

# LA DIGNIDAD COMO CONCEPTO GOZNE ENTRE EL DISCURSO MORAL Y EL DISCURSO JURÍDICO. APUNTES PARA EL USO VÁLIDO, CONVENIENTE Y TRANSPARENTE DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL\*

**Pilar Zambrano**

Universidad de Navarra, Pamplona, España

Contacto: pzambrano@unav.es

Recibido: 21 de agosto de 2022

Aprobado: 28 de agosto de 2022

## **Para citar este artículo:**

Zambrano, P. (2022). “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial.”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp. 309-344

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.309-344>

**Resumen:** La primera parte de este trabajo sistematiza los usos judiciales del concepto de dignidad e identifica tres tesis sobre su legitimidad: la que identifica legitimidad con legalidad; la que exige fidelidad tanto a las fuentes jurídicas como a la moralidad legalizada; y la que propone la exclusión del concepto del discurso jurídico. Asumiendo como válida la segunda posición, en la segunda parte del trabajo se argumenta que la moralidad legalizada no puede siquiera identificarse allí donde el concepto de dignidad

\* La autora agradece a los evaluadores y editores de *Prudentia Iuris* y a Julio García Pohl, por sus valiosas observaciones a la primera versión de este trabajo, incorporadas a la versión que ahora se publica.

se concibe (y se usa) como fruto de una convención social, sin conexión necesaria con la naturaleza de su referencia, la persona humana. La tercera parte del trabajo asume este desafío epistémico, y esboza el “analogado principal” del concepto de dignidad que subyace a sus sentidos moral y jurídico paradigmáticos. El trabajo concluye con la inferencia de criterios de validez, conveniencia y transparencia de los usos más típicos del concepto de dignidad en el discurso judicial de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Dignidad, Interpretación judicial, Derechos humanos, Analogía.

**Dignity as a hinge concept between moral discourse and legal discourse.  
Notes for the valid, convenient and transparent use of the concept of dignity  
in judicial argumentation**

**Abstract:** The first section of this work identifies three main kinds of uses of the concept of dignity in legal argumentation, and three thesis regarding their legitimacy: the thesis that identifies legitimacy with legality; the one that requires fidelity to both the sources of the Law and the morality incorporated by the law; and the one that suggests its exclusion from legal discourse. Assuming the validity of the second position, the second section of this work argues that the morality incorporated to the law cannot even be identified if the concept of dignity is seen as the outcome of sheer social convention, with no connection whatsoever with the nature of its reference, the human person. The third section takes this epistemic challenge and eschews the core meaning of dignity, underlying its legal and moral paradigmatic meanings. The work ends displaying standards for assessing the validity, relevance and transparency of the use of the concept of dignity in human rights' legal argumentation.

**Keywords:** *Dignity, Legal interpretation, Human rights, Analogy.*

**La dignità come concetto di fermo tra discorso morale e discorso giuridico.  
Note per l'utilizzo valida, comoda e trasparente del concetto di dignità  
nell'argomentazione giudiziaria**

**Sommario:** La prima sezione di questo lavoro individua tre principali tipologie di utilizzo del concetto di dignità nell'argomentazione giuridica, e tre tesi sulla loro legittimità: la tesi che identifica la legittimità con la legalità; quella che esige fedeltà sia alle fonti della Legge sia alla morale incorporata dalla legge; e quella che ne suggerisce l'esclusione dal discorso giuridico. Assumendo la validità della seconda posizione, la seconda sezione di questo lavoro sostiene che la moralità incorporata nella legge non può nemmeno essere identificata se il concetto di dignità è visto come il risultato di pura convenzione sociale, senza alcun collegamento con la natura della sua riferimento, la persona umana. La terza sezione raccoglie questa sfida epistemica ed evita il significato centrale della dignità, alla base dei suoi significati paradigmatici legali e morali. Il

lavoro si conclude con l'esposizione di standard per valutare la validità, la pertinenza e la trasparenza dell'uso del concetto di dignità nell'argomentazione giuridica dei diritti umani.

**Parole chiave:** Dignità, Interpretazione giuridica, Diritti umani, Analogia.

## Introducción

El concepto de dignidad en el discurso actual de los derechos humanos genera perplejidades que recuerdan a aquella otra que apuntó Agustín de Hipona con relación al concepto de “tiempo”: la naturalidad con que lo usamos es indirectamente proporcional a nuestra capacidad para definirlo. Su omnipresencia en los documentos internacionales de derechos humanos, en no pocas constituciones y en decisiones judiciales, por no hablar del discurso político, es abrumadora. No obstante, cuando se trata de explicar cuál es el rol que desempeña en nuestras prácticas jurídicas y cuál es su significado, la aparente uniformidad en torno a su comprensión se desvanece como un castillo de naipes.

Ante esta divergencia, emerge la pregunta acerca de la legitimidad de su uso para fundar decisiones judiciales que interpretan y aplican enunciados de derechos humanos o fundamentales<sup>1</sup>. La primera sección de este trabajo sistematiza los diferentes usos del concepto en la argumentación judicial de decisiones relativas a derechos humanos (epígrafe 1), y tres teorías acerca de su legitimidad (epígrafes 2 y 3). No son pocas las voces que señalan que la legitimidad del uso judicial es proporcional a su legalidad, entendida como coherencia con el significado construido a partir del conjunto de las fuentes del derecho. Esta tesis, que podríamos denominar de “legitimidad como legalidad”, se bifurca, a su vez, en dos vertientes. Unos abogan por una exigencia de coherencia con el significado de dignidad abstraído a partir de las fuentes jurídicas autónomamente consideradas (legitimidad como legalidad pura), mientras que otros apuntan a una coherencia con el significado abstraído, tanto a partir de las fuentes, como de la moralidad

1 Por “enunciados de derechos humanos” nos referimos a los que integran Convenciones Internacionales de Derechos Humanos; mientras que la expresión “enunciados de derechos fundamentales” designa a los que forman parte de textos constitucionales. En ambos casos, se trata siempre del punto de partida para la inferencia interpretativa de auténticas normas o “disposiciones” de derechos (humanos o fundamentales). Seguimos en este punto a Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 240-245; y Guastini, R. (2015). “Interpretación y construcción jurídica”. En *Isonomía*, 43, 11-48: 15, n. 5.

que, como cuestión de hecho, fue incorporada al discurso jurídico por estas mismas fuentes (legitimidad como moralidad legalizada).

Partiendo de la premisa según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral, en la segunda sección (epígrafes 4 y 5) argumentamos, en primer término, que el sentido jurídico focal del concepto de dignidad es inescindible de su sentido moral focal y asumimos como válida la tesis de la legitimidad como moralidad legalizada. No obstante, apuntamos contra Barak y Dworkin que la moralidad legalizada no puede ser siquiera identificada –por no decir comparada con las fuentes–, cuando tanto el discurso jurídico como el discurso moral se conciben como fruto de una convención social, sin relación alguna con la naturaleza de su referencia, la persona humana.

Si, en cambio, ambos discursos se conciben inherentemente determinados por la naturaleza de su referencia, la persona humana, cobra sentido la advertencia de Carozza, según la cual el uso jurídico del concepto de dignidad es inescindible de un ejercicio de reflexión filosófica seria<sup>2</sup>. Asumiendo este desafío, en la tercera y última sección de este trabajo (epígrafes 6 a 9) se realiza un breve ensayo de “reflexión filosófica”, que tiene por objeto reconocer el analogado principal que subyace al sentido moral y al sentido jurídico paradigmático de dignidad<sup>3</sup>. Sobre la base de este reconocimiento, se proponen criterios de validez, relevancia y conveniencia de los usos más típicos del concepto en el discurso judicial.

## 1. Los usos del concepto de dignidad en el discurso judicial de los derechos humanos. Breve revisión

Analizando los usos más extendidos del concepto de dignidad en el derecho constitucional comparado, Aharon Barak (capítulo 20) y Dieter Grimm (capítulo 21) distinguen entre la dignidad como valor y la dignidad como un derecho humano. Coinciden en señalar que en la mayoría de las prácticas

2 Carozza, P. (2008). “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. A Reply”. En *The European Journal of International Law*, 19-5, 2008, 931-944: 937.

3 La idea de un significado que, en cuanto “analogado principal”, orienta la comprensión de una red de conceptos secundarios fue clásicamente formulada por Tomás de Aquino en la *Suma Teológica*, II-II q. 57, a. 1. Subyacente al debate dentro de la tradición tomista acerca de la naturaleza de esta conexión significativa, hay acuerdo en que la referencia del significado focal guía la comprensión de los significados derivados. Ver, en este sentido, Rabbi Baldi Cavanillas, R. (1991). “El concepto de derecho en el realismo clásico, a partir de las visiones de Michel Villey y Georges Kalinowski”. En *Persona y Derecho*, 25, 77; y Massini, C. I. (2012). “Entre reductivismo y analogía. El punto de partida de la filosofía del derecho”. En *Persona y Derecho*, 67, 353-385.

constitucionales la dignidad es concebida como el propósito o valor general común a todos los derechos humanos. Desde esta primera perspectiva, el concepto se usa a nivel judicial, indistintamente, tanto para fundamentar la obligatoriedad (normatividad) de los derechos en general, como para interpretar su contenido en vistas a ponderar los derechos entre sí, o a evaluar la proporcionalidad de las leyes que los regulan y/o limitan<sup>4</sup>. El uso judicial del concepto como un derecho humano específico dentro del catálogo general de derechos sería, en cambio, más bien excepcional. En este segundo sentido, también coinciden en apuntar que la dignidad se utiliza para significar que el peso del derecho en cuestión es absoluto, no sujeto a límites y, por lo tanto, exento de cualquier raciocinio de ponderación de derechos<sup>5</sup>.

De modo similar, y pasando al plano de los sistemas regionales de derechos humanos, Jean Paul Costa explica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza el concepto de dignidad como refuerzo de su argumentación para tipificar violaciones a derechos recogidos en algunos artículos del CEDH y, especialmente, para fundamentar la aplicación del artículo 3º contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes<sup>6</sup>. Esta tendencia muestra la misma dirección advertida en las prácticas constitucionales locales analizadas por Barak y Grimm. Es decir, que la dignidad humana se comprende y se usa alternativamente, como valor (mejor dicho, como *el valor*) que orienta la comprensión del contenido sustantivo de los derechos humanos, como valor que justifica la fuerza obligatoria de los derechos en general; y como un derecho que se añade al resto del catálogo, y

4 Barak, A. (2013). "Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 361-380: 361; Grimm, D. "Dignity in a Legal Context". En ídem, 381-391: 385.

5 Entre estas excepciones, Barak incluye el artículo 4º de la Ley fundamental de Israel sobre protección de la dignidad y la libertad, que establece: "Todas las personas tienen derecho a la protección de su vida, cuerpo y dignidad"; y el artículo 1.1. de la Ley fundamental de Bonn, que enuncia: "La dignidad es inviolable". Apunta Christoph Enders que este enunciado fue inicialmente interpretado como estatuyendo un valor y no, en cambio, un derecho. La afirmación de Barak según la cual el enunciado incorpora un derecho es, pues, el resultado de una evolución en la interpretación judicial del enunciado (y no, en cambio, su significado incontrovertible). Ver Enders, C. (2019): "Human Dignity in Germany". En Bechi, P.; Mathis, K. *Handbook of Human Dignity in Europe*. Springer, 281-316: 283. En igual sentido, Grimm, D. Ob. cit., 387.

