

La dignidad de la persona humana,

principio conceptual del accionar judicial en Colombia y en Alemania

The dignity of the human person,
conceptual principle of judicial action in Colombia and in Germany

Resumen

La valoración de algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Alemán permite vislumbrar la forma en que esa corporación judicial evidencia el papel que le asiste a la dignidad humana, por cuanto entiende que esta funge como piedra angular del ordenamiento. Al concebir el derecho bajo estos criterios funcionales, es claro que la posición jurisprudencial sobre el particular se orienta hacia el establecimiento de un criterio garantista, con el que se ha de vivificar el contenido de los derechos que emanan de la positivización de la dignidad humana, esta es la posición argumentativa contenida en el presente escrito, a través de la cual se invita al lector a la reflexión sobre estos criterios jurisprudenciales que en muchos casos tienen su par en la jurisprudencia colombiana.

Palabras clave: dignidad humana, Estado Social de Derecho, antro-centrista, vida, igualdad.

Abstract

The assessment of some of the pronouncements of the German Constitutional Court allows us to glimpse the way in which this judicial body evidences the role of human dignity, since it understands that it functions as a cornerstone of the order. In conceiving the law under these functional criteria, it is clear that the jurisprudential position on the subject is oriented toward the establishment of a guarantor criterion, with which the content of the rights emanating from the positivization of human dignity. This is the argumentative position contained in the present paper, through which the reader is invited to reflect on these jurisprudential criteria that in many cases have their counterpart in Colombian jurisprudence.

Keywords: human dignity, Social State of Law, anthro-centrist, life, equality.

Diego Enrique Cruz Mahecha

Abogado, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Tributario, magister en Derecho Constitucional, candidato a doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, docente e investigador universitario.

Recibido:
19 de noviembre de 2016
Aceptado:
5 de febrero de 2017

* El presente artículo de reflexión es el resultado de la primera parte del proyecto de investigación titulado: *Migración de retorno, derechos humanos y posconflicto*, proyecto aprobado por la Comisión Central de Investigaciones (COCEIN) y financiado por la Universidad Santiago de Cali.

El constituyente de 1991, en procura de constituir una Carta que recogiese el sentir de la sociedad que esperaba superar la violencia, la desigualdad social y garantizar tanto la preeminencia y materialización de los derechos que han de corresponder a las personas, en razón a su condición humana¹, decidió ubicar a *la persona humana*, como la piedra angular de la nueva Carta Constitucional.

Por ello se consolidó una estructura normativa antropocéntrica, que se inspira en gran medida en el reconocimiento que hizo en el ordenamiento alemán, el artículo primero de la Ley fundamental para la República Alemana de 1949, en el que se establece que “la dignidad humana es inviolable, respetarla y protegerla es la obligación de todos los poderes del Estado”².

Cuando se posiciona a la persona humana, como bastión del accionar del Estado, se predetermina funcionalmente a todas y cada una de sus instituciones; sin importar cuál haya sido el fin por el que institucionalmente se constituyeron, estas deben velar por la promoción, protección y garantía de la persona.

Cuando la Carta Constitucional colombiana en su artículo segundo esgrimió como fin esencial de Estado el respeto de la *dignidad humana*³, concomitantemente direccionó estableció que el accionar de la administración pública (de las ramas del poder público) se circunscriba a la materialización de los derechos sobre los que se proyecta la positivización de esta dignidad, razón por la que se les tilda como fundamentales⁴, por ello la Carta de derechos que se edifican sobre estos criterios demandan que se interpreten desde el racero que impone la primacía de los derechos de las personas, sin que sea posible la mediación de causa o razón que haga nugatoria su preeminencia.

1 Al respecto pueden consultarse el preámbulo, los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de Colombia: “[...] Preámbulo: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga... [...] ARTÍCULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. [...] ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [...]”.

2 Jürgen Schwabe, jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Federal Alemán. Anexo I, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, México, D.F.

3 Al respecto, puede consultarse la obra de Barroso, Luis Roberto, *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*, editada por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

4 “[...]Derechos fundamentales: son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humano en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas [...]”, definición dada por Ferrajoli, Luigi, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 19.

Pero a que se hace alusión, cuando hablamos de la dignidad humana; ¿cómo se logra establecer qué conductas atentan contra ella?; ¿cómo puede el legislador y el judicial en Colombia o en Alemania saber hacia dónde orientar su accionar?; una posible respuesta a estos interrogantes la dan las obras *Teoría constitucional e instituciones Políticas*, del constitucionalista Vladimiro Naranjo Mesa⁵, y *Estado de derecho y dignidad humana*, de Werner Maihofer⁶.

