

DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

César LANDA*

RESUMEN: El constitucionalismo de la post-guerra ha incorporado la dignidad de la persona humana como una premisa del Estado democrático moderno. Pero la dignidad adquiere toda su potencialidad transformadora, cuando se la estudia en una perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana; en la cual se busca ya no limitar y controlar al Estado y a la sociedad; si no, por el contrario, fomentar o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana en dignidad. La dignidad está vinculada directamente a los derechos fundamentales; buscando integrar y ponderar a la dignidad humana con los diversos bienes jurídicos tutelados en la Constitución. Es precisamente en esta relación entre la dignidad y los derechos fundamentales donde se presentan una serie de viejos dilemas con relación al derecho a la vida, y de novísimos desafíos provenientes del derecho genético, frente a los cuales el derecho constitucional no puede estar tan atrás de los acontecimientos científicos, tecnológicos y sociales, como tampoco adelantarse imprudentemente a éstos.

ABSTRACT: The postwar constitutionalism has incorporated the dignity of the human person as a premise of the modern democratic State. But the dignity acquires all its transforming potentiality, when it is studied from an institutional non abstentionist perspective but promoting of the human person, which no longer looks to limit and to control State and society but, on the contrary, to foment or to create legal, political, social, economic and cultural conditions, that allow the development of the human person in dignity. Dignity is tied directly to the fundamental rights; trying to integrate and to weigh the human dignity with the diverse legally protected interests in the Constitution. It is indeed in the relationship between dignity and fundamental rights, where a series of old dilemmas related to the right to life and new challenges coming from the application of genetics appeared, before which the Constitutional Law cannot be far behind from the scientific, technological and social events, but it cannot go imprudently ahead either.

* Profesor y coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor visitante de la Universidad de León, España.

Al profesor Peter Häberle, de la Universidad de Bayreuth

Ser digno es no tener miedo de hacer lo que es correcto

I. PRESENTACIÓN

El artículo 1o., del capítulo I. Derechos fundamentales de la persona, y del título I. De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas, y por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político como del modelo económico y social.

En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así, como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.

Por su estructura, el artículo primero puede ser analizado desde diferentes teorías de los derechos fundamentales y de los métodos de interpretación constitucional.¹ Así, desde una concepción liberal clásica de los derechos del hombre, la defensa de la persona humana está inserta en un estatus negativo de la persona humana, frente a las posibles violaciones del Estado y de los agentes de la sociedad.

Por ello, éstos deben abstenerse de intervenir en el libre desarrollo de la persona humana. Esta posición estática de los poderes públicos es propia de la primera hora del constitucionalismo abstencionista del Estado. En virtud de la cual, se asume desde entonces que la persona humana autónomamente y en el seno de la sociedad civil, cuenta con las capacidades y potencialidades por sí misma para el ejercicio de sus derechos fundamentales.²

1 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-66; Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 132-184 y 295-310, y desde una perspectiva histórica, Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, pp. 25-53.

2 Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, LGDJ, París, 1972, pp. 129 y ss.; Rivero, Jean,

Bajo esta concepción aparecen los derechos de primera generación, que son aquellos derechos de defensa de los clásicos derechos a la vida y a las libertades personales frente a las autoridades del Estado; a quienes se les exige que se autolimiten y no intervengan en la esfera de los derechos individuales. Por ello, en esta fase se consagra el principio de la autonomía de la voluntad de la persona, según el cual: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni está impedido de hacer lo que ella no prohíbe”,³ según reza el artículo 2o. inciso 24-a de la Constitución.

Actualmente, sin embargo, esta clásica concepción de la persona humana, sólo se puede entender a cabalidad en el marco de la segunda parte del mencionado artículo primero; es decir, integrándola a la dignidad de la persona humana, desde una perspectiva de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional propia de la teoría institucional.⁴

En ese entendido, el respeto a la dignidad humana se incardina, más bien, en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales del constitucionalismo social, que partiendo de un estatus positivo de la libertad; reconoce que todas las personas tienen tanto las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, como que también, para ello cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados.⁵

En esta perspectiva humanista, la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal, como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia.⁶

Les libertés publiques, París, Presses Universitaires de France, 1981, t. 1, pp. 145-152; y Freixes Sanjuan, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 64-76.

3 Del Vecchio, Giorgio, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la revolución francesa*, Roma, edición Fondation Européenne Dragan, 1968, p. 39.

4 Landa, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, pp. 320-354.

5 Müller, Jörg Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Basel-Frankfurt, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, pp. 152 y ss.; Müller, Friedrich, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, pp. 172 y ss. y 197 y ss.; Badura, Peter, “Das prinzip der sozialen Grundrechten und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, t. 14, 1975, pp. 17 y ss.; asimismo, Cascajo, José Luis, “La tutela constitucional de los derechos sociales”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, CEC, núm. 5, 1988, pp. 67 y ss.

6 Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona, como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, p. 17. Sin embargo, en la perspectiva

Desde la dimensión racional, la dignidad adquiere una perspectiva individual y social, vinculada indisolublemente a la libertad de la persona; con lo cual, la dignidad se funda e inserta en la esfera de lo jurídico-político.

En ese sentido, la dignidad se convierte en:

Un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva; que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía.⁷

Pero la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es una dinamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional.

II. DIGNIDAD Y TEORÍA INSTITUCIONAL

En una perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana, lo que se busca ya no es limitar y controlar al Estado y a la sociedad; sino, por el contrario, promover o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el

de un mundo que no reduce la fuente de los derechos a las relaciones que configura al hombre entre la sociedad y el Estado, sino también que incorpora a la naturaleza, se puede señalar que la dignidad, y en particular el trato digno, no es un atributo exclusivo de la persona humana, sino que también puede alcanzar a los otros seres vivos, como así lo dispone implícitamente la normatividad internacional de protección a los animales. Véase Council of Europe, *Explanatory report on the European Convention for the Protection of Pet Animals, Convention opened for signature on 13 November 1987*, Strasbourg, 1988, p. 31.

⁷ Häberle, Peter, "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en Isensee y Kirchof (eds.), *Handbuch des Staats Rechts*, t. I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, C. F. Müller, 1987, p. 822.

desarrollo de la persona humana. Por ello, “no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además estos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano”.⁸

De ese modo, la dignidad humana encuentra en la clásica teoría institucional un entronque ineludible, en tanto constituye una manifestación del valor de la persona humana y de su libre desarrollo social.⁹ En este marco de la teoría institucional del derecho, se analiza el origen y desarrollo de la dignidad de la persona humana.

La dignidad de la persona humana se asienta en un sistema de valores democráticos propios de la posición humanista que adoptó la cultura universal luego del holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Inicialmente se habló de un renacer del iusnaturalismo frente a una concepción positivista del hombre y del Estado de derecho; sin embargo, fue la renovada teoría institucional la que logró darle el perfil de un principio constitucional y de un derecho fundamental.¹⁰

Después de la guerra, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y de la comunidad internacional; así quedó expresado en la Carta de Naciones Unidas de 1945, que consagró en su preámbulo la voluntad de las naciones de “reafirmar la fe en los

8 Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 163; asimismo, revisar del autor el artículo “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, Ministerio de Defensa, núm. 65, enero-junio de 1995, pp. 505-539.

