

# LA DIGNIDAD HUMANA Y EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD\*

**Robert Alexy**

*Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho  
de la Universidad Christian Albrecht de Kiel*

Recibido: 3-5-2015  
Aceptado: 16-6-2015

## SUMARIO

*I. Concepciones absolutas y relativas de la dignidad humana*

*II. Significación práctica*

*III. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios*

*IV. El concepto de dignidad humana*

*V. La dignidad humana como principio y como regla*

*VI. ¿Devaluación de la dignidad humana?*

\* Traducción de Alfonso García Figueroa, que toma como base el texto original en inglés. Allí el autor dejaba constancia de su gratitud a Stanley Paulson por sus sugerencias de estilo en lengua inglesa. Esa versión fue presentada por vez primera el 7 de julio de 2014 en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha en Toledo. La traducción ha sido actualizada y refinada atendiendo a las modificaciones introducidas posteriormente por el propio autor en aquella versión inglesa y muy especialmente en la ulterior versión en alemán que he podido consultar por gentileza del propio autor. Las citas de las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal se traducen al castellano en la correspondiente nota a pie (N. del T.).

### ***I. Concepciones absolutas y relativas de la dignidad humana***

La relación entre el juicio de proporcionalidad y la dignidad humana es una de las cuestiones más controvertidas en el debate sobre la estructura normativa de la dignidad humana. Dos concepciones se mantienen enfrentadas: una concepción absoluta y una relativa. De acuerdo con la concepción absoluta, la garantía de la dignidad humana cuenta como una norma que goza de prioridad sobre todas las demás normas en todos los casos. Que goza de prioridad sobre todas las normas en todos los casos implica que la ponderación queda excluida. Esto significa a su vez que todas y cada una de las afectaciones de la dignidad humana son una vulneración de la dignidad humana. Por tanto, la afectación justificada de la dignidad humana resulta imposible. Por el contrario, el juicio de proporcionalidad está intrínsecamente vinculado a la distinción entre afectaciones justificadas e injustificadas. Una afectación proporcional está justificada y es, por tanto, constitucional. Lo contrario rige en caso de afectación desproporcionada. La concepción absoluta es incompatible con este marco conceptual. Por esta razón, es incompatible con el juicio de proporcionalidad. De acuerdo con la concepción relativa, sucede precisamente todo lo contrario. La concepción relativa dice que la cuestión de si la dignidad humana es vulnerada es una cuestión de proporcionalidad. Con ésta, la concepción relativa no solo es compatible con el juicio de proporcionalidad, sino que lo presupone.

### ***II. Significación práctica***

Cabría pensar que la cuestión sobre la corrección de la concepción absoluta o de la relativa no es sino una cuestión teórica de un elevado nivel de abstracción. Sin embargo, sucede precisamente todo lo contrario. Lo muestra un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que se ha distinguido por gran número de inconsistencias. A veces el Tribunal se pronuncia en la dirección de la concepción absoluta y otras sigue la línea relativa. Un ejemplo de decisión con una fuerte impronta absoluta es la decisión de 1973 sobre el secreto de grabaciones magnetofónicas. El Tribunal subraya que la garantía de la dignidad humana exige un “núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada”<sup>1</sup> y establece la relación entre el concepto de protección absoluta y el concepto de ponderación del siguiente modo:

<sup>1</sup> BVerfGE 34, 238 (245).

“Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.”<sup>2</sup>

En su decisión sobre las escuchas domiciliarias adoptada más de 30 años después, el Tribunal confirmó esto.<sup>3</sup> Con todo, esta opinión sigue siendo desconcertante.<sup>4</sup> ¿Debe entenderse que la dignidad humana goza de prioridad incluso en aquellos casos en que, *desde la perspectiva del Derecho constitucional*, un principio concurrente tiene mayor peso? Esto daría lugar a una contradicción. Gozar de más peso *desde la perspectiva del Derecho constitucional* implica prioridad sea cual fuere el que tuviera menos peso desde el punto de vista del Derecho constitucional. Bajo esta interpretación, la opinión citada afirma que el principio en conflicto goza de prioridad y no goza de prioridad. Para evitar esta contradicción, la frase “intereses prioritarios de la colectividad” debe entenderse como referida a los intereses que son prioritarios desde alguna perspectiva distinta de la del Derecho constitucional, por ejemplo desde una perspectiva política. Pero entonces la tesis del núcleo absolutamente protegido se volvería superfluo. Las razones que carecen de rango constitucional<sup>5</sup> no pueden imponerse a razones que gozan de rango constitucional.

En el nivel de la autocomprensión de su actividad la línea absoluta es dominante. Sin embargo, tan pronto como se desciende a los detalles, el cariz relativo emerge con creciente claridad. Es un ejemplo de ello la decisión de 1977 sobre la cadena perpetua. El Tribunal declara allí:

“Die Menschenwürde wird auch dann nicht verletzt, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grund eine Begnadigung verbietet. ... Daß bei der Bestimmung der Gefährlichkeit eines Straftäters der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muß... , bedarf keiner näheren Begründung.”<sup>6</sup>

2 Ibid: “Ni siquiera los intereses prioritarios de la colectividad pueden justificar una vulneración del núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe ninguna ponderación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.”

3 BVerfGE 109, 279 (313).

4 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1985), trad. Carlos Bernal Pulido (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 2ª ed.), 87, nota 64.