En la primera de estas obras, se hace referencia a la existencia de acuerdos supranacionales que sobrecogen a todo el ordenamiento instituyendo premisas de necesaria aplicación, los cuales tienen un origen único, que no es otro que la protección a la persona humana, y las enseñanzas que surgen de ella, las cuales se corresponden fielmente al pleno del término “dignidad humana”. Como muestras de estos acuerdos, está la referencia a “la Declaración de Derechos y la Constitución de los Estados Unidos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948”;⁷ este autor nos indica que es gracias a estos acuerdos fundantes que las garantías brindadas a la persona humana, individualmente considerada, se hace posible el reconocimiento de una serie de derechos que se han de catalogar como de segunda, tercera, e incluso cuarta generación, todos ellos ligados de una u otra manera a la

existencia humana, bien sea que se le considere individualmente o en sociedad.

Derechos que en los sistemas constitucionales contemporáneos⁷ demandan su reconocimiento y protección prioritaria e inmediata por parte de la organización estatal, toda vez que estos se entienden como una expresión directa de la dignidad humana.

Por su parte, *Maihofer* contextualizó a la dignidad humana⁸ como una manifestación del honor y la distinción que ha de corresponder a todo individuo de la especie humana, en razón a tal condición; lo que a su vez hace inviable el concebir al hombre (entendido como especie) como un mero formalismo o una simple expresión de la semántica social, o bajo la lamentable fórmula en la que se le entiende a la persona como un medio y no como el fin del ordenamiento.

Estas fórmulas normativas integran una concepción en que la persona humana funge como la razón de ser del derecho, la cual se traduce en una serie de prebendas y garantías que han de confluir en el momento de materializar tanto los deberes como los derechos que se entienden propios de la especie humana.

5 Mesa Naranjo, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, undécima edición, editorial Temis, 2010.

6 Maihofer, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*. Maestros del derecho penal. Montevideo- Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

7 Respecto a la relación de los derechos fundamentales, colectivos y sociales y su relación con la estructuras constitucionales contemporáneas en occidente, puede consultarse entre otras las obras de Ferrajoli Luigi, *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2006, y de Estlun David, *La autoridad democrática*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

8 *Estado de derecho y dignidad humana*, óp. cit., p. 32.

El encadenamiento que el constituyente alemán brindó a los mandatos de que la dignidad humana le impone, con los instrumentos internacionales que deprecaban por la primacía y protección de tal dignidad, les llevó a la estructuración de la denominada *Norma Fundamental de 1949*, disposición en la cual se da prelación a la visión antropocéntrica, que ha de expresarse en cada una de las cláusulas que al interior de tal ordenamiento se edificaron.

Una vez enunciada la temática de la fuente normativa, que sirve al judicial como fundamento a sus actuaciones y manifestaciones, que componen la gama de actos judiciales con que se busca proteger a la persona humana; es necesario reparar en que estas medidas corresponden al catálogo de derechos que cada ordenamiento considera indispensables para la protección de la dignidad de cada individuo de la especie humana.

Repárese en que todo ordenamiento constitucional de tendencia demócrata en Occidente⁹ se establece una serie de derechos que en el entender del constituyente responden fielmente a los mínimos que se esperan de la sociedad y sus instituciones, enfocados hacia la protección de la persona humana; estas garantías se proyectan desde la existencia misma de la persona, llegando hasta la cobertura de cada una de las etapas de la vida, como lo son la gestación, la niñez, la vejez, la libre expresión, la salud y otro sinnúmero de reconocimientos que evo-

lucionan o se adaptan según la idiosincrasia, y la concepción del mundo que se tenga en la sociedad sobre la cual se erigió la Carta Política.

Estos reconocimientos se dan a través de derechos que son considerados por la actual teoría constitucional como fundamentales, término que se les brinda en razón a que sin ellos la existencia jurídica de la persona humana se limitaría a su simple presencia física, y su potencialización no sería más que un simple anhelo. Sin estos derechos la “búsqueda de la felicidad”, expresión con la cual Aristóteles¹⁰ identifica el fin de la existencia del hombre, está orientada por el desarrollo de su ser en todos y cada uno de los aspectos que han de conformar su existencia como personal y comunitaria.

Cuando se repasan los artículos 2, 3, 4, 5, de la Ley Fundamental Alemana, se puede observar que estos se corresponden de manera explícita con los reconocimientos realizados a las personas por la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. En estos ordenamientos, la mismidad¹¹ de la persona es llevada a su máxima expresión, por ello se afirma que los derechos de las personas van más allá de la simple existencia física, por ello los hombres profesan criterios de igualdad, de desarrollo autopersonal, que les permiten creer

⁹ Al respecto, véase Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2011.

