

É  
CG  
BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE

H244 v  
3001  
2500  
14  
1500

# MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Segunda edición

Presentación de  
CONRADO HESSE

Edición, *prolegomena* y traducción de  
ANTONIO LÓPEZ PINA

Exordio a la Segunda edición  
ANTONIO LÓPEZ PINA

Prólogo a la Segunda edición  
MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2001 BARCELONA



## CAPÍTULO IV

### Dignidad humana y derechos de la personalidad

ERNESTO BENDA

**SUMARIO:** I. EL VALOR ABSOLUTO DEL HOMBRE EN TAL QUE SER HUMANO.—1. Los derechos inherentes al hombre.—2. La imagen del hombre de la Ley Fundamental.—3. Concepto y contenido de la dignidad humana.—II. LA PROTECCIÓN EN LA ACTUALIDAD DE LA DIGNIDAD HUMANA.—1. Derecho y proceso penal.—2. Las esferas privada e íntima; el procesamiento electrónico de datos.—3. La manipulación genética del hombre.—III. HORIZONTE ACTUAL.—1. Tecnificación de la acción pública.—2. La programación de las personas.—3. La autodeterminación y sus límites.

#### I. EL VALOR ABSOLUTO DEL HOMBRE EN TAL QUE SER HUMANO

##### 1. Los derechos inherentes al hombre

A juzgar por el tenor literal, el reconocimiento de determinados derechos humanos *inviolables e inalienables* recogido en el art. 1.2 GG enlaza claramente con la *Universal Declaration of Human Rights*, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El pórtico de la misma recuerda, simultáneamente, el desprecio para con los derechos humanos en el pasado inmediato. Nada podía, pues, parecer más natural que el desecho de los alemanes de ser acogidos de nuevo en la comunidad internacional, justificándolo éticamente con la declaración del art. 1.2 GG<sup>1</sup>. A la vez, la Ley Fundamental se alinea tanto con la Declaración francesa de los *derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*, de 26 de agosto de 1789, como con la tradición cristiana del Derecho Natural.

Frente a la optimista presunción de que en Occidente imperó desde tiempos inmemoriales una creencia en los derechos fundamentales, cabe hacer toda una serie de objeciones. Históricamente, la garantía de la dignidad humana se encuentra estrechamente ligada al cristianismo. Su fundamento radica en el hecho

<sup>1</sup> Cfr. Protokoll des Ausschusses für Grundsatzfragen des Parl. Rats, Sitzung núm. 22, de 18 de noviembre de 1948, p. 2.

de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. La antigua imagen del aquél, como ser racional y dotado de libre albedrío, ha contribuido de forma esencial a adoptar una idea de su libertad asociada al cristianismo antiguo<sup>2</sup>, por más que la Antigüedad no llegara a conocer los derechos fundamentales en su actual versión<sup>3</sup>. Por lo que al respecto de los derechos humanos se refiere, tan poco ejemplar es la historia de Alemania o de Occidente como las relaciones imperantes hoy día en amplias áreas de la tierra.

3 El art. 1.2 GG no comporta sublimación alguna de la realidad. La alusión a derechos preexistentes de todos los hombres es consecuencia del enunciado constitucional básico del art. 1.1 GG, a saber, la exigencia de hacer del respeto a la dignidad humana principio supremo para la acción del Estado. Los inviolables e inalienables derechos humanos no han sido creados por la Ley Fundamental, sino que ésta los contempla como parte integrante de un ordenamiento jurídico preexistente y suprapositivo<sup>4</sup>. De este modo, se reconocen los últimos límites que ni siquiera el constituyente puede transgredir<sup>5</sup>. El art. 79.3 GG refuerza esta garantía. Se trata sobre todo de proteger la dignidad de la persona, de salvaguardar su esfera más personal, entendida aquélla como derecho originario de todo ser humano.

4 La Ley Fundamental es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin supremo de todo Derecho<sup>6</sup>. El art. 1 GG hace de este objetivo el supremo principio constitutivo de la Ley Fundamental<sup>7</sup>.

Y el hecho es que no es algo lógico y natural que la Constitución contenga una declaración sobre la condición del hombre en el marco de las relaciones entre Estado y Sociedad. En la concepción del Liberalismo la dignidad del ser humano no era asunto de la incumbencia del Estado. El Liberalismo partía de la creencia de que tanta más libertad y dignidad tendría el individuo cuanto más garantizada quedara una esfera inmune al Estado, en la que el individuo pudiera libremente configurar su existencia. En la actualidad esta forma de ver las cosas ha perdido validez porque bajo las condiciones de la sociedad moderna el individuo depende de las prestaciones del Estado. Con ello se plantea

<sup>2</sup> E. WOLF, «Die Freiheit und Würde des Menschen», en: *Recht, Staat, Wirtschaft*, t. IV, 1953, pp. 32 ss.; A. VERDROSS, «Die Würde des Menschen als Grundlage der Menschenrechte», en: *EuGRZ*, 1977, p. 207; C. STARCK, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat», en: *JZ*, 1981, p. 459; *idem*, en: H. v. MANGOLDT/F. KLEIN/C. STARCK, *GG*, 3.ª ed., t. 1, 1985, art. 1.1, número marginal 3; P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en: *HdBS/R*, t. 1, § 20, números marginales 34 y 37; A. PODLECH, en: *Alternativkommentar zum GG*, t. 1, 1984, art. 1.1, números marginales 2 ss.

<sup>3</sup> G. LUF, Voz «Menschenrechte», en: *Staatslexikon*, 7.ª ed., t. 3, 1987, pp. 1105 ss.

<sup>4</sup> R. ZIPPELIUS, en: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, ejemplar núm. 57, 1989, art. 1, número marginal 104; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG* (cit. n. 2), números marginales 86 ss. al art. 1.1; G. DÜRIG, en: Th. MAUNZ/G. DÜRIG (eds.), *GG*, t. 1, art. 1.2, número marginal 73; *BVerfGE* 1, 14 (17).

<sup>5</sup> *BVerfGE* 3, 213 (233).

<sup>6</sup> *BVerfGE* 12, 45 (51).

<sup>7</sup> J. WINTRICH, «Die Bedeutung der Menschenwürde für die Anwendung des Rechts», en: *BayVBl*, 1957, 137; DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (cit. n. 4), art. 1.2, número marginal 14; respecto al reconocimiento de la dignidad humana como aspecto capital en el orden constitucional de valores, ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, números marginales 19-21; W. MAHOFER, *Rechtstaat und menschliche Würde*, 1968, p. 102; *BVerfGE* 6, 32 (36, 41); 72, 105 (115).

ordenamiento constitucional un problema fundamental de la convivencia: cómo poner en luz y definirnos ante la tensión entre la autosuficiencia del individuo y las necesidades, derechos y obligaciones que derivan de las circunstancias actuales de la vida en comunidad. Un orden constitucional que consagre sea el individualismo exacerbado sea el colectivismo atentatorio contra la libertad, debe responder a las cuestiones que resultan de la polaridad entre libertad y coerción, del respeto al individuo y de su articulación en el Estado. La calidad de una constitución depende decisivamente de si brinda recursos para hacer frente con éxito a tan inevitables conflictos. Ello se plantea ordinariamente en sociedades altamente desarrolladas, en las que el Estado se siente asediado por crecientes demandas de sus ciudadanos, a las que difícilmente puede hacer frente sin recortar las libertades individuales. La tarea esencial de cualquier política consiste en conciliar cuanto sea posible libertad individual y bien común. Si se desconfía de que las adecuadas formas de solución para los problemas resulten automáticamente del libre juego de las fuerzas sociales, se plantea al orden constitucional una cuestión fundamental. La Ley Fundamental intenta equilibrar las tensiones entre individuo y *res publica*, por un lado, mediante la garantía de los derechos fundamentales; por otro, estableciendo límites y obligaciones sociales. Habida cuenta de que el reconocimiento de la dignidad humana inspira el ideario de la Ley Fundamental, de aquél se infiere también su influencia en otros derechos fundamentales. También la cláusula del Estado social (arts. 20 y 28 GG) acoge y desarrolla tal principio. Una visión conjunta de todas estas normas, en especial de los arts. 1, 2, 12, 14, 15, 19 y 20 GG expresa la imagen que ésta tiene del hombre<sup>8</sup>.

## 1. La imagen del hombre de la Ley Fundamental

5 *La imagen del hombre plasmada en la Ley Fundamental no es la de un individuo soberano en sí mismo; más bien ha decidido resolver la polaridad individuo-comunidad refiriendo y vinculando la persona a esa comunidad, sin que por ello aquella vea menoscabada su sustantividad*<sup>9</sup>. Esta declaración del Tribunal Constitucional tiene considerables consecuencias: *El individuo debe asumir aquellos límites que, para cultivar y fomentar la vida en común, imponga el legislador a su libertad de acción, dentro de los márgenes de lo exigible y siempre que se garantice la autonomía de la persona*<sup>10</sup>. De esta manera no sólo se rechazan las concepciones individualistas del liberalismo clásico, sino también tentaciones colectivistas; renunciando a soluciones extremas, se busca una línea intermedia. Lo que sucede es que no existe aún fórmula alguna disponible y con validez general para superar el conflicto entre el individuo y la comunidad. Habrá que decidir caso por caso cuál de las decisiones políticas posibles resulta asumible para el ciudadano. Pero tampoco el *presupuesto de partida de en cualquier caso siempre a favor del individuo*, es decir, la presunción a favor de la garantía y contra la limitación

<sup>8</sup> *BVerfGE* 4, 7 (16).

<sup>9</sup> *BVerfGE* 4, 7 (15 ss.); 12, 45 (51); 65, 1 (44); DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 46; ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 14; P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988, pp. 41 ss.

<sup>10</sup> *BVerfGE* 4, 7 (17).

de la libertad<sup>11</sup>, libera de la obligación de buscar sobre todo la respuesta al problema, respetando los límites constitucionales en ambas direcciones —es decir, de responder a la cuestión sólo con ayuda de una presunción—. Ciertamente que el Estado liberal de Derecho (art. 20 GG) está informado normativamente por la premisa de que es más probable que la dignidad humana sea mejor garantizada bajo condiciones de mayor libertad que en un orden de mayor seguridad<sup>12</sup>. Pero el postulado del Estado social, contenido igualmente en el art. 20 GG veda una interpretación puramente individualista de las normas fundamentales<sup>13</sup> y preserva de la equivocación que supondría abandonar su referencia y vinculación a la comunidad en aras de la dignidad del individuo. El Estado social pugna por un ordenamiento social y económico justo; el Estado de Derecho impide que pueda verse amenazada el área medular de la libertad personal. El Derecho Constitucional no puede eximir al legislador de la tarea de dar con una solución justa que disipe la tensión entre la libertad del individuo y los presupuestos del Estado social. Entre ambas referencias deberá decidir políticamente el legislador<sup>14</sup>.

6 El art. 1.1 GG no contiene una mera declaración ética; se trata más bien —cuando menos— de una norma de Derecho objetivo. El alcance jurídico del compromiso que expresa para los poderes públicos se ve reforzado por el art. 79.3 GG; una norma que ni siquiera un legislador facultado para reformar la Constitución podría modificar, no es interpretable como un mero enunciado programático de principios éticamente deseables. Ciertamente que la dignidad humana es originariamente un valor moral. Lo que sucede es que su acogida con carácter de mandato constitucional en la Ley Fundamental implica su aceptación como valor jurídico, es decir, como norma jurídico-positiva<sup>15</sup>. En cualquier caso, el Estado se halla jurídicamente obligado a preservar la dignidad humana y a protegerla en el marco de sus posibilidades. Las competencias del Estado resultan limitadas, en la medida en que con el mandato de respeto a la dignidad se establece una barrera absoluta a toda acción del Estado. A la vez aumentan las obligaciones de éste, toda vez que debe proteger tal valor, es decir, debe acudir en ayuda de cualquier persona cuya dignidad resulte amenazada —con independencia del origen público o privado de los peligros—. Respeto y protección de la dignidad son directrices vinculantes para toda la actividad del Estado.

7 Todavía no es el momento de plantearnos si el individuo que ve afectada su dignidad está investido de un derecho fundamental, esto es, si dispone de un derecho público subjetivo para defenderse contra tales agresiones. Pero dado que la dignidad es el supremo valor jurídico protegido por la Constitución, parece difícilmente compatible con tal concepción la idea de que el afectado se vea excluido precisamente del recurso a tan importante garantía constitucional. Es más consecuente con la Ley Fundamental, que brinda la tutela judicial contra

<sup>11</sup> P. SCHNEIDER, «In dubio pro libertate», en: *FS Deutscher Juristentag*, t. 2, 1960, p. 290; además MAIHOFER, *Rechtsstaat* (cit. n. 7), p. 127; R. MARCK, «Der unbedingte Rechtswert des Menschen», en: *FS Voegelin*, 1962, p. 389; respecto a la crítica del TCF sobre la imagen del hombre, HÄBERLE, *Menschenbild* (cit. n. 9), p. 45 y nota 130.

