



Centro de estudios del desarrollo

f /CentrodeEstudiosdelDesarrollo

@ced.cl

@ced\_cl

# Informe N°1414

## Política

25/01/2022

### ¿Cómo procesar a nivel constitucional la demanda social por dignidad? Algunos criterios introductorios

Augusto Wiegand Cruz<sup>1</sup>

#### Novedades

25/01/2022

Política

**¿Cómo procesar a nivel constitucional la demanda social por dignidad? Algunos criterios introductorios**

17/01/2022

Política

**Presentación Libro CED: "Diálogos Constitucionales: Sistema Político, Descentralización y Control Constitucional"**

29/12/2021

Política

**Participación Política de Pueblos Indígenas en los últimos 30 años en Chile: Marco Legal, Demandas y Escaños Reservados**

23/12/2021

Política

**Consideraciones para una Constitución laboral**

25/11/2021

Política

**Solidaridad territorial como paradigma de la descentralización: aportes conceptuales para una nueva Constitución**

#### Acerca de

Este informe ha sido revisado por el Consejo Editorial de Asuntos Públicos. El contenido no representa necesariamente la opinión del Centro de Estudios del Desarrollo, CED.

©2022 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

## I. Introducción

Tanto en las calles como en la academia, la dignidad ha emergido como un concepto central para el proceso constituyente en curso. El término aparece ya en el artículo primero de la Constitución vigente<sup>2</sup>. A nivel comparado, se trata de un concepto omnipresente en tratados internacionales y constituciones domésticas<sup>3</sup>. Es muy probable, entonces, su permanencia en el nuevo texto constitucional. En efecto, ya hay iniciativas de normas en la Convención Constituyente ("la Convención") que lo incorporan<sup>4</sup>.

El respeto de la dignidad humana, sin embargo, está lejos de depender de una sola cláusula. En este contexto, más que referirse al cómo debiera estar redactada una nueva norma sobre dignidad y al cómo ella debiera interpretarse desde el punto de vista de una dogmática constitucional disciplinada, el presente informe tiene como principal objeto sugerir criterios mediante los cuales el constituyente podría, además de mantener dicho concepto en la nueva Constitución -y dentro del restringido marco de posibilidades que una constitución tiene para ello- intentar procesar jurídicamente la demanda social por dignidad. Para ello se traen aquí a discusión, especialmente, algunas categorías elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia alemana sobre dignidad.

## II. Dignidad humana y Constitución

### 2.1. La dignidad humana como principio constituyente

Una constitución, como todo orden normativo, requiere de alguna legitimación que no sea completamente autorreferencial<sup>1</sup>. En este sentido, la demanda social por dignidad puede ser procesada, en primer lugar, como un principio constituyente, es decir, como una premisa ético-política orientadora de la tarea de la Convención, sirviéndole así al texto constitucional como una fuente de legitimación externa. Dicha legitimación es, esencialmente, la siguiente: quien proclama a la dignidad

<sup>1</sup> Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M en Teoría legal, Universidad de Frankfurt. Estudiante de doctorado en derecho constitucional, Universidad de Regensburg. Investigador asociado CED.

<sup>2</sup> Art. 1. Inc. 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

<sup>3</sup> En América Latina, sólo la constitución uruguaya no contiene el concepto; solo siete de un total de 57 estados africanos la omiten. Es mencionada en la mayoría de las constituciones asiáticas. En Europa, también es una minoría, sólo son 12 las constituciones que no la contienen. Por otro lado, para una revisión exhaustiva de la presencia del concepto de la dignidad en el plano internacional, véase Aharon Barak, Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right (1. edn, Cambridge University Press 2015) 51 y ss.

humana como uno de sus principios constituyentes pretende construir un orden político-jurídico al servicio del individuo humano<sup>4</sup>. Esta legitimación no es obvia. Han existido, y existen aún, órdenes jurídico-políticos con objetivos diferentes. En ellos, el ser humano es considerado, en último término, como un instrumento para la consecución de fines pretendidamente superiores, tales como el dominio de una determinada raza, la sociedad sin clases, la construcción de un imperio o la gloria de una nación.