5 Ver *ibid.*, 111.

6 BVerfGE 45, 187 (242): “La dignidad humana no es por tanto vulnerada si el cumplimiento de la Sentencia es considerado necesario a causa del continuo peligro representado por el recluso y si sobre

Este es un caso claro de juicio de proporcionalidad. La dignidad humana es considerada como un principio que colisiona con el principio de seguridad pública. Esta colisión ha de resolverse dando el peso adecuado a ambos, es decir, ponderando. Esto ha sido corroborado en una decisión adoptada en 2004 concerniente a la detención preventiva.<sup>7</sup>

Cabría aducir muchos otros ejemplos<sup>8</sup>. Aquí sólo se tomará en consideración uno más, un caso que quizá sea la opinión judicial dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que más íntimamente vincula la dignidad humana con la proporcionalidad. El caso, resuelto en 1978, se refiere a la cuestión de si la dignidad humana es vulnerada cuando se obliga por la fuerza a un acusado, que se había dejado crecer el cabello y la barba desde su reclusión, a alterar su aspecto externo para adecuarlo al que tenía al tiempo de los hechos para hacer posible así su identificación por parte de los testigos. La Corte niega que hubiera vulneración de la dignidad humana con tres argumentos. El primero es que la afectación es de una “intensidad relativamente baja”<sup>9</sup>. Tal evaluación de la intensidad de la afectación es el primer paso del juicio de proporcionalidad. El segundo argumento afirma que “el esclarecimiento de los ilícitos penales así como la investigación de quienes los cometen es un “interés prioritario de la colectividad”<sup>10</sup>. Con ello, la dignidad humana es ponderada con el interés de la colectividad. El tercer argumento concluye la justificación de la afectación sosteniendo que su propósito nada tiene que ver con una “humillación”<sup>11</sup> y no estaba vinculado a ningún otro “objetivo que debiera ser reprobado por el Derecho”<sup>12</sup>. Esto implica que la cuestión acerca de si la dignidad humana es vulnerada no sólo depende del acto de afectación realizado en sí, sino también de las razones que se hallan tras el acto. En otras circunstancias la afectación bien podría haber sido desproporcionada y habría supuesto por tanto una violación de la dignidad humana. Este juego recíproco entre razones y contra-razones es la esencia de la proporcionalidad.

esta base se excluye la puesta en libertad. [...] Cuando haya que determinar el peligro representado por el delincuente, no se requiere más justificación que la observancia del principio de proporcionalidad [...]”.

7 BVerfGE 109, 133 (151).

8 Ver sobre ellos Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2011), 16-25; Manfred Baldus, “Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese. Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte”, en: *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), 536-40.

9 BVerfGE 47, 239 (247).

10 BVerfGE 47, 239 (248).

11 BVerfGE 47, 239 (247).

12 BVerfGE 47, 239 (247-8).

Llegados a este punto, no se ha hecho otra cosa que introducir brevemente la distinción entre las concepciones o construcciones absoluta y relativa de la dignidad humana y demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es, con respecto a esta distinción, altamente insatisfactoria. La cuestión que surge es si sea correcta la concepción absoluta o bien la relativa. Mi tesis es que la construcción relativa es, ciertamente, la correcta pero que existen algunos rasgos de la dignidad humana que la orientan en la dirección del carácter absoluto. La base de mi argumento es la teoría de los principios. Por consiguiente, comenzaré con una presentación de algunos elementos básicos de la teoría de los principios.

### ***III. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios***

#### **1. Reglas y principios**

La base de la teoría de los principios es la distinción en la teoría de la norma entre reglas y principios.<sup>13</sup> Las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva. Son *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. Por el contrario, los principios son *mandatos de optimización*. En cuanto tales, exigen “que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.<sup>14</sup> Dejando a un lado las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por principios en conflicto. Por esta razón, los principios, aisladamente considerados, siempre contienen mandatos meramente *prima facie*. La determinación del grado adecuado de satisfacción de un principio en relación con las exigencias de otros principios se alcanza mediante ponderación. Por tanto, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios. Si la garantía de la dignidad humana fuera absoluta, debería ser considerada como un mandato definitivo, es decir, como una regla. En tanto garantía relativa, tiene el carácter de principio, esto es, el de una norma que requiere ponderación.

#### **2. Proporcionalidad**

La naturaleza de los principios en cuanto mandatos de optimización conduce inmediatamente a una conexión necesaria entre principios y proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, que en las últimas décadas ha recibido un reconocimiento internacional creciente tanto en la práctica como en la teoría del control

<sup>13</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (supra n. 4), 67-8.

<sup>14</sup> Ibid., 67.

de constitucionalidad,<sup>15</sup> consta de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Todos estos subprincipios son expresión de la idea de optimización. Por esta razón, la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa.

Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas. La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en evitar costes evitables.<sup>16</sup> Sin embargo, los costes son inevitables cuando los principios entran en conflicto. Entonces la ponderación se hace necesaria. La ponderación es el objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntica a la regla que cabe denominar “ley de la ponderación”.<sup>17</sup> Esta reza así:

*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*

### 3. La formula del peso

En la jurisprudencia constitucional la ley de la ponderación se encuentra casi por doquier en múltiples y variadas formulaciones. Expresa la esencia de la ponderación y es de gran importancia práctica. El análisis de complejos problemas jusfundamentales, como el de la dignidad humana, requiere, no obstante, una descripción más precisa y completa de la estructura de la ponderación. Para conseguir esto, la ley de la ponderación debe ser más elaborada. El resultado de tal elaboración ulterior es la formula del peso.<sup>18</sup> Reza así:

$$G_j = \frac{I_i \cdot G_i \cdot C_i}{I_j \cdot G_j \cdot C_j}$$

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004); Alec Stone Sweet y Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72-164; Aharon Barak, *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

<sup>16</sup> Ver sobre este punto Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Chinese Yearbook of Constitutional Law* (2010), 222-4.

