos, el Tribunal señalaba que «toda vida humana, también la vida que se está desarrollando, es como tal igualmente valiosa y, por lo tanto, de ninguna manera puede quedar sometida a una valoración diferente en función de su tipo o a una ponderación numérica» (88). Lo cierto es, no obstante, que en este concreto ámbito del aborto el Tribunal alemán ha mostrado importantes inseguridades y alguna contradicción; por ejemplo, cuando a pesar de atribuir dignidad al feto,

(84) *1 BvR 357/05*.

(85) *1 BvR 357/05*, § 124; *vid. igualmente* § 134.

(86) *Ibidem* § 141.

(87) Numerosas referencias bibliográficas al respecto en DOMÉNECH PASCUAL (2006): 400-402.

(88) *BVerfGE* 39, 1, 58.

permite después que sí pueda ponderarse su vida con la salud o la vida de la madre cuando éstas se encuentran en peligro [supuestos en los que expresamente el propio Tribunal ha considerado el aborto como lícito, sobre todo claramente en la segunda sentencia sobre el tema, la de 28 de mayo de 1993 (89)].

Aunque la sentencia haya recibido una acogida favorable por parte de la doctrina mayoritaria en Alemania, lo cierto es que las argumentaciones que acaban de referirse suscitan no pocas objeciones. Algunas de ellas son muy acertadamente puestas de manifiesto por Doménech Pascual. En primer lugar, no parece poder negarse que nuestros ordenamientos jurídicos (el alemán tanto como el español) rebosan disposiciones que de alguna manera instrumentalizan a otro contra su voluntad, en aras de los intereses de otras personas o de la colectividad. Sin necesidad de acudir a ejemplos hoy ya no vigentes (como la obligación de realizar un servicio militar obligatorio, en el que eventualmente se realizaran prácticas que podrían incluso entrañar algún peligro para la integridad del obligado), pueden todavía citarse algunos otros: ¿no instrumentalizamos al sujeto sospechoso ingresado en prisión preventiva en aras de garantizar la posibilidad de someterle a la acción de la justicia, asumiendo el riesgo de que finalmente pueda ser inocente? ¿No instrumentalizamos cuando nuestras normas permiten vacunaciones obligatorias en casos especialmente graves como las pandemias? ¿Dónde situar, en definitiva, el umbral que diferenciaría las instrumentalizaciones admisibles de las que no lo son? ¿Existe algún criterio identificable y razonable que permita a la justicia constitucional decidirlo por encima del legislador democrático? (90). No parece, desde luego, tarea fácil, y, como decíamos al principio de este trabajo, esta indefinición aconseja a la justicia constitucional extremar la prudencia a la hora de utilizar sus apreciaciones al respecto como base de anulación de normas emanadas del legislador democrático.

Lo anterior no significa rechazar la utilidad de la idea que proscribe la instrumentalización del individuo, que como antes se apuntaba sí puede fundamentar la no justificación de casos claros como el del trasplante, además de ser útil en otros contextos que hemos ido repasando en páginas anteriores. Significa tan sólo que, dada la generalidad de la máxima, se hace necesario atender con mayor profundidad a las circunstancias de cada situación. Y en este sentido, el sector doctrinal crítico con la tesis del *Bundesverfassungsgericht* ha sugerido algunas ideas sobre por qué no parece que la norma contenida en la Ley de Seguridad Aérea comportara una instrumentalización lesiva de la dignidad. Partiendo de la idea muy aceptada de que no todo homicidio supone *per se* una lesión de la

(89) *BVerfGE* 88, 203. Recalca esta contradicción DOMÉNECH PASCUAL (2006): 410.

(90) DOMÉNECH PASCUAL (2006): 406-407.

dignidad de la persona, propone Hörnle algunas distinciones al respecto, que por su interés me permito reproducir:

«Hay casos en los que un homicidio lesiona la dignidad: por ejemplo, cuando seres humanos son sacrificados a intereses colectivos; cuando las víctimas son consideradas de menor valor en relación con otros seres humanos; o cuando se subestima la importancia de la vida humana en relación con el valor de las cosas. Eso ocurriría, por ejemplo, cuando el derribo se fundamentara diciendo que es demasiado caro reconstruir el aeropuerto atacado por los secuestradores o que los pasajeros son «solamente extranjeros». Sin embargo, cuando el motivo del derribo es simplemente salvar a *una cifra mayor de otros seres humanos*, no se trata de un sacrificio en favor del colectivo o de una desvaloración de los afectados. En caso de una comparación solamente cuantitativa de los individuos supervivientes, se respeta totalmente la idea que está tras el artículo 1, apdo. 1, Ley Fundamental de que todos los seres humanos tienen el mismo valor y, por eso, no pueden ser desvalorados ni maltratados. Si se da prioridad a una perspectiva centrada en quien actúa o centrada en la víctima que atiende al mayor número de vidas conservadas es una pregunta; sin embargo, es una posición contraria exagerada la de movilizar el artículo 1, apdo. 1, Ley Fundamental» (91).