¹⁰ Reale, Giovanni; Antiseri, Dario, *Historia de la filosofía*. Tomo 1—Aristóteles (pp. 235-301), editorial San Pablo, Bogotá, 2008.

¹¹ Concepto ahondado en el mundo de la filosofía y sociología por Xavier Zubiri, con el cual demarca la existencia de aquellos aspectos que son tan propios de las personas y por los cuales son y solo pueden ser ellas mismas, es criterio de su individualidad y su autodeterminación. Idea tomada de la obra de Zubiri, Xavier, *El hombre y la verdad*, editorial Alianza, Madrid, 1999.

en lo que quieren, pensar libremente, y hasta determinar la manera como quieren ganarse la vida, todas estas posiciones personalísimas que hoy cuentan con garantías de reconocimiento que son parte del derecho positivo y con las cuales se garantiza la primacía de la dignidad de la persona humana.

Las premisas que expone la ley fundamental alemana son recogidas en gran medida por el título primero de nuestra Carta Constitucional y es precisamente sobre ellos en los que se ha proyectado el accionar de la denominada jurisdicción constitucional. Lo cual nos ha llevado hasta el punto que son muchas voces que en nuestro medio consideran que el juez constitucional ejerce el papel que los demás estamentos del Estado no asumen propiamente, esto con el propósito de garantizar los derechos de los colombianos¹².

Esta visión, originada por el anquilosamiento de gran parte de los cuerpos de los Estatales —que pareciesen por algunos momentos haber olvidado su compromiso con la dignidad de la persona humana—, lleva a que el accionar judicial reconduzca el obrar de la función pública hacia la primacía de los derechos que tal dignidad recoge. Una situación similar tuvo que conjurar el Tribunal Constitucional Alemán; a través de sus pronunciamientos se encargó de abrir la puerta a interpretaciones conformes con el sentir y el contenido material que de estos derechos nacen, generando cambios en

el desarrollo práctico de la administración pública, direccionándola hacia los criterios que un Estado que se auto-confiesa como social y de derecho debe alcanzar.

A continuación se realiza una breve referencia a algunas sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional Alemán¹³, en las cuales se aborda el estudio de aquellos derechos que se han considerado como fundamentales, en virtud a ser entendidos como una expresión de la influencia de la dignidad de la persona humana en el ordenamiento, a lo cual se suma el mencionado hecho de haber optado por el camino del Estado social de derecho. El lector encontrará que las sentencias del Tribunal Alemán que a continuación se presentan pueden tener su par en la jurisprudencia colombiana, lo cual permitirá identificar los elementos comunes que estos órganos judiciales consideran pertinentes a la hora de proteger los derechos fundamentales de las personas, como una expresión legítima de la dignidad sobre la que se erige la Carta Constitucional.

La primera sentencia a la que se hará alusión en estas líneas tiene como tema central *el apellido de los esposos*. Como bien lo hemos enunciado, el espectro de la dignidad humana presente en la catalogación de lo que se entiende por derecho fundamental se proyecta en todo tipo de relaciones y situaciones, en este caso el tribunal

12 Al respecto, se pueden consultar López, Medina Diego, *El derecho de los jueces*, editorial Legis, Bogotá, 2011.

13 Es necesario resaltar que los extractos que se presentan de las sentencias del Tribunal Alemán se extraen de Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, editado por Konrad Adenauer Stiftung, 2009, México, D.F.

repara sobre la afectación que puede traer la primacía de un apellido en la relación social y familiar de una pareja.

Como resultante de tal proceso, se logró denotar que la normatividad vigente en la materia se encontraba cargada de tradición y era insuficiente para afrontar las tendencias sociales que comienzan a imperar; téngase presente que en el sistema germano, tal como acontece en el colombiano, la sucesión civil se gesta por vía paterna, este hecho puede desconocer los derechos de uno de los sujetos conformantes de la relación de pareja.

Por tal motivo, considera el tribunal alemán que es menester establecer criterios de igualdad real en esta materia en lo que respecta a cada uno de los conformantes de una pareja. Estos estándares de igualdad entiende el judicial se puedan alcanzar, con la institucionalización de la posibilidad de que en tal materia se pueda a elección de los conformantes de la pareja determinar cuál será el orden de los apellidos que ha de corresponder a su descendencia, a su núcleo familiar.