<sup>17</sup> Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (n. 4 *supra*), 138.

<sup>18</sup> Robert Alexy, “The Weight Formula”, en: Jerzy Stelmach, Bartos Brożek, y Wojciech Załuski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law* (Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007), 25.

$G_{ij}$  representa el peso concreto del principio  $P_i$  en relación con el principio en conflicto  $P_j$ . La fórmula del peso define este peso concreto como el cociente de tres factores que permanecen, por así decir, a cada lado de la ponderación.  $I_i$  e  $I_j$  son de especial importancia.  $I_i$  representa la intensidad de la afectación de  $P_i$ .  $I_j$  representa la importancia de satisfacer el principio en conflicto  $P_j$ .  $I_j$  puede ser entendido asimismo como la intensidad de afectación, esto es, como la intensidad de la afectación de  $P_j$  mediante la no-afectación de  $P_i$ .  $G_i$  y  $G_j$  representan los pesos abstractos de los principios en conflicto  $P_i$  y  $P_j$ . Cuando los pesos abstractos son iguales, lo cual es el caso en muchas colisiones entre derechos constitucionales, se contrarrestan, esto es, no juegan ningún papel. Por el contrario, el peso abstracto de la dignidad humana juega un papel central, pues por lo general<sup>19</sup> se considera mayor que el del principio en conflicto. Este es uno de los rasgos de la dignidad humana de la que arranca una cierta tendencia hacia su carácter absoluto.

$I_i$  e  $I_j$ , y también  $G_i$  y  $G_j$ , se refieren a la dimensión sustancial de la ponderación.  $C_i$  y  $C_j$  tienen un carácter completamente diferente. Se refieren a la certeza de los presupuestos empíricos y normativos en relación con, en primer lugar y ante todo, la cuestión de cuán intensa sea la afectación de  $P_i$  y cuán intensa sería la afectación de  $P_j$  si se omitiera la afectación de  $P_i$ . Además y por encima de ello, la certeza de los presupuestos empíricos y normativos puede también referirse a la ordenación de los pesos abstractos en juego, esto es, a  $G_i$  y  $G_j$ . El punto decisivo es que la certeza es un factor que no se refiere a las cosas —en nuestro caso las intensidades de la afectación y los pesos abstractos. Es decir, no es un factor óntico. Más bien es un factor que se refiere al conocimiento que se tiene de las cosas. Es decir, es un factor epistémico. La inclusión de este factor epistémico en la fórmula del peso es requerida por una segunda ley de la ponderación, la ley epistémica de la ponderación que reza como sigue:

Cuanto más pese la afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes.<sup>20</sup>

El concepto de premisa subyacente usado en esta formulación comprende tanto premisas normativas como empíricas.  $C_i$  y  $C_j$  deben por tanto ser entendidas como referidas tanto a premisas empíricas como a premisas normativas. Esto puede ser expresado mediante la siguiente ecuación:

$$C_i = C_i^e \cdot C_i^n$$

<sup>19</sup> Si se asume que la dignidad humana es el principio supremo del Derecho, su peso abstracto es neutralizado solamente en colisiones en que la dignidad humana se sitúa a ambos lados.

<sup>20</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 552.

Esta ecuación podría denominarse “ecuación de la certeza”. En los casos en que tanto la certeza empírica como la normativa estén en cuestión,  $C_i$  y  $C_j$  han de ser sustituidas por los respectivos productos en el lado derecho de la ecuación de la certeza. Surge así una versión refinada de la fórmula del peso<sup>21</sup>:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot C_i^e \cdot C_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot C_j^e \cdot C_j^n}$$

Aquí es de interés simplemente un punto. En el debate acerca de la dignidad humana las colisiones extremas o trágicas juegan un papel importante. Son ejemplos de ello la tortura en el escenario de una bomba nuclear a punto de estallar o el derribo de un avión lleno de pasajeros que ha sido secuestrado por terroristas con el propósito de usarlo como un arma para matar al mayor número posible de personas. La tortura en el escenario de la bomba nuclear a punto de estallar atañe sin duda alguna a la dignidad humana. Aceptar la muerte de los pasajeros es, obvia y profundamente, una afectación de su derecho a la vida. Que sea una afectación de su derecho a la dignidad humana, tal como el Tribunal Constitucional Federal alemán presupone, puede aquí permanecer abierto. El punto decisivo está en que ambos casos la cuestión de si la afectación está justificada depende esencialmente de la certeza de numerosos presupuestos empíricos,<sup>22</sup> esto es, de  $C_j^e$ . En palabras del Tribunal:

Die Unsicherheiten haben notwendig Folgen für die Prognose, wie lange Personen an Bord eines Flugzeugs, das in eine Angriffswaffe verwandelt wurde, noch zu leben haben, und ob es noch Chancen ihrer Rettung gibt. Aus diesem Grund ist es normalerweise nicht möglich, ein verlässliches Urteil zu fällen, das sagt, dass die Leben dieser Personen schon verloren sind.<sup>23</sup>

Una fórmula como la del peso, que expresa el cociente entre dos productos, es sensata si y solo si todos los factores pueden ser representados mediante números.

