

---

# LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL

PEDRO J. MONTANO GÓMEZ

Profesor Agregado de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la República

## SUMARIO

I. EL PORQUÉ DEL TEMA. II. ¿QUÉ ES LA DIGNIDAD HUMANA? III. ¿ACASO TODO EL DERECHO PENAL NO TIENE YA COMO OBJETIVO TUTELAR LA DIGNIDAD HUMANA? IV. ¿POR QUÉ EL TEMA DEBE SER TRATADO HOY? V. PROPUESTA.

## I. EL PORQUÉ DEL TEMA

Muchos son los Tratados internacionales, las Constituciones y los ordenamientos penales que hacen referencia a la dignidad humana.

La Constitución alemana comienza precisamente con ese concepto, sin embargo no existen desarrollos penales directamente relevantes en Alemania.<sup>1</sup>

Muchas veces se confunde el valor dignidad humana con especies del mismo. Se ha entendido en ocasiones como protección del honor, aunque los atentados contra el mismo suelen reservarse, aplicando el principio de mínima intervención al campo civil. En el caso de la violación, en jurisdicciones como la española, se ha abandonado el término del honor, para hablar en estos supuestos de delitos contra la libertad sexual. Honor, libertad sexual, aparecen como concreciones o síntomas de la dignidad humana, pero no se identifican con ella.

Es un concepto unificador y ese es uno de sus grandes méritos. Prácticamente todo el mundo está de acuerdo en que debe ser protegida y garantizada por los ordenamientos jurídicos. Inclusive puede considerarse la finalidad toda del Derecho.

Sin embargo, existen dos dificultades al respecto: a) parecería un concepto que, por su indeterminación carece de un significado concreto; es un tanto inasible y b) en los hechos y en el derecho, se le contradice.

Los momentos actuales son los de máximo ensalzamiento verbal y documental de la dignidad humana. El descubrimiento de los derechos humanos o fundamentales supuso ríos de tinta. Presenciamos una exaltación sin precedentes de la dignidad personal.

Pero las contradicciones son muy grandes. Así por ejemplo suele invocársela en el ámbito de los pacientes terminales. Los partidarios de la eutanasia activa se fundan, entre otros, en el argumento del derecho que tiene toda persona a una muerte digna<sup>2</sup>. Los que se oponen a ella también se basan en el principio inquebrantable de la intangible dignidad del sujeto y de la vida humana. La dignidad humana serviría tanto como fundamento para el deber de respeto al hombre, así como para legitimar su destrucción.<sup>3</sup>

1 Art. 1o.: «(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.

2 Por ej. Humphry, Derek «Dying with dignity. Understanding Euthanasia», 1992.

3 Ley holandesa de 30.11.93 y propuesta de recomendación europea de la Comisión de Medio Ambiente de 30.4.91 sobre asistencia a pacientes terminales, además de USA donde la Natural Death Act de California figura como la más antigua (1976).

Ejemplos similares podrían citarse con respecto a la manipulación y destrucción de embriones humanos<sup>4</sup>, a prácticas eugenésicas, a las maternidades de alquiler, al aborto, a la fecundación artificial, a la comercialización de tejidos fetales, a la clonación, etc.

Evidentemente hay una pérdida de unidad en cuanto al concepto de dignidad humana.

¿Cuáles son las razones que determinan esta paradoja?

El «cientificismo» parece explicarla en parte. Es indudable que la ciencia constituye una de las principales fuerzas configuradoras de la presente civilización. La tecnolatría niega a la ciencia toda importancia como saber, y hace derivar su grandeza, exclusivamente de sus aplicaciones prácticas. El saber es, sin embargo, un valor tan importante que encuentra su justificación en sí mismo, con independencia absoluta de cualquier utilidad posterior. Pero, hoy parecería que la única justificación de un saber consiste en la posibilidad que brinda de manipulación. De aquí que todo lo que no «sirva para», todo lo «no-relativo» a un determinado provecho o aplicación -como los valores absolutos de amistad, amor y dignidad- se transforman en sinsentidos. La cultura ni siquiera busca comprenderlos porque precisamente no imagina «para qué pueden servir»<sup>5</sup>, en un mundo que ve su único fin en organizar lo más científicamente posible el bienestar subjetivo, al decir del filósofo alemán Robert SPAEMANN<sup>6</sup> quien incluso debió replantear que el fin no justifica los medios<sup>7</sup>.

Consecuencia de esta desviación es el reduccionismo que plantea. Lo que hoy denominamos «ciencia» representaría el único conocimiento válido para el hombre, o el prejuicio de que no existe otra realidad más que la aprehensible merced a instrumentos y procedimientos «científicos».