<sup>12</sup> MAIHOFER, *Rechtsstaat* (cit. n. 7), p. 127.

<sup>13</sup> U. SCHEUNER, «Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat», en: *DÖV*, 1971, 506.

<sup>14</sup> *BVerfGE* 10, 354 (371); 29, 221 (235); 50, 290 (338).

<sup>15</sup> E. R. HUBER, «Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht», en: *DÖV*, 1956, 203.

cualquier vulneración jurídica por los poderes públicos, que tanto más se garantice la posibilidad práctica de realización de los valores cuanto más alto sea el rango del bien jurídico protegido en la jerarquía de valores constitucionales. El art. 1.1 GG no sólo se proyecta sobre las normas reguladoras de la relación del individuo con el Estado, es decir, la esfera de los derechos fundamentales, sino que permea profundamente todo cuanto comporta el Estado libre y democrático de Derecho. Pero incluso si se asumiera que una agresión pública a la dignidad del hombre pudiera ser contrarrestada en todo caso recurriendo a uno de los derechos fundamentales especiales (en todo caso al art. 2.1 GG), de forma que parezca superfluo el desarrollo del art. 1.1 GG, siempre habrá que tener en cuenta ese art. 1.1 como parámetro valorativo en la especial interpretación de estos derechos fundamentales<sup>16</sup>.

8 Pero sobre todo, la propia dignidad humana habla en favor de brindar al individuo una posibilidad real de defender por sí mismo la propia dignidad. Con frecuencia se infiere del art. 1.1 GG que el individuo no debe ser degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal o de las relaciones sociales. Ello se compadece mal con liberarle de su responsabilidad, es decir, con hacer de la persona el objeto de una decisión valorativa concebida como norma objetiva, precisamente en el ámbito en el que se garantiza su dignidad.

El art. 1.1 GG establece en consecuencia un derecho fundamental defendible a través del recurso de amparo<sup>17</sup>. De ello no se deduce sin más una expectativa de que el legislador se pronuncie en un determinado sentido. El objetivo viene fijado por la opción valorativa de la Ley Fundamental que vincula al legislador; éste puede en cambio decidir discrecionalmente —en el marco de la Constitución— acerca de los medios a emplear. Únicamente una omisión arbitraria de la acción estatal debida podría tener como consecuencia una expectativa legítima individual a satisfacción<sup>18</sup>.

9 Todo el mundo tiene derecho a que se respete su dignidad, con independencia de sus características corporales, mentales o anímicas y del resto de circunstancias personales —según la doctrina dominante se reconoce no sólo al *nasciturus* sino, incluso, a los fallecidos—<sup>19</sup>. La encendida polémica surgida de nuevo tras la unificación alemana sobre la regulación jurídica de la interrupción del embarazo, así como el debate respecto a la cuestión de si la fecundación *in vitro*

<sup>16</sup> G. DÜRIG, «Der Grundsatz von der Menschenwürde», en: *AöR* 81 (1956), 121 ss.; *idem*, en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 13.

<sup>17</sup> ZIPPELIUS en: *BK* (cit. n. 4), números marginales 24 ss., con notas adicionales; W. KRAWIETZ, en: *Gedächtnisschrift F. Klein*, 1977, 245; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG* (cit. n. 2), art. 1, números marginales 17 ss.; I. VON MÜNCH, en: I. VON MÜNCH (ed.), *Grundgesetzkommentar*, 3.ª ed., 1985, número marginal 27 al art. 1 GG; PODLECH, *AK* (cit. n. 2), número marginal 61; *BVerfGE* 61, 126 (137); M. DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 4.

<sup>18</sup> *BVerfGE* 1, 97 (15); 45, 187 (228).

<sup>19</sup> *BVerfGE* 30, 173 (194): El deber estatal de protección no termina con la muerte; *BVerfGE* 39, 1 (42 ss.), que trata del conflicto existente entre la protección del derecho de autodeterminación de la embarazada y el derecho a la vida del fruto de su vientre. DÜRIG, *GG* (cit. n. 7), números marginales 18 ss.; VON MÜNCH, *GG* (cit. n. 17), números marginales 6 y 7; ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, números marginales 49 ss.; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG* (cit. n. 2), art. 1, número marginal 14; HÄBERLE, *HdBStR*, t. 1 (cit. n. 2), § 20, número marginal 70, nos habla de efectos previos y a posteriori en relación con la protección de la dignidad humana; A. M. PODLECH, *AK GG* (cit. n. 2), art. 1.1, número marginal 59.

podiera suministrar material u otro tipo de *aprovechamiento* para la investigación, ha agudizado la toma de conciencia sobre la indisponibilidad de la vida humana. Por otra parte, la exigencia de las embarazadas de decidir por sí mismas puede también fundarse en su propia dignidad. Puesto que no es posible una ponderación equilibrada que pudiera tener en cuenta en igualdad de condiciones ambas posturas, se plantea con toda crudeza en una situación conflictiva tan particular el problema de la preeminencia entre los bienes jurídicos en discusión. Y dado que la ponderación no puede recaer sino a favor de proteger la vida humana<sup>20</sup>, la controversia jurídico-política queda reducida a determinar cuáles son los medios necesarios y adecuados para proporcionar una protección lo más efectiva posible al *nasciturus*.

10 La dignidad de la persona está protegida no sólo por el art. 1 GG, sino también por sus arts. 2 y ss. GG, con orientación en cada caso a las posibilidades concretas de amenaza. Común a todos los derechos fundamentales es que parezcan necesarios para la dignidad de la persona: es decir, que de todos y cada uno de ellos resulte lo que es patrimonio común a partir del art. 1.1 GG. Son *porciones autónomas derivadas de la dignidad humana*<sup>21</sup>. Sin duda, se hallan los orígenes de los derechos fundamentales asociados a diferentes ideas políticas y sociales, habiendo representado en cada caso una respuesta a los específicos desafíos de cada época. No obstante, con independencia de las inflexiones de la idea de justicia, tiene ésta un contenido material supratemporal circunscriptible más que a cualquier otro concepto al de la dignidad humana.

11 Contra la concepción de un sistema de los derechos fundamentales basado en un orden lógico-sistemático sectores de la doctrina mantienen una serie de objeciones, dado que ello podría conducir a interpretar la existencia en la Constitución de una jerarquía de los derechos fundamentales, en el sentido de que todos aquellos que tuvieran carácter particular fueran el resultado de un *derecho principal a la libertad* inferido del art. 2.1 GG<sup>22</sup>. Pero habida cuenta de que por vía del art. 1.2 el art. 79.3 GG garantiza, incluso frente a una reforma constitucional, un sistema fundamental de derechos humanos, deberá precisarse el *contenido concreto de dignidad humana*<sup>23</sup> de los distintos derechos fundamentales a fin de establecer los confines de su normativa limitabilidad. Ello presupone la delimitación del contenido jurídico de los arts. 1.1 y 2 GG. Una protección semejante pero menos fuerte —por no estar comprendida en el art. 79.3 GG— contra la eliminación o el vaciamiento de los derechos fundamentales se deriva de la garantía de contenido esencial del art. 19.2 GG. El contenido esencial de un derecho fundamental no tiene que ser idéntico a su *contenido de dignidad humana*<sup>24</sup>. Sin embargo, cuanto con más fuerza resulte impregnado

<sup>20</sup> BVerfGE 39, 1 (43).

<sup>21</sup> F. KÜBLER, *Über Wesen und Begriff der Grundrechte*, 1965, p. 151.

<sup>22</sup> SCHEUNER, «Funktion der Grundrechte» (cit. n. 13), p. 509; de forma similar, ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 49), art. 1, números marginales 20, 47 ss.; PODLECH, AK GG (cit. n. 2), art. 1.1, número marginal 62; J. WINTRICH, *Zur Problematik der Grundrechte*, 1957, p. 26.

<sup>23</sup> Cfr. WINTRICH, *Problematik der Grundrechte* (cit. n. 22), p. 19; ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, números marginales 13, 19 ss.

<sup>24</sup> H. C. NIPPERDEY, «Die Würde des Menschen», en: F. NEUMANN/H. C. NIPPERDEY/U. SCHEUNER (Hrsg.), *Die Grundrechte*, t. 2, 1954, p. 15; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, p. 158; WINTRICH, *Problematik der Grundrechte* (cit. n. 22) p. 19; DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, GG (cit. n. 7), art. 1, número marginal 81.

de dignidad humana, es decir, cuanto más venga impuesto por ésta el respectivo derecho fundamental, tanto más se solaparán ambas garantías.

De ello resulta como consecuencia que quienes sean beneficiarios sin reserva alguna de la dignidad humana, habrán también de disponer de idénticos derechos. En tal sentido, el art. 3.1 GG no viene a ser sino una lógica consecuencia del art. 1.1<sup>25</sup>. Pero también son las ideas directrices del art. 5 inferibles del derecho fundamental a la dignidad humana. En particular, la libertad de información contiene un elemento integrante de derecho individual deducible de los arts. 1 y 2.1 GG<sup>26</sup>, dado que responde a las necesidades elementales del hombre poderse informar libre y plenamente. La propia libertad de debate, garantizada por el art. 5 GG, responde a una necesidad sustancial del individuo que desea realizar su propio designio personal en un orden libre<sup>27</sup>. La relación del art. 1.1 GG con el principio general de libertad del art. 2.1 GG se entiende comúnmente en el sentido de que el art. 1.1 GG muestra estáticamente a la persona, es decir, tal cual es, mientras que el art. 2.1 GG la concibe dinámicamente, tal cual *actúa*<sup>28</sup>. El art. 2.1 GG contiene la idea esencial del art. 1.1 GG como motivo y núcleo: la garantía del libre desarrollo de la personalidad responde en última instancia a la dignidad de la persona. Dado que la libertad no puede ser ilimitada, resultan posibles las barreras previstas en el art. 2.1 GG. No deberán, sin embargo, ir más allá de donde lo permita el *contenido de dignidad humana* de la norma. Precisamente, los fundamentos contenidos en el art. 2.1 GG no permiten que se vea afectada la esfera medular de la libertad personal.

Es evidente la conexión de la dignidad humana con los derechos fundamentales de libertad ideológica y de conciencia, libertad de elección profesional y de inviolabilidad de domicilio. En estos casos, como en los de otros derechos fundamentales, de lo que se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable.

Incluso la decisión de la Ley Fundamental en favor de la democracia liberal y el Estado de Derecho —conforme a la idea occidental producto de la experiencia histórica— resulta del reconocimiento de la dignidad humana. Únicamente bajo condiciones de libertad política cobra aquélla consecuente realidad. La libertad comporta en tal caso no sólo protección frente al poder estatal, sino también la posibilidad abierta a los ciudadanos de participar en el proceso estatal de adopción de decisiones<sup>29</sup> como elemento esencial del Estado democrático de Derecho.

<sup>25</sup> BVerfGE 5, 85 (205); ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, números marginales 13 y 19.

<sup>26</sup> BVerfGE 27, 71 (81).

<sup>27</sup> BVerfGE 5, 85 (205); WINTRICH, *Problematik der Grundrechte* (cit. n. 22), p. 14.

<sup>28</sup> G. DÜRIG, «Die Menschauffassung des GG», en: JR. 1952, 261; NIPPERDEY, «Würde des Menschen» (cit. n. 24), p. 15. Respecto a la relación entre los arts. 2.1 y 1.1 GG, ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, números marginales 47 ss.

<sup>29</sup> Respecto a la relación de la dignidad humana con la democracia y el Estado de Derecho, R. MARCIC, «Ein neuer Aspekt der Menschenwürde», en: FS v. Hippel, 1965, 200; ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, números marginales 13 y 20; BVerfGE 5, 85 (205).

### 3. Concepto y contenido de la dignidad humana

14 Quien quiera definir qué es la dignidad no puede por menos de referirse a aquello que distingue la naturaleza específica de la persona. La propia Ley Fundamental presupone sin mayor glosa la dignidad del hombre. Deberá evitarse, sin embargo, una definición material del art. 1.1 GG a partir de concepciones globales o de posiciones ideológicas.