9 Hauriou, Maurice, *Science sociale traditionnelle*, París, Larose, 1896, pp. 43 y ss., donde postula una teoría del progreso social, a partir de reconocer la materia y el tejido social que expresa la vieja tensión entre autoridad y libertad; pero donde queda configurado su pensamiento jurídico es en *Teoría de la institución y de la fundación* (1925), Surco, 1947, p. 102; asimismo, revisar *Die Theorie der Institution, und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, edición de Roman Schnur, Berlín, Duncker & Humblot, 1965, pp. 27 y ss., y 67 y ss.; Schmitt, Carl, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hansischer Verlagsanstalt, 1934, pp. 17 y ss.; asimismo, Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens”, *Die Verfassung des Pluralismus, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 1-43.

10 Häberle, Peter, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft...”, *cit.*, nota 7, pp. 815-861; Benda, Ernst, *Gefährdungen der Menschenwürde. Vorträge G 18*, Westdeutscher Verlag, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 1975, p. 45; asimismo, Messner, Johannes, “Die Idee der Menschenwürde im Rechtsstaat der pluralistischen Gesellschaft”, en Leibholz, G. et al. (eds.), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1974, pp. 221-241.

derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...”, y sobre todo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dispuso en su artículo 1o.: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.¹¹

Estos preceptos universales también serían incorporados por los demás tratados internacionales de las organizaciones regionales de Europa, América y África. En particular, cabe señalar a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que estableció que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y de conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”; así como a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que estableció en su artículo 11.1o. que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

La universalización de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales en el orden político nacional no fue sólo un acto redentor, sino que encontró también viejas raíces en la doctrina de la Iglesia católica, en las encíclicas *Rerum Novarum* y *Laborem exercens*, del papa León XIII de 1891; que se expresarían en las encíclicas *Pacem in terris*, del papa Juan XXIII de 1963, *Populorum progressio* o la Constitución del *Gaudium et spes*, del papa Pablo VI de 1965, que titula su primer capítulo “La dignidad de la persona humana”.¹²

En este nuevo marco de internacionalización de los derechos humanos,¹³ durante la etapa de la reconstrucción del Estado nacional de la postguerra, se reabrió el debate en torno a la crisis del relativismo político y del derecho positivo establecido en el periodo de entreguerras. En ese ambiente de reflexión jurídico-política se generó un consenso: “la Constitución como norma jurídica fundamental del Estado se encuentra hoy en los Estados occidentales en una crisis radical... Es más bien una crisis

11 Benchikh, Madjid, “La dignité de la personne humaine en droit international”, en Pavia, Marie-Luise y Revet, Thierry (eds.), *La dignité de la personne humaine*, París, Economica, 1999, pp. 37-52.

12 González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 40 y ss.; asimismo, Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad...*, cit., nota 6, pp. 22-25.

13 Henkin, Alice (ed.), *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*, USA, Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979, p. 203.

del pensamiento constitucional. Ahí radica nuestra inquietante situación: la idea de la Constitución está cuestionada y su finalidad es una pregunta planteada”.¹⁴

Se partió entonces de reconocer el peligroso carácter neutral y avalorativo que había jugado el Estado de derecho —liberal o social— frente a las dictaduras emergentes; en la medida que subordinó los derechos del hombre al poder y a la economía predominante; lo cual significó dar el paso previo por donde se abrió camino el Estado totalitario, que utilizó arteramente el relativismo moral y la neutralidad ética del Estado de derecho positivista. No obstante, para Kelsen, “desde el punto de vista de la Ciencia jurídica, el derecho bajo el dominio nazi fue *derecho*. Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que fue derecho. El derecho de la Unión Soviética también es derecho”.¹⁵

Si bien, por un lado, reconocer una realidad no significa aceptarla, Kelsen, como muchos otros demócratas, tuvo que refugiarse en Estados Unidos de América, durante la dictadura nazi; por otro lado, tampoco se puede desconocer que las fuerzas totalitarias para llegar al poder usaron primero las asépticas reglas del positivismo jurídico del Estado de derecho, para luego desmontar los valores liberales implícitos de libertad e igualdad del hombre y de la limitación al poder. Lo cual no hizo al positivismo responsable directo del uso de su doctrina, pero sí quedó manifiesta su *neutral* e involuntaria colaboración con el nazismo, “porque el intelectual al operar en el orden social con ideas es de ellas de quienes debe responder en el orden social”.¹⁶

De este modo, quedó establecido en la conciencia jurídica de la postguerra que asumir una postura “científica” del derecho fue la mejor manera de soslayar el compromiso con la política democrática concreta, que desde entonces se expresa en la defensa de la persona y en el respeto

14 Kägi, Werner, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, p. 9; asimismo, Strauss, Leo, *Naturrecht und Geschichte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, pp. 264 y ss., para quien la crisis del moderno iusnaturalismo encuentra su raíz en el propio pensamiento ilustrado del siglo XVIII.

15 Schmölz, Franz-Martin (ed.), *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Wien, Springer-Verlag, 1963, p. 148; en este trabajo se reúnen las ponencias y el debate que sobre el derecho natural sostuvieron máximos representantes del positivismo como Kelsen o Verdross con iusnaturalistas como Del Vecchio, Voegelin o Marcic.

16 Vega García, Pedro de, “Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual”, *Escritos políticos constitucionales*, México, UNAM, 1987, p. 93.

a su dignidad, ya que esa ciencia pura termina convirtiendo la técnica del derecho en una ideología al servicio del poder en turno.¹⁷

Por lo anterior, en países con una democracia relativista y sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa —que es distinto a una Constitución abierta—,¹⁸ como ocurrió en la Alemania nazi, se crearon las condiciones necesarias para que en el periodo de crisis política, social y económica de la República del Weimar —mediante el uso de la legalidad de las medidas de emergencia— la voluntad autoritaria nazi se abriera paso fácilmente hacia un sistema dictatorial, utilizando flexiblemente la Constitución de Weimar como un instrumento más del poder total.¹⁹

Sobre la base de estas críticas, en el periodo de la reconstrucción europea del Estado democrático y en particular en Alemania, quedará consabido en el pensamiento democrático, como señaló Radbruch, que:

el positivismo en los hechos, con su convicción de que *la ley es la ley*, hizo que los juristas alemanes perdiesen valor contra las leyes arbitrarias y violadoras. Por eso, el positivismo no cuenta en absoluto con una posición apropiada, para fundar la fuerza de su autoridad en la ley. El positivismo cree que la validez de las leyes se tiene resuelta con la obsesión de la imposición del poder.²⁰

En consecuencia, el restablecimiento del Estado de derecho en la post-guerra quedó impregnado mecánicamente de un aura iusnaturalista,²¹ caracterizado por dos elementos: por un lado, otorgar a la persona humana y a su dignidad una posición central en la Constitución, asignándole a

17 Habermas, Jürgen, *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1971, pp. 48 y ss., y 120 y ss.

18 Häberle, Peter, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", en *JZ*, 1975, pp. 121 y ss. y 151 y ss.; Geitmann, Roland, *Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers ans Bestimmtheitserfordernisse*, Berlín, Duncker & Humblot, 1971, pp. 47 y ss.