6 Costa, J. P. (2013). "Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 393-402: 395. El caso líder en este sentido es *Tyler v. United Kingdom*, del 25 de abril de 1978, donde el tribunal afirmó que la protección de la dignidad y la integridad física es uno de los principales propósitos del artículo 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos; declaró que la "violencia institucional" es un caso de violación al deber absoluto de protección de la dignidad, y estimó que la pena judicial de castigos corporales (tres latigazos) infligida sobre un escolar de quince años de edad constituía un caso de "violencia institucional" (cons. 33).

que se cualifica por su extraordinaria fuerza obligatoria (absoluta o *cuasi* absoluta).

Paralelamente, Helga Lell y Nicolás Lafferrière identifican las mismas tres clases de uso por parte de la Corte Interamericana de Justicia: como principio que fundamenta la existencia del sistema en su totalidad, como principio que sirve para cualificar el contenido y/o la fuerza de algunos derechos, y como un derecho específico. Aclaran los autores, con razón, que el uso para cualificar el contenido y/o la fuerza de algunos derechos particulares se explica, en buena medida, en el hecho de que el texto de la Convención explícitamente vincula la dignidad con el derecho a la integridad personal (artículo 5°), al honor (artículo 11), y a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 6°)<sup>7</sup>. No obstante, advierten que la Corte también usa la dignidad para derivar derechos implícitos (especialmente, aunque no de forma única, derechos sociales)<sup>8</sup>.

Paolo Carozza agrega un cuarto tipo de uso judicial, consistente en justificar el recurso al derecho constitucional comparado en la interpretación de los textos constitucionales. A partir de este dato, concluye que el concepto es asumido en el denominado el “*ius commune* de los derechos humanos” como un valor cuyo significado trasciende las particularidades locales<sup>9</sup>. Este último hallazgo nos permite afirmar que, en cualquiera de los usos anteriores, la dignidad se concibe como un vehículo de diálogo entre sistemas locales.

Recapitulando, la dignidad se usa para justificar la existencia de los sistemas de derechos humanos (constitucionales o regionales); para justificar el peso de las obligaciones correlativas a los derechos tipificados; para justificar la interpretación de su contenido material y/o de la fuerza de algunos derechos (generalmente, en el contexto del balance con otros derechos y de la inferencia de derechos implícitos). En todos los casos, se asume que el significado de la dignidad es universalmente inteligible.

La paradoja radica en que, subyacente al uso judicial en cualquiera de estas direcciones, y muy a pesar de la asunción de que el significado es universalmente inteligible, el consenso se diluye al momento de definirla y, todavía más, de aplicarla. El resultado es bastante obvio: una sucesión inconsistente e incluso contradictoria de interpretaciones judiciales acerca del peso, el contenido y el alcance de los derechos humanos, que parecen así vincularse más al *imperio* de los jueces que a su autoridad epistémica moral, jurídica o ambas. A partir de este desacuerdo se explica que el debate

7 Lafferrière, N.; Lell, H. (2021). “Los usos del término dignidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Opinión Jurídica* 20-43, 315-348: 332.

8 Lafferrière, N.; Lell, H. Ob. cit., 332.

9 Carozza, P. Ob. cit., 933.

académico sobre el papel de la dignidad humana en el razonamiento judicial se articule necesariamente con la cuestión de la legitimidad de las decisiones judiciales sobre derechos humanos y/o sobre derechos fundamentales.

Algunas soluciones a este dilema vinculan la legitimidad del uso judicial del concepto a su legalidad y equiparan la “legalidad” con la coherencia, sea con el conjunto de fuentes del derecho, sea con el conjunto de principios político-morales que, como cuestión de hecho, son incorporados al sistema jurídico a través de la apertura del discurso jurídico al discurso moral. En cualquiera de los dos casos se asume un convencionalismo semántico, en virtud del cual el significado del concepto de dignidad se construye pura y exclusivamente con su uso, en el discurso jurídico en el primer caso, o en una combinación entre el discurso jurídico y el discurso moral, en el segundo.

## **2. Autonomía semántica del discurso jurídico. Legitimidad como legalidad pura**

Entre los autores que equiparan la legitimidad del uso judicial con la legalidad pura, insiste Grimm en la autonomía semántica del discurso jurídico con relación al discurso moral que históricamente dio origen al concepto de dignidad, y exige que su uso judicial se desvincule de sus raíces teológicas o metafísicas:

“La noción (de dignidad), ya sea de origen teológico o filosófico, es transferida a otro contexto cuando forma parte de un documento legal. Esta transferencia la desvincula de sus raíces [...] Generalmente, cualquier referencia a fuentes no-legales para entender la noción de dignidad [...] debe ser traducida a un argumento legal y ajustada al entorno legal en que la dignidad aparece”<sup>10</sup>.

En la misma línea, Catherine Dupré argumenta:

“La pregunta ‘¿quién construye la dignidad humana?’ [...] en el derecho [...] se ha resuelto en gran medida por el papel de los jueces en hacer la dignidad [...] No obstante, no debe olvidarse que en el ámbito de la Unión Europea los jueces nacionales están atados a una constitución escrita (excepto el Reino Unido), al principio de primacía de la legislación europea y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuando corresponda, y a la jurisprudencia del TEDH”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Grimm, D. Ob. cit., 386.

<sup>11</sup> Dupré, C. (2013). “Constructing the Meaning of Human Dignity: Four Questions”. En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 113-121: 116.



Con argumentos de tipo originalista, Luków arguye que la razón por la cual el concepto de dignidad pudo desempeñar un rol central en la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en la conferencia de San Francisco, en 1945, fue su previa desvinculación de sus raíces “tomistas-personalistas, no-igualitarias, y antidemocráticas”<sup>12</sup>.

Desde la filosofía política, apuntaba John Rawls en términos parecidos que la condición de legitimidad de cualquier argumento en el ámbito de la razón pública es su desconexión respecto de las teorías comprensivas que le dieron origen<sup>13</sup>.

Con contadas excepciones, la exigencia de desconexión entre las raíces antropológico-morales del concepto y su significado jurídico es asumida dogmáticamente por los tribunales constitucionales y convencionales, en aquellos casos en los que el significado de la dignidad, y/o de su referencia, la persona, es el principal objeto de discusión.

Solo a modo de ejemplo, decía la Corte Suprema norteamericana en el famoso precedente *Roe vs. Wade*:

“Nosotros inmediatamente admitimos la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto [...]. La filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la experiencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores, y las pautas morales que establece y procura cumplir, todos ellos influyen y afectan lo que uno piensa acerca del aborto [...]. Nuestro objetivo, por supuesto, es resolver el caso conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias”<sup>14</sup>.

Compartiendo la tesis de la legitimidad como legalidad, pero admitiendo que el significado jurídico del concepto de dignidad es inescindible de su

12 Lúkow, P. (2018-19). “Dignity as Founding Value”. En *Human Rights Review*, 313-329: 318.

13 Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*, extended edition. Columbia University Press, 14, 21.

14 410 U.S.113, 120. Usamos la traducción de Miller, Gelli, Cayuso (1991). *Constitución y derechos humanos*. Buenos Aires. Astrea, 848-849. Esta clase de advertencia se reitera, llamativamente, en la reciente decisión de la Corte norteamericana que revierte la decisión anterior, *Thomas Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women Health Organization et al.* 597 U.S.: 1, 14. Aparece también, en términos análogos, en la decisión el Tribunal Constitucional español que abre el camino (aunque con restricciones) a la despenalización del aborto, la STC 53/85, &5; y en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que formula la existencia de un derecho de libertad al uso de técnicas de reproducción asistida, *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, 28/11/2012, Caso N° 257, & 185.

significado moral, no son pocos los autores que optan por sugerir su expulsión del discurso judicial<sup>15</sup>. Samuel Moyn va más allá y pide que el concepto de dignidad se retire de todas las esferas del discurso público, y no solamente del plano judicial:

“Mientras se desarrolla una contienda partidista la constante redefinición de los términos existentes es, indudablemente, cometido principal de la política. Llegará un momento en que, sin embargo, será más sensato acuñar nuevos términos porque las disputas sobre los arcaicos serán irresolubles. En mi opinión, ese tiempo ya ha llegado respecto a la ‘dignidad humana’, debido a que es sumamente controvertido que esté disponible tanto en su sentido primigenio como casi en cualquier apelación de significado”<sup>16</sup>.

### **3. Conexión semántica entre moral y derecho: legitimidad como moralidad legalizada**

Tanto la pretensión de expulsar al concepto de dignidad del discurso jurídico, como la de depurarlo para limitarlo a su sentido jurídico (legitimidad como legalidad pura), parten de la base de que el discurso jurídico se construye de espaldas a otros planos discursivos. Esta asunción es, no obstante, incompatible con el extendido consenso en la filosofía del lenguaje según la cual los discursos sociales se construyen de forma interconectada y, por lo mismo, también se comprenden unos a la luz de otros<sup>17</sup>. Es también incompatible con el extendido consenso en la filosofía jurídica según el cual el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento moral, y el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general<sup>18</sup>.

15 Gearty, C. (2013). “Socio-Economic Rights, Basic Needs, and Human Dignity. A Perspective from Law’s Front”. En Mc. Crudden. Ob. cit., 155-171:171.

16 Moyn, S. (2013). “The Secret History of Constitutional Dignity”. En Mc. Crudden. Ob. cit., 95-111: 111.

17 Esta idea fue gráficamente representada por Wittgenstein con la clásica imagen de una “familia de significados” que (como los integrantes de una familia) se interconectan entre sí, Wittgenstein (2009). *Philosophical Investigations* (trads., Anscombe/Hacker/Schulte). Revised fourth edition. Oxford, § 65-67, & 75, 35-37, 40.

18 Advertía Alexy, en su *Teoría de la argumentación jurídica* en 1983, que este consenso ya estaba formado, al menos, desde la publicación en 1975 de la tercera edición de la *Metodología de la ciencia del derecho*, de Karl Larenz. Ver Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). 2ª ed. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 23, n. 1. Cabe agregar que Larenz decía (también entonces) que los principios de derechos fundamentales son la vía más directa de comunicación entre el derecho positivo y el discurso práctico general, en Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (Trad. Rodríguez Molinero, Marcelino). Barcelona. Ariel, 144.

Desde esta segunda concepción, la inteligibilidad de cualquier concepto jurídico –y no solamente la inteligibilidad del concepto de dignidad–, en buena medida, depende de su conexión con el sentido moral del mismo concepto y, en última instancia, de su conexión a sus respectivos casos paradigmáticos. Por ello, si la conexión entre los conceptos jurídicos y el discurso moral justificara su expulsión del discurso jurídico, habría que aceptar la improbable conclusión de que es preciso renunciar al derecho en su totalidad. Sobre esta base, un tercer grupo de autores se limita a plantear exigencias respecto al tipo de discurso moral desde el cual es legítimo comprender y usar el concepto jurídico de dignidad. Se propone, así, que cualquiera sea el horizonte moral que utilizan los jueces para justificar su comprensión, debe tratarse de un horizonte coherente con el conjunto de percepciones morales que, como cuestión de hecho, subyacen a las fuentes jurídicas.