15 Una interpretación que se corresponda con la función del art. 1.1 GG dentro del ordenamiento constitucional puede apoyarse en las concepciones ético-jurídicas dominantes al tiempo de ser aprobada la Ley Fundamental, que emergieron bajo la impresión de la previa situación histórica. Por otro lado, habrá de tener presente los cambios y concreciones de ideas que entre tanto se han producido. Sin duda el reconocimiento de la dignidad humana tiene mucho de reacción contra su desprecio y envilecimiento bajo la dictadura nacional-socialista. Tras las experiencias del *Terzer Reich* nunca más deberá ser reducido el hombre a la condición de objeto de un ente colectivo<sup>30</sup>. Evidentemente, la tortura o la esclavitud, por ejemplo, vulneran la dignidad del hombre. Cuando en una temprana sentencia el Tribunal Constitucional estableció que el art. 1.1 GG no comporta una obligación del Estado a protección frente a determinadas agresiones, como puedan ser humillación, estigmatización, persecución, proscripción, etc.<sup>31</sup>, respondía a una interpretación de la norma como reacción a la injusticia padecida bajo la dictadura.

16 Un Estado de Derecho excluye fenómenos tan evidentes de vulneración; simultáneamente debe hacer frente hoy a posibles arbitrariedades. El menosprecio para con la dignidad humana caracteriza al Estado no conforme a Derecho; pero no hay que excluir la posibilidad de que incluso bajo un Estado de Derecho actúe la autoridad al margen de los fines del Estado definidos por la Constitución. Entre los grupos más amenazados se encuentran las personas pertenecientes a minorías étnicas o religiosas o, incluso, marginados, como los enfermos psíquicos, los desarraigados o los delincuentes. El art. 1.1 GG reacciona contra tal experiencia<sup>32</sup>. Si en la interpretación de la norma constitucional partiéramos no del hombre real sino de un arquetipo socioético, estos grupos especialmente necesitados de protección no tendrían que invocar, realmente, el art. 1.1 GG. Un delincuente sexual e incluso, frecuentemente, un deficiente mental no son capaces o sólo parcialmente de una decisión libre respecto del orden moral. Y el caso es que, precisamente, tal ejercicio libre de la voluntad es lo que define a la persona según la opinión más extendida<sup>33</sup>. Por tanto, si no queremos despojar a las personas que viven en la periferia social de la protección constitucional, deberemos conformarnos con una definición más modesta que arran-

<sup>30</sup> BVerfGE 5, 85 (205).

<sup>31</sup> BVerfGE 1, 97 (104).

<sup>32</sup> ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, números marginales 49-50; DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, GG (cit. n. 4), números marginales 19-21; Von MÜNCH, GG (cit. n. 17), número marginal 2; PODLECH, AK (cit. n. 2), número marginal 56.

<sup>33</sup> NIPPERDEY, «Würde des Menschen» (cit. n. 24), p. 1; igualmente DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, GG (cit. n. 4) art. 1, número marginal 18.

que de la capacidad abstracta y potencial del ser humano para realizarse como tal<sup>34</sup>. El art. 1.1 GG es válido para toda persona al margen de su grado moral de desarrollo, porque al menos idealmente toda persona está capacitada para la autorrealización moral. Está vedado al Estado distinguir entre los individuos en función de su presunto valor moral. El Estado no debe arrogarse el derecho a pronunciar un juicio absoluto sobre los individuos sometidos a su imperio. El Estado respetará al ser humano cuya dignidad se muestra en el hecho de tratar de realizarse en la medida de sus posibilidades. Incluso cuando tal esperanza parezca vana, bien porque la nieguen predisposiciones genéticas y sus metamorfosis, bien por propia culpa, nunca deberá el Estado emitir un juicio de valor concluyente y negativo sobre el individuo.

En mayor medida son consustanciales a la naturaleza y a la dignidad del ser humano sus imperfecciones e insuficiencias, aunque igualmente su capacidad, potencial al menos, de superarlas. El mismo debe esforzarse continuamente por lograr una vida en común satisfactoria o al menos soportable. La conciencia de esta imperfección natural contradice, desde el punto de vista constitucional de la dignidad humana, cualesquiera intentos de conducirlo por medio de modificaciones genéticas a un estado imaginario de perfección<sup>35</sup>.

Si bien procede concebir al hombre como *persona dotada de capacidad de autodetela*, no se le deberá tratar como súbdito de cualquier poder por muy orientado que éste pueda estar a su bienestar<sup>36</sup>. Contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado. En la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio, se suele ver la decisiva vulneración del art. 1.1 GG<sup>37</sup>. Pero esta fórmula sólo apunta a la dirección en la que deberá concretarse el contenido y con él la esfera de protección de la dignidad humana. Tal fórmula resulta demasiado vaga y genérica, ya que en el Estado contemporáneo siempre habrá que limitar la libertad individual en beneficio de los intereses generales —y precisamente al servicio del logro de condiciones dignas de existencia para todos—. La sociedad industrial de masas requiere una alta dosis de intensa procura existencial, de programación y de dirección por parte del Estado. En tal tipo de formación social el individuo no puede dejar de ser objeto de la ordenación estatal, de modo semejante a como depende de otros en su condición profesional y privada y a como está sometido a toda suerte de influencias medioambientales. Esta al parecer inevitable cosificación del hombre, esta su despersonalización en los actuales Estado y Sociedad es una de las causas esenciales de los recientes movimientos de protesta y de los intentos de las jóvenes generaciones, sobre todo, de hallar formas alternativas de existencia para escapar a los constreñimientos sociales. Pero incluso quienes están dispuestos a aceptar que la mayor parte de los citados

<sup>34</sup> DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG (cit. n. 4), art. 1, número marginal 18.

<sup>35</sup> E. BENDA, «Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik», en: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 3/1985, 35.

<sup>36</sup> BVerfGE 5, 85 (204).

<sup>37</sup> BVerfGE 27, 1 (6); 50, 205 (21); 72, 105 (116); cfr. también BVerfGE 30, 1 (2, 25), y sobre ello, la opinión divergente contenida en la BVerfGE 30, 33 (40). DÜRIG, GG (cit. n. 7), número marginal 28; HABERLE, *HdBSiR*, t. 1 (cit. n. 2), § 20, número marginal 38; Von MÜNCH, GG (cit. n. 17), art. 1, números marginales 15 ss.; ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, número marginal 63; WINTRICH, *Problematik der Grundrechte* (cit. n. 22), p. 17. Respecto a la crítica de esta definición, LEISNER, *Grundrechte* (cit. n. 24), p. 140.

constreñimientos existentes en las actuales circunstancias sociales pueden suavizarse, aunque no eliminarse totalmente —dado que de otro modo resultaría imposible una vida en común colectiva ordenada—, no dejan de verse severamente frustrados en su realización existencial. Una vez que se cobra conciencia de las causas a que se debe la amenaza elemental a que está sometido el ser humano, se dibuja el frente de combate en el que defender la dignidad del hombre: no se trata en primer lugar del individuo que se ve expuesto a concretas arbitrariedades estatales; amenazado está sobre todo el individuo que cuenta para el Estado menos como persona que como mera magnitud.

- 18 Es obligación del Estado respetar la dignidad del individuo. Más allá de la expectativa de no ser arbitrariamente tratado, el individuo espera del Estado cada vez más la garantía de su existencia material. El art. 1.1 GG impone, en todo caso, que no se despoje al individuo de los recursos indispensables para una existencia digna. La intervención estatal en la propiedad privada, digamos por ejemplo por vía fiscal, nunca debería ir tan lejos como para privar a aquél de sus más elementales fundamentos de existencia. Ya la obligación para los poderes públicos, normada en el art. 1.1 GG, de *proteger* la dignidad humana, habla adicionalmente en favor de una obligación prestatoria del Estado cuando no quepa de otro modo proveer a una existencia humanamente digna. En contra de una anterior interpretación del Tribunal Constitucional en el sentido de que el art. 1.1 GG no supone la garantía frente a la menesterosidad material<sup>38</sup>, se afirma hoy generalmente una obligación del Estado a la procura de un mínimo existencial; por ello, quienquiera que por causas ajenas a su voluntad caiga en situación de necesidad posee un derecho público subjetivo a asistencia. Ello ha sido expresamente reconocido en el § 1 de la Ley federal de asistencia social.

## II. LA PROTECCIÓN EN LA ACTUALIDAD DE LA DIGNIDAD HUMANA

- 19 No basta con que el Estado se autolimita en el sentido de reservar al individuo unos márgenes suficientes de libertad. El art. 1.1 GG impone, además, que el Estado proteja activamente la dignidad humana. El Estado tiene que hacer frente a las amenazas que surjan en el curso de los cambios sociales. Si bien debemos mantenernos alerta, actualmente no existe peligro de que recurran las violaciones de la dignidad humana padecidas durante el período nacional-socialista. Tanto más importante resulta, en consecuencia, hacer frente en la actualidad y en el futuro a riesgos reales o posibles. Los valores fundamentales de la existencia humana no cobran un contenido diferente según las circunstancias y el momento; pero sólo resulta posible reconocer y aprehender jurídicamente sus aspectos esenciales cuando se ven real o potencialmente amenazados. Asimismo, la *garantía de intangibilidad* del art. 79.3 GG comporta que la dignidad humana sea continuamente respetada y protegida frente a los cambiantes peligros de cada momento. También está el Estado obligado a detectar a tiempo futuras amenazas y a actuar en consecuencia en tanto la previsión o el auxilio resulten posibles.

<sup>38</sup> BVerfGE 1, 97 (104).

### I. Derecho y proceso penal

Se admite generalmente que, en la esfera del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal, el art. 1.1 GG protege al inculpaado por una acción punible de ser reducido a la condición de mero objeto de la pretensión estatal de castigo. El derecho a tutela judicial contenido en el art. 103.1 GG inspira el proceso penal, y cualquier otro (el contencioso-administrativo incluido), cuando menos por razón de la garantía de la dignidad humana. Quien se sienta afectado en sus derechos por una decisión, tiene derecho a expresarse a fin de influir en el proceso y en sus resultados. Uno de los derechos del inculpaado consiste precisamente en poder defenderse mediante participación activa en el proceso, a no ser forzado a hablar contra su voluntad. El § 136 a StPO es la concreción de efectos del proceso penal del art. 1.1 GG<sup>39</sup>. Responde al mismo principio que se considere atentado contra el art. 1.1 GG tanto la directa o indirecta coerción a la declaración como el recurso a medios psicológicos o técnicos que, como particularmente el narcoanálisis o el detector de mentiras, permitan averiguar la dosis de veracidad de las declaraciones del inculpaado de forma distinta a la de su observación directa por quien las recibe<sup>40</sup>. La doctrina considera problemática la prohibición de tales medios, habida cuenta de que también deberá protegerse la dignidad de la víctima inocente. De ahí que se entienda que en la medida en que no se vulnera el art. 1.1 GG deberán habilitarse *amplias posibilidades de indagación en beneficio de las víctimas inocentes*<sup>41</sup>. Ciertamente, proteger a la población ante el delito se cuenta entre las obligaciones del Estado. Pero de lo que se trata en el proceso penal es precisamente de averiguar la verdad. Mientras la misma no se haya constatado, la culpa del sospechoso estará pendiente de prueba. Por lo demás, únicamente se trata de realizar la pretensión estatal de punición en el actual régimen penal, no de la reparación del delito frente a la víctima. El art. 1.1 GG no garantiza el comprensible sentimiento de satisfacción que pueda experimentar la víctima con la penalización del culpable. Una vez que con ocasión de casos graves o de *espabilados y redomados delincuentes* se cuarteara la estricta prohibición de tales métodos de averiguación de la verdad, pronto se difuminaría cualquier línea divisoria, pudiéndose proceder según el parecer subjetivo de las circunstancias del caso.

El art. 1.1 GG prohíbe penas desproporcionadamente altas o crueles<sup>42</sup>. Incluso para los delincuentes ya condenados deberán respetarse los presupuestos

<sup>39</sup> NIPPERDEY, «Würde des Menschen» (cit. n. 24), p. 30; de forma similar WINTRICH, *Problematik der Grundrechte* (cit. n. 22), p. 26; ZIPPÉLIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, número marginal 65. Obligatoriedad de la autoacusación como violación de la dignidad humana, BVerfGE 56, 37 (42, 49); 80, 109 (121).

<sup>40</sup> Respecto de los riesgos de la lobotomía prefrontal y de la leucotomía en el campo de la cirugía cerebral, cfr. E. FECHNER, *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, 1954, p. 15, nota 6; DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, GG (cit. n. 4), art. 1, número marginal 35, y art. 2.1, números marginales 35 ss.; PODLECH, AK GG (cit. n. 2), art. 1.1 número marginal 47. Respecto al detector de mentiras, BGHSt 5, 332; BVerfG, NJW, 1982, 375; más reservado ZIPPÉLIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, número marginal 86.