Permitir la diversidad en el orden de los apellidos de las parejas no solo rompe con la rigidez con la que tradicionalmente se trataba el tema de la nomenclatura familiar, sino que invita a redimensionar el papel que se le brinda a cada uno de los integrantes de la pareja, pero especialmente el de la mujer otorgando un criterio de igualdad real en tal asunto. Desde esta visión ambos integrantes del núcleo familiar pueden conjuntamente decidir cuál de los apellidos

prima al momento de ser designados como unidad familiar.

Obsérvese la sentencia BVerfGE 48,327, en la que se revisó la violación del artículo 3, párrafo de la Ley Fundamental (*el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos*), “en el que para todas las parejas que hubieren celebrado su matrimonio entre el 1 de abril de 1953 y el 30 de junio 1976, se excluya la posibilidad de establecer el apellido de soltera de la mujer como apellido de la pareja”¹⁴.

En el extracto de la sentencia se denotó que el tribunal alemán, en lugar de disertar acerca de la prevalencia que tiene la tradición en el derecho alemán, la cual se había velado tras una supuesta conveniencia legal y socio-política, que brindaba el grado de estabilidad que estos asuntos requerían, repensó esta posición y permitiendo la posibilidad de que los apellidos de la familia tengan origen en el de la mujer, accediendo a que confluyan los criterios que pretendía proteger la normativa tradicional, y simultáneamente orientando la concepción legal hacia la consolidación de criterios de igualdad, entre quienes integran una pareja y han decidido conformar una familia.

El Tribunal Alemán, con el fin de establecer los criterios de igualdad a los que se ha hecho referencia, procedió a analizar el desarrollo de esta figura en el ordenamiento civil alemán, encontrando que en este figuras como el per-

¹⁴ Schwabe, Jurgen, *Jurisprudencia del tribunal Constitucional Federal Alemán* (pp. 158 y 159), editado por Konrad Adenauer Stiftung, 2009, México, D.F.

mitir que la mujer adicionara su apellido de soltera al del núcleo familiar, no eran suficientes para garantizar la igualdad de la mujer en esta temática y en consecuencia se incumplía con lo preceptuado en la ley fundamental.

Entendió el judicial que mantener una diferenciación centrada en el género no puede conservarse dentro de un ordenamiento fundado en la dignidad de la persona humana, en el cual una de sus expresiones básicas es promover criterios de igualdad material entre sujetos que se encuentran en las mismas condiciones, tal como ocurre con los integrantes de la pareja en la conformación de la familia.

El Tribunal llama la atención sobre el hecho de que los roles que tradicionalmente desempeñan hombres y mujeres, en la sociedad y al interior de la familia, han cambiado en razón de las nuevas tendencias sociales, por las que se demandan el asumir roles abiertamente distintos a los papeles que tradicionalmente correspondían tanto hombres como a mujeres. Por tal razón, permitir que sean los conformantes de la pareja quienes decidan que apellidos deben prevalecer en su relación familiar, debe entenderse como una facultad constitucional, que le es propia a quienes han decidido conformarla, bajo los criterios y derechos que el Estado social de derecho les permite y otorga¹⁵.

15 Esta visión de evolución constitucional, perfilada bajo los criterios del Estado de derecho, social, participativo e igualitario, se corresponde con los planteamientos que sobre el particular ha expresado Haberle, Peter, *La Constitución como cultura*, editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Esta idea de la jurisprudencia alemana ha sido tomada por algunos sectores políticos en nuestro país; pese a que la Corte Constitucional no se ha pronunciado directamente sobre este tema; el legislador sí lo ha hecho, en gran parte recogiendo los argumentos del Tribunal Alemán. Esto lo hizo mediante el Proyecto de Ley 71 de 2012, el cual llegó a ser aprobado por el Senado de la República en segundo debate; en este se indicaba, a la usanza de lo establecido por el Tribunal Alemán, que era necesario ofrecer a los conformantes de una familia en Colombia la posibilidad elegir libremente si se antepone el apellido de la madre y no necesariamente entender *per se* que el apellido inicial es del padre; ello en razón a la libertad que le asiste a los integrantes de la familia y por la innegables razones de hecho y derecho que esta medida puede traer a la configuración de la igualdad entre el hombre y la mujer.

Otra temática desarrollada de manera amplia por el Tribunal Alemán al momento de proteger la dignidad de la persona humana, se da en la valoración que este brindó al tema de la interrupción voluntaria de la gestación humana, “el aborto”, temática que se estudió de manera muy similar por la Corte Constitucional Colombiana al expedirse la Sentencia C-355 de 2006.