Así, Barak apunta:

“El papel de los jueces en la interpretación constitucional de la dignidad humana, ya sea como valor o como derecho, consiste en dar sentido al concepto de dignidad. Al hacerlo, deben reflejar las percepciones sociales fundamentales que subyacen en la respectiva constitución”<sup>19</sup>.

Esta propuesta, que aquí denominamos “legitimidad como moralidad legalizada”, es similar, por no decir idéntica, a la ya clásica “lectura moral” de la constitución desarrollada por Ronald Dworkin<sup>20</sup>. Conviene pues detenerse en esta teoría, como banco de pruebas de la capacidad de la sugerencia de Barak para contener el arbitrio judicial en el uso del concepto de dignidad.

Explica Ronald Dworkin que toda democracia constitucional aspira a regular el uso de la fuerza pública con apego a tres principios: igualdad formal (las mismas restricciones para todos), debido proceso (con apego a la ley) y equidad representativa (el interés de todos igualmente representado en la ley). Agrega que estas tres aspiraciones formales emanan de una única aspiración sustantiva subyacente, consistente en tratar a todas las personas con “igual consideración y respeto” a su dignidad<sup>21</sup>. Si recorremos ahora

19 Barak, A. Ob. cit., 378.

20 Si bien la expresión “lectura moral” de la constitución es utilizada por primera vez en Dworkin, R. (1996). *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press, la idea de que la “moralidad legalizada” es el criterio legítimo de comprensión de las fuentes del derecho ya aparece con toda claridad en ([1973 1984]. *Los derechos en serio*. Guastavino, M. (trad.). Barcelona. Ariel, 203 y sigs.

21 Cfr. Dworkin, R. Ob. cit., 295; (1994). *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*. Caracciolo, R. y Ferreres, V. (Trad.). Barcelona. Ariel, 210-211; 1996: 111.

el camino inverso, podría decirse que la exigencia de igual consideración y respeto a la dignidad de toda persona se materializa en el ajuste de la acción de gobierno a los principios de legalidad (o debido proceso), equidad e igualdad formal.

El respeto a la dignidad se constituye de esta forma en el gozne que une el discurso jurídico con el discurso moral en cualquier democracia constitucional y, más ampliamente, en cualquier sistema de derechos. Sería algo así como el valor fundamental compartido por ambos discursos, del que luego emanan principios y reglas de acción (morales en un caso, jurídicos en otro) que son compatibles entre sí, pero no idénticas en su contenido. De la coincidencia en el valor fundamental de la dignidad, y de la complementariedad –sin confusión– entre los principios y reglas subsiguientes, se sigue, por necesidad, la naturaleza mixta (moral y jurídica) de toda interpretación o, por volver a las palabras de Dworkin, la lectura “moral” de los textos constitucionales (y por extensión, de los textos convencionales).

En este modelo, el principal desafío consiste en evitar que el uso judicial del concepto de dignidad se transforme en una suerte de agujero negro por donde la moralidad del intérprete absorba y anule al derecho. A evitar este desafío se dirige la condición de Barak de que el uso del concepto se ajuste a las percepciones sociales que subyacen al discurso jurídico, y la paralela condición de Dworkin, según la cual el uso de cualquier concepto jurídico debe ser coherente con la historia de la práctica jurídica en su conjunto. Veamos, pues, si es posible materializar estas condiciones en el razonamiento judicial.

#### **4. La identificación de la moralidad legalizada, y el hámster en la rueda**

La condición de que el intérprete utilice la moralidad legalizada como horizonte de comprensión del concepto de dignidad (y sus derivados) presupone, claro está, que el intérprete es capaz de identificarla, argumentar su existencia, y usar el concepto de dignidad de forma tal que sea fiel a la moralidad legalizada cuya existencia se ha identificado y argumentado. No obstante, si tanto el discurso jurídico como la moralidad legalizada son concebidos como creaciones culturales sin referencia a una realidad personal inherentemente inteligible, ni siquiera puede darse el primer paso. Ni la moralidad legalizada, ni las fuentes del derecho con las cuales hay que comparar la moralidad legalizada, pueden identificarse o visualizarse, por no hablar de comparar entre sí. No es (sólo) que falta un criterio meta-positivo que permita evaluar los méritos de interpretaciones alternativas del concepto de dignidad. Lo que falta es un criterio para identificar las

alternativas que se pretenden comparar. Se genera, de este modo, una paradoja semejante a la del hámster en la rueda, que por mucho que se afane al correr, gira siempre en el mismo lugar.

¿De qué percepciones morales hablamos, en primer lugar, cuando exigimos que se trate de percepciones subyacentes al derecho? ¿Estamos hablando de las percepciones de los padres fundadores de las constituciones, o de los representantes de los Estados parte en los debates previos a la firma de los tratados?<sup>22</sup> O bien, como sugiere Waluchow, ¿nos referimos a las percepciones que se van incorporando a las prácticas constitucionales y/o convencionales de derechos por distintas vías a lo largo de toda su historia, y que tornan a las prácticas en algo así como un “árbol vivo”?<sup>23</sup>

Esta disyuntiva de naturaleza metodológica, que podría enmarcarse en el más amplio debate entre “originalismo” e “interpretivismo”, no puede resolverse remitiendo a las fuentes del derecho, pues es su interpretación la que generan la controversia<sup>24</sup>. Apunta por ello Dworkin, no sin razón, que si se pretende evitar un razonamiento circular es necesario resolverla en su plano discursivo propio, que es el político-moral. El núcleo del debate giraría, en este segundo nivel, en torno a la identificación del método más funcional al principio sustantivo de igual consideración y respeto a la dignidad del ciudadano y sus derivados, los principios de legalidad, equidad representativa e igualdad formal<sup>25</sup>. Así, mientras el interpretivismo parece dispuesto a sacrificar algún grado de legalidad en provecho de la equidad representativa, lo contrario parece ocurrir con el originalismo.

Ahora bien, esta disputa subyacente no gira en el espacio, por así decirlo, sino en el seno de prácticas jurídicas concretas, porque la solución a la disputa metodológica (y al subyacente balance de principios) habrá de ser coherente tanto con las fuentes del derecho, como con la moralidad le-

22 Esta sería la postura asumida por el “originalismo”, propuesto y desarrollado célebremente, entre muchos otros, por el Juez de la Corte Suprema norteamericana Antonin Scalia, en Scalia, A. (1980). “Originalism: The Lesser Evil”. En *The University of Cincinnati Law Review*, 57, 849-865; Bork, R. (1990). *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Free Press; o Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.

23 Waluchow, W. (2006). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge. UK. Cambridge University Press.

24 Por “interpretivismo” nos referimos en este punto a las comprensiones de la interpretación judicial que en línea con la tesis del “árbol vivo” de Waluchow (nota 22) y la “lectura moral” (nota 20) de Ronald Dworkin, legitiman políticamente la naturaleza creadora de la interpretación judicial. Ver sobre este concepto García Figueroa (2018). “El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo”. En *Persona y Derecho*, 79-2, 51-114: 75.

25 Dworkin, R. Ob. cit., 34 y sigs.; Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass. Harvard University Press; Dworkin, R. (1986). Ob. cit., 369-369; Dworkin, R. (1996). Ob. cit., 75, 359, nn. 4 y 6.

galizada. Con lo cual, volvemos al punto de partida: la identificación de la moralidad legalizada que sirve de horizonte interpretativo del concepto de dignidad condujo a una discusión metodológica entre originalismo e interpretivismo, la discusión metodológica reveló un desacuerdo político-moral acerca del modo correcto de balancear los sub-principios de legalidad, equidad e igualdad, y este desacuerdo político-moral debe resolverse a la luz de la moralidad legalizada.

La circularidad se replica de forma indefinida a la par de la emergencia de nuevos niveles de elección, en la comprensión del principio sustantivo de igual consideración y respeto a la dignidad. Así, una vez que se ha optado por interpretivismo u originalismo, todavía resta justificar la selección de los documentos relevantes, sea para identificar las percepciones morales de los autores de los textos (originalismo), sea para identificar las percepciones morales que subyacen al derecho en su actual fisonomía. No es lo mismo, claro está, que las percepciones se infieran sólo a partir de los textos legales (la Constitución, los tratados) o, en cambio, que también se tengan en consideración su aplicación a nivel jurisprudencial, su desarrollo doctrinal, etc.<sup>26</sup>. Este tercer orden de preguntas se yergue sobre la interpretación correcta de las normas que, en palabras de Kelsen, gobiernan la “dinámica” del derecho, o bien, utilizando el lenguaje de Hart, sobre las normas “secundarias” que distribuyen competencias para crear derecho y/o para interpretarlo autoritativamente<sup>27</sup>. El pluralismo de fuentes y la emergencia del denominado “discurso jurídico multinivel” en las prácticas constitucionales actuales y en el sistema internacional de derechos humanos problematizan aún más, si cabe, la identificación de la autoridad competente para determinar autoritativamente el significado de los textos constitucionales y convencionales<sup>28</sup>.

26 Luciano Laise sistematiza los debates internos al originalismo según el criterio de que usen para (i) definir el concepto de “intención original” (motivo o intención *vs.* significado público original); (ii) identificar al titular de la intención o motivo; (iii) identificar cuáles son los documentos relevantes para abstraer la intención, el motivo, o el significado público original; e (iv) identificar cuál es el proceso válido para inferir el motivo, la intención o el significado a partir del documento. Ver Laise, L. (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. México. Porrúa, 67-115.

27 Hart, H. L. (1992). *The Concept of Law*. 2<sup>nd</sup> Ed. Clarendon Press, 80-81; Kelsen, H. [1960 (1981)]. *Teoría pura del derecho* (Vernengo, R. J., trad.). Universidad Autónoma de México, 83-84. Algo más recientemente, John Gardner ha distinguido con toda claridad el problema de la interpretación de las fuentes, del problema de la interpretación de las normas que habilitan a su creación, en Gardner, J. (2001). “Legal Positivism. 5 ½ Myths”. En *American Journal of Jurisprudence* (46), 208-209, 218-221.

28 Pariotti, E. (2017). “*Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica*”. En *Ars Interpretandi*, VI-2: 21-23; Pattersman, U. E. (2017). *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 113 y sigs.

En todo caso, si siguiéramos a Dworkin, deberíamos optar por la que mejor realice el principio de igual consideración y respeto a la dignidad, entendiendo “dignidad” desde el punto de vista de la moralidad legalizada. Todo lo cual nos reenvía una vez más al punto de partida: intentando identificar la moralidad legalizada que ilumina el significado de la dignidad, fue preciso seleccionar un conjunto de textos relevantes; para seleccionar textos relevantes fue necesario identificar la mejor interpretación posible de las normas que asignan competencias para determinar autoritativamente su significado; y la mejor interpretación de estas normas requirió identificar el significado de dignidad a la luz de la moralidad legalizada.