19 Verdú, Pablo Lucas, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 244 y ss.

20 Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg, Verlag der Süddeutschen Juriszeitung, 1946, p. 14; *id.*, "Erneuerung. Des Rechts", en Hassemer, W. (comp.), *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, pp. 80-82; asimismo, Kägi, Werner, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, *cit.*, nota 14, pp. 18 y ss.

21 Marcic, René, "Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung", en Marcic, René e Tammelo, Ilmar, *Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung und die Grundprobleme*, Frankfurt, Verlag Peter Lang, 1989, pp. 219-243.

ésta un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder; lo cual significó fortalecer el proceso político libre y vivo, interpretando la Constitución como una ordenación jurídica fundamental del Estado al servicio de la persona humana y de su dignidad.²² Por otro lado, el Estado se refunda no sólo en el principio de la legalidad, ni en el principio social, sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de derecho.²³

Frente a un positivismo desvinculado de los valores democráticos, como ante un neoiusnaturalismo desprovisto de seguridad jurídica, se abrió paso al establecimiento de una renovada concepción institucional del derecho, y en particular de la dogmática y de la jurisprudencia del derecho constitucional.²⁴ La Constitución y el sistema legal, en adelante serán los instrumentos para la protección de la dignidad humana, base de los derechos fundamentales de las personas, así como medios para limitar y controlar al poder.

La revalorización de la persona humana y de sus derechos fundamentales, supuso en consecuencia la subordinación de la ley a los principios y valores del nuevo Estado de derecho, expresados en el constitucionalismo de la segunda postguerra mundial. En tal sentido, Krüger señalaría con acierto en 1950 que hasta ese entonces los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, mientras que en adelante la ley sólo era válida en el marco de los derechos fundamentales.²⁵

De este modo, el origen del concepto *dignidad humana* encuentra sus raíces actuales en la necesidad universal de establecer el respeto de la persona humana, hundiendo bases más profundas con el fin de asegurar

22 Ehmke, Horst, *Grenzen der Verfassungsänderung* (1953), en el compendio del autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de P. Häberle, Germany, Athenäum Verlag, 1981, pp. 91 y ss.

23 Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1995, pp. 58 y ss., y 83 y ss. Por ejemplo, así quedó consagrado en los paradigmáticos artículos 1o.: “La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes públicos han de respetarla y protegerla”, y en el 20o.: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

24 Häberle, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Karlsruhe, Müller Verlag, 1962, p. 254; hay versión al castellano: Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1997, pp. 253 y ss.

25 Krüger, Herbert, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1950, p. 12.

una cultura de vida civilizada, a partir del eterno retorno a los derechos naturales del hombre imprescriptibles e inalienables.²⁶ Por ello, se puede señalar con Häberle que: la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del *statu quo* democrático, y en consecuencia es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana.²⁷

III. CONCEPTO DE LA DIGNIDAD

La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico abierto; es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto.²⁸

Lo cual es una virtud para la dogmática, pero a su vez una dificultad para la jurisprudencia, ya que un mismo acto o decisión gubernamental puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros. Por ello, la cuestión de la interpretación constitucional de un caso sobre la violación o la afectación o no de la dignidad de la persona es constitutiva no sólo del concepto, sino también del ejercicio legítimo del mismo.

Por ello, si bien *a priori* se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias, constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado; resulta más comprensible encontrar un concepto de dignidad de la persona humana, cuando se la viola, por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares que produce, positiva o por omisión,

²⁶ Battaglia, Felice, *Teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, 1966, pp. 175 y ss.; asimismo, Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 65 y ss., y 125 y ss.

²⁷ Häberle, Peter, "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en Isensee y Kirchhof (eds.), *Handbuch...*, cit., nota 7, pp. 849-854.

²⁸ Munch, Ingo von, "La dignidad del hombre en el derecho constitucional", *REDC*, Madrid, CEC, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, p. 18.

daño a los valores innatos de la persona humana, codificados en la conciencia jurídica y social.²⁹

Este concepto circular de la persona humana se concretiza cuando se vincula con los derechos fundamentales, lo cual no significa que la tutela de la dignidad sólo se pueda visualizar con relación a la afectación de un derecho constitucional concreto. Si bien la dignidad opera como una cláusula interpretativa, también es protegible por sí misma, en tanto constituye un principio constitucional y derecho fundamental justiciable.³⁰

Más aún, siguiendo las tesis de Dworkin,³¹ se podría señalar que la cláusula de la dignidad opera también como un principio de fusión de los derechos humanos positivos y los derechos humanos morales —ius-naturales—, pues la enumeración de los derechos fundamentales del artículo 3o., capítulo I del título I de la Constitución peruana de 1993, no excluye los demás que la Constitución garantiza “por ejemplo, incorporados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás artículos constitucionales”, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Norma de clara inspiración neousnaturalista.³²

Como es de entender, la interpretación de conceptos como dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, Estado social, bien común, bienestar, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos, en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada. Lo cual no quiere decir que objetivamente todos sean válidos a la vez; sino que tienen una validez funcional, en la medida que el juez constitucional debe asumir una de las interpretaciones posibles como válida constitucionalmente, la misma que podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos.³³

29 Spaemann, Robert, “Über den Begriff der Menschenwürde”, en Böckenförde, Ernst-Wolfgang y Spaemann, Robert (eds.), *Menschenrechte und Menschenwürde*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1987, pp. 295 y ss.

30 Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona...”, *cit.*, nota 8, pp. 517 y ss.

31 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1997, pp. 276-303.

32 Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos...*, *cit.*, nota 1, pp. 52 y ss.; Cançado, Antonio Trindade, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en varios autores, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, IIDH, 1993, pp. 235-241.

33 Hesse, Konrad, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Rechts al Prozeß und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber, Bern, 1981, p. 314.

Claro está que esa función pacificadora sólo se logrará cuando sus resoluciones sean acatadas por el legislador y la opinión pública asiente sus decisiones, con base en el principio de confianza —*Vertrauengrundsatz*—, que se funda en el consenso social de valores intersubjetivos.³⁴ Ello es factible, siempre que la judicatura ejerza un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable.³⁵

De modo que la Constitución peruana, a través de esa cláusula de los derechos implícitos —*numerus apertus*— del artículo 3o., y de la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional en el artículo 55o., y cuarta disposición final y transitoria, reconoce que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político.

Por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también hay que encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación *indubio pro homine* correcta, como viene desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos, que Perú se ha comprometido internacional y nacionalmente a cumplir,³⁶ sin perjuicio de su inválido retiro de la instancia jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos.³⁷

Si bien la dignidad de la persona humana es intangible, se plantea la espinosa cuestión de la autonomía de la voluntad de la persona para delimitar si se ha producido su violación o no. Al respecto, von Munch señala que: “si el propio afectado es de la opinión de que su dignidad no ha sido violada, mientras que otras personas piensan que sí se ha producido una violación de la dignidad del afectado, por regla general

34 Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos...*, *cit.*, nota 1, pp. 132 y ss.

35 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1983, p. 37; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 1, pp. 30 y ss.; asimismo, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 277 y ss., y 302 y ss.

36 Ayala, Carlos, “El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXV, 1994, pp. 19-22; asimismo, Campbell, Tom *et al.*, *Human rights. From rhetoric to reality*, Londres, Blackwell, 1986, pp. 15 y ss.; asimismo, Reuter, Paul, *Introduction au droit des traités*, París, PUF, 1995, pp. 87 y ss.