El Tribunal Alemán inicial su disertación sobre este particular recordando el deber de protección que compete a la organización pública, en el Estado social de derecho, en lo que respecta a la vida del ser humano; sin esta obligación la Ley Fundamental y su institucionalización no tendrían sentido, y se anularía la razón de

ser de tal ordenamiento, por lo que cualquier acto contra natura sería permitido y el injusto sería causa de derecho¹⁶, sin que mediara reparo alguno sobre tal particular. Para abordar esta temática se hará referencia a la sentencia BVerfGE 88, 203¹⁷.

El razonamiento inicial del Tribunal se desarrolla en torno a la disponibilidad de la vida, es factible que el sujeto disponga libremente de su vida o de la de otro. Frente a este planteamiento el judicial determinó que una posibilidad de tal naturaleza, ni siquiera es discutible, es totalmente impensable y carece de toda pertenencia, por cuanto tal acción constituye una violación a la dignidad humana, sobre la cual se edifica todo el ordenamiento en el Estado social de derecho¹⁸.

La vida se entiende como una condición necesaria y autónoma, propia a cada individuo, y nadie está facultado para atentar contra ella, bien se trate de la vida propia o de la del otro¹⁹.

16 Al respecto, puede consultarse el artículo de Robert, Alexy, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", publicado en la página web www.cervantesvirtual.com (consultado el 10 de mayo de 2017).

17 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, op. cit., pp. 121 y 125.

18 La influencia de la dignidad humana en la edificación del Estado social de derecho puede apreciarse en la obra de Sotelo, Ignacio, "el Estado: soberanía, libertad, derecho", en "el Estado social", editorial Trotta, Madrid, 2010.

19 Al respecto, puede tenerse presente el concepto de vida dentro del ordenamiento jurídico plasmado en el texto de Bon Costas Rodríguez Renata, Canadasi, "El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos": "La palabra vida, en su concepción lingüística tiene un significado objetivo, puesto que en los diccionarios de diversas lenguas dice casi lo mismo. Según la definición del diccionario de la Real academia Española, vida del latín Vita significa: 'fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee. Estado de Actividad de los seres orgánicos. Espacio de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un animal o un vegetal hasta su muerte'. El derecho a la

Esta máxima del derecho contemporáneo se proyecta a la mujer gestante. Al respecto, léase el siguiente razonamiento del Tribunal:

la ley fundamental obliga al Estado a proteger a la vida humana, incluso la del que está por nacer. Este deber de protección encuentra sus fundamentos en el artículo 1, párrafo 1 de la ley fundamental (la dignidad humana es inviolable); su objeto – y como consecuencia de esta su magnitud se encuentran regulados de manera aún más concreta por el artículo 2 de la ley fundamental²⁰ (el reconocimiento del pueblo alemán a los derechos inviolables del hombre) (...), (aparte entre paréntesis fuera del texto).

Los valores referenciados por el Tribunal Alemán, como criterios base para iniciar su disertación acerca de la protección a la vida humana, en cualquiera de sus etapas, se corresponde con la concepción que de este derecho asumió nuestra Corte Constitucional, pese al carácter absoluto que por estas premisas se le brinda al derecho a la vida, la existencia de razones que

vida es, antes que nada, el derecho a la propia existencia fisiológica y biológica. Este es un concepto puramente naturalístico, según lo cual, Vida equivale a ser humano vivo. Según la explicación del profesor Massini Correas, el derecho a la vida, que debe ser interpretado como el derecho a la inviolabilidad de la misma, tiene su fundamento o justificación racional en el principio de la dignidad. El sentido primordial de este derecho es el de impedir que el Estado, de manera arbitraria, arrebate la vida a cualquier persona o legalice o autorice la muerte de esta de forma arbitraria; se trata, por lo tanto, de una obligación de no hacer en cabeza del Estado. Este concepto –tradicional– ha evolucionado, pues la tendencia actual es la de incluir la obligación positiva, rescatando el principio de la dignidad humana como parte del derecho a la vida".

20 "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", op. cit., p. 121.

también se vinculan con la dignidad humana, vistas no desde la órbita del reconocimiento *erga omnes*, que se le brindó a la vida como derecho autónomo, sino desde la óptica de la afectación puntual a la vida de un sujeto en particular, se está hablando de los derechos que le asisten al mujer, por lo cuales puede optar, por no ser madre cuando previamente han operado tres casos puntuales²¹.