<sup>41</sup> DÜRIG, «Grundrechtssatz» (cit. n. 16), p. 128; en sentido afirmativo Th. RAMM, *Die Freiheit der Willensbildung*, 1960, p. 16. Lo mismo que respecto al § 31, p. 1, EGGVG (incomunicación), BVerfGE 49, 24 (53 ss.).

<sup>42</sup> NIPPERDEY, «Würde des Menschen» (cit. n. 24) p. 31; BVerfGE 1, 332 (348); 45, 187 (228, 253).

básicos de una existencia individual y social<sup>43</sup>. Por ello, la en sí lícita imposición de cadena perpetua, deberá en consecuencia dejar abierta al condenado cuando menos una posibilidad de libertad por la vía de excarcelación condicional, una vez cumplida una parte considerable de la condena<sup>44</sup>. El restablecimiento de la pena de muerte por la vía de una reforma del art. 102 GG contravendría su art. 1.2 GG<sup>45</sup>. La pena capital supondría que el Estado se sustraxiera a su obligación de resocializar al delincuente —también al condenado a las penas más severas como se deriva de los arts. 1.1 y 2.1 GG y del postulado del Estado social de Derecho<sup>46</sup>.

- 22 La pena presupone culpabilidad; la amplitud de la pena es función de la carga de responsabilidad. Por otra parte pueden pesar en la pena otras circunstancias, siempre que con ello no se degrade al delincuente a la condición de mero objeto de la lucha contra el crimen. El art. 1.1 GG veda tanto la consideración del daño producido como la disuasión de otros como fin (subsidiario) de la pena —en la medida en que se garantice una adecuada proporción entre la responsabilidad del inculpaado y la pena que se le imponga—. Inspira serias reservas la política criminal de prevención cuandoquiera contempla la pena como expediente para tratar al infractor como mero instrumento de la función policial del Estado<sup>47</sup>. Si llegara a considerarse ilícito cualquier planteamiento preventivo general, resultaría difícil justificar que el Estado abdique de la persecución penal por razones de Estado en casos de firme constatación de culpa (§ 153 c StPO). También la prevención individual (medidas correctivas o de seguridad) presupone que la pena se mantendrá en los márgenes de la culpa, y que el delincuente no será degradado a la condición de instrumento de la política criminal.

## 2. Las esferas privada e íntima; el procesamiento electrónico de datos

- 23 Cuando el Estado quiere invadir la esfera privada del individuo, es decir, cuando se propone desvelar procesos o características que aquél desea reservar para sí, precisa de fundamentos suficientemente justificativos. La inviolabilidad de domicilio (art. 13 GG) se basa en el mismo principio: a nadie importa lo que sucede en el hogar de cada cual. Sin embargo, allí donde se cometa un delito o se generen peligros para el entorno, pueden evidenciarse como superiores los intereses generales (art. 13.3 GG). Lo importante es distinguir por dónde discurre la linde entre lo auténticamente privado y tales procesos que afectan a intereses de terceros. Incluso el comportamiento personal en la esfera más íntima puede tener relevancia social. Por el contrario, la inexactitud de relaciones

<sup>43</sup> BVerfGE 45, 187 (228).

<sup>44</sup> BVerfGE 45, 187 (229); 72, 113 (115 ss.); PODLECH, AK GG (cit. n. 2), art. 1, número marginal 43; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG (cit. n. 2), número marginal 30. Cfr. ahora § 57 a StGB.

<sup>45</sup> PODLECH, AK (cit. n. 2), número marginal 43; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG (cit. n. 2), art. 1, número marginal 29; ZIPPELIUS, BK (cit. n. 4), art. 1, número marginal 70.

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 202 (235 ss.); 66, 337 (260).

<sup>47</sup> P. BADURA, «Generalprävention und Würde des Menschen», en: JZ, 1964, 344; sobre ello ZIPPELIUS, en: BK (cit. n. 4), número marginal 66; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG (cit. n. 2), art. 1, número marginal 33.

matrimoniales en un juicio de divorcio afecta al honor de terceros y, en este sentido, a su derecho fundamental derivado del art. 1.1 GG<sup>48</sup>. Cabe, asimismo, atentar contra la dignidad humana (y al derecho fundamental del art. 2.1 GG) cuando se da a conocer el sumario en el marco de la apertura de un expediente administrativo<sup>49</sup>. Sin embargo, una intervención similar podría resultar admisible si se respetara el principio de proporcionalidad.

Tal jurisprudencia inició una dirección que desde entonces ha ido cobrando creciente importancia. La procura existencial por el Estado en interés de los ciudadanos que no es por más tiempo resignadamente asumida sino reivindicada por muchos como derecho subjetivo, se ha visto crecientemente realizada merced a la modernización y tecnificación de las Administraciones Públicas. En este sentido, se aprehende y programa al individuo de forma cada vez más inevitable. Todo esto parece acontecer por su bien o, en cualquier caso, respondiendo a la mejor de las intenciones. Lo que se plantea es si, habida cuenta de tales procesos, aún resulta posible una existencia digna. Esta es la cuestión constitucional a debatir en el futuro inmediato; frente a ella pierde importancia el resto de problemas planteados por el art. 1.1 GG. MARCIC ha formulado así este nuevo cometido: *El derecho a la libertad frente al ruido; el derecho a una existencia dirigida desde el interior del individuo, desde donde éste se proyecte plenamente hacia el exterior...; los derechos a la integridad psíquica y a conservar intactas la propia capacidad de raciocinio y la fuerza de voluntad; los derechos al recogimiento interior, a la tranquilidad y al ocio en medio de un entorno ruidoso, estrepitoso y vociferante; incluso los derechos a la propia responsabilidad, al amor y al prójimo, a la ayuda y asistencia de los otros cuya desaparición no parece sino propiciar el Estado de la providencia absoluta para los pensionistas. Todos ellos son valores esenciales de la condición humana, de los que cobramos conciencia por primera vez en la actualidad, precisamente, porque nunca estuvieron tan amenazados como ahora, y por cuya articulación y protección habremos de luchar*<sup>50</sup>.

En la problemática así trazada se apela al derecho, obvio y protegido por el art. 1.1 GG, de todo individuo a rehusar a cualquiera, e incluso al Estado, el acceso a la esfera íntima de su persona, esto es, a disponer de una esfera de intimidad no perturbada por nadie. Y no se trata únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por un sentimiento natural de pudor, es decir, no sólo y especialmente de la esfera sexual, sino en idéntica forma del derecho a no tener que revelar defectos, particularidades o achaques físicos sin un motivo justificado; y lo mismo sucede con cuanto tenga que ver con la fe y la conciencia, en fin, con toda expresión de la individualidad: aficiones, gusto por coleccionar determinados objetos u otras inclinaciones, extravagancias, simpatías o antipatías y, en fin, convicciones políticas o de otra naturaleza. Todos ellos son rasgos del carácter que constituyen la personalidad no intercambiable del hombre. Precisamente estos rasgos del carácter y de la persona son objeto de la curiosidad pública y privada. Allí donde el individuo evoca la atención pública, es en torno a ellos donde se elaboran los temas de controversia de la industria del pasatiempo y del chisme.

<sup>48</sup> BVerfGE 15, 283 (286).

<sup>49</sup> BVerfGE 27, pp. 344 ss.

<sup>50</sup> MARCIC, «Rechtswert» (cit. n. 11), p. 392.

- 26 El concepto de *privacy*, elaborado en el Derecho norteamericano, comprende el derecho a la libertad personal o a permanecer apartado de la Sociedad o de la observación de los demás, pero, asimismo, al aislamiento, al reconocimiento de una esfera íntima y propia, a la intimidad del hogar, a la reserva de los diferentes ámbitos de existencia frente a la Sociedad en torno<sup>51</sup>. La expresión *right to be let alone* traduce aún mejor la idea, de que no se precisa de mayor justificación para que se cumpla el deseo de que a uno le dejen en paz. La protección de las esferas privada e íntima se funda en el respeto al *right of the individual to decide for himself, with only extraordinary exceptions in the interests of society, when and on what terms his acts should be revealed to the general public*<sup>52</sup>.
- 27 El rango constitucional del derecho del individuo a no ser molestado se basa en que una protección de este tipo es presupuesto psicológico y fisiológico de la existencia en una sociedad industrial de masas. Nadie puede satisfacer ininterrumpidamente las exigencias que le planteen su profesión y su entorno sin disponer al menos de la oportunidad de retirarse e, incluso, de dejarse ir: *Like actors on the dramatic stage... individuals can sustain roles only for a reasonable period of time, and no individual can play indefinitely, without relief, the variety of roles that life demands. There have to be moments off stage when the individual can be himself: tender, angry, irritable, lustful or dreamfilled... To be always on would destroy the human organism*<sup>53</sup>. Desde este punto de vista no merece menor protección el derecho a la privacidad que la expectativa de elementales condiciones materiales de existencia. Pero en la medida en que se hace menos habitual la indigencia y el Estado se esfuerza con éxito en pro de las condiciones materiales de existencia y del bienestar de sus ciudadanos, peligra la protección de las esferas íntima y privada. La conexión no es puramente accidental: en la programación que lleva a cabo el Estado con miras a la procura existencial de los ciudadanos precisa indispensablemente de informaciones, referencias y datos que a menudo penetran en la esfera privada. Con frecuencia, estadísticas y otros sondeos son presupuesto de la programación de la acción pública. Sin embargo, pueden poner en peligro la dignidad de las personas en cuanto pretendan abarcar el ámbito de la existencia personal que, *por naturaleza, tiene carácter secreto*<sup>54</sup>.
- 28 Pero asimismo es digno de protección el interés del Estado en cumplir los cometidos que le encomienda la Constitución. Y al respecto no son excluibles colisiones con las expectativas a protección de la esfera privada. Quien sea sospechoso de haber cometido un delito no puede por menos de aceptar un registro de su vivienda o de su persona —siempre y cuando él mismo respete las condiciones prescritas en la StPO y de tal manera que su ejecución resulte correcta, proporcionada y respetuosa para con la dignidad<sup>55</sup>—. Es decir, no cabe duda de que la colección de datos estadísticos puede ser necesaria como

<sup>51</sup> R. KAMLAH, *Right of Privacy. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht unter Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen*, 1969, p. 57; de forma similar, W. M. BEANEY, «The Right to Privacy and American Law», en: *Law and Contemporary Problems*, 1966, p. 254.

<sup>52</sup> A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, 1970, p. 42.

<sup>53</sup> WESTIN, *Privacy* (cit. n. 52), p. 35.

<sup>54</sup> BVerfGE 27, 1 (7). Respecto a la problemática de la obtención de datos para fines estadísticos, BVerfGE 65, 1 (47 ss.).

<sup>55</sup> BVerfGE 47, 239 (246 ss.); STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG* (cit. n. 2), art. 1, número marginal 39.

presupuesto de la programación pública; sin embargo, nunca deberán ir tan lejos como hasta intentar *registrar y catalogar coercitivamente al individuo en toda su personalidad*<sup>56</sup>. Únicamente será lícito para el Estado o sus agentes penetrar en la esfera privada de los ciudadanos, cuando, con escrupuloso respeto del derecho a la protección de la misma, razones superiores de interés general hicieran por demás necesaria —en términos tanto del *sí* como del *modo*— la intervención.

El progresivo incremento de las posibilidades técnicas, la capacidad humana de multiplicar su percepción sensorial suponen un paso en un proceso revolucionario a cuyo final bien puede acabar estando la pérdida completa de protección para la privacidad. Al igual que en el sector privado de la economía, la Administración Pública se sirve cada vez más de los medios que proporcionan el tratamiento electrónico de la información. Existen obvias razones prácticas para incorporar a bancos de datos los ficheros y expedientes abiertos ordinariamente en muchas dependencias administrativas sobre determinadas circunstancias personales, necesarias para dar cumplimiento a disposiciones legales, por ejemplo, en ámbitos de orden social, previsor o sanitario. Pero en la medida en que ello sucede, se transformarán sustancialmente lo público y la vida privada.

El peligro que amenaza a la esfera privada protegida por el art. 1.1 GG consiste sobre todo en que: *a)* datos personales, es decir, incluso los correspondientes a la esfera privada del individuo (como, por ejemplo, informaciones sobre estado de salud, defectos físicos y psíquicos, situación financiera y de otro tipo) puedan quedar registrados y ser transmitidos a menudo de forma discrecional sin conocimiento del afectado o sin darle la posibilidad de intervenir, e incluso con celeridad y hasta los últimos confines de la tierra en beneficio de terceros, y *b)* que los datos archivados, incluso siendo correctos en sí mismos, sean transmitidos fuera de contexto, esto es, sin conexión con otras informaciones que serían necesarias para su correcta interpretación (tendencia inherente por razones técnicas a la distorsión en el procesamiento de datos)<sup>57</sup>.

El peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él, sino, más bien, en que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se transmiten. La privacidad se destruye no por la información en sí misma, sino por su transmisión disfuncional sobre la que el afectado pierde toda posibilidad de influir<sup>58</sup>.

El conflicto fundamental no debería quedar oculto; nos acompañará durante muchos años. Sería insensato retornar a viejos síndromes luditas de rebelión contra las máquinas. Existe también un interés legítimo del ciudadano por disponer de una Administración moderna y ahorrativa. Si ésta quedara por bajo del nivel técnico de la economía, se desestabilizaría la relación entre Estado y Sociedad.

La protección de la esfera privada del ciudadano frente a los peligros del procesamiento electrónico de datos sólo puede ser limitada. De todas formas

<sup>56</sup> BVerfGE 27, 1 (5); 65, 1.

<sup>57</sup> U. SEIDEL, «Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten», en: *NJW*, 1970, 1582; *el mismo*, *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, 1970, p. 123.

<sup>58</sup> E. BENDA, «Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil», en: *FS W. Geiger*, 1974, pp. 23 ss.

siempre deberá restar inmune un margen, por estrecho que resulte, de libre configuración de la vida privada; no existe objetivo estatal alguno que justifique la intromisión en él. No obstante, según el Derecho vigente, no cabe impedir al Estado acceder a cierta información relativa a la personalidad de los ciudadanos para poder cumplir las funciones que tiene asignadas: así, por ejemplo, sobre la informalidad, la falta de aptitud o merecimientos para la contratación y formación de aprendices (cfr. § 11 de la Ley reguladora del Registro federal central), sobre la personalidad de jóvenes sometidos a educación especial en centros de previsión social (§ 66 JWG) o sobre las enfermedades de declaración obligatoria de conformidad con la Ley federal sobre epidemias (§§ 3 ss.), o con la Ley de lucha contra enfermedades venéreas (§ 10). En tales cuestiones se trata de impedir la transmisión de estas informaciones a aquellas instancias que no acrediten un interés jurídicamente fundado al respecto. En último lugar, una transparencia lo más amplia posible sobre los nuevos instrumentos del procesamiento electrónico de datos coadyuva al menos a eliminar comprensibles temores y contrarrestar abusos mediante los necesarios controles.

34 Mediante la *sentencia sobre el censo de población*<sup>59</sup> de 1983, el Tribunal Constitucional ha calificado el *derecho a la autodeterminación informativa*, derivado del art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1 GG, como la concreción jurídico-fundamental del derecho común de la personalidad, con la que se trata de combatir las amenazas a la personalidad producidas por los recientes cambios: teniendo en cuenta que esta autodeterminación constituye una *condición funcional elemental de una democracia en libertad fundada en la capacidad de acción y concurso de sus ciudadanos*, el individuo tiene que ser protegido frente a la *ilimitada investigación, el archivo, la utilización y la transmisión de sus datos personales*. Esta protección no queda, sin embargo, garantizada de una forma ilimitada, y el individuo no goza de un *derecho entendido como dominio absoluto no limitable sobre sus datos; el individuo no es sino una personalidad que se despliega en el seno de una comunidad social a base de comunicación. De ahí que el individuo haya de tolerar límites a su derecho de autodeterminación informativa por razón de los intereses generales*<sup>60</sup>.

35 El Tribunal Constitucional hizo depender el recurso legítimo del Estado a datos personales de los ciudadanos de la utilidad y posibilidad de aplicación de los datos; es decir, del objeto al que sirve el sondeo y de las posibilidades de procesamiento y combinación. El que las informaciones puedan considerarse *sensibles* no depende de que afecten a circunstancias íntimas. Bajo las condiciones del tratamiento automático ningún dato es *insignificante*. La limitación legítima del derecho a autodeterminación informativa dependerá de a qué fin se requieren los datos, y qué posibilidades de combinación existen<sup>61</sup>. A partir de ahí, deja de ser decisivo que la información requerida pertenezca a un *reducto* de la personalidad absolutamente protegido o a una esfera con referencias sociales<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> BVerfGE 65, 1.

<sup>60</sup> BVerfGE 65, 1 (43 ss.)

<sup>61</sup> BVerfGE 65, 1 (45); igualmente en BVerfGE 80 (374).

<sup>62</sup> En ese sentido se manifiesta aún el BVerfGE 27, 1 (6); 34, (246), en conexión con la jurisprudencia civil del derecho de la personalidad; BVerfGE 27, 1 (6); 34, 238 (246). Respecto al problema de la utilización «disfuncional» de los datos que afectan a la persona, BENDA, «Privatsphäre» (cit. n. 58), p. 37. Crítica a la prevención de la «teoría de la esfera» por M.-E. GEIS, «Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts», en: JZ, 1991, 112.

en todas formas, de ordinario únicamente datos de tales indicadores sociales pueden fundar un legítimo interés general. Tratándose de informaciones íntimas también existe un límite de exigibilidad, estando vedada la autoinculpación<sup>63</sup>. Cuandoquiera que el Estado pretenda servirse de datos personales de los ciudadanos, ha de hacerlo apoyándose en una ley que determine con precisión específicamente el objetivo perseguido, que se compadezca con el mandato de proporcionalidad, y que los proteja de un uso extraño al fin para el que fueron coleccionados mediante prohibiciones de transmisión y aprovechamiento.

La sentencia sobre el censo ha intensificado el debate sobre la protección de datos y ha llevado a un mayor esfuerzo legislativo; ambos han colocado la colección de datos y su transmisión y difusión en ámbitos policiales y de seguridad sobre unas bases jurídicas más rigurosas<sup>65</sup>. No resulta sorprendente que la sentencia de 1983 recibiera numerosas críticas, y que sólo tras un largo y laborioso debate se hayan extraído las procedentes consecuencias políticas<sup>66</sup>. El conflicto entre el Estado necesitado de información sobre datos personales y el derecho fundamental del ciudadano a disponer sobre sus propios datos determinará también en el futuro y probablemente en creciente medida el debate político y jurídico. Al haberse ceñido a la obtención de datos con finalidades estadísticas la decisión del Tribunal Constitucional no ofrece una respuesta definitiva a tales conflictos. No obstante, ha supuesto una mayor toma de conciencia sobre el problema de la protección de datos y mostrado la dirección en la que procederá ilustrar futuras controversias.

El conflicto entre intereses particulares y generales aún puede agudizarse más. Los atentados terroristas han provocado una ampliación considerable de las competencias policiales en los registros domiciliarios (§ 103 en su nueva redacción de la StPO, en especial párrafo 1), el registro corporal de los viajeros en aeropuertos se ha ido entre tanto convirtiendo en algo habitual —habiendo sido asumido como medida cautelar necesaria con independencia de que el comportamiento del viajero de turno no ofrezca base alguna de sospecha—. Los avances de la técnica generan crecientes amenazas que hasta el momento no pueden prevenirse de otra manera, que retrocediendo a la primitiva presunción de que potencialmente cualquiera puede ser un secuestrador aéreo o un terrorista. En tanto haya que partir de una situación de emergencia contra la que no se ha encontrado un remedio eficaz, habremos de aceptar tales intromisiones del Estado en los derechos de la personalidad.

A efectos de las relaciones personales —sobremano en el campo del Derecho Civil— con el reconocimiento judicial de una expectativa general de la persona a un ámbito propio, se ha impuesto el derecho a la privacidad. El derecho general de la personalidad, tal y como se contempla bajo el influjo

<sup>63</sup> BVerfGE 65, 1 (46).

<sup>64</sup> BVerfGE 65, 1 (44, 46).

<sup>65</sup> Cfr. sobre todo la Ley federal de protección de datos en la versión de la Ley sobre desarrollo ulterior del procesamiento de datos y protección de datos de 20 de diciembre de 1990 (BGBl I, p. 2954).

<sup>66</sup> Respecto a la BVerfGE 65, 1, entre otros, STARCK, en: MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG (cit. n. 2), art. 2, número marginal 80.1; R. SCHOLZ/R. PITSCHAS, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung*, 1984; H. SCHNEIDER, «Urteilsanmerkung», en: DÖV, 1984, 161.

de la imagen constitucional del hombre, es un derecho más en el sentido del § 823.1 del BGB; protege de injerencias antijurídicas en el ámbito privado en el tráfico jurídico-civil. Aquí tampoco se trata meramente de proteger la intimidad, sobre todo la esfera sexual, sino, igualmente, de supuestos de hecho lesionadores de aquélla, tales como grabaciones magnetofónicas clandestinas o la revelación no autorizada de diagnósticos médicos<sup>67</sup>. El reconocimiento de los derechos de la personalidad por la jurisprudencia alemana del derecho general de la personalidad —en un primer momento de particular relevancia sólo para el Derecho privado— influyó en el debate norteamericano sobre derechos constitucionales de los ciudadanos<sup>68</sup>. Hoy somos nosotros quienes podemos aprender de Estados Unidos. Si tempranas decisiones de la *Supreme Court* norteamericana se limitaban a la protección del ámbito íntimo conyugal (*the sacred precincts of marital bedrooms*<sup>69</sup>), hoy, por el contrario, reconoce que, por el bien de la dignidad de las personas, hay que proteger el pleno ámbito privado de vulneración por las cada vez más sutiles posibilidades técnicas<sup>70</sup>.

### 3. La manipulación genética del hombre

39 Las consecuencias del progreso médico y de los nuevos métodos empleados en la genética humana, expuestas a grandes rasgos en la primera edición de este *Manual*, han generado hasta ahora toda una serie de opiniones políticas, socioéticas y jurídicas<sup>71</sup>. El debate entre juristas se centra en la cuestión de si el mandato de respeto a la dignidad humana obliga al legislador a adoptar medidas para prevenir los riesgos de una manipulación genética del hombre; los defensores de las nuevas técnicas apelan por su parte a la libertad de investigación (art. 5.3 GG), sin perjuicio del derecho a la autodeterminación de los afectados<sup>72</sup>. Los primeros pasos con los que el legislador, prohibiendo la media-

<sup>67</sup> ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), número marginal 99 ss.; STARCK, *GG* (cit. n. 2), art. 2.1, números marginales 67 ss.

<sup>68</sup> KRAUSE, «The Right to Privacy», en: *German-Pointers for American Legislation?*, *Duke Law Journal*, 1965, 481.

<sup>69</sup> Así en *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (485).

<sup>70</sup> Así también BEANY, «Privacy» (cit. n. 51), p. 254.

<sup>71</sup> H. THEISEN, *Bio- und Gentechnologie - eine politische Herausforderung*, 1991.

<sup>72</sup> De una extensa doctrina: R. BECKMANN, «Embryonenschutz und GG», en: *ZRP*, 1987, pp. 80 ss.; BENDA, «Menschenwürde» (cit. n. 35); el mismo, «Humangenetik und Recht», en: *NJW*, 1985, p. 1731; H. DAUBLER-GMELIN, «Künstliche Befruchtung und Anwendung gentechnologischer Methoden am Menschen», en: *FS Simon*, 1987, p. 485; E. DEUTSCH, «Rechtliche Aspekte der Genmanipulation», en: *ZRP*, 1978, 228; W. EBERBACH, «Forschung an menschliche Embryonen», en: *ZRP*, 1990, 217 ss.; C. ENDELS, «Probleme der Gentechnologie in grundrechtsdogmatischer Sicht», en: MELLINGHOFF/TRUTE (eds.), *Die Leistungsfähigkeit des Rechts*, 1988, p. 157; E. FECHNER, «Menschenwürde und generative Forschung und Technik», en: *JZ*, 1986, 653; J. FEICK, «Rechtliche und ethische Grenzen von Wissenschaft und Forschung», en: *BayVBl*, 1986, 449; C. FLÄMIG, «Die genetische Manipulation des Menschen», en: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, b 3/1985, 3; H. HOFMANN, «Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation», en: *JZ*, 1986, 253; W. KLUTH, «Recht auf Leben und Menschenwürde als Massstab ärztlichen Handelns im Bereich der Fortpflanzungsmedizin», en: *Zeitschr. f. Politik*, 1989, 115; W. KLUXEN, «Fortpflanzungstechnologie und Menschenwürde», en: *Allg. Zeitschr. f. Philosophie*, 1986, 1; W. LAUF, «Der Gesetzgeber und das "Retortenbaby"», en: *ZRP*, 1984, 279; P. LERCHE, «Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie», en: R. LUKES/R. SCHOLZ (eds.), *Rechtsfragen der Gentechnik*, 1986, p. 88; M. PAP, «Die Würde des werdenden Lebens in vitro», en: *MedR*, 1986, 229; G. PÜTTNER/K. BRÜHL, «Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung», en: *JZ*, 1987, 529; C. RADEMACHER, «Verhinderung der genetischen Inquisition», en: *ZRP*, 1990, 380;

ción de las llamadas *madres de alquiler* en las adopciones<sup>73</sup> y dotando de protección a los embriones humanos, reaccionaba contra su utilización indiscriminada, contra la manipulación de las células reproductoras humanas, así como contra la clonación o la creación de seres monstruosos e híbridos<sup>74</sup> como retos de nuevo cuño, dejan considerables cuestiones abiertas. No obstante, constituyen un antecedente de la formación de consenso con base en la convicción prácticamente unánime de la necesidad de limitar la manipulación genética del hombre, incluso aun cuando pretenda servir a un buen fin —por ejemplo, a efectos de eliminar enfermedades hereditarias.