Ello enlaza con la segunda gran objeción que puede oponerse a la argumentación de la sentencia. Dejando ahora al margen el hecho de que los pasajeros del avión están en todo caso condenados a morir (y, por lo tanto, se sacrifican sólo unos minutos finales de vida, y no una existencia entera, lo que también introduce una diferencia a mi entender significativa en relación con algunos otros de los casos difíciles antes mencionados) (92), no parece admisible vedar por completo —bajo el paraguas de la dignidad— toda ponderación entre los intereses en juego (en definitiva, entre el número de vidas inocentes sacrificadas y las que se pretende salvar). Parece claro que en la realidad nuestros ordenamientos jurídicos operan de continuo con ponderaciones en ese sentido (93), y se antoja razonable, como apunta Atienza, que los números «sí cuenten» al menos en los casos en que haya una diferencia notable en cuanto al número de vidas sacrificadas y salvadas (94).

(91) HÖRNLE (2010): 19.

(92) Plantea este argumento, aunque finalmente lo deseche como definitivo admitiendo que también esos «cinco minutos finales» pueden revestir gran importancia para los pasajeros del avión, HÖRNLE (2010): 17-18.

(93) DOMÉNECH PASCUAL (2006): 410-412.

(94) ATIENZA (2009): 86. En otra línea, entre otros (y también en referencia a esta sentencia), GARZÓN VALDÉS (2009): *passim*; considera el autor que la menos objetable de las alternativas de justificación de este tipo de previsiones pasaría por la eventual aceptación de la posible

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las páginas anteriores han permitido ilustrar, según creo, la multiplicidad de derivaciones normativas que en la actualidad se extraen de la dignidad en su utilización jurídica, y la enorme diversidad de contextos en que es argüida —muy a menudo en conexión con problemas bioéticos y no pocas veces, como hemos visto, en sentidos totalmente contrapuestos—. Como hemos podido constatar, casi ninguna de estas utilidades se encuentra exenta de problemas y contestaciones, lo que abunda en la conveniencia de realizar un uso extremadamente prudente del concepto en la argumentación jurídica y especialmente en la jurisprudencial: un concepto de contornos tan imprecisos resulta poco idóneo para erigirse en criterio directamente resolutorio de conflictos, y cuando ha querido emplearse en ese sentido por la jurisprudencia (sobre todo en su función de control de constitucionalidad de las normas, no tanto en las resoluciones de recursos de amparo) con frecuencia se ha pecado de cierta circularidad en los razonamientos.

Con toda la relatividad que lo anterior impone, la aplicación del principio permite, a mi juicio, una mayor claridad cuando entra en juego su vertiente de proscripción de una instrumentalización de otro no consentida por él y que pueda entenderse vejatoria, humillante o degradante (en donde conecta directamente con el concepto de integridad moral y se convierte para el ordenamiento español, al menos según la jurisprudencia, en un bien penalmente protegido); problemas mucho mayores enfrenta en cambio el postulado de la prohibición de instrumentalización en contextos en que no concurra la idea de imposición de una humillación o vejación, sea porque el propio sujeto afectado consienta libremente esa práctica o comportamiento ajeno, sea porque con dicha instrumentalización se persigan intereses positivamente valorables que sí pudiera tener sentido ponderar con los intereses sacrificados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2007): «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», *Revista Penal*, núm. 19, enero, págs. 3-20.

víctima (en este caso, los pasajeros del avión), en un sentido similar al defendido por GÓMEZ BENÍTEZ (2008): 961 y sigs., y en especial 971, quien estima peligrosa toda comparación del valor de la vida de personas inocentes.