37 Landa, César, “Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 1, 2000, p. 17, en prensa.

debe ser determinante la opinión de la persona afectada, pues a ésta no es dable imponerle las concepciones morales de terceros”.³⁸

De ahí que se procedería a examinar la dignidad o no del trato por parte de los padres o tutores sobre los menores de edad o tutelados, cuando estos últimos considerasen que se les ha violado de forma alguna su dignidad; en la medida que hay bienes jurídicos superiores que la Constitución tutela más allá de la patria potestad o incluso la voluntad de la parte interesada. Así, la tutela de la integridad personal, tanto corporal, sexual, psíquica y espiritual del menor y adolescente es un caso típico de protección estatal supletoria y en última instancia en aras de la dignidad humana.

Una situación límite se presentó en el caso de “cambio de sexo” de un menor colombiano que le practicaron los médicos por decisión de sus padres, a raíz de un accidente que le mutiló parcialmente los genitales. Desde entonces sus padres le dieron una educación, trato y vestimenta de niña. Esto dio lugar a que la Corte Constitucional de Colombia concediese la acción de tutela al derecho del menor a mantener su identidad sexual con base en la dignidad personal, cuando éste a través de un defensor del menor demandó por la violación de su identidad sexual.³⁹

En esa lógica argumentativa, la tutela de la dignidad de la identidad sexual de cualquier persona mediante una operación de “cambio de sexo”, también sería justiciable en función de su consentimiento para “readecuar su género”; pero, siempre que sea mayor de edad y de acuerdo con la legislación sobre la materia, en aras de la intangibilidad de la dignidad del ser humano.⁴⁰

Es que la dignidad humana opera como una cláusula pétrea, es decir aquella norma constitucional que expresa o tácitamente prohíbe su violación o incluso reforma constitucional; siendo también entendida como una cláusula constitucional intangible en tanto constituye el cimiento del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional; lo cual plantea el

38 Munch, Ingo von, “La dignidad del hombre...”, *cit.*, nota 28, p. 22.

39 Corte Constitucional de Colombia (Sala Séptima de Revisión), “Sentencia del 23-10-95 en *Iudicium et Vita*”, *Investigaciones*, Buenos Aires, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina, núm. 3, 1998, pp. 522-526.

40 Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala Primera), “Decisión del 23-10-1997. Theodor(a) Roetzheim V., Germany”, *Investigaciones, cit.*, nota anterior, pp. 596-597.

problema no sólo de los límites materiales al ejercicio de los derechos de los particulares, sino también a la propia función constituyente.⁴¹

En efecto, la concepción y la defensa de la dignidad humana nos sumerge en un debate iusfilosófico, ético y político, sobre la existencia de posibles ejercicios de derechos o de normas constitucionales inconstitucionales *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*,⁴² ello hasta el punto de estimar no sólo una norma constitucional como inconstitucional, sino también que el ejercicio legítimo de un derecho constitucional puede ser inconstitucional.

Ello sería posible por contradecir su sentido valorativo fundamental, como sería por ejemplo, el caso de ejercer legalmente el derecho de propiedad, pero desprotegiendo o violando la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, por cuanto constituyen “principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento comenzando por la Constitución misma”.⁴³

Más allá de cualquier duda sobre el concepto de la dignidad humana, el Estado tiene el derecho y deber de garantizarla, incluso por grave que sea la afectación al orden jurídico y a la seguridad nacional. Por ello, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana.⁴⁴ Por el contrario, todos están obligados a actuar en función de la dignidad de la persona humana y con mayor responsabilidad pública las autoridades; en virtud de lo cual es relevante elaborar las funciones constitucionales que se deben cumplir a través de la dignidad.

41 Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituyente*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 45-51; asimismo, Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 244-291.

42 Bachof, Otto, “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein, Athenäum, 1979, pp. 19 y ss.; asimismo, Rigaux, Marie-Françoise, *op. cit.*, nota anterior, p. 202.

43 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 115.

44 Häberle, Peter, “Die Menschenwürde...”, *cit.*, nota 7, pp. 848 y ss.; asimismo, Fernández Segado, Francisco, “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, núm. 43, 1995, pp. 49-54.

IV. FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA DIGNIDAD

La dignidad humana es un principio rector de la política constitucional *indirizzo politico*, en la medida que dirige y orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan; ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en un sentido formal y material.

Por ello, la omisión legislativa, judicial o administrativa del mandato de respetar la dignidad humana, también debe ser considerada como una infracción constitucional; en la medida que vacía de contenido sustantivo al quehacer del Estado; que no sólo implica la defensa del hombre, sino también el desarrollo de la persona humana. Los mismos que pueden materializarse a través de las funciones de la dignidad humana, que se derivan de las propias funciones de la Constitución.⁴⁵

1. *Función legitimadora*

La dignidad humana tiene un sentido y una función constitucional material e instrumental. Material en la medida que establece la base de todo el orden fundamental de una comunidad democrática y libertaria; motivo por el cual ocupa la posición vertebral del derecho constitucional. La dignidad es pues el punto gravitante que vincula a todos y que otorga legitimidad constitucional al Estado.⁴⁶

La función constitucional instrumental también cumple una finalidad legitimadora, a partir de la conexión entre dignidad y Constitución; en la medida que constituye un instrumento de cambio social. Sólo así se puede comprender y además valorar la inmensa fuerza transformadora

⁴⁵ Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I: *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung*, München, Verlag C. H. Beck, 1977, pp. 61-78; asimismo, Gedert-Steinacher, Tatjana, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, pp. 136 y ss.

⁴⁶ Vega García, Pedro de, *En torno a la legitimidad constitucional*, México, UNAM, 1988, pp. 803-825.

de la dignidad humana en el desarrollo político, económico, social y cultural de una sociedad.⁴⁷

2. *Función ordenadora*

La dignidad cumple una función de ordenar la actuación general evitando las infracciones directas o indirectas contra la persona humana. Por eso, la dignidad establece un orden fundamental que va delimitando la actividad de los poderes públicos y privados; sólo así se comprende que sea vinculante para todos: la dignidad yace en la base de cualquier conflicto o relación jurídica pública o privada. El poder y las relaciones sociales sólo son válidas en tanto se apoyen en la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, ello no supone que la dignidad sea un concepto cerrado o absoluto; por el contrario, los nuevos desafíos tecnológicos y científicos genéticos de la reproducción humana, o los viejos dilemas del aborto o la eutanasia alcanzan respuestas provisionales con base en la dignidad; pero “el intento de dominar el problema con una casuística técnica y conceptualmente precisa, también tiene necesariamente que contener lagunas”.⁴⁸

Como se puede apreciar, la dignidad de la persona humana por su carácter abierto y omnicompreensivo permite su delimitación en gran medida al ser concretizadas, pero la fijación de los límites constituye uno de los desafíos fundamentales de la justicia constitucional, en la medida que el orden-marco de la dignidad humana debería construir parámetros fijos y otros que queden abiertos. En el primer caso, para el control de los poderes públicos, y el segundo caso para el control de los poderes privados.