Los métodos bio-medicinales con los que se trabaja en la fecundación *in vitro* y en la propia genética humana se diferencian cualitativamente de los medios terapéuticos habituales o —más genéricamente— de *mejora* del ser humano en que, por educación o de forma coercitiva por parte del Estado, siempre han corrido el riesgo de ser puestos al servicio de una manipulación. Cuando se consigue modificar la dotación genética interviniendo el sistema de reproducción humana, no sólo se manipula en la forma deseada a la persona directamente afectada, sino a todos sus descendientes. Y con ello, se está influyendo en la misma esencia de la persona. Ello supone dar un paso radical que está demandando una nueva concepción de la dignidad humana. Hasta ahora se reconocía que con ella no se pretendía proteger la persona ideal plasmada en las normas, sino únicamente a aquella directamente afectada<sup>75</sup>. De ello se infiere que el mandato de respeto a la dignidad humana del individuo también protege de aquellas intervenciones planteadas en aras de un supuesto bienestar de la humanidad. Pero si se admitiera que cupiera intervenir en la propia sustancia del hombre, ello afectaría no a seres humanos vivientes pero sí al hombre concreto concebible del futuro<sup>76</sup>. Es decir, no está en juego una mera imagen abstracta del hombre, sino el destino de futuras generaciones respecto del que somos responsables.

Al utilizar métodos de fecundación artificial recientemente desarrollados por primera vez y las posibilidades logradas por la genética humana nos enfrentamos, sin duda, a nuevos planteamientos cuya problemática se desconocía al redactarse la Ley Fundamental. Pero de ello no cabe inferir que la decisión al respecto no constara al constituyente<sup>77</sup>. El mandato de respetar y proteger la dignidad humana se refiere a cualquier forma de amenaza, con independencia de si tal riesgo existía en 1949 o se le vislumbraba como tal. El mandato incondicional del art. 1.1 GG quedaría empujado, si únicamente fuera interpretable como limitado a las amenazas percibibles de la experiencia nacional-socialista<sup>78</sup>. En una democracia en libertad y bajo el Derecho no es concebible

E. RIEDEL, «Gentechnologie und Embryonenschutz als Verfassungs- und Regelungsproblem», en: *EuGRZ*, 1986, 469; J. SPIEKER-KÖTTER, *Verfassungsfragen der Humangenetik*, Diss. Freiburg, 1989; W. GRAF VITZTHUM, «Gentechnologie und Menschenwürdeargument», en: *ZRP*, 1987, 33.

<sup>73</sup> Ley de mediación en la adopción, en la versión de 27 de noviembre de 1989, *BGBI* I, p. 2016, §§ 13 a-13 d.

<sup>74</sup> Ley de protección de embriones de 13 de diciembre de 1990, *BGBI* I, p. 2746.

<sup>75</sup> V. MÜNCH, *GG* (cit. n. 2), número marginal 8; ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 55; BENDA, «Erprobung der Menschenwürde» (cit. n. 35), pp. 21 ss.

<sup>76</sup> V. MÜNCH, *GG* (cit. n. 2), art. 1, número marginal 8; BENDA, «Menschenwürde» (cit. n. 35), p. 21; ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 55.

<sup>77</sup> Así, ZIPPELIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 78.

<sup>78</sup> Cfr. *BVerfGE* 1, 97 (104).

que vayan a producirse unos procesos tan abiertamente atentatorios contra la dignidad.

Las nuevas amenazas a la dignidad humana, como resultan en varia forma del cambio tecnológico (al igual que sucede con las posibilidades ya planteadas por el procesamiento automatizado de datos), necesitan una respuesta tan adecuada como pueda ser la que se dé a los peligros hace tiempo conocidos. La Constitución está *abierta al tiempo*, y en consecuencia hace posible a los poderes públicos reaccionar en la medida en que objetivamente proceda a los nuevos problemas planteados<sup>79</sup>. La Constitución está también allí donde obliga a la actividad estatal a seguir objetivos definidos como fundamentales. Del art. 1.1 GG se deduce la indisponibilidad de la dignidad humana. Qué signifique el mandato de respetar la dignidad, resultará de la evolución histórica y del nivel de conciencia. Ni las ideas de los padres de la Constitución ni las interpretaciones actuales pueden pretender una *validez intemporal*<sup>80</sup>.

42 Ciertamente, los esfuerzos actuales por estimar la potencialidad que brindan la medicina reproductora y la genética humana a partir de la dignidad adolecen de falta de certidumbre y son controvertidos en sus resultados. Las soluciones legales dadas hasta ahora sólo reflejan un consenso mínimo que, en lo que concierne a algunas regulaciones concretas, sólo ha puesto fin (provisionalmente) a una polémica que pone de manifiesto las diferentes valoraciones jurídica y socioética, así, por ejemplo, con relación a la admisibilidad de la *maternidad de alquiler* o a la posibilidad (limitada) de utilización de embriones con fines científicos<sup>81</sup>. Apenas caben respuestas dogmáticas indiscutibles a estos y a otros muchos problemas que podrían derivarse de una determinación positiva del concepto de dignidad humana. Los intentos realizados hasta ahora de definirla fracasan siempre frente a los nuevos tipos de amenaza<sup>82</sup>. Sí parece posible, en cambio, desarrollar, a través de un continuo intento de crear acuerdo el tipo de cultura jurídica que ofrezca al menos puntos de partida para interpretar el concepto de la dignidad<sup>83</sup>. En ese sentido, es alentador que el legislador haya cobrado conciencia del problema y se haya esforzado por darle respuesta —por poco satisfactorios que sean hasta hoy los resultados—. El método para cobrar conciencia de y prevenir las nuevas amenazas que se ciernen sobre la dignidad no es dogmático sino heurístico. Es el método de la *heurística del temor* recomendado por JONAS para comprender la dignidad humana: *Necesitamos que se vea amenazada la Humanidad para, en medio del temor, hacer nuestra una auténtica imagen del hombre*<sup>84</sup>.

43 Mientras la fecundación *in vitro* entre matrimonios se considera por una mayoría un nuevo método para hacer frente a la esterilidad de origen biológico

<sup>79</sup> Sobre la apertura de la Constitución, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1.ª ed., 1991, números marginales 22 ss.

<sup>80</sup> Con respecto al condicionamiento histórico temporal de la concepción de la dignidad humana, cfr. *BVerfGE* 45, 187 (229).

<sup>81</sup> De...

<sup>82</sup> Sobre ello BENDA, «Menschenwürde» (cit. n. 35), pp. 22 ss.

<sup>83</sup> Sobre ello HÄBERLE, en: *Rechtstheorie* (II), pp. 389 ss., 403 ss.; *el mismo*, *HdBStR*, t. 1 (cit. n. 2), § 20, números marginales 46 ss.

<sup>84</sup> H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, 1980, p. 63 ss.; igualmente en DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 28; VON MÜNCH, *GG* (cit. n. 2), art. 1, número marginal 14.

ético contra lo que no se han formulado reservas de peso, la inseminación heteróloga plantea dudas considerables, derivadas del art. 1.1 GG, en aquellos casos en que se utiliza el semen de un donante individual anónimo o de un banco de semen<sup>85</sup>. La anonimidad del donante está en el centro de la controversia constitucional. El derecho general de la personalidad, a tenor del art. 2.1 GG en relación con el art. 1.1 GG, comprende el derecho a conocer la propia filiación<sup>86</sup>. Un anonimato absoluto afecta sobre todo al derecho del niño a conocer sus orígenes. La dignidad de la persona reside en la facultad de determinar responsablemente la propia existencia. Pero también forma parte de la autodeterminación y de la experiencia por uno mismo el conocimiento de la propia procedencia. Si no es concebible el hombre sino como ser histórico, el conocimiento de su propia identidad resulta tan importante como la posibilidad de programar la propia *descendencia*. En ese sentido resulta afectada la dignidad del niño. Junto a ello se hace asimismo referencia a la ausencia de relación personal de la mujer con el donante del semen, la marginación del marido, la degradación instrumental del donante al servicio de fines ajenos y al peligro de comercialización con ánimo de lucro de los bancos de semen<sup>87</sup>.

## II. HORIZONTE ACTUAL

### 1. Tecnificación de la acción pública

44 La moderna sociedad industrial abre a todos los sectores de la población la oportunidad de un creciente bienestar, pero al mismo tiempo alberga el peligro de una creciente dependencia creciente de procesos condicionados y manipulados por la tecnología. También el Estado se sirve cada vez más de las posibilidades ofrecidas por la tecnificación y la automatización para, así, satisfacer las múltiples y crecientes demandas hechas a su capacidad de prestación. La tentación, asociada a las mismas, de invadir cada vez más la esfera privada de las personas es sólo un aspecto del problema. El Estado comprometido a la procura existencial de sus ciudadanos debe programar por anticipado. Y el caso es que, de un lado, la programación estatal puede comprimir los márgenes abiertos a la decisión personal, mientras que, por otro, la tecnificación de la actividad administrativa puede instrumentalizar al individuo. Ambos fenómenos afectan a la dignidad del hombre, quien se siente impotente ante ello. Como consecuencia de las conmociones y catástrofes de este siglo el ansia de seguridad y, simultáneamente, la sensación de impotencia frente a las amenazas para la existencia en la era

<sup>85</sup> DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 39; M. BALZ, *Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen*, 1980, pp. 15 ss.; STARCK, en: V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG* (cit. n. 2), art. 1, número marginal 69; E. BENDA, en la 1.ª edición del manual, 1983, pp. 120 ss.; M. ZIPPELUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 91.

<sup>86</sup> *BVerfGE* 79, 256 (268 ss.); BALZ, *Heterologe Samenübertragung* (cit. n. 85), 15 ss.; DEICHFUSS, «Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft», en: *JZ*, 1989, 364; N. MANSSEES, «Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft», en: *NJW*, 1988, 2984; PODLECH, *AK GG* (cit. n. 2), art. 1.1, número marginal 51; S. SMID, «Recht auf Kenntnis der eigenen blutsässigen Abstammung», en: *JR*, 1990, 221.

<sup>87</sup> Otras anotaciones en BALZ, *Heterologe Samenübertragung* (cit. n. 85), p. 11.

del imperio de la técnica refuerzan la disposición colectiva a confiarse a la providencia del Estado.

45 La tecnificación se manifiesta inicialmente en la vida económica y social. Sólo lentamente ha acertado el Estado a familiarizarse con los modernos métodos de trabajo vigentes desde hacía tiempo en el sector privado de la economía. Es difícil hacerse a la idea de un retorno a las condiciones de la época pretécnica, por mucho que ciertas utopías futuristas apunten al restablecimiento de las relaciones naturales del hombre con su entorno<sup>88</sup>. La vuelta a formas ya superadas de indignidad, digamos, por ejemplo a la explotación de los trabajadores y a la pobreza de amplios estratos de población, no es ciertamente deseable. Pero si en interés del bienestar material y de la seguridad social de los ciudadanos el Estado tolera y fomenta el desarrollo industrial, tanto más queda obligado a contrarrestar los amenazantes efectos resultantes. El Derecho Laboral y la protección del medio ambiente concretan la garantía de la dignidad para la situación actual. Y dada la creciente reducción del espacio natural de la existencia debe darse respuesta, asimismo, al problema cada vez más urgente de la limitación espacial: cuanto más se vean los hombres forzados a vivir en estrecha relación, tanto más fuerte deviene la reivindicación del individuo de que se proteja su esfera privada.