Luego, el desafío es traducir esta orientación abstracta en disposiciones constitucionales concretas. En ese sentido, vale la pena destacar, que no es sólo una norma explícita sobre ella, sino el texto constitucional considerado en su totalidad, el que debe configurar las bases de un ordenamiento jurídico capaz de garantizar el respeto por la dignidad humana<sup>5</sup>. Esta tarea se materializa, en primer lugar, en algunas formas de organización y control del poder político propias de una democracia moderna que no nos son desconocidas, tales como el Estado de Derecho, los Derechos Fundamentales, el acceso a la justicia y un mínimo garantizado de protección social.

Con todo, las instituciones propias de toda democracia liberal pueden diseñarse de maneras que tiendan en mayor o en menor grado a garantizar el respeto por la dignidad humana. La pregunta que emerge, entonces, refiere a la necesidad de contar con criterios que puedan guiar dicho diseño. A continuación, se propone que los elementos normativos nucleares de la denominada "fórmula-objeto", pueden hacer una contribución relevante en este aspecto.

### 2.2. Diseño de instituciones al servicio de la dignidad humana: la fórmula-objeto como orientación

La norma constitucional sobre dignidad humana más celebre a nivel internacional es aquella contenida en el artículo primero de la Ley Fundamental de Alemania<sup>6</sup>. Esta señala que la "dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público"<sup>7</sup>. Concebida en primer término como una reacción a los crímenes del nazismo, en el sentido de entenderse como la norma jurídica fundante de un nuevo período para la Alemania que se levantaba desde el abismo moral y político<sup>8</sup>, pronto comenzó a ser considerada no solo como el principio superior del nuevo orden constitucional<sup>9</sup>, sino que también a desarrollarse una compleja e innovadora dogmática alrededor de sus características particulares.

En primer lugar, con el tiempo tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ("BVerfG")<sup>10</sup> como la doctrina mayoritaria<sup>11</sup>, también atribuyeron a la norma sobre dignidad humana la naturaleza jurídica de un derecho fundamental, por lo que su afectación debe comprobarse con los mismos métodos dogmáticos

<sup>4</sup> Augusto Wiegand Cruz, "El Concepto Constitucional de Dignidad Humana: Notas introductorias para una aproximación dogmática" en Gabriel Alejandro Encinas Duarte y Miguel de J Neria Govea (eds), *Ordenamiento Jurídico: Fundamentos y Apertura* (1ª edn, Derecho Global 2020).

<sup>5</sup> Josef Isensee, "Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche dem Absoluten" (2006) 131 *Archiv des Öffentlichen Rechts* 173.

<sup>6</sup> Sobre esto, véase v.g., Henk Botha, "Human Dignity in Comparative Perspective" (2009) 20 *Stellenbosch Law Review* 171; Barak (n 3) 94.

<sup>7</sup> Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt

<sup>8</sup> Véase, por todos, Hasso Hoffmann, "Die Versprochene Menschenwürde" (1993) 118 *Archiv des Öffentlichen Rechts* 253, 356; Ralf Poscher, "Die Würde des Menschen ist unantastbar" (2004) 59 *Juristenzeitung* 756, 759.

<sup>9</sup> BVerfGE 5, 85 (204): "La dignidad del hombre es el más alto valor de la democracia liberal" [*In der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert*].

<sup>10</sup> Se considera como jurisprudencia asentada desde el año 1952. Véase BVerfGE 1, 322, (343).