- (2011): «Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», *RGDC*, núm. 12, págs. 1 y sigs.
- ANDORNO, Roberto (2011): voz «Dignidad Humana», en ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, t. I, Granada, Cátedra Interuniversitaria Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia y Comares, págs. 658 y sigs.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2001): «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la *Ley de Extranjería*», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, págs. 9 y sigs.
- ASENSI SABATER, José (2001): «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la *Ley de Extranjería*», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, págs. 9 y sigs.
- ATIENZA, Manuel (2009): «Sobre el concepto de dignidad humana», en María CASADO (coord.), *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, págs. 73 y sigs.
- BAYLOS GRAU, Antonio (2004): «Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual, Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, págs. 673 y sigs.
- BIRNBACHER, Dieter (2001): «Instrumentalisierung und Menschenwürde. Philosophische Anmerkungen zur Debatte um Embryonen- und Stammzellforschung», *Jahrbuch der Universität Düsseldorf*, págs. 243 y sigs.
- (1996): «Ambiguities in the concept of Menschenwürde», en Kurt BAYERTZ (Hrsg.), *Sanctity of life and Human Dignity*, Kluwer, págs. 107 y sigs.
- CARILLO LÓPEZ, Marc (2001): «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la *Ley de Extranjería*», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, págs. 9 y sigs.
- CEREZO MIR, José (1998): *Curso de Derecho penal español, Parte General*, vol. III, *Teoría jurídica del delito/2*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos.
- COHEN (1999): «Selling Bits and Pieces of Humans to Make Babies: The Gift of the Magi Revisited», *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 24, núm. 3, págs. 288 y sigs.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo (2009): «La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida y la Ley de Investigación Biomédica», *Cuad. Bioét.* XX/2.ª, págs. 183 y sigs.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (2006): «Perspectivas constitucionales ante los avances de la genética», *AFDUAM* núm. extraordinario, *Derecho y Genética*, págs. 19 y sigs.
- DE LORA DEL TORO, Pablo: (2012): «El trasplante de órganos y el «caso del tranvía»: ¿por qué no confiscamos órganos de cadáver?», *Jueces para la Democracia*, núm. 74, págs. 11 y sigs.
- (2008): «El caso de los trasplantes de órganos», en DE LORA y GASCÓN, *BioÉtica: principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza Editorial, págs. 188 y sigs.
- (2007): «¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado», *DOXA*, núm. 30, págs. 451 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005): *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas.

- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2006): «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto, págs. 389 y sigs.
- DWORKIN, Gerald (1994): «Markets and Morals: The Case for Organ Sales», en *Morality, Harm and the Law*, Westview, págs. 155 y sigs.
- DWORKIN, Richard (1989): *Los derechos en serio*, 2.^a ed. (trad. por Marta Guastavino), Barcelona, Ariel.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire (2012): «El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones constitucionales de la Sentencia TJUE «Brüstle v. Greenpeace» (AS. C-34/10)», *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 17, págs. 675 y sigs.
- ERIN y HARRIS (2003): «An ethical market in human organs», *Journal of Medical Ethics*, núm. 29, págs. 137 y sig.
- FERAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- FRUMER, Philippe (2013): «Variaciones sobre el tema de la renuncia a los derechos y libertades fundamentales», en FRUMER y VILLAVARDE MENÉNDEZ, *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, págs. 11 y sigs.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2009): «La dignidad y sus menciones en la Declaración», en María CASADO (coord.), *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, págs. 43 y sigs.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2009): «¿Cuentan los números en las decisiones morales?», *Claves de Razón Práctica*, núm. 192 págs. 14-24.
- (2006): «¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?», en BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.
- GILL, Michel y SADE, Robert (2002): «Payment for Kidneys: The Case for Repealing Prohibition», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, núm. 12 (1), págs. 17 y sigs.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2008): «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, págs. 949-973.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2005): «Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta», *La Ley*, núm. 4, págs. 1342-1356.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2011): *La dignidad de la persona*, 2.^a ed., Pamplona, Civitas y Thomson Reuters.
- GÖSSEL, Karl Heinz (2007): «Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, “absolute” Foltterverbote?», en DANNEKER (hrsg.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln, Carl Heymanns Verlag, págs. 41 y sigs.
- GUÉREZ TRICARICO, Pablo (2012): *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (2005): *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

- HASSEMER, Winfried (2005): «Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen», en *EuGRZ* 2005, págs. 300 y sigs.
- HÖRNLE, Tatjana (2010): «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», *InDret*, núm. 2.
- JECHECK y WEIGEND (1996): *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín, Duncker & Humblot.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (2009): «Artículo 10.1», en CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, págs. 178-192.
- LEMA AÑÓN, Carlos (2011): «Dilemas ético-jurídicos de la reproducción humana», en GASCÓN ABELLÁN, GONZÁLEZ CARRASCO y CANTERO MARTÍNEZ, *Derecho Sanitario y Bioética*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 843 y sigs.
- LYNDON SHANLEY (2001): «El derecho reproductivo» y el mercado de espermatozoides y óvulos humanos», *RIFP*, núm. 18, págs. 99 y sigs.
- MACKLIN, Ruth (2003): «Dignity is a useless concept», *British Medical Journal*, núm. 327, págs. 1419-1420.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2010): «Hacia una justicia de los derechos. Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución», *Diario La Ley*, núm. 7363, 16 de marzo.
- McCrudden, Christopher: «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *European Journal International Law*, vol. 19, núm. 4, págs. 655 y sigs.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2006): «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU (ed.), *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson, págs. 265 y sigs.
- MORELLI, Mario (1999): «Commerce in Organs: A Kantian Critique», *Journal of Social Philosophy*, vol. 30, núm. 2, Summer, págs. 315 y sigs.
- MOSTERÍN, Jesús (2006): *La naturaleza humana*, Madrid, Austral.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1999): *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- NEUMANN, Ulfrid (1998): «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, págs. 153-166.
- OEHLING DE LOS REYES, Alberto (2011): «El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», *REDC*, núm. 91, enero-abril, págs. 135 y sigs.
- (2010): *La dignidad de la persona*, Madrid, Dykinson.
- OTTO, Harro (1981): «Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde», *GA*, núm. 11, págs. 481 y sigs.
- PASCUAL LAGUNAS, Eulalia (2009): *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2005): «Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Thomson-Civitas, págs. 1673-1709.