La dignidad humana no es objeto exclusivo de las ciencias positivas

Desde luego, si queremos saber si la dignidad humana merece ser una categoría tutelada por el Derecho Penal, debemos definirla, intentando superar los obstáculos señalados.

## II. ¿QUÉ ES LA DIGNIDAD HUMANA?

No hay más remedio que acudir a la metafísica para poder fundamentar radicalmente el valor absoluto de la persona.<sup>8</sup>

Dignidad es bondad por sí misma; utilidad, bondad *para* otra cosa<sup>9</sup>. Es la superioridad o elevación en la bondad y, a su vez, la interioridad o profundidad de semejante realeza<sup>10</sup>. Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encumbramiento correlativos a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como *autónomo*: que se apoya o sustenta en sí mismo. Es sinónimo de «majestad» y de «realeza».

Se dice que una persona actúa con dignidad cuando sus operaciones no parecen poner en juego el núcleo constitutivo de su propio ser. No busca apoyo en exterioridades inconsistentes, ni las requiere.

Hay virtudes que, como la templanza, el desprendimiento de los bienes materiales, reflejan inmediatamente la idea de dignidad.

Como se ve, la «dignidad» es la bondad superior correspondiente a lo absoluto, a lo que es un fin en sí mismo, con independencia total de cualquier «uso» utilitario o gratificador.

La dignidad de la persona humana se manifiesta en la capacidad de captar la verdad en cuanto tal, de aprehender y querer lo bueno en sí y de apreciar y construir lo bello.

Esa independencia a la que referimos en el plano ontológico también se aprecia en el plano ético: el hombre es digno porque es libre.

Ello supone que sólo el ser humano puede dirigirse por sí mismo hacia su propia meta y, también, que puede determinar la dirección de toda su existencia: tiene capacidad para dirigirse a su fin último.

Los animales, más que moverse son movidos. Por ejemplo, en presencia del agua un perro sediento no tiene otra opción que la de calmar su sed. Al contrario, el hombre hambriento o sediento puede decidir, por razones de la más diversa índole, aplazar el momento en que esas apetencias fisiológicas sean satisfechas. Y como algo similar sucede en las distintas circunstancias que configuran su existencia, cabe afirmar que el

4 La Recomendación Europea Nro. 1.046 de 24.9.86 establece en su considerando 10o. que «el embrión y el feto humanos deben beneficiarse en toda circunstancia del respeto debido a la dignidad humana». Sin embargo su título reza «Recomendación para el uso de embriones y fetos humanos con propósitos diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales» (sic).

5 Descartes propuso sustituir la «ciencia para conocer» por la «ciencia para manipular» y agregaba que «la conservación de la salud es, sin duda, el primer bien y el fundamento de los demás bienes de esta vida» (sic). Cit. por MELENDO, Tomás «Dignidad humana y libertad en la bioética» in «Cuadernos de Bioética», Grupo de Investigación de Bioética de Santiago de Compostela, Nros. 17 y 18 pág. 63 y ss.

6 Cit. por MELENDO, op. cit., pág. 66.

7 SPAEMANN, Robert «La perversa teoría del fin bueno» in Frankfurter Allgemeine Zeitung (Bilder und Zeiten) (23.X.199).

8 CARDONA Carlos, in «Filosofía y Cristianismo (en el centenario de Heidegger)», Espiritu, 1990, 39, 17-18.

9 TOMAS DE AQUINO, in III Sent., d.35.q.1, q.4, sol.1.

10 San Agustín, Ennar. in Ps., 145, 5.

hombre goza de un cabal dominio sobre los actos que han de conducirlo a sus distintos objetivos<sup>11</sup>. En cierta forma, es su propio modelador y creador.

Pero de ninguna manera lo ético de un comportamiento puede sustentarse de manera exclusiva sobre la libertad de una decisión, cuando esa libertad se entienda como mera capacidad formal de elegir. La dignidad humana va mucho más allá del simple arbitrio. También supone, sobre todo, la prerrogativa admirable de dirigirse, a través de semejantes elecciones, hacia su propia plenitud y perfección. Eliminado el fin, todo lo que queda es vano, dice la filosofía clásica. Por eso, si a través de sus opciones el hombre no gozara del poder de construirse, la necesidad de elegir acabaría por mostrarse más que como un privilegio, como una condena.

En realidad, la cuestión es más profunda. La libertad es expresión de la dignidad humana en cuanto refleja una modalidad superior de ser. La dignidad humana radica en la superioridad del «ser-personal» del hombre<sup>12</sup>.