<sup>11</sup> Nikolaus Knoepffler, *Würde und Freiheit. Vier Konzeptionen im Vergleich* (1ª edn, Verlag Karl Alber 2018) 157.

que se utilizan para el caso en cualquier otro derecho constitucional<sup>12</sup>. En segundo lugar, básicamente a partir de a) el adjetivo *intangibile*, b) la cláusula de eternidad contenida en el Art. 79.3 de la Ley Fundamental de Alemania, y c) una interpretación sistemática de la ubicación de la norma, jurisprudencia y doctrina dominantes concluyeron que el contenido protegido por el derecho a la dignidad humana no puede ser restringido por el Estado<sup>13</sup>. Dogmáticamente, esto implica excluir la posibilidad de justificación a cualquier restricción al derecho. En otras palabras, cualquier intervención en su contenido protegido equivale automáticamente a una violación. Para el caso único de la dignidad, quien identifica una intervención identifica simultáneamente una violación.

La jurisprudencia del BVerfG destaca que el orden constitucional entiende al ser humanos como un "ser de naturaleza moral-espiritual, creado para auto-determinarse y desplegarse en libertad<sup>14</sup>. Dentro de los criterios utilizados para identificar intervenciones en el contenido protegido por la dignidad humana, dicha corte desarrolló, a partir de la antropología recién descrita y basándose en premisas desarrolladas previamente por la doctrina,<sup>15</sup> la denominada *fórmula-objeto*<sup>16</sup>. Dicha fórmula, a la cual la corte recurre frecuentemente, prohíbe la instrumentalización del ser humano, de manera que se encuentra constitucionalmente proscrito hacer de éste "un mero objeto del estado o exponerlo a un tratamiento que ponga, por principio, su cualidad de sujeto, en duda"<sup>17</sup>.

Al igual que la consideración de la dignidad como un derecho<sup>18</sup>, y de éste como uno de carácter absoluto<sup>19</sup>, la funcionalidad de la fórmula-objeto para detectar intervenciones en el contenido protegido por la dignidad humana no ha estado exenta de críticas<sup>20</sup>. Con todo, un balance ponderado señala que, a pesar de todos los defectos que puedan atribuírsele, entrega una orientación elemental para la actuación del Estado: no importa el fin, cuán buenas o sublime sean sus intenciones, el tratamiento del ser humano como un mero instrumento para su consecución no es aceptable<sup>21</sup>. A *contrario sensu*, entonces, mientras más se trate al ser humano como sujeto, más se respeta su dignidad humana.

Esta última orientación puede extrapolarse desde la identificación de aquellas acciones estatales que violan directamente la dignidad humana a la pregunta del cómo se estructura un orden jurídico que en su totalidad intenta respetarla. Así bien, cuanto más estén diseñadas las instituciones estatales para tratar al individuo como sujeto, más se posibilita que su dignidad sea respetada. En concreto, hay al menos tres principios que,

<sup>12</sup> Lo que en Alemania se conoce como el "el examen de tres pasos", el cual es de uso generalizado por sus operadores jurídicos. En primer lugar, determinar el contenido protegido por el derecho; en segundo lugar, identificar una intervención en ese contenido protegido; en tercero, revisar si dichas intervenciones se encuentran constitucionalmente justificadas o autorizadas. Cada uno de estos pasos, aquí expuestos en su máxima sencillez, tienen una alta sofisticación dogmática y se subdividen en diferentes requisitos. Una exposición pedagógica se puede encontrar en Thorsten Kingreen y Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II* (32ª edn, CF Müller 2016) 59–86.

<sup>13</sup> Véase por todos, Thomas Elsner und Klara Schobert, "Gedanken zur Abwägungsresistenz der Menschenwürde -angestoßen durch das Urteil des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung" [2007] *Das Deutsche Verwaltungsblatt* 278, 284.

<sup>14</sup> BVerfGE 45, 187, (227)

<sup>15</sup> Y especialmente a partir de la obra de Günter Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetz" (1956) 81 *Archiv des Öffentlichen Rechts* 117.