21 Ver sobre ello Robert Alexy, “Formal principles: Some replies to critics”, en *International Journal for Constitutional Law* 12 (2014), en prensa.

22 Martin Borowski, “Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien”, en: Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys* (Baden-Baden: Nomos, 2007), 101-4.

23 BVerfGE 115, 118 (158): “Las incertidumbres [...] tienen necesariamente efectos sobre el pronóstico de cuánto tiempo habrán de vivir aún las personas a bordo de un aeroplano que ha sido transformado en un arma de ataque y si hay todavía alguna probabilidad de salvarlos. Por esta razón, normalmente no será posible hacer un juicio fiable acerca de si las vidas de estas personas ya están perdidas.”

Este es el problema de la gradación. En otro lugar,<sup>24</sup> he propuesto una escala triádica discreta, es decir, no continua, en la cual se desarrollan secuencias geométricas. Esta escala asigna los valores “ligero” (l), “moderado” (m) y “serio” (s) a la intensidad de la afectación y a los pesos abstractos. Estos valores son expresados por los números  $2^0$ ,  $2^1$ , y  $2^2$ , es decir, por 1, 2, y 4. En lo que atañe al aspecto epistémico, esto es,  $C_i$  y  $C_j$ , o, en la versión refinada de la fórmula del peso,  $C_i^e$  y  $C_i^n$  así como  $C_j^e$  y  $C_j^n$ , cabe trabajar con los estadios “cierto”(c), “plausible”(p), y “no evidentemente falso” (e), a los que hay que asignar los números  $2^0$ ,  $2^{-1}$ , y  $2^{-2}$ , esto es, 1, 1/2 y 1/4.<sup>25</sup> Por medio de estas tríadas, cabe captar la mayoría de las decisiones de los Tribunales Constitucionales. Allí donde no sean suficientes, es decir, donde haya que introducir una gradación más fina, pueden ser ampliadas a unas escalas doble-triádicas.<sup>26</sup> Mucho más cabría decir acerca de la fórmula del peso. Sin embargo, para una discusión sobre la relación entre la dignidad humana y la proporcionalidad debería bastar con lo dicho.

#### ***IV. El concepto de dignidad humana***

##### **1. El elemento descriptivo y normativo**

Si la garantía de la dignidad humana puede y debe tener la estructura de principio, entonces la construcción relativa es correcta. Los principios son mandatos de optimización. La respuesta a la cuestión de si la garantía de la dignidad humana puede tener la estructura de principio se condensa, por tanto, en la cuestión de si la dignidad humana es “algo” que “pueda ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.<sup>27</sup> De nuevo, esto depende de lo que la dignidad humana sea, es decir, depende del concepto de dignidad humana. El concepto de dignidad humana es un concepto altamente complejo que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos. El elemento descriptivo mencionado más a menudo es la autonomía, y la formulación más prominente proviene de Kant: “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”.<sup>28</sup> Desde el punto de vista de la teoría moral, Kant tiene razón. Desde

<sup>24</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 504-1, 419; id., “The Weight Formula” (n. 18 *supra*), 20-6.

<sup>25</sup> Id., “The Weight Formula” (n. 18 *supra*), 25.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 22-3.

<sup>27</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*supra* n. 4), 67.

<sup>28</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. Luis Martínez de Velas-

el punto de vista de la teoría del Derecho, sin embargo, una base empírica más amplia parece preferible, pues la protección jurídica de la dignidad humana no se restringe a la protección de la autonomía en el sentido de auto-legislación moral. Incluye asimismo, por ejemplo, el derecho a existir y el derecho a efectuar elecciones de cualquier clase.<sup>29</sup> Por esta razón, el concepto de dignidad humana ha de vincularse a una base descriptiva más amplia. Tal base descriptiva o empírica más amplia se la proporciona el concepto de persona que, en tanto comprende la autonomía, también juega un papel central en los escritos de Kant.<sup>30</sup>

## 2. El concepto “doble-triádico” de persona

Mi principal tesis sobre el concepto de persona es que este concepto tiene una estructura doble-triádica.<sup>31</sup> Para ser una persona, se deben satisfacer tres condiciones por dos veces. La primera condición de la primera tríada es la inteligencia, la segunda el sentimiento y la tercera la consciencia. La inteligencia por sí sola no basta, pues las computadoras tienen, en un cierto sentido, inteligencia, pero no son personas, al menos en el actual estadio de su desarrollo. La conexión de inteligencia y sentimiento tampoco es suficiente. Los animales pueden tener, al menos en cierto grado, inteligencia y sentimiento, pero no son personas. Por esta razón, la tercera condición de la primera tríada, consciencia o, más precisamente, auto-consciencia, es la condición decisiva. La auto-consciencia se define por la reflexividad. Para determinar lo que sea la reflexividad, deben distinguirse tres tipos de reflexividad: cognitiva, volitiva y normativa. Es decir, el tercer elemento del concepto de persona, la auto-consciencia, comprende a su vez tres elementos. Esta es la razón por la cual el concepto de persona aquí presentado puede ser denominado “doble-triádico”.