Si se dieran por resueltos los tres niveles anteriores de preguntas, aún queda otro, relativo al modo de abstraer la moralidad legalizada a partir de los textos seleccionados para identificar la moralidad legalizada (en el momento fundacional del sistema, o a través de su desarrollo histórico). ¿Debemos guiarnos por el tipo de casos-cosas a los que se aplica usualmente el concepto gozne de dignidad, tanto en el conjunto de textos jurídicos seleccionados, como en el discurso moral al que estos textos hacen referencia? ¿O debemos atender a las definiciones que formulan los jueces y/o la doctrina en uno y otro nivel? En cualquiera de ambos casos, ¿cómo circunscribimos el significado de la dignidad? ¿Deberíamos aislar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes de aplicación, o alcanza con identificar una familia de condiciones de aplicación, que sólo se dan de forma completa en algunos casos paradigmáticos? La solución a este cuarto nivel de cuestiones pone en juego la polémica clásica sobre la naturaleza del significado, lo que reactualiza el debate político-moral acerca de los fines del derecho y del mejor modo de balancearlos entre sí<sup>29</sup>.

Para quien privilegie la legalidad sobre la equidad parece más funcional intentar delimitar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes de aplicación del concepto de dignidad, tanto en el nivel jurídico como en el nivel moral de discurso; y luego compararlas entre sí. O bien verificar que, como cuestión de hecho, ambos conceptos se aplican al mismo tipo de casos

29 Ver Moore, M. (2007). “Can Objectivity be Grounded on Semantics?”. En Villanueva, E. (ed.). *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity*. New York. Rodopi Philosophical Studies, 236-260: 243-246; y Margolis, E. y Laurence, S. (eds.) (2007). *Concepts. Core Readings*. Cambridge, Mass. MIT Press, 27-29. Apunta Waluchow, en este mismo orden de ideas, que el originalismo del significado público conduce a resultados muy diferentes, según que pretenda fidelidad al significado original sin más; o al margen de extensión que los autores de la constitución pretendieron imprimir en los conceptos. En el primer caso, la teoría no se distingue esencialmente, según Waluchow, de su propia teoría del árbol vivo. En el segundo, se confundiría con el “originalismo de intenciones”. Ver Waluchow, W. (2021). “The Living Tree. Very much Alive and stile Bearing Fruit: A Reply to the honourable Bradley W. Miller”. En *Queens Law Journal*, 46-2, 281-300: 288.



paradigmáticos en uno y otro nivel discursivo. Los casos paradigmáticos, por lo demás, se delimitarán y describirán del modo más preciso posible —quizá a través de una nueva serie de condiciones necesarias y suficientes de aplicación. Para quienes, en cambio, privilegien la equidad representativa por sobre el principio de legalidad, quizá sea más funcional optar por una semántica criteriológica, donde exista la constatación de algún grado de semejanza entre sus respectivos casos paradigmáticos y/o entre sus respectivas condiciones de aplicación.

Recapitulando, hemos aislado al menos cuatro órdenes de preguntas de cuya respuesta depende la validez de la identificación de la moralidad legalizada que debería servir de horizonte de comprensión del concepto jurídico de dignidad: ¿originalismo o interpretivismo?; ¿cuáles son los textos que revelan la moralidad original o actual, según el caso?; ¿cuál es el uso del lenguaje que revela el significado de la dignidad?; y ¿cómo se delimita este significado? Todos estos niveles involucran un razonamiento político-moral acerca del mejor modo de asegurar igual consideración y respeto a la dignidad de todo ciudadano cuya validez depende, a su vez, de su ajuste a la moralidad legalizada. Se produce de esta forma una circularidad tautológica, que sitúa al intérprete en una posición análoga a la del hámster que nunca llega a la meta.

## **5. El convencionalismo semántico en la raíz de la circularidad**

Tanto la tesis de la legitimidad como legalidad pura, según la cual el concepto de dignidad se construye (y se debe construir) desde el discurso jurídico autónomamente considerado, como la tesis más amplia, según la cual la construcción es producto de una síntesis entre el discurso jurídico y el discurso moral, conllevan una toma de postura en un quinto orden de debates, esta vez relativo, no a la naturaleza del significado, sino a su origen. Se trata, en este orden de consideraciones, de responder a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la fuente de la cual brota el significado de los conceptos jurídicos, y cómo se vincula el significado con su referencia? ¿Son acaso los conceptos jurídicos algo así como un orden que se vuelca al mundo social, imprimiendo en él un orden previamente inexistente? O, más bien, la naturaleza de la referencia, ¿es la fuente última del significado de los conceptos en general, y de los conceptos jurídicos en particular? Si nada hay en la referencia de los conceptos (las cosas a las que un concepto aplica) que dé razón de su significado, el significado no solamente es inde-



pendiente de la naturaleza de la referencia, sino que también es el origen de su inteligibilidad<sup>30</sup>.

Dicho con palabras de Quine:

“La noción Aristotélica de esencia es, sin lugar a duda, la predecesora de la noción moderna de intensión o significado [...] Para Aristóteles, las cosas tienen esencias, pero solo las formas lingüísticas tienen significado. Cuando la esencia se divorcia del objeto de referencia y se proyecta sobre la palabra se convierte en significado”<sup>31</sup>.

Llegados a este estadio, se puede esbozar una tesis acerca de la circularidad tautológica que subyace a la pretensión de sujetar el uso judicial del concepto de dignidad al discurso jurídico sin más (tesis de la legitimidad de la interpretación como legalidad), o a una síntesis entre discurso jurídico y discurso moral. A saber, la circularidad se explica por la asunción del convencionalismo semántico y la consiguiente exclusión de la naturaleza de la referencia del concepto, la persona humana, como foco de comprensión de la dignidad.

En el convencionalismo semántico, comprender un concepto es comprender su significado, y comprender el significado es saber usarlo, sino en toda su extensión, sí, al menos, en relación con su referencia paradigmática<sup>32</sup>. Ahora bien, puesto que nada hay en la referencia de los conceptos que justifique su condición de “referencia paradigmática”, se sigue que nada hay en la naturaleza de la persona humana que justifique su condición de “caso paradigmático” de la dignidad. La “referencia paradigmática” es, pura y simplemente, la clase de cosas a las cuales, como cuestión de hecho, una comunidad discursiva aplica mayoritariamente un concepto, dentro de un particular contexto discursivo<sup>33</sup>.

Saber usar el concepto de dignidad consistiría, en esta orientación, en saber aplicarlo a la clase de individuos que, al menos hasta ahora, están contenidos en su margen paradigmático-consensuado de aplicación. Ahora

30 Sobre la generalización del convencionalismo semántico en el contexto de la filosofía del lenguaje, Marmor (2008). “Is Literal Meaning Conventional?”. En *Topoi*, 27, 101-113: 101, n. 1; Moore (2007). Ob. cit., 240 y sigs.; y Margolis/Laurence (1999). Ob. cit., 21 y sigs.

31 Quine, W. O. “Two Dogmas on Empiricism”. En Margolis, E.; Laurens, S. (eds.). *Concepts: Core Readings* (MIT Press 1999 [1953]): 154.

32 Ver Wittgenstein, W. (2009). Ob. cit., &55, 31; y su aplicación a la interpretación jurídica, entre otros, por Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*. 2ª ed. Oxford. Hart Publishing [2005], 102-155.

33 Marmor (2005). Ob. cit., 102, 103, 115; Zambrano, P. (2021). “Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto”. En *Revista Chilena de Derecho*, 48-3, 131-154:137.

bien, la naturaleza de los individuos que integran esta clase es, igual que el concepto de dignidad, fruto de una construcción social. De nada sirve, desde esta perspectiva, mirar a la persona para comprender el significado de dignidad. Si uno y otro concepto son creaciones discursivas puras que se vuelcan sobre un mundo ininteligible, el mundo nada puede agregar a su comprensión. Desde esta perspectiva, tanto da que se observe cómo se usa el concepto de “dignidad” para inferir el significado y la extensión del concepto de “persona”, como recorrer el camino inverso. Esto es, observar cómo se usa el concepto de “persona” e inferir el significado y la extensión del concepto de “dignidad”. En uno y otro caso, el significado y la extensión de uno y otro concepto se construyen con su uso, y se comprenden observando el uso<sup>34</sup>.

Se explica, de este modo, por qué las propuestas de Barak y Dworkin se empantanar en una situación semejante a la del hámster en la rueda. La identificación de la moralidad institucionalizada (Barak) en el juicio de ajuste (Dworkin) descansa sobre una serie de juicios previos cuya única justificación, una vez que la persona en sí ha desaparecido del horizonte de comprensión, es el mismo discurso que genera la necesidad de juzgar. Lo mismo aplica a la conclusión de Moyne, según la cual debería abandonarse el concepto de dignidad porque no existe consenso alguno en el modo de aplicarlo a su margen de extensión. Ahora podemos decir que no hay consenso en los márgenes de extensión porque el significado paradigmático carece de toda capacidad de iluminar su propia dinámica de aplicación. Y carece de esta capacidad no porque no sea en sí mismo luminoso, sino porque los intérpretes han preferido ignorar esa luz<sup>35</sup>.

Esta circularidad se evidencia también con el análisis de Rosen de los casos (i) *Washington v. Glucksberg* y (ii) *Vacco v. Quill*<sup>36</sup>. En estos casos, el concepto jurídico de privacidad se concibió en sentidos diametralmente opuestos por la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos, y, del otro lado, por los filósofos Dworkin, Nagel, Nozick, Rawls, Scanlon y Thomson, quienes presentaron como *amicus curiae* su famoso “Informe de Filósofos”<sup>37</sup>. El desacuerdo se concentró en la conexión entre el concepto jurídico de privacidad, y los conceptos morales de dignidad y autonomía que, a juicio de los filósofos, habían sido incorporados al discurso jurídico y por tanto legalizados en el precedente *Casey*, donde la Corte afirmó:

34 Zambrano, P. (2021). Ob. cit., 137-138.

35 Moyne, S. (2013). “The Secret History of Constitutional Dignity”. En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 95-111:111.

36 Rosen, M. (2013). “Dignity. The Case Against”. En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 143-154: 151; *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997).

37 Dworkin, R. *et al.* (27 March 1997). “Assisted Suicide: The Philosophers’ Brief”. En *New York Review of Books*, 44, 41-47.

“Las elecciones nucleares sobre la dignidad personal y la autonomía son neurálgicas para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda. En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, de significado, de universo y del misterio de la vida humana. Las creencias sobre estos asuntos no serían capaces de definir los atributos de la personalidad si fuesen formadas bajo compulsión estatal”<sup>38</sup>.