3. *Función temporal*

La dignidad humana tiene una función temporal, propia de su carácter inviolable, en la medida que no es producto de una voluntad ocasional, sino la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma

47 Ferrero, Giugelmo, *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 28 y ss.

48 Stern, Klaus, *Das Staatsrecht...*, cit., nota 45, p. 65.

y modo a los principios y valores de la comunidad.⁴⁹ Por ello, la dignidad contiene una fuerza de duración que otorga estabilidad a la Constitución.

Eso no supone obviamente la inamovilidad, sino por el contrario un dinamismo que debe estar acorde al espíritu de la época —*Zeitgeist*—; y que debe responder a las expectativas culturales de cada comunidad. De allí que la dignidad se inserte en un proceso social dinámico y abierto, con un futuro amplio dentro del marco del Estado democrático y constitucional.⁵⁰

Para asegurar la estabilidad y la flexibilidad de la dignidad humana se debe realizar un proceso que evite el juego revolucionario del todo o nada —*Entweder oder*—, o del dentro o fuera —*aut aut*— donde perdería su vocación de principio constitucional dispuesto a integrar a las distintas fuerzas sociales y políticas hacia el futuro, lo que supone una permanente adecuación del concepto de dignidad con la realidad social; convirtiéndose en un proceso de mutación constitucional, en virtud del cual el texto literal de la norma se mantiene, pero sus contenidos se van transformando de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de la persona humana.⁵¹ Postulados propios de cierto renacimiento de la concepción neo-iusnaturalista de los derechos humanos y de una interpretación constitucional abierta y pluralista, esta última siempre abierta a la dinámica e integración política de los diferentes intereses sociales.⁵²

En la medida que la dignidad humana se inserta en una época, está expuesta a la dinámica de las ideas y fuerzas sociales, políticas y culturales que la desarrollan y perfeccionan. Pero es aquí donde aparece en toda su magnitud el problema de sus límites, lo cual está directamente vinculado al tema del contenido esencial de la dignidad.

4. *Función esencial*

El contenido esencial de la dignidad se asienta en los principios y valores de libertad y autonomía que dan sentido de unidad a un pueblo,

49 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 164-185.

50 Häberle, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus...*, cit., nota 9, pp. 79-105; Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Ediciones Beramar, 1993, pp. 67 y ss.

51 Dau Lin, Hsü, *Die Verfassungswandlung*, Berlín und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1932, p. 182.

52 Saladin, Peter, *Grundrechte im Wandel*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie Ag, 1975, pp. 430 y ss; asimismo, Häberle, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus...*, cit., nota 9, pp. 45 y ss.

de ahí que cada proceso político consagre un conjunto de valores en la forma de una Constitución material,⁵³ pero no de cualquier Constitución material que podría estar contaminada de valores que subordinan a la persona humana al Estado; sino de una Constitución material democrática, fundada en una concepción humanista del orden constitucional. De allí que el orden y la estabilidad si bien aseguran el contenido esencial de la dignidad humana, para ser válidos plenamente a su vez deben estar basados en la propia dignidad humana, en tanto aseguren la libertad y la autonomía personal.

La forma de revelar los elementos del contenido esencial de la dignidad está directamente vinculada a los bienes jurídicos consagrados como inmutables en una Constitución, es decir, aquellos principios y derechos que son inmodificables no obstante el poder reformador de una constituyente. Nos referimos, por ejemplo, a los derechos fundamentales de la persona que operan como una cláusula pétrea, y a la propia norma que dispone el mecanismo de la reforma constitucional la cual opera como cláusula de intangibilidad.⁵⁴

5. *Función integradora*

La dignidad humana, en tanto expresión de la libertad y autonomía, promueve la unidad del pueblo, y a su vez, representa la unificación del mismo. Pero como la unidad o pacto social es un proceso dinámico, tomando las tesis de Smend, se puede señalar que la dignidad de la persona constituye ese motor transformador de la propia realidad que permite el consenso y por ende la integración social.⁵⁵ Este es un proceso vital de constante renovación que hace posible garantizar mediante la dignidad de la persona humana el fundamento de la vida social.

La dignidad humana, en tanto valor y principio, no sólo dirige global y específicamente a las fuerzas y agentes político-sociales, sino que también afirma los escenarios y factores generadores de unidad y de paz que emanan de los procesos espirituales, éticos y culturales de la comunidad. Y es precisamente aquí en donde radican las posibilidades de

53 Mortati, Costantino, *La Costituzione in senso Materiale*, reed. con un prefacio de Gustavo Zagrebelsky, Milán, Giuffrè editore, 1998, p. 211.

54 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 41, pp. 274 y ss.

55 Smend, Rudolf, "Integrationslehre e Integration", en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot, 1968, pp. 475-486.

gestar un consenso democrático sobre la base de la dignidad humana, en un sentido material e instrumental: material, en tanto se incorporen los valores y principios que dan sentido de unidad al pueblo; e instrumental, en tanto se reconozca al pluralismo, la tolerancia y la participación como una fórmula dual de resolver el conflicto social.⁵⁶

La positivización de la dignidad a través de los derechos naturales del hombre les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las Constituciones;⁵⁷ sin embargo, la Constitución no es una garantía por sí sola de su cumplimiento, sino en la medida que a través de ella fluyan los órdenes concretos o instituciones que radican en el sistema social previamente.⁵⁸

6. *Función limitadora*

La dignidad humana afirma la función constitucional de la limitación y control del poder⁵⁹ en la medida que simboliza la incorporación de los valores constitucionales de la libertad, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes del propio Estado de derecho, la descentralización y la economía social de mercado, en la fórmula del Estado social de derecho, que es el escenario propio de la aparición y desarrollo de la dignidad humana.

La clásica función limitadora de la dignidad humana debe adecuarse a una concepción del poder limitado, y por tanto controlado, ya sea éste público o privado; por cuanto la dignidad es vinculante a todos los que participan en la comunidad, y en la medida que: “el constitucionalismo

56 Landa, César, *Apuntes para una teoría democrática en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial-Maestría en Derecho Constitucional, 1994, pp. 35-98.

57 Kägi, Werner, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, cit., nota 14, pp. 39 y ss.; asimismo, Schluchter, Wolfgang, *Individuelle Freiheit und soziale Bindung. Vom Nutzen und Nachteil der Institutionen für den Menschen*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1994, pp. 1-26.

58 Hauriou, Maurice, *Science sociale traditionnelle*, París, Larose, 1896, pp. 261 y ss., y 398 y ss.; asimismo, Schmitt, Carl, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, cit., nota 9, pp. 11-40.

59 Scheuer, Ulrich, *Die Kontrolle der Staatmacht im demokratischen Staat*, Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Hannover, 1977, pp. 75 y ss.; asimismo, id., “Der Nationalsozialismus als Politische Layout der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, t. 28, 1989, pp. 505 y ss.

tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario".⁶⁰

Sin embargo, hay que reconocer que la dignidad aparece con diferentes grados de intensidad, dependiendo de la entidad, grupo social o persona jurídica o natural a limitar. En este sentido, la dignidad debe operar gradualmente sobre la base de la regla democrática: quien tiene más poder está sujeto a mayor control, es decir que las personas o entidades que gozan de mayor poder están obligadas a un mayor respeto de la dignidad, y en consecuencia a una mayor fiscalización del mismo.