La reflexividad cognitiva consiste en hacerse uno a sí mismo objeto de conocimiento. Cabría también hablar de “auto-conocimiento”. La más elemental unidad de auto-conocimiento es el conocimiento del hecho de que hemos nacido y moriremos. Para ser una persona, la reflexividad cognitiva es necesaria, pero no

co (Madrid: Espasa Calpe, 1994, 10ª ed.), 110 (AA IV, 436).

<sup>29</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 429-30; id., “Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition”, en: Robert Alexy (ed.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, (Tubinga: Mohr Siebeck, 2005), 101-2, n. 37.

<sup>30</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (*supra* n. 28), 101 s. (AA IV, 428).

<sup>31</sup> Robert Alexy, “Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona”, en: Robert Alexy y Alfonso García Figueroa, *Star Trek y los derechos humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 94-100.

es suficiente. Hay que añadir la reflexividad volitiva y normativa. La reflexividad volitiva consiste en la capacidad para dirigir la propia conducta y, con ello, a uno mismo mediante actos de voluntad. En la medida en que se trate de actos individuales, es autodeterminación [*Selbstbestimmung*]. Con respecto a la totalidad de la vida cabría hablar de “auto-conformación” [*Selbstgestaltung*]. Es precisamente la capacidad de “auto-conformación” la que Pico della Mirandola considera como la razón decisiva para la dignidad de los seres humanos cuando caracteriza al hombre como su “propio [...] modelador y diseñador” (“*ipsius [...] plastes et factor*”).<sup>32</sup>

El resultado de la “auto-conformación” puede ser bueno o malo. Pico habla tanto sobre las posibilidades de una degeneración brutal (“*bruta degenerare*”) como del desarrollo en una dimensión superior (“*in superiora*”).<sup>33</sup> Esto demuestra que la reflexividad volitiva no incluye de por sí la normatividad. La normatividad entra en juego con la tercera clase de reflexividad, la normativa. La reflexividad normativa atañe a la auto-evaluación bajo el aspecto de la corrección. Aquí procede la cuestión de si una acción pasada o futura sea correcta o incorrecta y si la vida presente o pasada sea una vida buena. Esta es la dimensión de la autonomía kantiana.

### **3. La dignidad humana como un concepto puente**

Quien satisfaga las condiciones de, primero, inteligencia, segundo, sentimiento y, tercero, reflexividad en forma de reflexividad cognitiva, volitiva y normativa, es una persona. Esta es la vertiente descriptiva de la dignidad humana. El paso a su vertiente normativa comienza con una vinculación entre el concepto de persona y el concepto de dignidad humana. Esta vinculación puede expresarse como sigue: Todas las personas poseen dignidad humana. Si “*P*” representa aquí el predicado “persona” y “*D*” el predicado “poseer dignidad humana”, este enunciado puede adoptar la siguiente forma:

$$(1) \forall x(Px \rightarrow Dx).$$

Indudablemente, el enunciado de que todas las personas poseen dignidad humana necesita de justificación. Aquí asumiré que es justificable y, por tanto, verdadero. En este contexto lo relevante es que (1) no hace explícita la dimensión normativa de la dignidad humana. Esto puede hacerse ya sea vinculando el

<sup>32</sup> Giovanni Pico della Mirandola, *Discurso sobre la dignidad humana*, trad. Pedro Quetglas, (Barcelona: PPU, 1988), 6 s.

<sup>33</sup> Ibid.

concepto de dignidad humana al concepto de valor, como hace Ronald Dworkin con su “principle of intrinsic value”,<sup>34</sup> o bien vinculando el concepto de dignidad humana a los conceptos de obligación y derechos. En Derecho esta última opción parece preferible. La vinculación de la dignidad humana con los derechos puede expresarse del siguiente modo: Todo individuo que posea dignidad humana tiene el derecho a ser tomado en serio como persona. Si “S” representa el predicado “tener derecho a ser tomado en serio como persona”, este enunciado puede adoptar la siguiente forma:

$$(2) \forall x(Dx \rightarrow Sx).$$

Parece una verdad analítica que ser tomado en serio como persona significa que se le deben atribuir derechos humanos. Por esta razón, un tercer enunciado, conteniendo “H” como “tener derechos humanos” es verdadero:

$$(3) \forall x(Sx \rightarrow Hx).$$

Entonces, (2) y (3) implican:

$$(4) \forall x(Dx \rightarrow Hx).$$

Esto es: Todos los individuos que posean dignidad humana (*D*) poseen derechos humanos (*H*). (4) es una simplificación, pues convierte el concepto representado por “S”, concretamente el concepto de tener el derecho a ser tomado en serio como persona, en superfluo. Una segunda simplificación es mucho más importante. (1) y (4) implican

$$(5) \forall x(Px \rightarrow Hx).$$

Esto es: Todas las personas tienen derechos humanos.

La posibilidad de vincular directamente *Px* con *Hx* arroja luz sobre una característica formal muy importante del concepto de dignidad humana, que bien podría explicar muchas de las dificultades en el análisis de la dignidad humana. La dignidad humana es lo que cabría llamar un “concepto puente”. Un concepto puente es un concepto que vincula un concepto empírico o descriptivo con otro

<sup>34</sup> Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 9.

normativo o evaluativo. En nuestro caso, el concepto descriptivo es el concepto de persona. Los conceptos normativos son, en (2), el derecho a ser tomado en serio en cuanto persona ( $S$ ), y, en (3), la posesión de derechos humanos ( $H$ ). Estas dos formulaciones expresan lo que cabría denominar “las normas operativas de la dignidad humana”.