- (2003): «Capítulo V: Lesiones (I)», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, Madrid, págs. 339 y sigs.
- PÉREZ ALONSO, Esteban (1999): «Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, págs. 141-170.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2004): «Finalidad terapéutica e investigación genética (a propósito de la consideración jurídica del embrión)», en PÉREZ DEL VALLE (dir.), *Genética y Derecho*, CDJ, núm. 6, págs. 167-207.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (2009): «Artículo 15: Derecho a la vida y a la integridad física», en CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, págs. 326-337.
- PINKER, Steven (2008): «The Stupidity of Dignity», *The New Republic*, 28 de mayo.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2006): «La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2, págs. 97-119.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo (2006): «Organ Sales and Moral Distress», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, núm. 1, págs. 41 y sigs.
- ROXIN, Claus: (2006): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München, C.H. Beck'sche Verlagsbunchnhandlung.
- (2004): «¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?», *CPC*, 2.^a época, núm. 83, junio, págs. 23 y sigs.
- (1976): «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, págs. 11 y sigs.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1990): *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2010): «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», *Revista electrónica Humanitas*, núm. 49, abril.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (2004): «Comentario a la STC 192/2003», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2.^o semestre, págs. 479 y sigs.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2006): «Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una Constitución para Europa: comentario a la sentencia TJCE (Sala 1.^a) de 14 de octubre de 2004 (AS. C-36/02: «Omega»», *ReDCE*, núm. 5, enero-junio, págs. 383 y sigs.
- SAVULESCU, Julian: «Is the sale of body parts wrong?», *Journal of Medical Ethics*, núm. 29, págs. 138 y sigs.
- SEELMANN, Kurt (2010): «Menschenwürde als Würde der Gattung —ein Problem des Paternalismus?—», en VON HIRSCH, NEUMANN y SEELMANN (hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, págs. 241 y sigs., págs. 247-8.
- STARCK, Christian (2008a): «Garantía de la dignidad humana en la práctica de la Biomedicina», *Revista Catalana de Dret public*, núm. 36, págs. 79 y sigs.
- (2008b): «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán», en FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, págs. 239 y sigs.

- TAYLOR, James (2002): «Autonomy, Constraining options, and Organ Sales», en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, núm. 3, págs. 273 y sigs.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: (2011): «Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos», en *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Libro digital PROCURA, núm. 1, Cátedra de Amparo de Derechos y Libertades Procuradora General del Principado de Asturias y Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.
- (2009a): «La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto», en SHAPIRO, DE LORA y TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Madrid, págs. 87 y sigs.
- (2009b): *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, Comares.
- (1999): *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, CEPC y BOE.
- ZUTLEVICS, T. L. (2001): «Markets and the Needy: Organ Sales or Aid?», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 18, núm. 3, págs. 297 y sigs.

RESUMEN

En los últimos años el concepto de dignidad viene siendo alegado con cada vez mayor frecuencia —y a menudo de forma manifiestamente excesiva— en los más diversos contextos, no sólo en el ámbito de la discusión filosófico-moral sino también desde una perspectiva propiamente jurídica que culmina en su aplicación jurisprudencial. El trabajo pretende sistematizar y analizar críticamente los diversos sentidos en que el concepto es utilizado en la actualidad en el ámbito jurídico (para lo que adoptaremos como guía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre las diferentes consecuencias normativas que de él se extraen), así como aportar una reflexión sobre la necesidad de su utilización restrictiva.

PALABRAS CLAVE: dignidad; instrumentalización de la persona; autonomía individual.

ABSTRACT

In recent times, dignity is being increasingly used in very different contexts, both in moral Philosophy and from a purely legal perspective, which includes its use as a basis for judicial decision-making. In this paper (adopting as a guide the Spanish Constitutional Court jurisprudence) we will try to systematize and critically analyze dignity's legal applications and its various normative consequences, and to offer some thoughts about the necessity of a restrictive use of the concept.

KEY WORDS: dignity; commodification; personal autonomy.