Contra el razonamiento de los filósofos, en *Washington v. Glucksberg* y en *Vacco v. Quill* la Corte estableció que el suicidio no es un caso paradigmático del concepto jurídico de privacidad, según como fue definido el concepto en *Casey*. Desde una premisa semántica convencional, el desacuerdo entre la interpretación de la Corte y la de los filósofos no radicaba en una forma distinta de entender la relación entre el concepto de privacidad, y la autonomía, la dignidad o el misterio de la vida humana, pues ninguno de estos conceptos por sí mismo denota realidad inteligible alguna. El desacuerdo radicaba, más bien, en el modo de inferir el significado de estos conceptos a partir de su uso en el conjunto total del discurso jurídico y de su apéndice, la moralidad legalizada. Pero como era el propio uso de los conceptos lo que generaba la controversia, los jueces acabaron privados de todo parámetro para resolver.

Se espera, en fin, que el juez resuelva el desacuerdo conceptual en torno al significado del concepto de dignidad ciñéndose exclusivamente a su uso, sea en el discurso jurídico puro, sea también en la moralidad legalizada, pero en todo caso, sin mirar nunca a la naturaleza de la persona. Sea que la proscripción de mirar a la persona obedezca a razones epistémicas –se niega su inteligibilidad–, sea que obedezca a razones normativas –la legitimidad de las decisiones se reduce a su legalidad y/o a su neutralidad valorativa–, el resultado es siempre el mismo: se les exige a los jueces que busquen y justifiquen una correspondencia objetiva que simplemente no existe.

Michael Rosen parece percibir este problema cuando advierte que si la dignidad es una convención social, entonces no hay necesidad de que denote algo<sup>39</sup>. Rosen es consciente de que si el concepto de dignidad no designa nada, entonces no hay forma alguna de que sea aplicado racionalmente. Y como no está preparado para proponer que abandonemos el enfoque convencional del concepto de dignidad, sugiere en cambio que retiremos el concepto del discurso público. Esta sugerencia implica afirmar, *contrario sensu*, que dentro del contexto jurídico otros conceptos sí pueden ser usados significativamente, a pesar de su naturaleza convencional. Pero lo cierto es que

38 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833: 851.

39 Rosen, M. (2013). Ob. cit., 145.

todo discurso divorciado del mundo deja de ser inteligible. Por ende, las razones que esgrime Rosen para abandonar el concepto de dignidad aplican por igual a todos los conceptos jurídicos y, más aún, al lenguaje en general. En este sentido, Rosen, Moyn y Gearty se enfrentan con el mismo dilema que sus contrarios más optimistas, Barak, Grimm y Dupré: o bien se acepta que, al final, la inteligibilidad del discurso jurídico en general está fundada en la inteligibilidad intrínseca de la persona humana, o debe demostrarse por qué la propuesta de eliminar el concepto de dignidad no aplica por igual a todo el discurso jurídico.

## **6. Una reflexión filosófica transparente sobre la naturaleza de la persona como condición de legalidad y legitimidad**

Hasta aquí podemos concluir que la racionalidad de la argumentación acerca de la legalidad del uso del concepto de dignidad depende de que se puedan distinguir de forma objetiva entre usos válidos e inválidos, o, al menos, entre usos más y menos válidos del concepto. No obstante, esta distinción sólo es factible allí donde la naturaleza de la referencia del concepto de dignidad –la persona en sí– guíe la comprensión de su significado. *Viceversa*, a mayor desconexión entre el uso judicial del concepto de dignidad y la naturaleza de su referencia, la persona humana, menor su inteligibilidad y menor, también, la racionalidad del debate en torno a su legalidad. Se explica así lo pertinente de la advertencia de Carozza, según la cual el uso adecuado del concepto de dignidad en el discurso jurídico es inseparable de “un ejercicio de reflexión filosófica serio acerca de la realidad humana”<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista de la argumentación de la legalidad del uso judicial del concepto, esta conclusión plantea serios desafíos a quienes ejercen la judicatura en el denominado “Estado constitucional de Derecho”, donde muy a contracorriente de la evolución de la filosofía jurídica, todavía reina una comprensión reductiva del principio de legalidad. Este reduccionismo está claramente asumido en las tesis de la legitimidad como legalidad y de la legitimidad como moralidad legalizada. En ambos casos se asume, en efecto, que la legitimidad de la argumentación judicial es directamente proporcional a su dependencia de “razones secundarias y excluyentes”, e indirectamente proporcional al uso de razones “primarias” (esto es, a fuentes de decisión meta-jurídicas)<sup>41</sup>. Sin perder de vista que el derecho es un

40 Carozza, P. (2008). Ob. cit., 937.

41 Utilizamos aquí la distinción entre razones primarias para actuar, que se basan en el

orden de autoridad y que, por lo mismo, las razones secundarias –la remisión a las fuentes jurídicas– conforman siempre la espina dorsal de cualquier argumentación judicial; la pretensión de que estas razones excluyan cualquier otra clase de razonamiento antropológico-moral es sencillamente irrealizable en virtud de su insuficiencia para guiar las decisiones<sup>42</sup>. Si esto es siempre cierto, lo es todavía más cuando se trata de comprender y usar conceptos “gozne” entre discurso moral y el discurso jurídico, como es el caso de la dignidad<sup>43</sup>.

Llegados a este estadio, conviene pues abordar sin tapujos la cuestión elemental: ¿Cuál es esta referencia; y de qué modo preciso puede dotar de racionalidad al debate acerca de la legalidad y legitimidad del uso judicial del concepto de dignidad? ¿Estamos en búsqueda de una referencia que es tan convencional, variable y escurridiza como las interpretaciones que se intentan comprender y justificar a su luz? ¿No será acaso que volvemos como Barak y Dworkin a la rueda del hámster, con la única diferencia (quizá no menor) de que por lo menos somos sinceros, y advertimos la futilidad de nuestro esfuerzo?

Un punto debe quedar claro antes de afrontar este último desafío argumentativo. En primer término, no podremos desembarazarnos nunca del lenguaje. Por razones obvias no puede esperarse del lenguaje –y este texto es una porción de lenguaje– que materialice la realidad a la cual hace referencia. Estirando las imágenes propuestas por Wittgenstein, estamos en la misma situación que la mosca que busca en vano la salida de la botella<sup>44</sup>. Ahora bien, ¿puede concluirse a partir de nuestra condición de encierro en la botella del lenguaje que lo que sea que esté fuera no ilumina el interior? ¿O bien que el lenguaje construye tanto la forma como la luz de la botella con absoluta independencia del mundo en el que se sitúa? Una y otra afirmación (ontológica la primera, epistémica la segunda) conducen al mismo

---

valor de la acción; y razones secundarias, que se basan en la existencia de normas que avalan la racionalidad (y el valor) de la acción en cuestión y, además, excluyen cualquier otra razón primaria para actuar de otra forma. Esta distinción fue clásicamente propuesta por Raz, entre otros trabajos, en Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford. Clarendon Press, 212-215; (2001). “Reasoning with Rules”. En *Current Legal Problems*, 54, 1-18; (2004). “Incorporation by Law”. En *Legal Theory*, 10, 1-17: 8; (2006). “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception”. En *Minnesota Law Review*, 90, 1003-1044: 1025.

42 Hemos argumentado más extensamente este punto.

43 El propio Raz ha defendido recientemente que el *desiderátum* de publicidad del *Rule of Law* conlleva la obligación judicial de explicitar todas las razones (incluidas las razones primarias que sirven de horizonte de comprensión de las razones secundarias) que sostienen una decisión judicial, en Raz, J. (2019). “Laws Own Virtue”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 1-15: 8.

44 Cfr. Wittgenstein (2009). Ob. cit., § 309, 110.

resultado en lo que a la posibilidad de comprensión del discurso jurídico-moral respecta. Construimos *ex nihilo* el significado y la referencia de todos sus conceptos y enunciados normativos, lo cual los torna ininteligibles.

Parece, pues, que nos encontramos entre dos extremos igualmente inadmisibles. O bien el concepto jurídico de dignidad es absolutamente convencional, en cuyo caso es ininteligible; o bien es absolutamente representativo de la persona humana, lo cual lo tornaría irrelevante –porque designaría exactamente lo mismo que los conceptos antropológico y moral–; o incluso implausible, dada la indiscutible naturaleza convencional las obligaciones jurídicas que los sistemas de derechos fundamentales (universal, regionales o constitucionales) conectan a su uso.

La distinción de Frege entre significado, referencia y sentido (o significado discursivo) puede servir de salida a esta encrucijada. Así, mientras que la persona humana es la referencia compartida tanto por el sentido jurídico como por el sentido moral del concepto de dignidad, cada uno de estos planos discursivos se aproxima a esta referencia desde una perspectiva análoga, pero no igual. Precisamente porque el sentido jurídico y el sentido moral del concepto de “dignidad” comparten la misma referencia, puede también concebirse un “analogado principal” subyacente a los dos sentidos (o significados discursivos)<sup>45</sup>.

Si la relación entre el analogado principal y los sentidos discursivos del concepto de dignidad es de determinación o enriquecimiento, puede concluirse, en lo que aquí interesa, que cualquier uso que sea abiertamente contradictorio con el analogado principal será inválido. Conviene pues, como paso previo a analizar la validez de los usos judiciales del concepto, incurrir en el breve ejercicio de “reflexión filosófica seria” sugerido por Carozza, tendiente a reconocer el analogado principal del concepto de dignidad, que subyace a sus sentidos moral y jurídico paradigmáticos.

## **7. Sentido jurídico, sentido moral y analogado principal: status, respeto y fuerza categórica**

Siguiendo a Kant, las reglas morales se distinguen respecto de cualquier otro tipo de regla por su fuerza categórica. Que una regla sea categórica significa, en muy breves palabras, que una vez que el agente constata (juzga) que es aplicable a una situación, no hay razones que justifiquen

<sup>45</sup> Frege (1982). *Zeitschrift für Philosophie und Philosophische Kritik*, nueva serie, núm. 100, 22-50. Usamos la traducción al español de Valdés Villanueva: Frege (2012). “Sobre sentido y referencia”. En Valdés Villanueva (comp.). *La búsqueda del significado*. Madrid, 29-49, 34.

su desplazamiento<sup>46</sup>. Lo específico de las reglas morales es que “excluyen” o “derrotan”, utilizando ahora el lenguaje de Joseph Raz, cualquier otra motivación que pueda albergar un agente para actuar de otro modo (especialmente, aunque no únicamente, excluye los motivos no avalados por razones)<sup>47</sup>. Esta misma idea es asumida por toda la tradición del derecho natural, cuando afirma la fuerza obligatoria y concluyente del juicio acerca de la moralidad de la acción –cualquiera sea su nivel de generalidad–<sup>48</sup>.

La fuerza categórica de los imperativos morales plantea la obvia cuestión acerca de su fundamento. Más concretamente, se trata de averiguar cuál es la razón, si hay alguna, de que ciertos cursos de acción se muestren racionalmente como absolutamente obligatorios, y por ello excluyan y derroten nuestro eventual deseo, interés o inclinación de obrar de otro modo.

En respuesta a esta pregunta, si bien de forma indirecta, apunta Kant a la dignidad tanto del agente como de las personas sobre las cuales recae su acción moral. La conexión es indirecta pero necesaria. Desde el punto de vista de su racionalidad, la fuerza categórica de la ley moral se justifica en sí misma y no por relación a ninguna otra premisa anterior: el concepto racional de ley moral incluye su fuerza categórica<sup>49</sup>. Ahora bien, la comprensión de este concepto racional de la ley moral genera, desde el punto de vista afectivo-motivacional, un sentimiento de respeto absoluto a la ley en sí<sup>50</sup>. El respeto a la ley se proyecta, finalmente, a toda persona-agente, en cuanto “portadora y destinataria” de la ley<sup>51</sup>.