## *V. La dignidad humana como principio y como regla*

### **1. La dignidad humana como principio**

Ahora ya estamos en condiciones de responder a la cuestión de si sea correcta la concepción o construcción absoluta de la dignidad humana o bien la relativa. Si el contenido de la garantía de la dignidad humana puede expresarse tanto mediante la norma de deber “todas las personas han de ser tomadas en serio en cuanto personas” como mediante la norma de derechos “todas las personas tienen el derecho de ser tomados en serio en cuanto personas”, entonces la dignidad humana puede participar en la ponderación. Por razones de simplicidad sólo las normas de derechos serán tomadas en consideración en lo que sigue. Una afectación del derecho a ser tomado en serio en cuanto persona,  $P_i$ , puede ser más o menos intensa. La cadena perpetua sin una regulación judicial atinente a la posibilidad de recuperar la propia libertad tras un cierto periodo de tiempo es una afectación más intensa que la cadena perpetua con tal regulación,<sup>35</sup> y en los casos de que el condenado represente un peligro continuado el principio de seguridad pública,  $P_j$ , tiene un peso mayor que en casos carentes de tal peligro. Por tanto, los valores para las variables relativas a la intensidad de afectación,  $I_i$  e  $I_j$ , pueden introducirse en la fórmula de peso. Lo mismo rige para los pesos en abstracto. El peso abstracto de la parte de la dignidad humana,  $G_i$ , recibe el mayor valor, que el del lado de la seguridad pública  $G_j$ , con un valor medio. En esta situación, los valores de las variables de certeza  $C_i$  y  $C_j$  son de la máxima importancia. Todo ello concuerda perfectamente con la fórmula del peso, y por lo tanto con la ponderación, y por tanto con la proporcionalidad, y por tanto con la construcción relativa. Cabría aducir muchos otros ejemplos. Pero esto bastará aquí.

35 Ver BVerfGE 45, 187 (242-52).

## 2. La dignidad humana como regla

En *Teoría de los derechos fundamentales*, he sostenido que existe junto a la norma de dignidad humana como principio, una norma de dignidad humana como regla. El artículo 1 (1) (1) de la Ley Fundamental alemana, al igual que el artículo 1 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice: “La dignidad humana es inviolable”. Cabe entender esto como la expresión de una regla que es vulnerada si y sólo si el principio de la dignidad humana goza de prioridad sobre el principio en conflicto,<sup>36</sup> por ejemplo sobre la seguridad pública, como en el caso de la cadena perpetua. Esta construcción es posible debido a la textura semántica abierta del concepto de dignidad humana. Esta textura semántica abierta permite usar la ponderación como medio para interpretar este concepto.

Contra esta construcción dual, Niels Teifke ha objetado que la regla de la dignidad humana “no tiene significación independiente”.<sup>37</sup> Esto es cierto. El contenido en el nivel de la regla depende completamente del contenido en el nivel del principio. Cabría llamar a esto “teorema de la dominancia”. Pero el teorema de la dominancia es el punto central de la construcción dual<sup>38</sup>. Demuestra que una construcción como regla de la norma de la dignidad humana es posible, pero vacía. La construcción como regla implica la concepción absoluta de la dignidad humana, mientras la construcción de principio implica la concepción relativa. El teorema de la dominancia demuestra que el rasgo esencial de la estructura normativa de la dignidad humana es su estatus de principio. Por esta razón sólo la concepción relativa puede ser correcta.

## VI. ¿Devaluación de la dignidad humana?

Un crítico de la concepción relativa podría objetar que todo esto sólo demues-

<sup>36</sup> Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (n. 4 *supra*), 144.

<sup>37</sup> Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde* (*supra* n. 8), 119.

<sup>38</sup> Contra la construcción dual, Martin Borowski ha objetado que coloca “the definitive right at central stage”: Martin Borowski, “Absolute Rights and Proportionality”, en: *German Yearbook of International Law* 56 (2013), 422. El teorema de la dominancia expresa que este no es el caso. Es cierto, sin embargo, que la construcción dual puede ser empleada “to hide the fact that proportionality analysis takes place in the assessment of rights claims”; *ibid.* Pero ello sería abusar del modelo dual. Infringiría el teorema de la dominancia, que es constitutivo para la construcción dual, convirtiéndolo en su opuesto. La principal ventaja de no abandonar completamente la dimensión de regla es que la construcción dual se toma en serio, al mismo tiempo, el tenor de la Constitución y la verdad científica. Este es un elemento entre otros de la tendencia de la dignidad humana a lo absoluto.

tra que se *puede* concebir la norma de dignidad humana como un principio que ha de ser aplicado mediante ponderación. Sin embargo, ello no demuestra que *deba* hacerse así. Por el contrario, hay razones normativas para una concepción absoluta. Estas razones normativas se condensan en la tesis de que la construcción relativa conduce a la devaluación de la dignidad humana. Ya no existiría ninguna frontera fija, puesto que todo o casi todo devendría posible. La garantía de la dignidad humana dejaría de ser una auténtica garantía. Quedaría degradada a un mero elemento de juicio en la ponderación. Cabría llamar a esta objeción la “objeción de la devaluación”. Sin embargo, la objeción de la devaluación fracasa por cuatro razones.