46 La actividad del Estado no puede quedar rezagada respecto del desarrollo de la Sociedad. De otro modo, y en la medida en que el Estado abdique de elaborar y poner en práctica ideas de futuro, tal vacío será ocupado por fuerzas sociales que amenazarán la pretensión de imperio del Estado. En principio, nada hay que objetar a la puesta de la tecnología al servicio de una modernización de los aparatos administrativos. Toda una serie de cometidos estatales concernientes a asuntos rutinarios o de dimensiones masivas no puede ser satisfecha sino con ayuda de la técnica. Contra ello la resistencia carece de sentido. Dado que en el tráfico viario o en otras formas de expresión de la era de la técnica únicamente puede garantizarse la vida, la salud y la propiedad de toda la población mediante un ordenamiento generalmente vinculante, es descaminado ver un ataque a la dignidad humana en la obediencia impuesta respecto de señales automáticas por el Código de la Circulación, por la única razón de que se atribuya a aquéllas una condición de *robot*<sup>89</sup>.

47 Pero de ello no cabe inferir que esté permitido al Estado tecnificar a discreción sus relaciones con los ciudadanos. Las posibilidades latentes en la técnica, hoy sólo intuidas, suponen tentaciones a las que no debe darse cauce sin mayor examen. Para ilustrar tal problema con un caso extremo: hoy parece técnicamente posible vigilar con ayuda de *monitores cerebrales* a determinados delincuentes, y combatir oportunamente mediante tratamiento electrónico de choque determinadas tendencias regresivas perceptibles por tales medios<sup>90</sup>. Una tal política preventiva presuntamente humana hace superfluo el encarcelamiento y supondría

<sup>88</sup> Cfr. H. KLAGES, *Planungspolitik, Probleme und Perspektiven zur umfassenden Zukunftsgestaltung*, 1971.

<sup>89</sup> H. SCHIRRMACHER, «Gehorsam für automatische Farbzeichen», en: *DÖV*, 1957, 146 ss. Una idea parecida en *BVerfGE* 22, 21 (28). Otros ejemplos en Von MÜNCH, *GG* (cit. n. 2), art. 1. número marginal 4.

<sup>90</sup> KAMLAH, *Right of Privacy* (cit. n. 51), p. 37 detalles en: «Anthropoclementary: Dr. Schwitzgebel's Machine», *Harvard Law Review*, t. 80 (1966-67), 403.

eventualmente un ahorro económico. Es de suponer que se hace con buenas intenciones. En otros países, determinados ciudadanos políticamente incómodos son tratados no como delincuentes, sino como enfermos psíquicos. Lo que hay al final de este camino, so capa de política humanitaria, es la destrucción de la dignidad.

En el juicio sobre las nuevas posibilidades técnicas que a menudo fascinan, un Estado comprometido con el respeto a la dignidad humana debe cobrar conciencia de la débil barrera que separa las transgresiones manifiestas al art. 1.1 GG de la LF, de los métodos de vigilancia lícitos que hoy están por desdicha a la orden del día. Los controles de los clientes de grandes almacenes mediante circuitos ocultos de televisión; los controles automáticos del acceso a grandes empresas o el rutinario registro corporal de pasajeros en los aeropuertos pertenecen entre tanto a la realidad de cada día. Sin duda parte de ello puede ser indispensable; pero no hay razón para alegrarse de que se trate como terrorista o ladrón en potencia al *ciudadano emancipado*.

## 2. La programación de las personas

49 La futura acción de los poderes públicos estará cada vez más dominada por la programación. En su calidad de *proyecto sistemático de un orden racional sobre las bases de todo el conocimiento disponible*<sup>91</sup> es una tendencia de la actividad estatal de previsión que nada tiene en sí misma de objetable<sup>92</sup>; su demonización como moderno instrumento de relaciones de servidumbre sería tan dislate, como la demanda de que no sea lícito al Estado servirse de los medios técnicos modernos de asistencia. Sin embargo, la realidad es que por doquier estamos rodeados de peligros por mucho que la euforia planificadora existente, con la pretensión de *ser modernos y estar a la altura de los tiempos*, tienda a descalificar cualquier duda o escrúpulo como signo de entumecimiento cultural.

Nunca deberá la programación estatal conducir a una planificación del individuo. Se atenta contra la dignidad cuando se hace del hombre un mero objeto de los proyectos estatales. El mayor peligro radica en la tentación de asumir que una planificación que opere con métodos científicos y se sirva de medios no susceptibles de error, como por ejemplo la informática, no puede errar. Una planificación semejante pretenderá ser la verdad técnico-científicamente garantizada. En tal tenor se acabará desdeñando toda oposición como irrazonable. Quien no se someta al plan será considerado, en el mejor de los casos, parte de los *obstáculos humanos*, es decir, de los *movimientos y expresiones de esclerosis*<sup>93</sup>, de la irracionalidad humana que tiene la temeridad de pensar por cuenta propia al margen de la lógica planificadora. Quien desobedece al plan estatal demuestra malas intenciones, convirtiéndose en un *enemigo de la planificación* a quien no cabe ignorar

<sup>91</sup> J. H. KAISER, en: *Planung*, t. 1, p. 7; sobre la cuestión de la planificación, *vid.* la colección editada por HASAISER, tt. 1-3, 1965 ss.

<sup>92</sup> *BVerfGE* 27, 1 (7).

<sup>93</sup> KLAGES, *Planungspolitik* (cit. n. 88), p. 23.

dado que la transgresión de las obligaciones impuestas por aquél constituye un grave delito <sup>94</sup>.

50 Un proceso semejante no tiene que ser consecuencia de una recaída consciente en tendencias totalitarias, es decir, responder al objeto de someter a los hombres con ayuda de la técnica. El 1984 de ORWELL bien puede haber sido una visión poco realista <sup>95</sup>; el auténtico peligro no es tanto el sometimiento de unas personas por otras, es decir, el despotismo con ayuda de la técnica, cuanto la dominación política de la propia técnica que ya acabará por encontrar protagonistas.

51 En toda democracia parlamentaria se plantea un conflicto entre el proceso estatal de adopción de decisiones, susceptible de equivocaciones y decisiones erróneas, y la creciente burocratización del Estado. Esta última contribuye a la necesaria especialización, pero sus excesos limitan los márgenes de espontaneidad y de adopción autónoma de decisiones. Las decisiones de los titulares del poder se despersonalizan; una creciente incontrolabilidad de la burocracia acaba siendo el correlato de un creciente control sobre los individuos <sup>96</sup>. Cuanto más planificada esté la actividad estatal, es decir, cuanto más orientada racionalmente esté hacia un fin y ejecutada con ayuda de la ciencia y de la técnica, tanta menos necesidad habrá de debate y de contienda para dar con la vía políticamente adecuada. Ésta no resultará por más tiempo de la concurrencia de alternativas de igual valor, sino que se deduce de la búsqueda de la única decisión correcta merced a un análisis científico irrecusable. Carece de sentido discutir sobre otras alternativas cuando la verdad es única; si acaso, podrá dudarse de la calidad metodológica, es decir, del rigor de los análisis, pero no de su fin. Históricamente, sólo el Estado ha reclamado y pretendido para sí la verdad, es decir, saber en qué consiste el bien común y cómo realizarlo. La pretensión de una verdad absoluta es extraña a la democracia; ésta es a la vez más digna de confianza y más incierta <sup>97</sup>. Dignidad humana supone tanto como haber de decidir conscientemente entre alternativas <sup>98</sup>. También el error puede ser un paso hacia la verdad. No sólo se tolera, sino que incluso se respeta el error, dado que nadie puede estar seguro de dónde esté el error y dónde la verdad. La planificación, por contra, corre el peligro de llevar la decisión más allá del limitado nivel de conocimiento del hombre o, lo que es peor, de someter al mismo a una cierta reconversión; lo que significa adaptar al hombre a los proyectos del Estado <sup>99</sup>.

52 Con ello, hemos tratado de señalar barreras extremas a las facultades planificadoras del Estado. La importancia creciente que se atribuye a la programación como método actual de la acción pública se explica por la complejidad

<sup>94</sup> KLAGES, *Planungspolitik* (cit. n. 88), p. 103; G. W. WITTKAMPER, «Planungsideologien in der Politik», en: *Liberal*, 1969, 60 (respecto al peligro de una *mística totalitaria del Plan*); H. SCHELSKY, *Die sozialen Folgen der Automatisierung*, 1957, p. 19.

<sup>95</sup> KLAGES, *Planungspolitik* (cit. n. 88), p. 102; E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 79.

<sup>96</sup> R. F. BEHRENDT, *Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit*, 1967, pp. 36 ss.

<sup>97</sup> J. RIEDEL, «Gemeinwohl und Person», en: *Politische Vierteljahresschrift*, 1961-1962, 224; E. BENDA, *Industrielle Herrschaft und sozialer Staat*, 1966, p. 123.

<sup>98</sup> BEHRENDT, *Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit*, 1967, pp. 36 ss.

<sup>99</sup> KLAGES, *Planungspolitik* (cit. n. 88), p. 110.

creciente alcance de las tareas del Estado. De modo semejante a como el individuo anticipa el perfil de su existencia, resulta obvio que también el Estado puede y debe estudiar los problemas futuros y orientar su acción a la luz de los resultados de la investigación científica. Lo que sucede es que existe el peligro de que los planificadores convencidos de estar en posesión de la verdad consideren la posibilidad de autodeterminación del hombre un obstáculo en el camino hacia la consecución de la actividad estatal. De ahí la tentación de hacer del plan de ordenamiento totalitario de ordenación de la existencia.

El respeto y la protección de la dignidad humana también deberán ser en todo caso una inspiración suprema de la actuación estatal. El perfeccionismo del Estado siempre deberá ceder ante la dignidad humana. También el Derecho consuetudinario debe ser una anticipación de la Sociedad al futuro <sup>100</sup>.

### La autodeterminación y sus límites

El creciente sometimiento del hombre a la programación estatal y las dependencias que ello conlleva, obligan a que nos interroguemos acerca de cuál sea el contenido de la dignidad humana en su acepción clásica. Si, como hemos visto en el apartado más arriba <sup>101</sup>, nunca deberá el hombre ser reducido a mero objeto de la acción estatal, aquél está legitimado a configurar a su libre albedrío su existencia; es decir, a exigir su derecho de autodeterminación. Esta exigencia se ha convertido en los últimos años en una cuestión preferente. En los aparatosos debates sobre asuntos de política interior éste es uno de los extremos que hay división de opiniones. La controversia en torno a la nueva regulación de la interrupción del embarazo se ve dominada por la reivindicación de las mujeres afectadas a decidir por sí mismas sobre la continuación o la interrupción de aquél. Similares demandas se han planteado también respecto a la fecundación *in vitro* <sup>102</sup>. Desde la sentencia relativa al censo de población, el derecho de autodeterminación informativa ha gravitado sobre el debate en torno a la protección de datos personales. Desde que la medicina hace posible alargar la vida humana a una escala hasta ahora desconocida, se plantea bajo qué condiciones el enfermo incurable dispone de un derecho a decidir voluntariamente sobre la forma y el momento de su muerte; el derecho a una *muerte digna* se ha convertido así en un problema constitucional <sup>103</sup>.

Es común a las áreas mencionadas a título de ejemplo la existencia de un interés digno de consideración del afectado por decidir situaciones conflictivas esenciales para la configuración de su existencia; por otra parte, también existen derechos de otros semejantes o importantes intereses generales que pueden verse amenazados si se confiara exclusivamente en una decisión correcta del afectado. No basta con que el ordenamiento jurídico eluda su responsabilidad reconociendo una esfera ajena al Derecho, absteniéndose de cualquier valoración

<sup>100</sup> H. SCHELSKY, «Soziologisches Planungsdenken über die Zukunft», en: *Universitas*, II, 1970, 1251.

<sup>101</sup> Cfr. *supra*, números marginales 15 ss., 20.

<sup>102</sup> Claro a tal efecto, ZIPPÉLIUS, en: *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 91.

<sup>103</sup> La Constitución de Brandemburgo (art. 8.1) contiene un derecho de estas características denominado así expresamente.

y endosando ésta a la propia decisión responsable del individuo <sup>104</sup>. La ley constituye también la expresión permanente de la valoración ético-social y, como consecuencia de ello, jurídica de las acciones humanas; en definitiva, debe indicar lo que es justo e injusto para el individuo <sup>105</sup>.