En palabras de Vigo: “[.] las personas son los seres de quienes se exige el cumplimiento de las normas de la moralidad, y, por otra, son también aquellos seres a cuya protección y promoción apuntan esas mismas normas. Y ello es así, justamente en la medida en que por ser portadoras y destinatarias de la ley moral, las personas son seres que poseen valor absoluto, y no

46 Kant, I. *Grundlegung der Methaphysik der Sitten*, en *Kants Schriften. Werke*, edición de la Academia Prusiana de las Ciencias, IV: 401 (Ak IV). Se cita por la edición bilingüe Wood, W. A. (2018). *Introduction a Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press, 16.

47 Esta terminología aparece, entre muchos otros trabajos, en Raz, J. (2004). Ob. cit., 5. Sobre la fuerza categórica de la ley moral en Kant ver Vigo, A. (2020). *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*. Olms, 97-98.

48 Finnis, J. (1998). *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford University Press, 127 y sigs.; Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Clarendon Press, 218 y sigs.; Finnis, J. (2020). “Natural Law: Practical Reason and Creative Information”. En *Persona y Derecho*, 82, 19-38: 20-21; y Rhonheimer, M. *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica*. Mardomingo, J. C. (trad.). 2ª ed. Rialp, 350 y sigs. Para una comparación conciliatoria entre Kant y Aristóteles en este punto, ver Vigo, A. (2020). Ob. cit., 290-303.

49 Kant, I. Ak IV: 397; Wood, W. A. (2018). Ob. cit., 12.

50 Kant, I. Ak IV: 401-402; Wood, W. A. (2018). Ob. cit., 16, b.

51 Kant, I. Ak IV: 428-430; Wood, W. A. (2018). Ob. cit., 40-42.



meramente relativo, vale decir, son seres que poseen dignidad (*Würde*), y no precio (*Preis*) (cfr. *Grundlegung*, 434 y sigs.), y que, como tales, son también objeto de respeto (*Achtung*) (cfr. p. 401, nota 428). En tal sentido, explica Kant, las personas son los únicos seres que, en virtud de su propia naturaleza racional y libre, constituyen ‘fines en sí mismos’ (*Zweck(e) an sich selbst*) (cfr. 428 y sigs.; véase también KpVp. 87, 131 y sigs.)<sup>52</sup>.

Si se advierte bien, el concepto de dignidad entrelaza dos ideas. Una primera idea, antropológica, designa el tipo de ser que es la persona en sí (un agente moral); y una segunda, estrictamente moral, designa el tipo de trato debido a toda persona, consistente en que sea objeto de respeto. Aclara Vigo que “lo que se manda aquí, naturalmente, no es el sentimiento de respeto mismo, ya que eso sería imposible, sino, más bien, un determinado modo de trato, fundado él mismo en el respeto a la ley moral, a saber: se ha de tratar como manda la ley moral a todos aquellos que precisamente, en razón de su capacidad moral, deben ser considerados personas y, con ello, también poseedores de dignidad”<sup>53</sup>.

Dejando a salvo las distancias terminológicas, puede afirmarse que tanto la condición de “fin en sí mismo” de toda persona humana, como la conexión justificativa entre esta condición antropológica y el deber moral categórico de respetarla, son recogidas desde la tradición del derecho natural en el concepto de “dignidad ontológica”<sup>54</sup>. La dignidad de todo agente moral se constituye, así, en ambas tradiciones morales, en el fundamento inmediato de un deber formal, absoluto y universal de respeto en el más estricto sentido de universalidad: obliga a todo agente moral y se proyecta sobre todas las personas involucradas en su acción –incluido al propio agente moral, que tiene el deber de tratarse a sí mismo como persona–<sup>55</sup>.

52 Vigo, A. (2020). Ob. cit., 231.

53 Vigo, A. (2020). Ob. cit., 136.

54 Sobre el concepto de “dignidad ontológica”, Chávez, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima. Palestra, 99 y sigs.; Serna, P. (1995). “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. En *Derechos y Libertades*, 4, 287-306: 291; Spaemann, R. (1998). “Sobre el concepto de dignidad humana”. En Massini, C. I.; Serna, P. (eds.). *El derecho a la vida*. Pamplona. Eunsa, 94 y sigs. Todos estos autores coinciden en vincular la dignidad al hombre en cuanto hombre, y distinguirla, entre otras, de la dignidad “moral”, que se predica de una especial forma de comportamiento. Sobre el uso de esta misma distinción en el plano judicial, puede verse Rao, N. (2013). “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”. En *Notre Dame Law Review*, 86, 183-272: 187; Carozza, P. (2013). “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”. En Mc. Crudden. Ob. cit., 615-629: 616.

55 Sobre la indiscutible confluencia de ambas tradiciones de pensamiento moral en torno a las dos ideas ver, entre otros muchos, Hollembach, D. “Experience and History, Practical Reason and Faith”. En Mc. Crudden, C. (2013). Ob. cit., 123-139, 129-131; Naomi (2013). Ob. cit., 186-187.



Si del discurso moral nos movemos al discurso jurídico, se advierte sin dificultad la intersección entre el uso jurídico paradigmático y el uso moral paradigmático del concepto de dignidad, del cual puede inferirse un análogo principal que sostiene a uno y otro, y que se desdobra a su vez en dos ideas. Primero, una idea antropológica, la dignidad como valor, que designa el *status* de la persona en relación con el resto de las cosas existentes, consistente en ser un fin en sí mismo. Segundo, una proposición moral, según la cual este *status* genera una exigencia incondicional de tratar siempre a la persona con respeto, esto es, como un fin en sí. Esta exigencia moral de respeto, que es en sí misma formal, es la raíz de la fuerza categórica (absoluta) de todas y cada una de las obligaciones morales y de las obligaciones correspondientes a los derechos humanos ya que, propiamente hablando, las obligaciones morales (incluidas las obligaciones que emanan de los derechos) son la expresión de la exigencia de respeto en el nivel de la acción<sup>56</sup>.

Desde el realismo semántico, este ejercicio de reconocimiento del análogo principal, a partir de los sentidos moral y jurídicos paradigmáticos, se concibe como un diálogo entre tradiciones, orientado a “profundizar nuestra comprensión acerca de lo que significa [...] poseer un valor común, irreductible y universal como personas humanas”<sup>57</sup>. Se concibe, en otras palabras, como un camino de acceso a la naturaleza de la referencia del concepto de dignidad y no, en cambio, como sistematización de un consenso que gira sobre sí mismo<sup>58</sup>. Sobre la base de esta explicación, pueden a continuación inferirse algunas pautas para el uso válido y relevante del concepto de dignidad en el discurso judicial de los derechos humanos.

## 8. Validez (e invalidez) del uso judicial del concepto de dignidad

En los epígrafes anteriores se argumentó que el convencionalismo semántico radical hunde cualquier intento de argumentar la legalidad del uso judicial del concepto de dignidad en un razonamiento tautológico y/o en un regreso al infinito. Esta es una razón de orden epistémico y para rechazar el convencionalismo semántico en el uso judicial del concepto de dignidad. A esta razón, se agrega ahora otra de orden lógico, derivada de la doble contradicción analítica y performativa que encierra el convencionalismo

<sup>56</sup> Carozza, P. (2008). Ob. cit., 935.

<sup>57</sup> Carozza, P. (2013). Ob. cit., 624.

<sup>58</sup> Sobre las consecuencias de utilizar uno u otro modo de inferencia, ver Carozza, P. (2013). Ob. cit., 624-625; Mc. Crudden, C. “An Introduction to Current Debates”. En Mc. Crudden (2013). Ob. cit., 1-58: 54-57; y Hollembach, D. (2013). Ob. cit., 129-133.

semántico. La contradicción analítica deriva de la oposición entre el convencionalismo semántico y el significado analógico principal de dignidad; la contradicción performativa deriva de su oposición con el sentido estrictamente jurídico del concepto.

En su significado analógico principal, la dignidad representa en primer término el valor inherente y *absoluto* de toda persona humana. Por definición, un valor “absoluto” no depende de ninguna voluntad, sea en lo que concierne a la jerarquía o fuerza del valor, sea en la extensión de su margen de aplicación. No obstante, si este valor es concebido como fruto exclusivo de una construcción social, sin deferencia alguna a la naturaleza de la persona, tanto su peso como su margen de aplicación dependerán del humor que motiva su construcción social.

De la relativización de la dignidad como valor se sigue naturalmente la relativización de la fuerza categórica del deber de respeto. Este *séquitur* es indefectible, puesto que el deber de respeto es adyacente al juicio axiológico según el cual toda persona es un fin en sí mismo. En todo caso, la relativización de la fuerza absoluta del deber de respeto es otra manifestación de la contradicción analítica: una obligación que no es categórica no es ninguna obligación (es un interés más o menos generalizado y consensuado, pero un interés al fin).

Jones ayuda a aclarar este punto:

“El intento de eliminar cualquier idea de dignidad intrínseca reduce la ética a un sistema de razonamiento procesal (basado en la coherencia racional) o a un razonamiento utilitarista (basado en el placer o en las preferencias) o a cualquier combinación de ambos. Estas formas de razonamiento niegan la afirmación de que algunas acciones u objetivos tienen valor en sí mismos (*honestum*), pero insisten, en cambio, en que todo bien humano debe estar relacionado con lo útil (*utile*) o lo placentero (*delectation*)”<sup>59</sup>.

Además de una contradicción analítica con el significado analógico principal de dignidad, el convencionalismo semántico conlleva una contradicción performativa con el sentido jurídico paradigmático, por cuanto contradice al menos dos de los fines inherentes a los sistemas de derechos. En primer término, el fin de servir de contra-peso a la regla de las mayorías. En segundo orden, el de servir de vehículo de diálogo intercultural en la comunidad internacional<sup>60</sup>.

59 Jones, D. A. “Is Dignity Language Useful in Bioethical Discussion of Assisted Suicide and Abortion?”. En Mc. Crudden (2013). Ob. cit., 525-538: 527.

60 Zambrano, P.; Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons, 30-42; Cianciardo, J. (2021). *La relevancia del derecho en una sociedad multicultural*. México. Tirant lo Blanch, 59-61.

Si existe una tesis incontrovertida en la teoría de los derechos humanos es que su fuerza categórica se pone especialmente de manifiesto en su peso contra-mayoritario. Este peso viene recogido en elementos tan vertebrales a todo sistema de derechos (sea nacional, regional o internacional) como la distinción entre legalidad y razonabilidad; y la justiciabilidad de los derechos contra todo acto de gobierno, incluida la creación democrática de normas<sup>61</sup>. Poco, por no decir ningún sentido, tiene declamar que el sistema se concibe como límite de toda acción de gobierno, sea o no democrática, para luego delegar en una mayoría espontáneamente organizada, o bien en las mismas fuentes jurídicas que se pretenden limitar, la delimitación del margen de aplicación del concepto de dignidad y/o de su referencia, el concepto de persona como titular de los derechos.