### 1. Casos claros

La primera razón es que existe un número considerable de casos en que está completamente claro que la dignidad humana es vulnerada. Son ejemplos de ello la persecución por razones raciales o religiosas, las condiciones degradantes en prisión, el fracaso en la protección contra los abusos sexuales, la exclusión total del acceso a la educación y una vida por debajo del mínimo vital [*Existenzminimum*]. Estas son condiciones bajo las cuales existe un alto grado de certeza normativa de que la dignidad humana gozará de prioridad sobre los principios en conflicto.<sup>39</sup> Según la ley de la colisión,<sup>40</sup> esta precedencia implica que existen reglas concretas que tienen estas condiciones en sus *prótasis* y los requerimientos de la dignidad humana en sus *apodosis*. En los casos en que la subsunción de reglas concretas sea posible, la ponderación entrará en escena sólo en los casos límite. Esto demuestra que la construcción relativa no implica en modo alguno que todo o casi todo se convierta en posible.

### 2. La fórmula del objeto

El segundo argumento contra la objeción de la devaluación atañe a la fórmula del objeto [*Objektformel*]. La fórmula del objeto, que juega un papel considerable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, afirma

“dass es mit der Würde des Menschen nicht vereinbar ist, ihn zum bloßen Objekt der Staatsgewalt zu machen”.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 87.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 76.

<sup>41</sup> BVerfGE 109, 279 (312): “Que no es compatible con la dignidad del ser humano convertirlo en un mero objeto de la coerción estatal”.

Esto no imposibilita el tratamiento de los seres humanos como objetos hasta un cierto punto. Pero sí imposibilita que “die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird”.<sup>42</sup> Pues bien, la calidad de sujeto es fundamentalmente puesta en cuestión cuando la calidad de persona es fundamentalmente puesta en cuestión. En este caso el principio de dignidad humana goza de prioridad sobre los principios que colisionen con él.

La prioridad en los casos claros arriba mencionados cuenta como una prioridad concreta. Por el contrario, “convertir seres humanos en meros objetos” expresa un concepto abstracto y es, por tanto, una condición de prioridad abstracta.<sup>43</sup> Pues bien, la ley de la colisión de principios ciertamente no es compatible con relaciones de prioridad abstractas,<sup>44</sup> pero sí lo es con condiciones de prioridad abstractas. Tanto las condiciones de prioridad concretas como las abstractas tienen en común que ambas establecen una relación condicional y no incondicional de prioridad. Por esta razón, la ley de la colisión de principios es aplicable tanto en los casos de condiciones abstractas como en los casos de condiciones concretas. Esto implica que la fórmula del objeto es una regla abstracta resultante de ponderación, lo cual hace posible resolver un cierto número de casos por medio de subsunción. Ello contribuye una vez más a la estabilidad de la garantía de la dignidad humana. Sin embargo, tan pronto como deja de estar claro si alguien es tratado como un mero objeto, la ponderación resulta indispensable.

### 3. Peso abstracto y certeza epistémica

El tercer argumento se refiere al peso abstracto del principio de dignidad humana,  $P_p$ , y los valores de la certeza epistémica, es decir, de  $C_i$  o  $C_i^e \cdot C_i^n$  del lado de la dignidad humana y de  $C_j$  o  $C_j^e \cdot C_j^n$  del lado del principio en conflicto, la seguridad pública, por ejemplo. Arriba presenté la fórmula del peso en sus dos versiones, la versión no refinada y la refinada. Ya mencioné entonces el alto valor abstracto de la dignidad humana y la importancia de la certeza epistémica del lado del principio en conflicto. Aquí hay que añadir una consideración. La certeza epistémica del lado de la dignidad humana es, por lo general, bastante alta. En conflictos extremos o trágicos tales como los casos de tortura o el escenario de la bomba nuclear a punto de estallar o del derribo de un aeroplano secuestrado por terroristas que planean utilizarlo como un arma para matar el mayor número de

<sup>42</sup> BVerfGE 109, 279 (313): “Que la calidad de sujeto del afectado [...] sea fundamentalmente puesta en cuestión”.

<sup>43</sup> Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde* (n. 8 *supra*), 31.

<sup>44</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 73.

personas posible, los valores de certeza tanto empírica como normativa del lado de la dignidad humana son ambos inusualmente altos. Si se asume que en tales casos trágicos todas las variables del lado de la dignidad humana tienen el valor más alto, entonces una afectación de la dignidad humana sólo estará permitida cuando todas las variables del lado de los principios opuestos tengan también el valor más alto. Este es el más extremo de las 6561 posibles constelaciones –esto es, de las  $3^8$  posibles constelaciones<sup>45</sup>– tomando como base la fórmula del peso refinada. Este número resulta del hecho de que las 81 constelaciones –esto es,  $3^4$  constelaciones– son posibles de uno y otro lado y que cada una de las 81 constelaciones de cada lado pueden combinarse con las 81 constelaciones del otro, por ejemplo del lado de la seguridad pública. Esto implica que en los casos extremos o trágicos, en los cuales hay que asignar los valores más altos del lado de la dignidad humana, la afectación a la dignidad humana solamente es proporcional en una de entre 81 constelaciones proporcionales por el resto. En todas las demás constelaciones, es decir, las 80 restantes, la afectación de la dignidad humana es desproporcionada, y por tanto inconstitucional, y por tanto debe ser prohibida. No resulta sencillo describir esto como una “devaluación de la dignidad humana”.