Decíamos que los animales, más que moverse, son movidos por el objeto que atrae sus instintos<sup>13</sup>. Esas realidades infrapersonales como los animales, también obran, con una actividad real y efectiva, pero no propiamente «desde sí». Su actividad es una especie de continuación. Un momento transitorio en el ejercicio del universo físico considerado en su conjunto. El hombre, en cambio, goza de un especial señorío sobre las operaciones. Obra desde sí mismo. Es principio de buena parte de su dinamismo externo e interno. Y en los ámbitos superiores de su operatividad actúa en sentido más propio «desde sí» porque toma la iniciativa, se convierte en actor radical de su propia existencia. Es innovador; es «creador», confiere el ser a semejantes actividades y en esa medida, de manera participada, las crea. Por eso se ha dicho que su libertad es una cierta «creatividad participada». Esto indica que posee un ser especial.

Su independencia en el obrar cuando es autor innovador, no puede ser explicada más que a través de una independencia de su ser. Lo que es «causa» se refleja de manera participada en su «consecuencia»: el obrar sigue al ser. Por eso la libertad es sólo un índice de la innegable grandeza de la persona humana, pero no su causa o fundamento definitivos, sino su ser. Como dice DEL BARCO, «ningún hombre está privado de dignidad. Toda existencia humana sobre la tierra ... representa la irrupción en la historia de una novedad radical, la presencia de una excelencia de «ser» superior a la de cualquier otro ente observable.»<sup>14</sup>

Todo lo que suponga relativizar el ser humano en función de su eficacia económica o laboral, o de lo que produce, o de la belleza de cuerpo o plenitud física o psíquica, o por la autoconciencia de la propia personalidad, o el ejercicio de las facultades intelectuales, serán a lo sumo síntomas de su ser. Sólo en la posesión de un acto personal de ser radica cabal e íntegramente la insondable realeza del sujeto humano<sup>15</sup>.

Por eso, aun en los casos más extremos y desesperados en que el entendimiento y la voluntad libre se encontraran definitivamente anulados, cualquier otro indicio que nos permitiera descubrir la presencia de un ser personal -como la simple figura humana naturalmente animada o la continuidad de desarrollo entre el individuo recién concebido y la persona adulta- resultaría más que suficiente para obligarnos a tratarlo con el máximo respeto.

Así, el matemático no deja de serlo cuando duerme sin pensar en el objeto de su ciencia, ni cuando despierto, piensa en otras cosas.

Las capacidades no se confunden con su actualización, de la misma manera que la capacidad de enseñar un saber es realmente distinta de cualquier acto efectivo de enseñarlo, y no se pierde por no estar siendo actualizada en tal o cual ocasión.

El ser humano contiene un principio interno de despliegue que, efectiva y realmente, dirige y determina su evolución posterior.

En el caso del embrión humano que en ese desarrollo dependa también de causas extrínsecas, no elimina en absoluto su individualidad y su pertenencia a sí, ya que esa relativa falta de autonomía no es cualitativamente diferente de la que se establece entre el neonato y su entorno o, incluso, entre las personas adultas y el ámbito que las rodea. En todo caso, cabría establecer una diferencia de grado, pero no esencial.

El término «persona», al que se halla indisolublemente aparejada la idea de dignidad, se ha escogido para subrayar que el hombre no se deja encerrar en la noción de 'individuo de la especie', que hay en él algo más, una plenitud y una perfección de ser particulares, que no se pueden expresar más que empleando la palabra «persona». Se encuentra «des-ligada» por elevación, de la propia especie a la que pertenece. Por eso se dice que es «un ab-soluto»<sup>16</sup>: trasciende sus componentes materiales y los eleva hasta el rango de lo personal en

11 MELENDO Tomás. in AAVV «Manual de Bioética General», Rialp, Madrid, págs.59-70, en esp.60.

12 MELENDO, op. cit., pág.69.

13 «Magis aguntur quam agunt».

14 DEL BARCO, José Luis in «Bioética y dignidad humana», Rialp, Madrid, 1992, pág. 24.

15 MELENDO, op. cit., pág.73.

16 El prefijo «ab» en el sentido de la lengua latina: «a partir de», «originado en».

lugar de quedar condicionado por ellos y se destaca ontológicamente de los demás integrantes de su propia especie.

Así como un diamante o una obra de arte gozan de valor por sí mismos, porque constituyen ejemplares únicos en su especie, el hombre también lo tiene. Toda persona se configura como una realidad única e irrepetible y, por tanto, en el sentido más estricto del término, como algo insustituible.

Recordemos su capacidad innovadora, creadora, su tajante *novedad de ser* que introduce en el universo un valor tan sublime e incondicionado, tan categórico, tan intrínsecamente incommutable, que no puede ser sustituido o su pérdida justificada ni siquiera por el conjunto íntegro de todas las restantes personas que han existido, existen y existirán a lo largo de la historia.