55 Sin embargo, es precisamente sobre esta función del ordenamiento jurídico, analizada por el Tribunal en el contexto polémico del debate sobre el aborto, sobre la que se han volcado las críticas. Dado que el Estado puede invocar la defensa de intereses generales en cualquier tipo de reglamentación jurídica y que la imagen del hombre en la Ley Fundamental parte de su referencia y vinculación a la comunidad <sup>106</sup>, se encomienda al legislador la tarea de hallar la fórmula reguladora que permita garantizar los intereses de la generalidad, salvaguardando al mismo tiempo la *autonomía* y sin que se vea afectado el *valor propio* de la persona <sup>107</sup>. Esto no significa abandonar a la decisión político-jurídica la solución del problema otorgando prioridad sea al derecho individual de autodeterminación sea a los intereses sociales <sup>108</sup>. Cuando no sea posible una conciliación de posiciones constitucionalmente protegidas y garantizadas, como ha sido el caso de la interrupción del embarazo, se deberá conceder prioridad al bien jurídico de rango superior <sup>109</sup>. Simultáneamente, habrá que tener en cuenta los límites de lo que puede ser exigible: cuando —en el caso concreto— la decisión de la mujer respecto a la interrupción de su embarazo adquiere el rango de una *decisión en conciencia digna de reconocimiento*, el Estado no puede reaccionar recurriendo al Derecho Penal <sup>110</sup>. El legislador se tiene que decidir a poner en práctica los medios para proteger al *nasciturus*; una condición es que los mismos deben ser efectivos. Al respecto, no importa tanto la división política de opiniones.

Da que pensar, sin embargo, la tendencia evidente en el debate sobre el aborto de buscar una suerte de regulación que renuncia a tomar posición respecto de un caso concreto, y que se resigna a confiar en que la afectada adopte una decisión responsable y razonable. Ésta es una idea de la autodeterminación que la absolutiza. No es el mero hecho de que el ordenamiento jurídico establezca reglas a las que queda sometido el individuo, lo que convierte al ciudadano en objeto del poder del Estado <sup>111</sup>. Más bien, el poder estatal está sometido al Derecho y está democráticamente legitimado. Si atenta contra derechos fundamentales, es posible actuar en contra. En tal sentido, en la medida en que se pliega al orden jurídico, deviene no un mero objeto, sino que *permanece un miembro vivo de la comunidad jurídica* <sup>112</sup>. Cuando exista el peligro de que sin regulación jurídica se atente contra derechos fundamentales ajenos o posi-

<sup>104</sup> BVerfGE 93, 1 (44) (respecto a la interrupción del embarazo).

<sup>105</sup> BVerfGE 39, 1 (59).

<sup>106</sup> Cfr. *supra*, números marginales 5 ss.

<sup>107</sup> BVerfGE 4, 7 (16 ss.).

<sup>108</sup> Así ZIPPÉLIUS, en: BK (cit. n. 4), art. 1, número marginal 91, sobre la inseminación heteróloga (anónima).

<sup>109</sup> BVerfGE 39, 1 (42 ss.).

<sup>110</sup> BVerfGE 39, 1 (48).

<sup>111</sup> Cfr. así, voto particular, en BVerfGE 30, 33 (42 ss.).

<sup>112</sup> BVerfGE 30, 33 (42 ss.).

ciones jurídicas constitucionalmente protegidas, no sólo está el Estado autorizado sino incluso obligado a intervenir.

56 Mientras que en los casos de interrupción del embarazo y de aplicación de técnicas médicas a las funciones reproductoras, así como en el campo del *derecho a la autodeterminación informativa*, ha de darse con una solución razonable que concilie los intereses particulares y generales o, en la medida en que ello no sea posible, que conceda prioridad al interés más necesitado de protección, en los casos extremos de los fallecimientos inminentes se trata sobre todo y más que nada de la vida de alguien que va a morir. Del art. 1.1 GG se infiere a su favor una expectativa a respeto y garantía de su dignidad que no precisa de mayor justificación. Tan obvio resulta que los agonizantes sean tratados y atendidos en la forma que corresponda en hospitales, residencias o incluso, en el ámbito familiar, como que, desgraciadamente, no es raro que esto se olvide. Los auxilios más importantes, que, junto al alivio de los dolores y del sufrimiento innecesario, consisten en una atención humana de forma que cada persona se sienta acompañada ante la muerte, no puede imponerle el ordenamiento jurídico. Pero lo que al menos sí puede, es respetar el deseo explícito del moribundo de no alargar su vida mediante recurso a técnicas médicas. En todo caso, la ayuda pasiva a morir —es decir, el respeto al deseo del moribundo de omitir un tratamiento que le prolongue la vida— no sólo está admitida por el art. 1.1 GG sino que puede incluso considerarse un mandato <sup>113</sup>. Cuando la aplicación de la técnica médica intensiva contradice la verdadera o supuesta voluntad del paciente, se convierte en contraria a Derecho <sup>114</sup>. El enfermo terminal tiene una expectativa de autodeterminación, esto es, el derecho a *poder morir con dignidad* <sup>115</sup>. Restan los casos de auxilio activo a la muerte que se proponen acortar un sufrimiento inútil. Cuando la voluntad del moribundo en situaciones límite resulta claramente apreciable y el médico actúa por compasión, la única respuesta posible que cabe respecto de la *relación entre el médico y el Derecho es discreción y ausencia de discusión* <sup>116</sup>. De todas formas, el ordenamiento jurídico no puede renunciar a dar una respuesta a las por demás difíciles cuestiones entre la ayuda (no punible) al suicidio, dejar de prestar la ayuda necesaria o, incluso, sacar provecho egoísta de una situación de desamparo para provocar la muerte. No sólo las nefastas experiencias con el proyecto de asesinato de seres indefensos encubiertos con el calificativo de *eutanasia* de la época nacionalsocialista previenen energicamente contra la disposición sobre la vida humana, que en el caso del paciente desamparado y casi siempre abandonado asignado a un médico experto, nada tiene que ver con su autodeterminación, sino que más bien se le somete a una decisión ajena.

<sup>113</sup> ZIPPÉLIUS, en: BK (n. 4), art. 1, número marginal 96; DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, GG (cit. n. 4), art. 2.2, número marginal 12; HABERLE, HdBSiR, I. 1 (cit. n. 2), § 20, números marginales 96 ss.; PODLECH, AK GG (cit. n. 2); HdBSiR, I. 1, número marginal 54.

<sup>114</sup> BGHSt 32, 367 (379 ss.).

<sup>115</sup> BGH de 8 de mayo de 1991, NJW, 1991, 2357 (2358). Respecto a la problemática de la eutanasia pasiva: F. ANSCHÜTZ, «Der unheilbar Kranke und der sterbende Patient», en: MedR, 1985, 17; A. ESER, «Sterbewille und ärztliche Verantwortung», en: MedR, 1985, 6; KUTZER, «Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe», en: MDR, 1985, 710.

<sup>116</sup> DÜRIG, en: MAUNZ/DÜRIG, GG (cit. n. 4), art. 2.2, número marginal 11, nota 1.

La creación o tolerancia en estas materias de un ámbito no sometido al Derecho resultaría incompatible con el art. 1.1 GG.

- 57 La apelación al derecho de autodeterminación no libera de la obligación de respetar los valores constitucionalmente protegidos. Por el contrario, no es competencia del Estado —mientras tales concepciones de valor no tengan reconocimiento constitucional— imponerlas por la fuerza al individuo<sup>117</sup>. Esta problemática ha cobrado expresión recientemente mediante la sentencia del Tribunal federal de lo Contencioso-Administrativo en el caso *Peep Show*. El Tribunal mantuvo la tesis de que la dignidad humana, *cuya importancia está por encima de un individuo determinado, ha de ser asimismo defendida frente a la intención del afectado de realizar ciertas concepciones subjetivas en abierta desviación de la dignidad humana objetivamente considerada*<sup>118</sup>. El hecho de que una mujer participe voluntariamente en una *exhibición*, como si de una feria se tratara (§ 33 a GewO), podría resultar inmoral a los ojos del legislador y llevarlo a prohibirla, porque un acto de semejantes características podría considerarse socialmente perjudicial. De todas formas, el mandato del art. 1.1 GG no impone tal juicio. El individuo no puede renunciar a su dignidad, pero sí *determinar por sí mismo la forma en que presentarse a terceros o en el espacio público civil*<sup>119</sup>. La decisión del Tribunal ha sido con razón criticada, porque hace de la dignidad humana un *valor absoluto*<sup>120</sup>. La forma en que el individuo deba entender su dignidad y las consecuencias que ello traiga para su autopercepción y su personal forma de vivir, es algo que debería permanecer confiado a su propia responsabilidad. Por mucho que tampoco sea ello interpretable como que no existen límites a la autodeterminación. Cuando un determinado comportamiento resulta socialmente perjudicial, no tiene por qué ser aceptado. Es legítima la protección de terceros o de la generalidad ante exhibiciones agresivas, molestas o incluso peligrosas (por ejemplo para la juventud). Lo importante es tal protección, no la idea de que alguien haya de ser protegido contra sí mismo o contra una concepción dudosa de su dignidad. No es misión del Estado *enmendar la plana y corregir a los ciudadanos*<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> BVerfGE 49, 286 (298): *El art. 1.1 de la LF protege la dignidad del hombre tal y como él se concibe en su individualidad y tal como él mismo lo acredita para sí.*

<sup>118</sup> BVerfGE 64, 274 (280).

<sup>119</sup> BVerfGE 54, 148 (155).

<sup>120</sup> H. v. OLSHAUSEN, «Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?», en: *NJW*, 1982, 2221; ZIPPELIUS, *BK* (cit. n. 4), art. 1, número marginal 81; STARCK, en: *V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG* (cit. n. 2), número marginal 21.

<sup>121</sup> BVerfGE 22, 180 (219).

## CAPÍTULO V

### Libertad de comunicación y de medios

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM

**SUMARIO:** I. CONCEPTO BÁSICO DE LIBERTAD DE COMUNICACIÓN Y DE MEDIOS.—1. Despliegue en y mediante comunicación.—2. El concepto liberal de la libertad entendida como posibilidad jurídicamente garantizada de despliegue subjetivo real.—3. Condiciones operativas del despliegue de comunicación.—4. La referencia social de la libertad de comunicación.—5. Igualdad de oportunidades en la comunicación, legitimación de privilegios de comunicación.—6. Libertad de comunicación como *plena libertad*.—7. De la *función pública* de los medios.—II. EL ART. 5 GG COMO FUNDAMENTO DE LAS LIBERTADES EN MATERIA DE COMUNICACIÓN.—1. Libertad de expresión y de información.—2. Libertad de medios.—a) Comunicación y medios de masas.—b) Particularidades de la libertad de medios.—3. Ámbito de protección.—III. MANDATO PARA ACCIÓN REGULADORA DEL LEGISLADOR.—1. Normativa de desarrollo y positivación limitadora.—2. Competencias legislativas.—3. Derecho a utilizar un medio de difusión.—IV. DEFENSA FRENTE A INTERVENCIONES DEL ESTADO.—1. Límites, en particular por vía de leyes generales.—2. Prohibición de censura.—V. DESARROLLO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEDIÁTICO.—1. Modelos básicos de regulación mediática.—a) Modelo de mercado o de competencia.—b) Modelo de integración.—c) Modelos mixtos y combinados.—2. Instrumentos de dirección.—a) Dirección estructural.—b) Dirección del comportamiento.—3. Independencia del ordenamiento mediático.—a) Libertad frente al Estado.—b) *Plena libertad*.—4. Vertientes de diversidad.—5. Derechos de acceso y obligaciones de apertura.—6. Previsiones en materia de distribución y difusión.—a) Medios impresos.—b) Telecomunicación.—7. Cooperación en la división del trabajo en el ámbito interno de los medios.—8. La publicidad como condición de la responsabilidad de los medios.—VI. EN PARTICULAR, EL MODELO DE MERCADO O DE COMPETENCIA.—1. Accesibilidad del mercado.—2. Imbricación de competencia económica y producción informativa.—3. Modalidades de financiación y producción informativa.—4. Garantía económica y competencia informativa.—5. Capacidad de respuesta del mercado y libertad de tendencia.—6. Atenuaciones de la fuerza determinante del mercado.—7. Supervisión y sanción.—VII. EN PARTICULAR, EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE ECONOMÍA COMUNITARIA.—1. Dotación financiera.—2. Cometidos fiduciarios respecto a la programación. Obligaciones.—3. Organización interna pluralista y controles.—4. Garantía de estabilidad y desarrollo.—5. Debilitamiento de las especialidades estructurales.—VIII. ORDENAMIENTO COMUNICATIVO INTERNACIONAL.—1. Tendencias de la internacionalización.—2. Armonización del derecho mediático en Europa.—3. Socavamiento de la responsabilidad descentralizada.—4. Importancia del Tratado de la Comunidad Europea y del art. 10