La regla si bien puede aplicarse de manera inversamente proporcional, es decir que quien tiene menos poder está sujeto a un menor control de la dignidad; también cabe señalar que será válida en tanto se respete y se controle el mínimo intangible o el contenido esencial de la dignidad de la persona humana.⁶¹

7. *Función libertaria*

La dignidad desarrolla su función libertaria en la medida que asegura la libertad y la autodeterminación de la persona humana. Es aquí donde la dignidad queda vinculada directamente con la tutela de los derechos fundamentales, en particular con los derechos a la libertad y la autonomía personal.⁶² Lo cual está estrechamente relacionado al carácter limitado del poder, puesto que la dignidad constituye la base material de los derechos humanos; pero no de un manera individualista y egoísta, sino en un marco institucional solidario, y por tanto de ponderación frente al Estado y los particulares.

⁶⁰ Howard McIlwain, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, CEC, 1991, p. 37; asimismo, Mirkin-Guetzevitch, Boris, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, LGDJ, 1936, pp. 1-47; Posada, Adolfo, *El régimen constitucional*, Madrid, Librería Suárez, 1930, pp. 91 y ss.; y Horst, Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1953, pp. 88 y ss.

⁶¹ European Commission for Democracy Through Law, *The principle of respect for human dignity*, Germany, Council European Publishing, 1999, Collection Science and Technique of Democracy, núm. 26, p. 109.

⁶² Benda, Ernst, *Gefährdungen der Menschenwürde...*, cit., nota 10, pp. 10 y ss.; asimismo, Luf, Gerhard, "Der Begriff der Freiheit als Grundlage der Menschenrechte in ihrem christlich-theologischen Verständnis", en Böckenförde, Ernst-Wolfgang y Spaemann, Robert (eds.), *Menschenrechte und Menschenwürde...*, cit., nota 29, pp. 119 y ss.

El entronque de la dignidad con los derechos fundamentales permite una postura tanto frente al poder como también con o en el poder, mediante la participación solidaria en el quehacer social. Así, la dignidad transforma al ciudadano en un sujeto político y no en un mero objeto político. Ello es debido a la dimensión social de la vida en comunidad que lleva a la dignidad humana a un *status activus procesualis*⁶³ de organización de su vida social, en la esfera de la política, como de la economía, a través de los derechos fundamentales.

V. DIGNIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”.⁶⁴ Por tanto, la dignidad al operar no sólo como un derecho individual, sino también como un derecho objetivo sirve de límite a los derechos fundamentales; lo cual se traduce en el deber general de respetar los derechos ajenos y propios.⁶⁵

La dignidad al gozar junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requiere de la actuación del Estado para la protección y desarrollo que configure su doble carácter.⁶⁶ A partir de esta concepción de la dignidad se desarrolla la categoría de los límites del legislador con relación a la dignidad, subordinando la vieja tesis de la reserva de ley, en virtud de la cual el legislador goza de autonomía política para la libre configuración de la ley, por la nueva tesis central de la garantía del contenido esencial *Wesensgehaltgarantie* de los derechos fundamentales, como fórmula

63 Häberle, Peter, “Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat”, *VVDStRL* 30, 1972, pp. 82 y ss.

64 Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, CNRS, 1965, pp. 612, 618 y ss.; asimismo, revisar Kaufmann, Erick, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus* (Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1911), Aalen, Scientia Verlag, 1964, pp. 128 y ss.; y Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, pp. 163 y ss.

65 Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona...*, cit., nota 6, pp. 81 y ss.

66 Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, cit., nota 23, pp. 127 y ss.

sintética que encierra el concepto de valor que reposa en última instancia en la dignidad humana.⁶⁷

La dignidad incide, pues, directa o indirectamente en las funciones de los derechos fundamentales establecidos, y no sólo en la abstracta norma constitucional.⁶⁸ En ese sentido, el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace, en su esencia, referencia todo derecho fundamental.⁶⁹

Este sistema de valores se basa por excelencia en la dignidad humana, la misma que puede ser entendida en una doble perspectiva: desde una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de la dignidad, y una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales que justifiquen limitar a la dignidad.⁷⁰ En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales se trata de ponderar a la dignidad humana con diversos bienes jurídicos *Güterabwägung*, como el orden público, la seguridad nacional, la propiedad o el derecho de los terceros, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales.⁷¹

La realización práctica de la dignidad supone su procedimentalización, lo cual lleva al reconocimiento de un *status activus processualis* que permite también la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos. En consecuencia, la dignidad humana es vinculante, en tanto se le concibe de acuerdo con la teoría institucional: como categoría jurídico-positiva y como categoría valorativa.

67 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, pp. 116 y ss.; asimismo, Gavara, Juan, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, pp. 99 y ss.

68 Saladin, Peter, *Grundrechte...*, cit., nota 52, pp. 296 y ss.

69 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, p. 109.

70 López Pina, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991; véase también la ponencia: Häberle, Peter "El legislador de los derechos fundamentales", pp. 120 y ss.

71 Müller, Friedrich, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 y ss.; asimismo, Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, pp. 95 y ss., y 127 y ss.

En ese sentido, la dignidad humana alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional.⁷² Sin embargo, “la Constitución no puede pues resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una determinada realidad y de un programa social siempre abierto al cambio: *res publica semper reformanda*”.⁷³

Ello no obsta para que se presente un nuevo dilema sobre el grado de vigencia de los derechos económicos y sociales con base en la función libertaria de la dignidad humana. Si bien la Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo, en cambio sí supuso otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares *Der Drittwirkung der Grundrechte* completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social, para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana.

Lo anterior supone, en términos institucionales, antes que plantear no sin conflictos la unidad del derecho positivo y del derecho natural, como señala Ermacora,⁷⁴ postular siguiendo a Häberle la superación de los derechos positivo y natural,⁷⁵ en función de la dignidad humana. En tal entendido, parecería contradictorio desarrollar la dignidad humana fuera del marco valorativo que le dio origen y sentido. Sin embargo, el progreso jurídico de la dignidad debe darse sin la palanca del derecho natural, dado su carácter pre-político, de raíz individualista y de escaso consenso, que pueda degenerar en una auténtica tiranía de los valores.⁷⁶

Por esto, si bien Häberle plantea fomentar un derecho constitucional sin derecho natural, lo cual es extendible a la dignidad de la persona humana, esa postura será contradicha por el jurista suizo Saladin, quien considera que contemporáneamente se debe entender el derecho natural

72 Häberle, Peter, *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlín, Walter de Gruyter, 1972, pp. 90 y ss.; asimismo, *id.*, “Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen”, en varios autores, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, pp. 352-359.

73 Müller, Jörg Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, *cit.*, nota 5, p. 167; asimismo, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 1, pp. 72 y ss.

74 Ermacora, Felix, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, t. I, pp. 249 y ss.; asimismo, Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1976, vol. I, pp. 391 y ss.