*Por eso la cantidad no cuenta para nada.* El criterio acumulativo tiene su campo de aplicación en el reino de las cosas, donde en verdad, el número resulta concluyente. Pero es del todo irrelevante en los dominios estrictos de la más alta cualidad, que son los de los valores absolutos, los de aquellas realidades cuya magnificencia es tal que no puede ser derivada ni de su subordinación a otros ni de su conjunción con ellos.

De ahí que la persona no pueda ser sacrificada contra su voluntad aun cuando de su sacrificio dependa el bien de muchos. Ni que pueda ser objeto de **experimentación** cuando no lo consiente y aun consintiéndolo dentro de los límites que le depara la ética. Tampoco una persona puede ser utilizada, sin su consentimiento, como un «banco de repuestos orgánicos» para poder dar vida a otros.

Porque el ser humano propiamente no tiene un cuerpo, sino que *lo es*. Su cuerpo goza, por participación, de la misma dignidad constitutiva que corresponde al alma que es por donde le viene su «ser-personal».

Además de esa dignidad que corresponde al plano ontológico, cabe hablar de una dignidad añadida, complementaria o más precisamente «moral». Es una nobleza ulterior, derivada del propio carácter libre del hombre, de su índole de realidad incompleta, pero dotada de la capacidad de conducirse a sí misma a su *perfección definitiva, a ser «más persona»*.

Definido lo que entendemos por dignidad humana, veremos cómo se le puede tratar a través del Derecho Penal.

### III. ¿ACASO TODO EL DERECHO PENAL NO TIENE YA COMO OBJETIVO TUTELAR LA DIGNIDAD HUMANA?

En realidad no carecen de razón quienes dicen que todo el Derecho Penal debe tender a la protección de la dignidad humana.

La jurisprudencia constitucional alemana sobre el art. 1º de la norma fundamental ya citada, ha sostenido en diversas ocasiones que la dignidad constituye el **valor supremo constitucional**, aunque la obligación de protegerla no implica necesariamente la intervención penal, que debe reservarse para las violaciones más graves.

#### A) Algunos sostienen que es un principio claro limitante del propio poder punitivo del Estado

La jurisprudencia alemana por ejemplo, tiene dicho que existe «un determinado núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público». Este núcleo es inviolable y está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana. Un hecho grave y materialmente antijurídico *no puede ser permitido ni exigido*, como tampoco pueden sancionarse con pena acciones que se mantengan dentro del marco de libertad tradicional en nuestro ámbito de cultura. Es pues un verdadero **límite de derecho natural**<sup>17</sup>.

La sujeción a los tratados internacionales impone un límite al poder punitivo como expresión positiva precisamente de ese límite<sup>18</sup>.

En el sentido más amplio se puede argumentar que la dignidad humana constituye la base de los derechos humanos y el límite último de la acción estatal. De esta manera en el delito de tortura, la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos han desarrollado una vasta jurisprudencia en relación al **delito de**

17 Puede citarse a PODLECH Adalbert, quien reflexiona sobre la significación metajurídica de lo dicho en relación al art. 1o. de la Constitución alemana en relación con el derecho natural. Dicha norma tendría las siguientes funciones: instrumental o interpretativa; constitutiva o base de los principios jurídicos, y declarativa. «Die Grundrechte. Art. 1 Abs. 1 in «Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vol. 1, Luchterhand, Neuwied, págs. 199-224, 1989. Cfr. GEDDERT-STEINACHER, Tatjana «Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1». Grundgesetz. Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

18 En nuestro ámbito latinoamericano la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica es un claro ejemplo.

tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. Muchos de los casos se refieren al tratamiento de los terroristas sospechosos por parte de las autoridades británicas. Junto a los terroristas, hoy puede pensarse también en los sospechosos por delitos sexuales o narcotráfico, estos últimos son el foco en los Estados Unidos especialmente, de la llamada «guerra contra las drogas», o «guerra contra el terrorismo», donde parecen olvidarse los principios garantistas penales<sup>19</sup>. Por ello, algunos criminólogos y penalistas vienen recordando que estas personas están protegidas por su dignidad humana de los abusos de poder. La dignidad humana constituye, para todos, una nueva relación ciudadano-Estado, que implica el respeto de una serie de garantías como puede ser la obtención de pruebas en la esfera del derecho procesal<sup>20</sup>.

## **B) Dentro de los principios que rigen la política criminal que animan la construcción del Derecho Penal, también la dignidad humana cobra especial relieve**

Estos principios son el de culpabilidad, el de Estado de Derecho y el de humanidad.