Asimismo, tanto el sistema internacional como los sistemas regionales de derechos se han construido con una aspiración de diálogo inter-cultural, que no pretende anular la diversidad cultural, sino más bien permitir (e incluso fomentar) tanta diversidad cultural como sea compatible con el respeto de la dignidad común a todo miembro de la familia humana. El sistema asume, en esta dirección, que el diálogo intercultural no solamente es posible, sino también deseable<sup>62</sup>. Ahora bien, como tantas veces se ha puesto de manifiesto desde la filosofía del lenguaje y la filosofía política, no hay diálogo intercultural –ni traducción– posible sin premisas transculturales compartidas por todas las partes del diálogo. Si no se quiere volver a caer en un regreso al infinito, habrá que negar que las premisas transculturales son fruto de un tercer nivel de construcción cultural, y afirmar en cambio que se trata de dimensiones de la realización humana intrínsecamente inteligibles<sup>63</sup>. En este punto se comprende mejor el uso del concepto de dignidad señalado por Carozza, como vehículo, precisamente, de un diálogo universal.

Recapitulando, cualquier uso del concepto de dignidad que conlleve la negación del valor absoluto de la persona y/o la negación de la fuerza categórica del deber general de respeto es inválido pues encierra una doble contradicción, analítica y performativa. Esta doble contradicción puede darse de forma directa –lo cual es más bien excepcional– o indirecta, mediante la asunción de una semántica convencionalista pura. En cualquiera de los dos casos, el uso del concepto de dignidad y/o de su referencia, la persona, es jurídicamente inválido. Puesto en términos asertivos, el paradigma semántico realista es una condición necesaria de validez del uso judicial del concepto de dignidad.

61 Zambrano, P.; Cianciardo, J. (2019). Ob. cit., 15-30.

62 Carozza, P. (2008). Ob. cit., 934; Cianciardo, J. (2021). Ob. cit., 45.

63 Hemos desarrollado más extensamente esta tesis.

## 9. Conveniencia y transparencia del uso judicial del concepto de dignidad

Si nos ajustamos a la advertencia de Ockham, el uso de los conceptos puede ser válido pero irrelevante y, en cuanto irrelevante inconveniente, por entorpecer en lugar de facilitar su comprensión. Con este criterio de relevancia en miras, parece apropiado volver una vez más sobre cada uno de los usos clasificados en el epígrafe 1.

La afirmación de que el paradigma semántico realista es el único lógicamente compatible con el analogado principal del concepto de dignidad, encierra el presupuesto epistémico, según el cual la referencia del concepto –la naturaleza de la persona humana– es inteligible en sí misma, y para todo hombre con uso de razón. Este presupuesto epistémico es filosófico, no sociológico. Dicho de otro modo, no se afirma que todo lo que es en sí mismo comprensible para el hombre, sea de hecho afirmado o incluso comprendido por todo hombre ni, acaso, por toda cultura<sup>64</sup>. La grieta entre lo que puede ser conocido y afirmado, y lo que de hecho es conocido y afirmado, explica que lo inherentemente inteligible deba ser recordado, de tanto en tanto. Puesto en términos de pautas argumentativas: a mayor negación directa o indirecta del valor absoluto de todo ser humano y de su incondicional derecho a ser objeto de respeto en el contexto discursivo de los derechos humanos, mayor es la necesidad de recordar explícitamente tanto el analogado principal, como el sentido jurídico paradigmático de la dignidad. O bien, lo que es lo mismo, cuanto más se escora el discurso de los derechos humanos hacia un razonamiento práctico de tipo utilitario, mayor es la conveniencia de recordar sus raíces<sup>65</sup>.

Lafferrière y Lell identifican en la CIDH, y Grimm en el TEDH, un segundo tipo de uso consistente en derivar la naturaleza absoluta de las obligaciones correspondientes a *algunos* derechos (como la obligación de no torturar) a partir de la dignidad; o bien usar la dignidad para justificar la condena de *algunos* casos de violación. Pues bien, una vez que se comprende que cada derecho humano es una concreción del deber general de respeto, asiste razón a Jones cuando arguye que, propiamente hablando, la dignidad es afectada con cada una de las violaciones a cada uno de los derechos humanos<sup>66</sup>. Por ello, derivar a partir de la dignidad la fuerza obligatoria de algunos derechos específicos y/o la reprochabilidad de algunos supuestos de violación no es inválido, pero puede ser superfluo e irrelevante. Esta irre-

64 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 6.

65 En sentido análogo, Carozza, P. (2008). Ob. cit., 935.

66 Jones, D. A. (2013). Ob. cit., 527.

levancia conllevará además inconveniencia, cuando el uso connote la falsa noción de que el resto de los derechos posee una fuerza obligatoria relativa (no categórica); o que la dignidad permanece incólume frente a otras clases de violaciones a los derechos.

Toca finalmente analizar la relevancia y suficiencia del tercer modo de uso judicial del concepto de dignidad, consistente en derivar directamente de la dignidad el contenido de los derechos –su objeto y las obligaciones que engendran a cargo del Estado–.

Salvando las profundas diferencias entre un horizonte comprensivo de raíces kantianas, y la tradición del derecho natural, una y otra coinciden en señalar que ni la condición de la persona como fin en sí (dignidad como valor), ni el deber absoluto de respeto, contienen en sí toda la información suficiente para formular máximas de acción con contenido sustantivo.

En la tradición del derecho natural, las razones auxiliares que permiten “sustantivizar” el significado de “fin en sí”, la dignidad como valor, son las denominadas directrices (o juicios) “pre-morales” del razonamiento práctico. Estas directrices operan a modo de premisas de todo razonamiento práctico, afirmando el valor evidente de ciertos bienes humanos que, de un modo u otro, están en la raíz de toda elección racional e inteligible<sup>67</sup>. Si bien es cierto que se trata de juicios prácticos, también lo es que su función práctica no los invalida como guías de respuesta a la cuestión antropológica: ¿Qué es lo que hace que todo miembro de la especie humana sea absolutamente valioso? Muy al contrario, si existe una vía segura de respuesta a esta pregunta es el concepto de realización humana integral “dibujado” por los bienes humanos básicos tomados en conjunto<sup>68</sup>.

En cualquier caso, el concepto de dignidad como valor no contiene en sí las claves para discernir qué hace de la persona un ser absolutamente valioso. La solución a esta cuestión emana, junto al concepto de “fin en sí”, de un conjunto de razones auxiliares de tipo antropológico (que tal como se dijo,

67 La distinción entre un nivel axiológico no moral de reflexión práctica, y un nivel auténticamente moral es destacada en el trabajo seminal de la denominada “Nueva escuela del Derecho natural”: Grisez (1965). “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa theologiae, 1-2, Question 94, Article 2”. En *AJJ* 10-1, 167-201: 180 y igss. Está recogida y extensamente desarrollada en Finnis (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Clarendon Press, 62 y sigs.; y Gómez Lobo (2002). *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics*. Washington, capítulo IV: 44 y sigs.

68 Dice Finnis, “Those precepts, natural moral law, depict our nature (humanity) in its flourishing”, en Finnis, J. (2020). “Natural Law: Practical Reason and Creative Information”. En *Persona y Derecho*, 82, 19-38: 24. En sentido análogo, dice Rhonheimer: “Los principios de la razón práctica constituyen por tanto, simultáneamente, la consciencia de ‘quién’ o de ‘qué’ somos realmente”, Rhonheimer, M. (2007). *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica*. Mardomingo, J. C. (trad.). 2ª ed. Rialp, 282.

pueden inferirse a partir de juicios prácticos). Tampoco el deber absoluto de respeto fundado en la dignidad contiene en sí las claves para discernir qué tipos de acciones expresan respeto. Para este segundo nivel de “sustantivización”, es preciso añadir una nueva serie de razones auxiliares consistentes, esta vez, en juicios genuinamente morales que se derivan de una valoración del impacto (necesario o contingente) de ciertos tipos de acciones sobre alguna, algunas o todas las dimensiones de la realización humana integral<sup>69</sup>.

Paralelamente, como se ha puesto de manifiesto en las más recientes interpretaciones de la obra kantiana, la primera fórmula del imperativo categórico, según la cual debe tratarse siempre a toda persona como un fin en sí, no guía la deliberación moral que concluye en máximas universales, sino es en conjunción con la facultad de juicio que recae sobre las cualidades específicas de los objetos a los cuales hacen referencia las máximas<sup>70</sup>.

En lo que aquí interesa, ninguna de las dos tradiciones afirma que la función representativa del concepto de dignidad –dignidad como valor inherente de toda persona– contenga el criterio para discernir qué es inherentemente valioso en la persona; o que el imperativo categórico y universal de respeto contenga, como en una nuez, un catálogo de tipos de acciones imperadas. Sobre esta base, se comprende que la derivación directa de “máximas” o reglas morales sustantivas a partir de la dignidad de la persona, sean éstas universales, generales o singulares, conlleve siempre un claro déficit argumentativo.

John Tasioulas traslada este orden de razonamiento al plano discursivo de los derechos humanos:

“Hay una noción significativa de dignidad humana, y es aquella que la considera como una condición intrínsecamente valiosa más que como un interés humano entre otros intereses. Ciertamente está en la base de los derechos hu-

69 Dice Aquino que “cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley [ley natural] en la medida en que la razón práctica lo capte, naturalmente, como bien humano”, en Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4. Aquino no utiliza la expresión “realización humana integral” como criterio de valoración de las acciones, sino que habla simplemente de “bien humano”. El concepto de “realización humana integral” es una interpretación (y quizá un desarrollo ulterior) del contenido de “bien humano” utilizado en este texto de Aquino, desarrollada por Finnis, entre otros muchos sitios, en Finnis, J. (1983). *Fundamentals of Ethics*. NY. Oxford University Press, 72 y sigs.; Finnis, J. (1998). Ob. cit., 106-107; Finnis, J. (2011). Ob. cit., cap. V; y Finnis, J. (2020). Ob. cit., 23-24.

70 En relación a Kant, ver Vigo (2020). Ob. cit., 179 y Wood, W. A. (2018). *Introducción a Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press, xv-xxxiv: xxviii. En ambos casos, advirtiendo que el contenido de las máximas –cualquiera sea su nivel de generalidad– es siempre el resultado de la intervención de la “facultad del juicio” (que incorpora las específicas cualidades de los objetos a los que hacen referencia).

manos, pero principalmente porque es cimiento de la moral interpersonal [...] La dignidad humana por sí misma no puede generar nada como el ya conocido elenco de derechos humanos”<sup>71</sup>.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la pretensión de derivar el catálogo de objetos de derechos de forma directa a partir de la dignidad, sean objetos clásicos como la vida, la integridad física, o la libertad religiosa y de conciencia; sean objetos “nuevos”, como el control de datos personales en la internet, no es tanto inválida como deficitaria. La publicidad y transparencia de la argumentación judicial exige que la apelación a la dignidad para justificar una cierta interpretación del objeto de los derechos contenidos en un catálogo, sea complementada con una explícita mención de las dimensiones de la realización integral (los bienes humanos básicos) que el intérprete considera comprometidos en los mismos.