El permitir el aborto en casos puntuales en Colombia fue una medida que se correspondió en gran medida a los criterios que el Tribunal Constitucional Alemán observó sobre este particular, para esa corporación judicial “la vida humana en gestación goza ya de dignidad humana. El orden jurídico debe garantizar los presupuestos jurídicos de su desarrollo, es decir, debe garantizar los presupuestos jurídicos de su desarrollo, es decir, debe garantizar al ser humano en gestación un derecho a la vida propio”²², aunque el sentenciador colombiano no realizó esta misma valoración, proyectando el origen de la dignidad humana, desde su base germinal, sí logró evidenciar que la protección que el Estado colombiano debe ofrecer al nusciturus debía corresponder a la que se le otorga al ser viviente que se encuentra separado e independiente de su madre, lo que finalmente hace que su pronunciamiento se corresponda con la máxima que impuso el Tribunal Alemán, por la cual se entiende que la vida existe por sí misma y en cualquier etapa en que se encuentre

es posible que se predique la dignidad de la persona humana.

Mantener la mera prohibición no es el querer del Tribunal Alemán, pues este busca la forma en que se puedan mediar los derechos de la madre y los de quien está por nacer; velando por que en lo posible prevalezca el derecho a la vida de este último, invitando a la organización estatal a la adopción de medidas que permitieran a la madre superar hechos traumáticos que se relacionaran con su gestación, buscando la implementación de medidas preventivas y no solamente represivas o punitivas; estos aspectos no se abordaron tan directamente por nuestro juez. Lo que ha hecho que muchos solo puedan ver cargas que recaen sobre la mujer gestante, frente a las cuales no existen medios institucionales de origen gubernamental con los cuales se ayude a sopesar las condiciones adversas que esta tiene que asumir, con lo que se lograría que la medida judicial no solamente fuese acertada sino que equilibrada.

Otro de los aspectos que el Tribunal Alemán trabajó en sus orígenes, más exactamente en 1957, es la transición normativa y la validez que tienen las normas proferidas con anterioridad a la expedición de la Ley fundamental de 1949. Esta cuestión a simple vista pareciese ser una temática procesal e incluso de procedimiento constitucional, pero que valorada con más detenimiento puede traer serias repercusiones al discurrir de la vida diaria del pueblo que ve cómo su vida se rige bajo tales disposiciones. Esto nos invita a reflexionar acerca de la afectación que estas normas pueden generar a la dig-

21 Al respecto, consúltese la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355 de 2006.

22 *Ibidem*, p. 121.

nidad humana reconocida constitucionalmente, y será su correspondencia, simetría y apego con los contenidos de la Carta Fundamental, el que determinará si estas normas deben continuar o no haciendo parte del ordenamiento.

Esta problemática también fue resuelta en su momento por el Tribunal Constitucional Alemán, quien en la sentencia BVerfGE 11, 126, estableció “una norma emitida con anterioridad a la constitución puede ser atribuida a la voluntad del legislador post-constitucional solo cuando el contenido de la ley misma se puede inferir objetivamente una voluntad ratificadora o —en caso de reformas de la ley— de la estrecha relación material entre la norma que se ha modificado y la ya modificada”²³. Con argumentos similares a los contenidos en la disertación de tal Tribunal, en nuestro medio se edificó la postura de que toda disposición normativa expedida con anterioridad a la Constitución de 1991, se encuentra vigente, a menos que sea contraria con los postulados constitucionales²⁴. Es decir, reconocer que el poder legislativo emana del pueblo no es razón suficiente para atribuir pertinencia y eficacia a una norma expedida con anterioridad a la Constitución de 1991.

A este respecto, el Tribunal Alemán esbozó lineamientos por los cuales la acción u omisión del legislador, en lo que respecta al ordenamiento existente con anterioridad a la expedición de la

nueva Carta Constitucional, no puede tenerse como un criterio que brinde validez a este tipo de ordenamiento, en la sentencia BVerfGE 10,234, indicó de manera textual que “por tanto, no significará que hay una conformación de una ley que existe previamente a la ley fundamental cuando el legislador se limita a tolerarla y no procede a modificarla o tolerarla”²⁵.

Como se ve, la primacía conceptual y normativa de la persona humana como noción jurídica, y más exactamente de la dignidad que de ella se profesa, ha de nutrir y direccionar toda actuación de los entes públicos en sus distintos órdenes, lo cual no puede ser ajeno el accionar de los tribunales constitucionales.

Otro de los temas a los que se hace referencia es el de las relaciones de poder y el límite que a este le impone los derechos individuales, en razón a que la dignidad humana funge como razón primigenia del ordenamiento. La referencia a este tema se hace a partir de lo contenido en la sentencia BVerfGE 33,1 (caso de los prisioneros), en la cual se abordan temas como la libertad de expresión, de opinión y las restricciones que son permitidas al Estado en cuanto a estas libertades.