El de culpabilidad reconoce expresamente la naturaleza humana como portadora del don de la libertad y, consiguientemente, de la carga de la responsabilidad.

Dentro del segundo, en sentido formal, se distingue aquellos elementos llamados a albergar la seguridad jurídica como: la no retroactividad de la ley penal, la claridad en la redacción de las disposiciones, la previsibilidad del Derecho, el predominio y exclusividad de la ley y del juez penal. Desde el punto de vista material este principio determina cómo ha de construirse un Derecho Penal para que corresponda al ideal de un Estado justo. *Para eso debe partirse de la protección de la dignidad humana como norma fundamental de todo el sistema de valores.*

El principio de humanidad impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de la responsabilidad social hacia el delincuente -sin negar su libertad como hombre- y de una decidida voluntad de recuperación del condenado<sup>21</sup>. Este aporte de la Escuela de Von Liszt suele estar también contemplado en las Constituciones y se ha convertido sobre todo en el principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad<sup>22</sup>. En consecuencia se prohíben expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo, en general, la pena de muerte<sup>23</sup>.

Dentro de la penología se ha evolucionado hacia penas más humanas, reconociendo la dignidad del delincuente. No obstante, siguen existiendo en determinados países penas que son consideradas degradantes por parte de organizaciones como Amnistía Internacional, y la misma ejecución de la pena privativa de libertad provoca toda una serie de críticas ante la situación de las cárceles, denunciada por ejemplo, por la organización Observatorio Internacional de Prisiones<sup>24</sup>.

## **C) Sin embargo, es desde el punto de vista de las víctimas donde debe reivindicarse una importancia creciente de la intervención penal para tutelar la dignidad humana. Esto condice con la evolución que lleva en la actualidad a profundizar los estudios de victimología para hacer que el Derecho Penal también se ocupe de ellas<sup>25</sup>.**

Si bien el objeto del Derecho Penal es el mantenimiento de la paz pública para permitir la convivencia en sociedad, ésta no será posible si no hay confianza en un sistema jurídico justo. *Y no puede concebirse un ordenamiento justo en el cual no se tomen en cuenta los derechos de quienes resultan perjudicados por las transgresiones al mismo.* No afirmo con esto la «esencia» resarcitoria del Derecho Penal pero sí un aspecto de éste que hace precisamente a lo que sí es de su esencia en cuanto ordenamiento que debe ser justo.

19 Cfr. Patriot's Act, noviembre 2001.

20 Cfr. KUHNE, Hans-Heiner, «Strafprozessuale Beweerverbote und art. 1» I Grundgesetz, Carl Heymanns, Colonia, 1970. MENDOZA TROCONIS, J.R. «El proceso penal y la persona humana», in «Ciencias Penales». Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Nro. 8, 24-32, 1994 y MARTINEZ RINCONES, J.F. «El proceso penal y la persona humana» in «Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Mérida» (Venezuela), n.16, p.169-183, 1992.

21 Especial importancia reviste la corriente denominada de la «Défense Sociale», con Marc Ancel a la cabeza, que considera que el mantenimiento de la paz jurídica y la reinserción social del condenado constituyen las metas esenciales del Derecho Penal.

22 Las leyes penitenciarias y las constituciones suelen contener disposiciones que imponen tratar al recluso humanamente, con el respeto que le corresponde por su dignidad como persona (por ej. Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 19.12.66, art. 10 I).

23 Por ej. el art. 15 de la Constitución española. En el Uruguay la disposición está en el art. 26 de la Constitución y la ley penitenciaria DL. 14.470 de 11.12.75.

24 BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías «Criminología y dignidad humana», 2a. ed., Depalma, Bs. Aires, 1991. También PODLECH, op. cit., págs. 199-224. SCHORN, Hubert «Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren», Luchterhand, Neuwied especialmente p. 20-1, 1963. RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord) «Cárcel y derechos humanos», Ed. Bosch, 1992.

25 AAVV «Victims and Criminal Justice», Max-Planck-Institut, Freiburg im Br., 4 tomos, 1991 donde en su conjunto se da cuenta de este vuelco hacia la víctima.

Parece haber acuerdo en que se afecta la dignidad de la víctima en caso de **crímenes contra la humanidad** que son aquellas infracciones graves de las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad) realizadas por motivos relativos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Característico de estos delitos es que suelen realizarse al amparo del poder estatal. Pero aquí parece ser que se toma en cuenta a la persona en tanto integrante de un grupo, como si se despersonalizara o se perdiera en el conjunto, cuando en realidad al producirse este tipo de ataques hay sujetos concretos que resultan afectados en derechos especialmente importantes. Suelen referirse a bienes jurídicos como la integridad corporal, la libertad de movimiento, el patrimonio, el honor y la esfera íntima. Son bienes vitales para la comunidad pero que se realizan en personas concretas. Hacen posible la dignidad humana por lo que a menudo se garantizan incluso a nivel constitucional y se regulan como indisponibles<sup>26</sup>.