<sup>16</sup> Por primera vez ya en BVerfGE 9, 89, 95

<sup>17</sup> BVerfGE 87, 209, (228). [den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung aussetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt]. La aplicación de la fórmula por la corte, sin embargo, ha estado acompañada de la afirmación de que las violaciones de la dignidad no pueden, por regla general, predeterminarse, sino que sólo se identifican caso a caso.

<sup>18</sup> Una crítica a la consideración de la dignidad como derecho en Horst Dreier, "Art.1 Abs. 1" en Horst Dreier (ed), *Grundgesetz, Band I (Art.1-19)* (3ª edn, Mohr Siebeck (Beck-online) 2013).

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, Robert Alexy, "Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit" (2015) 140 *Archiv des Öffentlichen Rechts* 497.

<sup>20</sup> Así, entre otros, Martin Nettesheim, "Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßen Abwägungstopos" (2005) 130 *Archiv des Öffentlichen Rechts* 71.

<sup>21</sup> Kingreen y Poscher (n 14) 94.

en cuanto más se tengan en consideración como premisas directivas para todo tratamiento estatal del individuo, más se respeta a éste en su subjetividad: consentimiento, participación y transparencia<sup>22</sup>.

Así, la Convención, en lo que al nivel constitucional compete, debe procurar un diseño institucional que promueva la aplicación de dichas categorías en todos los procedimientos estatales que impliquen la afectación de personas concretas. Por cierto, no sólo la intensidad y la pertinencia de la aplicación de estos elementos requieren de una evaluación caso a caso, dependiente del carácter de la institución y el procedimiento respectivo<sup>23</sup>, sino que estarán entregadas en su mayor medida al desarrollo legislativo infra-constitucional.

Esta orientación no se deja reducir al diseño de reglas concretas que deben ser obedecidas por los titulares del poder público a cualquier evento, sino que también debe inspirar una ética de trabajo aun en aquellas materias en las cuales se les otorga un margen de discreción prudencial para la toma de decisiones<sup>24</sup>. Así, puede interpretarse que una de las dimensiones de una norma constitucional sobre dignidad es obligar a quienes deben tomar una decisión como titulares de poder público a considerar siempre los intereses del afectado, así como propender, en cuanto corresponda, a llevarla a cabo en transparencia, con el consentimiento y participación de éste. La validez de la acción del Estado también depende, entonces, de respetar este efecto procedimental de la dignidad humana<sup>25</sup>.

### III. Cierre

Una norma sobre dignidad que surge al alero de un proceso constitucional válido, bien redactada y correctamente inserta en la Constitución desde un punto de vista sistemático, no sólo es una herramienta jurídica poderosa, con múltiples potenciales funcionalidades dogmática<sup>26</sup>, sino también una afirmación normativa de alta carga simbólica a partir de la cual un país fracturado puede encontrar un nuevo fundamento común sobre el cual iniciar la reconstrucción de la comunidad política. Un primer paso en este segundo sentido es que la Convención, junto con esmerarse en producir una norma sobre dignidad dogmáticamente adecuada, vele por producir un orden constitucional, que evaluado en su globalidad, propenda de la mayor manera posible al respeto y protección de la misma. En este informe, a partir de la *fórmula-objeto* se han intentado entregar algunos criterios orientativos para esta última tarea.

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Así mientras el consentimiento del imputado en un procedimiento penal no es exigible, no hay obstáculos para que este proceso contemple altos grados de participación y transparencia.

<sup>24</sup> Nettesheim (n 22) 100.

<sup>25</sup> Ibid 102.

<sup>26</sup> Sobre esto véase, Augusto Wiegand Cruz, "De la Proclamación a la Constitucionalización de la Dignidad. Constitución y Dignidad Humana en Chile" en Claudio Pérez Lillo y Javier Cifuentes Ovalle (eds), *Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile* (1ª edn, Centro de Estudios del Desarrollo 2021).