Buscar un pronunciamiento equivalente en el medio colombiano, en el que se plantee la forma en que debe gestarse y entenderse la relación que surge entre los derechos de la población penitenciaria y el accionar de las institucionales y administración pública en general, en

23 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, op. cit., pp.35 a 37.

24 Al respecto, consúltese la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-110 de 2011.

25 *Ibidem*, p. 37.

cuanto a derechos de expresión²⁶, como los que relata el pronunciamiento en referencia, ello en razón a la precaria condición en que se encuentra nuestra población carcelaria, lo que ha hecho que el accionar judicial, se oriente hacia la protección de aspectos relacionados con las condiciones de vida y existencia, con una reclusión digna, por lo cual poco ha de ocupar la labor del judicial el referirse a la protección a derechos como el de expresión u opinión. No obstante esta realidad, las disertaciones del Tribunal Alemán nos permitirán evidenciar que aunque se esté bajo unas condiciones más que difíciles, en las que puede verse un ser humano, sus derechos, la dignidad que *per se* le compete, debe ser respetada por el Estado y la sociedad en general, sin que medie razón política, de conveniencia o presupuestal para su desconocimiento²⁷.

En la sentencia referenciada el Tribunal señaló que “los derechos fundamentales de los presos solo pueden restringirse a través de una ley o con base en una ley”²⁸. Esta referencia indiscutiblemente nos lleva a preguntarnos qué tipo de ley sería esa, cuáles serían los criterios de validez que de esta norma tienen que profesarse, a fin de no desconocer los derechos de las personas, más cuando se habla de la libertad personal.

Aunque en el extracto de la sentencia no se habla de ello, si acudiésemos a la normatividad colombiana, esta norma debería corresponder a aquellas que se tipifican como estatutarias, en razón a que por esta se estarían regulando las libertades individuales de las personas. La restricción de este tipo de derechos necesita de una fuerte razón social, política y jurídica, que aunque permita su restricción nunca llevaría a su anulación.

Como puede evidenciarse, el Tribunal Alemán es un poco más laxo, en cuanto a la naturaleza que ha de corresponder a la norma que ha de restringir estos derechos, por cuanto otorga transitoriedad a conductas restrictivas de los derechos de quienes se hallen privados de la libertad con ocasión haber incurrido en conductas contrarias a derecho y permite la ocurrencia de este tipo de conductas siempre y cuando estas sean de naturaleza transitoria, así se puede interpretar del siguiente extracto; “las intervenciones en los derechos fundamentales de los prisioneros, que no tienen un fundamento legal, solo pueden ser de carácter provisional”²⁹.

La precaria correlación entre la medida de restricción amparada por el Tribunal Alemán y los fines sociales predicables del Estado han de causar serios reparos en los promotores de los derechos humanos, en razón a la configuración de un limbo que una medida como esta puede ocasionar, en lo que respecta a la prevalencia de la dignidad humana en el ordenamiento.

26 La dimensión de los derechos y la enunciación de aquellos que se relacionan con la expresión de las ideas humanas, es trabajada en la obra de Alain, Supiot, *Homo juridicus*, editorial siglo XXI, Avellaneda, Argentina, 2007.

27 Al respecto, consúltese la obra de Durán, García David Alfonso (comp. y editor), *Personas privadas de la libertad, jurisprudencia y doctrina*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, primera edición, editado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2006.

28 “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, op. cit., p. 48.

29 *Ibidem*, p. 48.

En nuestro medio, se presentó un caso similar en el cual la dignidad humana y la positivización de derechos y garantías derivadas de esta se vieron seriamente desdibujadas, podría decirse que casi que anuladas por la acción del legislativo; este caso se dio con la expedición del denominado Estatuto Antiterrorista (Acto Legislativo 01 de 2003)³⁰, el cual pese a no regir, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional, cuyo pronunciamiento fue generado por vicios de trámite, que de tal acto eran predicables.

Aspecto que no permite conocer cuál hubiese sido el razonamiento de los miembros de tal corporación judicial frente a la afectación a los derechos de las personas que tal estatuto pudiese generar. Lo que es seguro, es que este acto legislativo, no podría entenderse como una de esas disposiciones por las que Tribunal Alemán permite la restricción de derechos. Al respecto, obsérvese la siguiente cita: “la limitación de los de los derechos fundamentales de los prisioneros solo puede ser considerada cuando es indispensable para el logro de los fines de la sociedad, contemplados por el orden de valores de la ley fundamental”³¹. Como puede entenderse con facilidad, bajo esta premisa el conocido como Estatuto Antiterrorista no podría entenderse como una medida válida ni pertinente dentro

de los criterios prácticos y teóricos de nuestro Estado social de derecho.