75 Häberle, Peter, “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”, *AÖR*, núm. 99, 1974, pp. 451 y ss.

76 Schmitt, Carl *et al.*, *Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlagshaus, 1979, p. 38.

más como el derecho de la naturaleza, que es un problema vital para el Estado, como el deber de mantener la dignidad del hombre y de las generaciones futuras, de acuerdo con el medio ambiente, así como que los fines del Estado sean producto de un consenso intersubjetivo.⁷⁷

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquieren visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. Por ello, los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género.⁷⁸

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la dignidad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la dignidad instituida. Esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley que también pueda conformar y determinar el contenido esencial de la dignidad, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la dignidad humana *Schranken-Schrank*.⁷⁹

De aquí la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador, que hagan inmunes el contenido esencial de la dignidad de la persona de las mayorías parlamentarias transitorias, en la medida que los derechos fundamentales se encuentran vinculados al concepto de dignidad que yace en el seno de la sociedad civil *Gemeinschafts-bindung*.⁸⁰

77 Saladin, Peter, "Verfassungsreform und Verfassungsverständnis", *AÖR*, núm. 104, 1979, pp. 387 y ss. Un balance y crítica de dicho debate se puede ver en Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, Universidad de Madrid, 1984, pp. 48 y ss., donde plantea que una teoría constitucional sin derecho natural es una teoría de la Constitución sin Constitución.

78 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, p. 199; Zippelius, Reinhold, *Rechts und gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, pp. 67 y ss.

79 Lerche, Peter, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 98-134; Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, pp. 108 y ss.; y Bolz, Marcel, *Das Verhältnis von Schutzzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

80 Jäckel, Hartmut, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40; asimismo, Medina, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 48 y ss.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización de la dignidad como instituto, es decir que la garantía institucional de la dignidad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de dignidad humana. De esta manera, la dignidad constituye un instituto sólo cuando puede ser *efectivamente* reivindicada por los titulares —cambiar el hecho por la norma—, es decir cuando se hace *regla*.⁸¹

Continuando con la aplicación de la doctrina institucional a la dignidad humana, a ésta se puede concebir desde dos perspectivas: una primera, la concepción sistémica, que parte de una interpretación propia del derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista,⁸² y que nos remite a la idea de que “los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad”.⁸³

Sin embargo, es de destacar que el análisis sistémico de la dignidad también incorpora la variable social compleja, es decir que el ejercicio de la dignidad se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional.⁸⁴ Entonces, se podría afirmar que la dignidad queda así relegada a la condición de un subsistema cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo de este modo su dimensión emancipatoria y reivindicativa de necesidades e ilusiones, individuales y colectivas.⁸⁵

Otra, segunda, la perspectiva multifuncional, que busca superar la unilateralidad de una teoría sobre la dignidad humana —valorativa, liberal, social, procesal, etcétera—, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para de-

81 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 24, p. 211.

82 Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 124-164; asimismo, *id.*, *Grundrechte als Institution*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974, pp. 14-25; e *id.*, *Ausdifferenzierung des Recht. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 273 y ss.

83 Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution...*, cit., nota anterior, p. 82.

84 *Id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts...*, cit., nota 82, pp. 35 y ss.; asimismo, Neves, Marcelo, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, pp. 11 y ss., y 72 y ss.

85 Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos...*, cit., nota 1, p. 301.

mocratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, así como para cumplir con los objetivos del Estado social de derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales.⁸⁶

Así se puede decir que la diversidad de funciones constitucionales de la dignidad humana está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que, como ya se ha visto, las doctrinas constitucionales suiza y alemana han aportado al desarrollo constitucional.⁸⁷ Se puede señalar pues que no sólo la Constitución, sino también la dignidad participa de las funciones: legitimadora, ordenadora, temporal, esencial, integradora, limitadora y libertaria; así como del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado.⁸⁸

VI. DILEMAS CONTEMPORÁNEOS Y PERSPECTIVAS

La dignidad humana muestra todas sus posibilidades comprensivas y transformadoras o sus dificultades ordenadoras, cuando afirma sus raíces frente a los dilemas concretos que se presentan con relación a los viejos dilemas del derecho a la vida y a los novísimos desafíos del derecho genético. Así, el derecho a la vida ha encontrado, con el desarrollo de la ingeniería genética y la biotecnología, nuevos flancos con relación a los valores que tutela la dignidad humana y a los valores de los cuales

⁸⁶ Denninger, Ernst, *Staatrecht*, Hamburg, Rowohlt, 1979, vol. 2., pp. 136 y ss.; Kälin, Walter, *Verfassungsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, pp. 23 y ss.; Willke, Helmut, *Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1975, pp. 204 y ss.

⁸⁷ Müller, Jörg Paul, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Bern, Verlag Stämpfli-Cie, 1964, pp. 184-192; y Krüger, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1966, pp. 536 y ss.; asimismo, revisar las actas del grupo de trabajo para preparar una reforma total de la Constitución Federal Suiza (Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung), *Antworten*, Bern, Universitäten, 1969-1970-1973, ts. I, III y VI, pp. 12 y ss., 16 y ss., y 14 y ss., respectivamente.

⁸⁸ Stern, Klaus, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1984, t. I, pp. 82 y ss.; Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997, t. II, pp. 16-28; asimismo, Häberle, Peter, "Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des 'gemischten' Verfassungsverständnisses", en varios autores, *Im Dienst an der Gemeinschaft* (Libro-homenaje a Dietrich Schindler por sus 65 años), editores W. Haller *et al.*, 1989, pp. 701 y ss.

es titular la persona,⁸⁹ ya que la manipulación genética del ser humano, sea para fines científico-terapéuticos altruistas o para fines de comercialización médica, plantea en su base misma casos difíciles de carácter jurídico y ético-religioso.⁹⁰

¿Corresponde al ser humano, con base en su autonomía de la voluntad, decidir sobre su propia identidad fisiológica tanto de manera negativa para evitar enfermedades y/o positivas para mejorar las que porta como ser humano? ¿La libertad de investigación científica y tecnológica puede llegar a la experimentación en materia de clonación humana? En todo caso, ¿qué formas de manipulación genética no serían contrarias a la dignidad humana? ¿La inseminación artificial de una persona protegida por el anonimato puede finalmente revelarse en aras de la dignidad del menor, a pedido de la madre o del propio hijo? ¿Es constitucional el trasplante o implante de embriones fecundados o la práctica terapéutica en ellos mismos?⁹¹

¿El honor de una persona puede ser quebrantado en el ejercicio legítimo de los derechos de la libertad de expresión a través de la palabra escrita, oral, la imagen o cualquier otro medio? ¿Es indigna toda intervención de las autoridades de las comunicaciones privadas? ¿El almacenamiento de datos privados, los archivos de prensa, los registros públicos constituyen por sí solos una violación a la dignidad humana? ¿En qué casos, la objetivación de los menores o de la mujer en imágenes sexualizadas para fines comerciales viola la dignidad humana?⁹²

Ante estas interrogantes, el derecho no puede estar tan atrás de los acontecimientos científicos, tecnológicos y sociales, como tampoco adelantarse imprudentemente a éstos, retrasando el desarrollo humano; la

89 Oberdorff, Henri, "La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux", en Galabert, Jean-Michel y Tercinet, Marcel-René (comps.), *Mélanges en l'honneur du professeur Guistave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 379 y ss.

90 Congregation for the Doctrine of the Faith, *Instruction on respect for human life in its origin and on the dignity of procreation replies to certain questions of the day*. En http://www.vatican.va/roman_curia/congre_1987/7022_respect-for%20human-life_en.html; en la que se plantean los límites y las posibilidades morales de la investigación biomédica sobre embriones humanos.