Esos bienes jurídicos están ya protegidos, quizás podría discutirse si lo están de manera suficiente. Pero no es el motivo de este trabajo.

#### IV. ¿POR QUÉ EL TEMA DEBE SER TRATADO HOY?

Interesa sí demostrar que existen **bienes jurídicos que tienen hoy otras expresiones, o que se enfrentan a nuevos riesgos**, y que requieren de un pronunciamiento penal para evitar avasallamientos no ya del propio Derecho Penal -que más bien peca por indiferente-, sino de agresiones provenientes por parte de sujetos de derecho público -el mismo Estado quizás- o privado -especialmente bajo la forma de personas jurídicas-.

Son nuevos riesgos en cuanto a su naturaleza y también en cuanto a su magnitud.

Por ejemplo es notorio que hoy en día la **intimidad** de una persona puede verse menoscabada si se utiliza de manera indebida la información de un banco de datos informatizado. El sujeto brindó información relativa a su persona para un determinado fin, pongamos por ejemplo un sistema de salud. Sin embargo, de manera inescrupulosa esa información, en algunos aspectos confidencial, pasa de mano en mano, en cuestión de segundos, con fines totalmente distintos, movidos por intereses que van desde el comercio hasta la política.

Esa información, expuesta de esta forma al público, un público cada vez mayor e indeterminado por la informatización y el enorme desarrollo de los medios de comunicación, deja de ser precisamente íntima. La dignidad de la persona se ha visto afectada. Por eso existen ordenamientos que tienen disposiciones que sancionan este tipo de conductas<sup>27</sup>. Pero en los otros, quizás hay que acudir a las viejas disposiciones del Código Penal que regulan la *difamación*, teniendo en cuenta que puede verse agravada la responsabilidad del sujeto por haber utilizado... la imprenta<sup>28</sup>.

El vacío exige recurrir a interpretaciones extensivas, riesgosas en sistema del Derecho Penal liberal, o dejar impunes tales situaciones, o esperar a que se dicten disposiciones específicas, lo que suele ser muy lento.

Precisamente esta **lentitud** en el ámbito de los derechos fundamentales de la personalidad, en el de la protección de la dignidad humana, es inadmisibles porque mientras tanto se producen daños muy importantes por el tipo de bien jurídico afectado y por el número de éstos.

Baste pensar en el ejemplo propuesto, que con la simple entrega de un disquete -de apenas 9 centímetros de lado, copiado en poquísimos tiempo, de escasísimo valor material, de tamaño adecuado al bolsillo y muy liviano- puede exponerse la intimidad de muchísimas personas, de una vez, y en cuestión de segundos.

Precisamente es en el ámbito de las **aplicaciones tecnológicas** donde pueden darse estas agresiones no tipificadas.

Los adelantos de la ciencia son tan rápidos que no se puede pretender que el Derecho Penal los acompañe. La velocidad de los desarrollos en tecnología informática, por ejemplo, hace que ningún sector del Derecho, por su mismo proceso de formación, esté en condiciones de seguir.

A su vez, las **necesidades científicas** suponen hoy en día intromisiones impensadas, o pensadas como imposibles.

26 Recientemente, estos delitos han sido incluidos en el estatuto de la Corte Penal Internacional como delitos de especial gravedad. También es el caso del artículo 7º de la Constitución uruguaya, aunque no se menciona expresamente el término dignidad humana queda explicitada en la abundante enumeración de derechos y garantías de la sección y en el art. 72.

27 Entre otros, el caso de Suecia, Alemania (DSchG), Francia (L. 88-19 de 5.1.88). Puede verse una reseña de derecho comparado en un trabajo mío sobre informática e intimidad publicado en «Primeras Jornadas Nacionales de Derecho e Informática», Montevideo, Banco Central, 1988.

28 En el Uruguay debemos acudir a la ley 16.099 de 4.12.89 llamada ley de prensa que también refiere a otros medios de comunicación. De todos modos no es lo mismo que el ejemplo propuesto.

Así el desarrollo de la industria de anticonceptivos y abortivos exige el estudio -y la utilización para experimentación- de **embriones humanos**. También, con el proceso de FIVET, de dudosa eficacia, se destruyen, directa e indirectamente, los embriones sobrantes.