Finalmente se hace referencia a los planteamientos de Robert Alexy³², quien en un ejercicio de demostración argumentativa describe la forma en que se proyecta la prevalencia del derecho al buen nombre, frente al derecho a expresarse libremente.

Alexy valora los calificativos que se dieron respecto a una persona que ejerce un cargo público, frente a la cual denotan la manera ineficiente en que ha ejercido tal cargo; para ello se emplearon comentarios soeces y descalificativos que se refieren no solo a la forma en que desempeñó la función pública, sino que se hace alusión directa y despectiva de las condiciones físicas del sujeto, lo cual es reprochable desde todo punto de vista y constituye una prohibición emanada desde el contenido de la Ley Fundamental misma. Cita el mencionado autor que

la calificación del oficial como “tullido”. Este apelativo lesiona al parapléjico de “forma grave” en su derecho la personalidad (BverfGE 86,1[13]). Así pues, es grande la importancia de la protección al oficial mediante la imposición de una indemnización por daño moral. De tal modo, ello se fundamenta en que a calificación de minusválido grave como

30 Sobre este tema en particular consúltese el artículo de Mahecha Diego Enrique, Cruz, “La dignidad de la persona humana, su papel en la conformación del Estado Social de Derecho y en el ejercicio de la función constituyente y legislativa”, publicado en la revista *Advocatus*, de la Universidad Libre de Barranquilla, N.º 26 de 2016.

31 *Ibidem*, p. 48.

32 Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *El canon neo constitucional*, participantes y compiladores, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Fernández, Ciudad, SL, 2010.

tullido es entendida hoy día, en general como una humillación³³,

El mencionado autor continua su análisis describiendo que esto constituye una afectación a la dignidad de la persona humana, generada no por el reproche a la forma en que se desplegó la función que le correspondía, sino atribuible por el calificativo degradante a su condición física, obsérvese; “el recurso de amparo constitucional interpuesto por la revista *Titanic* tan solo fue estimado en lo relativo a que la indemnización por daño moral había sido impuesta por la calificación de asesino nato, pero fue considerado carente de fundamento en lo que se refería a la calificación de tullido (BverfGE 81,1[14]) [...]”³⁴.

Como pude observarse, a lo largo de estas líneas el papel de la persona humana, en el constitucionalismo actual enmarcado por los criterios teóricos y conceptuales propios del Estado social de derecho, no puede ser otro que el de fungir como piedra angular del ordenamiento, por lo que debe estar presente en el accionar de tribunales constitucionales. En el caso del Tribunal Alemán, como vimos, este concepto ha servido y lo seguirá haciendo para la consolidación de los derechos que de la dignidad humana se derivan, proceso que siempre estará en una continua evolución, en razón a los pormenores que le asisten a la misma condición humana.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*, pp. 114 y 115.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.), editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Fernández, Ciudad, SL, 2010.

Alexy, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, publicado en la página web www.cervantesvital.com,

Barroso, Luis Roberto. “La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo”, editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

Canadasi, Bon Costas Rodríguez Renata. (2008) *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. University of Notre Dame Law School, Hull University, the University of Michigan Law School, and, most particularly, at the NYU Institute for International Law and Justice Colloquium.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Cruz, Mahecha Diego Enrique. “La dignidad de la persona humana, su papel en la conformación del Estado Social de Derecho y en el ejercicio de la función constituyente y legislativa”, publicado en

- la revista *Advocatus*, Universidad Libre de Barranquilla, N.º 26 de 2016.
- Durán, García David Alfonso (comp. y ed.). *Personas privadas de la libertad. Jurisprudencia y doctrina*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (primera ed.). Editado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas Bogotá, 2006.
- Estlun, David. *La autoridad democrática*, editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 19.
- Haberle, Peter. *La Constitución como cultura*, editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- Jurgen, Schwabe. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Anexo I, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, México, D.F.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*, editorial Legis, Bogotá, 2011.
- Maihofer, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana*. Maestros del derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- Mesa Naranjo, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, undécima edición, editorial Temis, 2010.
- Reale, Giovanni y Antiseri, Dario. *Historia de la filosofía*. Tomo 1–Aristóteles (pp. 235-301), editorial San Pablo, Bogotá, 2008.
- Sotelo, Ignacio. *El Estado: soberanía, libertad, derecho en el Estado social*, editorial Trotta, Madrid, 2010.
- Supiot, Alain. *Homo juridicus*, editorial Siglo XXI, Avellaneda, Argentina, 2007.
- Zubiri, Xavier. *El hombre y la verdad*, editorial Alianza, Madrid, 1999.