91 Starck, Christian (ed.), *Das Bonner Grundgesetz. Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19*, con comentarios de H. Mangoldt y F. Klein, München, Verlag Vahlen, 1998, pp. 76 y ss. Asimismo, Díaz-Flores, Mercedes, *La clonación y selección de sexo. Derecho genético?*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 20 ss.

92 Seesing, Heinz (ed.), "Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Die Menschenwürde als Maßstab der Rechtspolitik", *Gentechnologie 17*, Frankfurt-München, J. Schweitzer Verlag, 1988, pp. 7 y ss., y 16 y ss.

teoría institucional-ética del derecho constitucional⁹³ debe percibir y orientar las inquietudes jurídico-morales del desarrollo científico y sentar como principios constitucionales los de esperanza de Bloch⁹⁴ y responsabilidad de Jonas.⁹⁵ Principios fundamentales, en función de los cuales se puedan establecer los lineamientos de regulación o tutela de los derechos e intereses de los temas planteados en los casos constitucionales concretos que se presenten.

La dignidad humana es un canon valorativo de base y de control del sistema constitucional, construida bajo la influencia de los contenidos axiológicos fundamentales de clara afirmación neousnaturalista del derecho.⁹⁶ En esa medida, si bien la dignidad puede jugar un rol fundamental en la protección de los derechos fundamentales en Perú, mediante la interpretación, delimitación y fomento jurisprudencial de los derechos humanos, resulta igualmente importante redescubrir el contenido valorativo, institucional, funcional y social de la dignidad humana a partir de la teoría institucional ética del derecho, al vincularla directamente con la libertad y la autonomía, pero la igualdad y la eficaz protección del derecho para todos, en función de la realidad constitucional y no sólo en la normatividad o dogmática constitucional.⁹⁷

Los postulados valorativos de la dignidad y de los derechos fundamentales, si bien van a ser protegidos por la organización y desarrollo de la justicia constitucional de factura kelseniana, en un inicio van a ser imposibles de explicar e interpretar totalmente desde una perspectiva

93 Landa, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático...*, cit., nota 4, pp. 306 y ss.

94 Bloch, Ernst, *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, t. 3, pp. 1616 y ss.; *id.*, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, Suhrkamp, 1961; y Somló, Felix, "Der Begriff des Rechts", en Maihoffer, W. (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973, pp. 421-455, donde plantea el doble concepto del derecho: jurídico y ético.

95 Jonas, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 92 y ss.; asimismo, revisar Böehler, Dietrich (ed.), *Ethik für die Zukunft, im Diskurs mit Hans Jonas*, München, C. H. Beck, 1994.

96 Bäumlin, Richard, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1954, pp. 54 y ss.; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, 2a. parte, cit., nota 23, pp. 55-121; Saladin, Peter, *Grundrechte...*, cit., nota 52, pp. 40 y ss.; asimismo, Darmstaedter, Friedrich, "Naturrecht und Positives Recht", en varios autores, *DRiZ*, Jahrgang, Heft 7, núm. 30, 1952, pp. 109 y ss.

97 Heller, Hermann, *Staatslehre*, Ledien Stijhoffs Uitgevermaatschappij, 1934, pp. 184-198; versión en castellano, *id.*, *Teoría del Estado*, FCE, México, 1985, pp. 199-216; asimismo, Böckenförde, Ernst, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 124 y ss.

jurídica positiva, de allí la necesidad de desarrollar inicialmente una *jurisprudencia de los valores* de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina institucional. Pero una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional como protector de los derechos fundamentales, la tendencia se debería concentrar en desarrollar una jurisprudencia y una dogmática constitucional concretas como un proceso pluralista y abierto.

De esa forma, la defensa de la dignidad humana debe ser razonada de un modo ponderado, en la medida que tanta autonomía de la voluntad es necesaria como responsabilidad en el ejercicio de los derechos frente a la comunidad y los terceros en resguardo de su propia dignidad, base del respeto *a y de* los demás. Pero son los magistrados constitucionales los últimos responsables de concretizar en sus fallos y opiniones la dignidad humana. Motivo por el cual deben actuar razonablemente con prudencia jurídica *juris prudentia*⁹⁸ para asegurar su *status* de independencia, para lo cual se ha afirmado que “una resolución judicial es correcta, cuando otros jueces hubieran sentenciado de la misma manera”⁹⁹.

La tarea de los magistrados bajo una nueva forma de legitimación judicial no siempre es pacífica al resolver *causas difíciles*, debido a la improductiva mentalidad neopositivista. Por ello se requiere interpretar institucional y moralmente la Constitución, como norma de principios sociales y órdenes sociales concretos, es decir no sólo como reglas jurídicas.¹⁰⁰

Eso es factible, por cuanto los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad, antes que del Estado; en virtud de que el artículo 138o. de la Constitución peruana señala que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo” y que la propia Constitución aprobada por referéndum popular no se agota en su texto, sino que es una norma abierta orientada a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular. Con lo cual se puede señalar

⁹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 122 y ss.

⁹⁹ Schmitt, Carl, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1969, p. 100.

¹⁰⁰ Dworkin, Ronald, *Freedoms Law, the Moral reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 2; asimismo, Schmitt, Carl, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, cit., nota 9, p. 17.

que “el derecho es política. El derecho es una parte de la praxis política y de la teoría política”.¹⁰¹

Nos encontramos en una época de crisis de la política, heredada del régimen peruano del ex-presidente Fujimori, que se expresó en la descomposición patológica del Estado constitucional y se condensó en una forma de Estado constitucional informal.¹⁰² Esto fue posible, en la medida que la sociedad civil fue excluida del poder por el gobierno, y por la institucionalización oficial de la extrema pobreza y la falta de valores ciudadanos.

Por ello, en el actual proceso de democratización del Estado peruano, entendemos que: “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”.¹⁰³

La misma que no concibe reconstruir el Estado constitucional a partir de un pensamiento neoliberal y su neopositivismo jurídico y/o económico, sino de un pensamiento constitucional institucional y ético que se fundamente en la reafirmación contemporánea de los valores democráticos del Estado social de derecho, y en particular de la dignidad de la persona humana.¹⁰⁴



101 Westphalen, Friedrich Graf von, *Wird die Justiz unterwandert? Der Ruf nach dem politischen Richter*, Zürich, Interfrom AG, 1975, pp. 9, 12 y ss., y 27 y ss.

102 Gomes Canotilho, José, *Direito constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 11-22; Schulze-Fielitz, Helmut, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984; asimismo, Gotsbacher, Emo, *Informelles Recht*, Frankfurt, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1995, pp. 12 y ss.

103 Cabo, Carlos de, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 303; Offe, Claus y Preuß, Ulrich, “Democratic institutions and moral resources”, *Des-Arbeitspapier*, Universität Bremen, Zentrum für Sozialpolitik, núm. 5-90, 1990, pp. 23 y ss.; Suhr, Dieter, *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung. Über Hegel und Marx zu eiener dialektischen Verfassungstheorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1975, pp. 260 y ss., y 288 y ss.

104 Häberle, Peter, “Die Menschenwürde...”, *cit.*, nota 7, pp. 835 y ss.