El déficit argumentativo es similar pero no idéntico al anterior, cuando de lo que se trata es de delimitar la extensión del objeto de derechos explícitamente reconocidos, hacia tipos de acciones o libertades no contenidos de forma consensuada en su margen de extensión (por ejemplo, cuando se extiende la privacidad hasta el suicidio asistido). Una argumentación judicial completa y transparente debería incluir, en primer término, una referencia a las razones por las cuales se estima que la nueva libertad o prestación (dependiendo del tipo de derecho) constituye una forma de concretar el bien humano que es objeto del derecho y, más extensamente, que se trata de una condición necesaria de la realización humana integral. La mayor parte de las veces, esta clase de argumentación no se limitará a una suerte de reflexión antropológica universal, sino que contendrá (o debería contener) también razones auxiliares contextuales.

Finalmente, el tipo de obligaciones a cargo del Estado se justifican en virtud del impacto que las acciones imperadas tengan sobre los objetos de los derechos. Se comprende, pues, que la delimitación de estas obligaciones involucra varios niveles de razones auxiliares, que de ninguna forma están contenidas en el concepto de dignidad como valor, ni en la exigencia universal de respeto. Además del razonamiento moral involucrado en la formulación de máximas morales universales, intervienen siempre, necesariamente, razones auxiliares de tipo contextual. La proscripción de la censura previa, la obligación de garantizar el acceso a la justicia, la obligación de proveer a la educación primaria gratuita, son determinaciones de juicios morales universales del tipo “toda comunidad tiene el deber de garantizar

71 Tasioulas, J. “Human Dignity and the Foundations of Human Rights”. En Mc. Crudden, Ch. (2013). Ob. cit., 291-312: 304.



la plena realización de la vocación política de todo hombre” cuya razonabilidad está ligada a la validez de juicios empíricos relativos, entre otras cosas, a la particular forma de organización política de los Estados, y la existencia o no generalizada de ciertas amenazas para el pleno desarrollo de los objetos de los derechos.

En términos de argumentación judicial, podría concluirse, en fin, que la dignidad es una razón necesaria pero nunca suficiente –nunca es concluyente– para diseñar un catálogo de derechos, o para determinar el contenido de cada uno (sea el objeto, sean las obligaciones, o ambos). El concepto es necesario para estos fines, porque sin su concurso los bienes-objeto de los derechos serían meros intereses sin ninguna fuerza deóntica, y sin extensión universal. Más precisamente, sin el concurso del analogado principal de la dignidad, en virtud del cual la condición de fin en sí de toda persona es la raíz de un deber absoluto y universal de respeto, los derechos no serían ni universales, ni categóricos.

Aun así, el analogado principal es un argumento insuficiente para derivar un catálogo de derechos y/o para precisar su contenido. Cuando el concepto de dignidad se usa de este modo se elude la mención y la justificación de los juicios morales-antropológicos de los cuales se deriva la identificación del objeto de cada uno de los derechos y/o la determinación del tipo de acciones contenidos en su extensión (de su margen de aplicación); los juicios morales de los cuales se deriva la identificación y la extensión de las obligaciones a cargo del Estado; y los juicios o razones auxiliares, de naturaleza empírica-contextual, que justifican el paso desde la formulación abstracta del objeto de los derechos y/o de las obligaciones correspondientes, hasta su concreción histórica-circunstancial. En tal caso, el uso del concepto de dignidad se parece mucho más a una falta de compromiso con las exigencias de claridad y publicidad de los actos de gobierno, que a un sincero intento de justificación racional de la decisión judicial.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 240-245.
- Barak, A. (2013). “Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right”. En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 361-380.
- Bork, R. (1990). *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Free Press.
- Carozza, P. (2013). “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”. En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 615-629.



- Carozza, P. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. A Reply". En *The European Journal of International Law*, 19-5, 931-944.
- Chávez, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima. Palestra.
- Cianciardo, J. (2021). *La relevancia del derecho en una sociedad multicultural*. México. Tirant lo Blanch.
- Costa, J. P. (2013). "Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 393-402.
- Dupré, C. (2013). "Constructing the Meaning of Human Dignity: Four Questions". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 113-121.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Guastavino, M. (trad.) [1973]. Barcelona. Ariel.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual* (Caracciolo, R. y Ferreres, V. Trads.). Barcelona. Ariel.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press.
- Dworkin, R. et Ales (1997). "Assisted Suicide: The Philosophers' Brief". En *New York Review of Books*, 44 (27 March 1997).
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Enders, C. (2019). "Human Dignity in Germany". En Bechi, P.; Mathis, K. (eds.). *Handbook of Human Dignity in Europe*. Springer, 281-316.
- Finnis, J. (2020). "Natural Law: Practical Reason and Creative Information". En *Persona y Derecho*, 82, 19-38.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2<sup>nd</sup>. Ed. Clarendon Press. Oxford.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (1983). *Fundamentals of Ethics*. NY. Oxford University Press.
- Frege, G. (2012). "Sobre sentido y referencia" (Valdés Villanueva, trad.). En Valdés Villanueva (comp.). *La búsqueda del significado*. Madrid, 29-49.
- García Figueroa, A. (2018). "El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo". En *Persona y Derecho*, 79-2, 51-114.
- Gardner, J. (2001). "Legal Positivism. 5 ½ Myths". En *American Journal of Jurisprudence* (46), 218-221.
- Gearty, C. (2013). "Socio-Economic Rights, Basic Needs, and Human Dignity. A Perspective from Law's Front". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 155-171.
- Grimm, D. (2013). "Dignity in a Legal Context". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 381-391.
- Grisez, G. (1965). "The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2". En *American Journal of Jurisprudence*, 10-1, 167-201.

- Gómez Lobo, A. (2002). *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics*. Washington.
- Guastini, R. (2015). "Interpretación y construcción jurídica". En *Isonomía*, 43, 11-48.
- Hart, H. L. (1992). *The Concept of Law*. 2<sup>nd</sup>. Edition Clarendon Press.
- Hollembach, D. (2013). "Experience and History, Practical Reason and Faith". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 123-139.
- Jones, D. A. (2013). "Is Dignity Language Useful in Bioethical Discussion of Assisted Suicide and Abortion?" En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 525-538.
- Kant, I. (2018). *Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press.
- Kelsen, H. [1960 (1981)]. *Teoría pura del derecho* (Vernengo, R. J., trad.). Universidad Autónoma de México.
- Lafferrière, N.; Lell, H. (2021). "Los usos del término dignidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Opinión Jurídica* 20-43, 315-348.
- Laise, L. (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. México. Porrúa.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (Rodríguez Molinero, M., trad.). Barcelona. Ariel.
- Lúkow, P. (2018-9). "Dignity as Founding Value". En *Human Rights Review*, 313-329.
- Margolis, E. y Laurence, S. (eds.) (2007). *Concepts. Core Readings*. Cambridge, Mass., MIT Press.
- Marmor, A. (2008). "Is Literal Meaning Conventional?". En *Topoi*, 27, 101-113.
- Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*. 2<sup>nd</sup>. Edition. Oxford. Hart Publishing [2005].
- Massini, C. I. (2012). "Entre reductivismo y analogía. El punto de partida de la filosofía del derecho". En *Persona y Derecho*, 67, 353-385.
- Mc. Crudden, C. (2013). "An Introduction to Current Debates". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 1-58.
- Moore, M. (2007). "Can Objectivity be Grounded on Semantics?". En Villanueva, E. (ed.). *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity*. New York. Rodopi Philosophical Studies, 236-260.
- Moyn, S. (2013). "The Secret History of Constitutional Dignity". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 95-111.
- Pariotti, E. (2017). "Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica". En *Ars Interpretandi*, VI-2, 9-27.
- Pattersman, U. E. (2017). *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing.
- Quine, W. O. (1999 [1953]). "Two Dogmas on Empiricism". En Margolis, E.; Laurens, S. (eds.). *Concepts: Core Readings*. MIT Press.
- Rabbi Baldi Cavanillas, R. (1991). "El concepto de derecho en el realismo clásico, a partir de las visiones de Michel Villey y Georges Kalinowski". En *Persona y Derecho*, 25.

- Rao, N. (2013). "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law". En *Notre Dame Law Review*, 86, 183-272.
- Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*. Extended edition. Columbia University Press.
- Raz, J. (2019). "Laws Own Virtue". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 1-15.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford. Clarendon Press.
- Raz, J. (2001). "Reasoning with Rules". En *Current Legal Problems*, 54, 1-18.
- Raz, J. (2004). "Incorporation by Law". En *Legal Theory*, 10, 1-17.
- Raz, J. (2006). "The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception". En *Minnesota Law Review*, 90, 1003-1044.
- Rhonheimer, M. (2007). *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica* (Mardomingo, J. C., trad.). 2ª ed. Rialp.
- Rosen, M. (2013). "Dignity. The Case Against". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 143-154.
- Scalia, A. (1980). "Originalism: The Lesser Evil". En *The University of Cincinnati Law Review*, 57, 849-865.
- Serna, P. (1995). "La dignidad de la persona como principio de derecho público". En *Derechos y Libertades*, 4, 287-306.
- Spaemann, R. (1998). "Sobre el concepto de dignidad humana". En Massini, C. I.; Serna, P. (eds.). *El derecho a la vida*. Pamplona. Eunsa.
- Tasioulas, J. (2013). "Human Dignity and the Foundations of Human Rights". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 291-312.
- Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, aa. 4, 6.
- Vigo, A. (2020). *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*. Olms.
- Waluchow, W. (2021). "The Living Tree. Very much Alive and stipe Bearing Fruit: A Reply to the honourable Bradley W. Miller". En *Queens Law Journal*, 46-2, 281-300.
- Waluchow, W. (2006). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge, UK. Cambridge University Press.
- Wittgenstein, L. (2009). *Philosophical Investigations* (Anscombe/Hacker/Schulte, trads.). Revised fourth Edition. Oxford.
- Wood, W. A. (2018). *Introducción a Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press, xv-xxxiv.
- Zambrano, P. (2021). "Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto". En *Revista Chilena de Derecho*, 48-3, 131-154.
- Zambrano, P. (2019). "Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor". En *Doxa* 42.
- Zambrano, P.; Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Zambrano, P. (2014). "Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción". En *Dikaion*, 23, 423-445.
- Zambrano, P. (2010). "El derecho como razón excluyente para la acción. Una aproximación desde la teoría iusnaturalista de la acción de John Finnis". En *Problema* 4, 324-365.

## ***Casos jurisprudenciales***

### *Corte Suprema norteamericana*

*Roe v. Wade*, 410 U.S.113 (1973). Usamos la traducción de Miller, Gelli, Cayuso (1991). *Constitución y derechos humanos*. Buenos Aires. Astrea. Buenos Aires, 848-849.

*Planned Parenthood v. Casey*, 505 US 833 (1994).

*Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997).

*Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997).

*Thomas Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women Health Organization et al.* 597 U.S.

Tribunal Constitucional Español, STC 53/85.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.