#### 4. Racionalidad

El cuarto argumento es que no existe alternativa alguna a la ponderación, en tanto la garantía de la dignidad humana deba aplicarse de la forma más racional posible. El candidato más prometedor para tal alternativa nos devuelve a los cánones clásicos de la interpretación. Sin embargo, se advierte con facilidad que son de poco valor si no incorporan ponderación. Aquí sólo se considerarán cuatro cánones de interpretación principales: el argumento semántico, el genético, el teleológico y el sistemático. El argumento semántico<sup>46</sup> es, debido a la textura semántica abierta del concepto de dignidad humana, de poca relevancia en los casos difíciles. El argumento genético,<sup>47</sup> que se refiere a la intención original del constituyente, puede a veces ser de ayuda. Pero la amplitud, la complejidad y el contenido moral de la dignidad humana excluyen la posibilidad de que un número significativo de casos difíciles en el campo de la dignidad humana puedan resolverse mediante una mera apelación a la intención original. El argumento

<sup>45</sup> Alexy, “Formal Principles” (*supra* n. 21), capítulo VII.

<sup>46</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 226-7.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 227-230.

teleológico<sup>48</sup> carece de toda relevancia en los casos de dignidad humana. La dignidad humana es, en cuanto valor supremo del sistema jurídico, su fin supremo. ¿Cuál debería ser acaso el fin del fin supremo, si no precisamente este fin? Desde el momento en que esta pregunta sea procedente, entonces cuando no esté claro qué exige el fin supremo, carecerá de sentido responder a la cuestión de qué exija con una mera indicación acerca de lo que exija. Ello incurriría en una petición de principio. El argumento sistemático<sup>49</sup> es de especial interés. Se refiere a la relación de la norma que debe ser interpretada con otras normas del sistema jurídico. Si la garantía de la dignidad humana fuera concebida como una regla y no como un principio, el argumento sistemático carecería de todo valor para la interpretación de esta garantía. Sin duda, la garantía de la dignidad humana como norma sustantiva suprema del sistema jurídico<sup>50</sup> puede jugar un papel considerable en la interpretación de normas de inferior nivel y esto es una forma de interpretación sistemática. Pero la cuestión es, en el caso de ser la norma del más alto rango vulnerada por otra de rango inferior, si la inferior puede ser aducida como argumento para una vulneración o falta de vulneración de la norma del más alto rango, siendo ambas, la del más alto rango y la de rango inferior, consideradas como reglas. El panorama cambia completamente cuando la garantía de la dignidad humana es considerada como un principio. Entonces la ponderación con otros principios deviene posible. Esto es, también, una forma de argumento sistemático.<sup>51</sup> Pero tan pronto como los cánones de interpretación incluyen esta forma de argumento, que halla su expresión más precisa en la fórmula del peso, dejan de ser una alternativa a la ponderación.

Con esta conclusión, llegamos al final. Todo intento por presentar los cánones de interpretación clásicos como una alternativa a la ponderación en lo que atañe a la dignidad humana está condenado al fracaso. La ponderación, y este es un punto que no puedo elaborar aquí, es una forma de argumentación jurídica racional.<sup>52</sup> Por el contrario, las alternativas no ponderativas quedan relegadas a algo así como un “intuicionismo de la dignidad humana” [*Menschenwürdeintuitionismus*].<sup>53</sup> La argumentación es una expresión de racionalidad, el intuicionismo es una confesión de irracionalidad. En última instancia esta es una razón que nos demuestra por qué la construcción relativa es la única que puede ser considerada correcta.

48 Ibid., 231-4.

49 Ibid., 231.

50 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (supra n. 4) 311, 398.

51 Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt: Suhrkamp, 1995), 87.

52 Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, en: *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 28-32.

53 Robert Alexy, “Grundrechtsnorm und Grundrecht”, en: *Rechtstheorie*, suplemento 13 (2000), 108.

## **ABSTRACT**

This article aims to clarify the normative structure of human dignity and its compatibility with proportionality analysis. Two conceptions stand in opposition: an absolute and a relative conception. According to the absolute conception, the guarantee of human dignity counts as a norm that takes precedence over all other norms in all cases. In other words, balancing is precluded. According to the relative conception, the very question of whether human dignity is violated is a question of proportionality. With this, the relative conception not only is compatible with proportionality analysis. It does presuppose it. This work provides us with a refined weight formula to assess proportionality in cases involving human dignity issues.

## **KEY-WORDS**

Human dignity, proportionality, principles, balancing, weight formula.

## **RESUMEN**

Este artículo pretende esclarecer la estructura normativa de la dignidad humana y su compatibilidad con el juicio de proporcionalidad. Dos concepciones se confrontan aquí: la absoluta y la relativa. Según la absoluta, la garantía de la dignidad humana funciona como una regla que goza de prioridad sobre cualquier otra y esto excluye la posibilidad de aplicar la ponderación. De acuerdo con la concepción relativa, la propia cuestión de si la dignidad ha sido vulnerada, requiere (y no sólo admite) un juicio de proporcionalidad. Este trabajo nos proporciona una fórmula del peso refinada para evaluar la proporcionalidad cuando el caso involucre problemas relativos a la dignidad humana.

## **PALABRAS CLAVE**

Dignidad humana, proporcionalidad, principios, ponderación, fórmula del peso.