En el plano jurídico estamos aún discutiendo en nuestros países latinoamericanos si se admite o no el aborto. Se suelen invocar las extremas situaciones como la de la madre sin dinero, violada y débil mental que deberá dar a luz. Sin embargo, estamos dejando de lado una parte de la realidad en la cual se destruyen embriones humanos a una escala muy superior.

Podría citarse otras situaciones como el trasplante de corteza cerebral de embriones humanos para intentar curar el parkinson, o simplemente su empleo con destinos industriales o comerciales que van desde la industria cosmética hasta la posibilidad de obtener órganos para trasplantes<sup>29</sup>.

Las recientes leyes francesas de 29.7.94 sobre el respeto al cuerpo humano y la utilización de elementos y productos del cuerpo contienen la friolera de, al menos, **15 nuevos tipos penales** que tutelan distintos bienes jurídicos como precisamente el de la **identidad, el patrimonio genético, la integridad, la vida del embrión, y la misma especie humana**. Sin embargo estas leyes ya han tenido tres modificaciones.

En enero de 1991 entró en vigor la ley de protección de los embriones humanos en Alemania. Fundamentalmente es una ley penal. Crea unos ocho tipos penales.

En mayo de 1993 el Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la ley que permitía el aborto en Alemania, recuperando su valor las antiguas disposiciones que lo penalizaban. Pero en 1995 se legalizó el aborto con consejo obligatorio previo.

Recientemente el Parlamento italiano ha sancionado una ley bastante más protectora del embrión humano ante las nuevas tecnologías de la procreación humana<sup>30</sup>.

Ouiere decir que el **Derecho Penal está reaccionando** pero lentamente. Y también es previsible que aparezcan fenómenos similares cada vez en mayor cantidad y con mayor rapidez que le exigen sucesivas adaptaciones. Piénsese por ejemplo en la clonación humana.

Pero no sólo la tecnología influye en esta cuestión. Los derechos fundamentales, los derechos humanos esenciales, si bien son naturales y por lo tanto no pueden ser «creados» por el Derecho, pueden ser descubiertos en expresiones nuevas. Hay como una especie de afinamiento, de sensibilización del Derecho, a medida que se avanza en el conocimiento del ser humano y de sus necesidades.

La ecología puede ser un buen ejemplo. Antes la destrucción de un bien de la Naturaleza podía quedar encartado meramente en el delito de daño o algunos delitos específicos como el de envenenamiento de aguas para el caso del bien jurídico salud pública o el de incendio o estrago para el caso de la seguridad pública<sup>31</sup>.

Hoy ya nadie duda de que la destrucción de bosques o la contaminación de ríos tienen un alcance distinto, propio, autónomo, porque la Naturaleza es un bien jurídico digno de tutela, independientemente de la relación de propiedad o de la salud o de la seguridad públicas.

Lo mismo sucede con la guerra y con la pena de muerte. Se da en muchos estratos de la opinión pública una nueva sensibilidad hacia ellas, tendiente a la proscripción.

Desde luego que la combinación de las consecuencias de la aplicación de la tecnología con ese afinamiento en la apreciación de los derechos de la dignidad humana es posible. En algunos casos la aparición de nuevos medios tecnológicos hará descubrir precisamente nuevas facetas a los derechos humanos fundamentales. Incluso algunos derechos humanos cambiarán de categoría y ascenderán a la de «fundamentales»<sup>32</sup>.

## V. PROPUESTA

Esa evolución debe ser captada de manera inmediata por el Derecho Penal.

Como ley posible, de futuro y aunque parezca audaz, podría pensarse en un tipo penal cuyo bien jurídico tutelado sea precisamente la dignidad humana y, también una agravante genérica cuando sea afectada a través de otros tipos que anteponen o especifican otro bien jurídico que la concreta.

«Los actos u omisiones que produzcan un menoscabo de la dignidad de la víctima serán castigados con una pena de .... En caso de quedar comprendidos por otro tipo penal no serán castigados por este delito, aunque según la gravedad de las consecuencias padecidas por la víctima en su dignidad podrá incrementarse la pena de .... a ....»

29 Cfr. nota 5.

30 Aprobada por la Cámara de Representantes en junio de 2002.

31 Arts. 206 y 207 del Código Penal Uruguayo (CPU).

32 En general, el proceso inverso no se produce.

Es un delito de daño que requiere propiamente un detrimento, un menoscabo, una afectación de la dignidad de la víctima. Puede ser cometido por acción o por omisión.

La prudencia del juez determinará si se produjo un menoscabo de la dignidad de la víctima. Este debe ser importante, porque si no, no se respeta el principio de lesividad.

A los efectos de ayudar al juez a determinar mejor el concepto de dignidad humana es posible, como vimos en el apartado 2, dotarla de un contenido y significado concretos. La crítica a la vaguedad o indeterminación de la expresión "dignidad humana" debe superarse con construcciones doctrinarias que la expliciten, como hemos intentado hacer, para no caer en *tipos abiertos*. La confianza en los sistemas judiciales de países con democracias cada vez más asentadas, hace posible apoyarse más en la tarea imparcial y prudente de los jueces sin que llegue a ser discrecionalidad.

La dignidad humana es aquel ámbito de mayor interioridad, autonomía y profundidad del sujeto. Porque en cuanto persona está dotada de razón y libertad que le permiten dirigir su vida hacia un fin último. Allí se muestra en tanto creador, como consecuencia de ese acto de ser especial, personal, que le caracteriza, y que le hace ajeno a todo criterio de cuantificación (es único) y a la relativización del ser humano a otro, o en función de otros criterios (su eficacia económica o laboral, o de lo que produce, o de la belleza de su cuerpo o plenitud física o psíquica, o por la autoconciencia de su propia personalidad, o el ejercicio de sus facultades intelectuales).

Otros bienes jurídicos hoy considerados consolidados y criticados también por su vaguedad, como el *honor*, han requerido un largo trecho para su determinación a través de un proceso normativo precedido seguramente de mucha tarea doctrinal y jurisprudencial<sup>33</sup>. De modo que en un campo esencial como el de la dignidad humana, con mayor razón, no habrán de ser escatimados los esfuerzos, para definir su contenido y evitar así la crítica a los tipos abiertos.

FERRAJOLI, retriniéndose a los derechos sociales también denuncia esta carencia y dice análogamente que «Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho», a veces, aplastando al ser humano más débil en su más propia expresión, que es la dignidad<sup>34</sup>.

No basta poner atención hacia el condenado, hacia el agresor injusto. ¿Cuánto más no habrá que atender a la situación de los más indefensos e inocentes como el enfermo moribundo y el niño por nacer?

Se trata de impregnar de un nuevo humanismo este tema y dejar de lado el resultado nefasto de un relativismo que predomina incontrovertible porque el «Derecho» dejará de ser tal si no está fundamentado sólidamente en la inviolable dignidad de la persona, porque así lo exige la Justicia.

Tenemos que impedir que la democracia, a pesar de sus reglas, vaya por un camino de totalitarismo fundamental<sup>35</sup>, que «se resuelve en la reproducción de formas neo-absolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos»<sup>36</sup>. Que la vida del más débil quede en manos del más fuerte supone perder el sentido de justicia en la sociedad y se mina en la raíz la confianza recíproca, fundamento de toda relación auténtica de las personas.

En definitiva, se trata del ordenamiento jurídico del Derecho o «derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos»<sup>37</sup>.

Reivindicar el aborto, el infanticidio, la eutanasia y las intervenciones no terapéuticas en el genoma humano, o la clonación, como «derechos» y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un significado inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás<sup>38</sup>.

33 Me refiero a conceptos como el de salud pública, el del honor, el de libertad religiosa, el medio ambiente, etc.

34 FERRAJOLI, Luigi «Derechos y garantías. La ley del más débil», Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 30. Es sugestivo el título de esta recopilación.

35 «*Evangelium Vitae*», Encíclica de Juan Pablo II de 25.3.95, n. 20.

36 FERRAJOLI, Op. cit., pág. 17.

37 Ibidem, pág. 19.

38 Y no pocas veces la afectación de recursos públicos que supongan la asistencia segura y gratuita de médicos y agentes sanitarios.

«Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política; vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que, y de lo indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones»<sup>39</sup>.

Hay que llamar a las cosas por su nombre. La defensa de la dignidad humana es como un tiro por elevación que pretende llevar la discusión a un ámbito más profundo, en términos más reales, desprovistos de los apasionamientos y problemas terminológicos que hoy la comprometen.

Parafraseando a DWORKIN, cuando dice que hay que «*tomar los derechos en serio*», hay que «*tomar la dignidad humana en serio*» y no simplemente como un slogan político, o una frase hecha. Es imperativo reconocerle existencia real y carácter normativo vinculante, con las consecuencias que de ello se derivan. Entre otras, una mayor conciencia en el ejercicio de la función legislativa. En este contexto, el legislador no puede ser «*un productor de humo*»; la dignidad humana a que refieren los grandes instrumentos internacionales debe salir de la retórica jurídica, para insertarse eficazmente en el orden jurídico de cada nación<sup>40</sup>.

39 FERRAJOLI, op. cit., pág. 24.

40 Cfr. op. cit., pág. 12, en prólogo de Perfecto Andrés Ibañez.