

DERECHOS FUNDAMENTALES POST MORTEM

Iván Alexander Cardona Ospina

Tutor: Iván Leonardo Martínez Pinilla

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Facultad de Derecho

2022

Derechos fundamentales post mortem

Introducción

Los Derechos fundamentales son un área del Derecho ampliamente abordada por distintos autores, usualmente, son aquellos derechos que se encuentran positivizados en la constitución política. Sin embargo, el lenguaje jurídico tiende a confundir el concepto de derecho fundamental con el de derecho humano, para Huerta (2010), en su artículo *Sobre la distinción entre Derechos fundamentales y Derechos Humanos*, el carácter fundamental de los Derechos fundamentales no es algo objetivo que se pueda encontrar en la constitución o en algún código, sino que este alcance de fundamental es dado por la misma sociedad, en razón a su realidad histórica y cultural.

Ahora bien, esta definición sociológica anteriormente otorgada por Huerta, parte de un supuesto común, que los derechos fundamentales existen mientras el titular de aquellos derechos posea una existencia material, es decir, mientras viva. Sin embargo, la praxis jurídica nos presenta situaciones en las cuales está línea entre la existencia material y la existencia de un derecho fundamental se vuelve difusa. Por ejemplo, en el caso de que una persona fallezca y luego de esto algún medio de comunicación revele información personal, que la persona en vida no hubiese deseado que se diese a conocer, se estaría dando una vulneración al derecho fundamental a la intimidad y a la imagen, y en este caso, sería post mortem.

Me pregunto entonces: es válido cuestionarse si esta definición de Derecho Fundamental dada por Huerta presenta un vacío referente a su alcance, acaso ¿los Derechos fundamentales de la persona terminan cuando esta muere? ¿Se termina esa

condición de ser humano cuando la persona fallece? Si la respuesta es una positiva, estaríamos frente a Derechos Fundamentales Post mortem, tema que, a juzgar por la información recabada en esta investigación, ha sido muy poco abordado en el contexto de los países latinos.

Planteamiento del problema: derechos patrimoniales y derechos Fundamentales

Cuando hablamos de derechos post mortem, o mejor, de patrimonios jurídicos existentes después de la muerte de su titular, inmediatamente y sin casi ningún esfuerzo, hacemos referencia a los derechos patrimoniales que, en virtud de la necesidad de transmisión de la riqueza existen mientras se transmiten a quienes tengan derecho legítimo de poseerlos como en el caso del derecho a heredar, mediante la sucesión.

Derechos patrimoniales en el ámbito post mortem

Un claro ejemplo de la aplicación y estudio de los Derechos patrimoniales post mortem es el caso de los Derechos patrimoniales de la propiedad intelectual, en donde existe una prolongación de estos Derechos después de la vida del autor, en Colombia, el término de duración de la protección de estos Derechos es la vida del autor más ochenta (80) años después de su muerte. Lo anterior de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 23 de 1982 que estipula que:

Los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años. En caso de colaboración debidamente

establecida, el término de ochenta años se contará desde la muerte del último co-autor. (Ley 23, 1982, art 21)

Ahora bien, la materia de propiedad intelectual tiene una regulación especial, ya que este tiempo de ochenta años para Colombia, no es el mismo termino estipulado que para el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, donde en su artículo séptimo, nos indica que:

- 1) La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.
- 2) Sin embargo, para las obras cinematográficas, los países de la Unión tienen la facultad de establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o que, si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire al término de esos cincuenta años.
(1979, art. 7)

Como se puede observar, este tipo de regulación varia de un ámbito nacional, como lo puede ser la legislación colombiana (ochenta años) a un ámbito supranacional, como el Convenio de Berna (cincuenta años), incluso, este termino es distinto entre legislaciones nacionales, por ejemplo, en España, con el Real Decreto 1/1996 (1996), nos indica que “los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento” (p. 17)

Otro ejemplo de estos Derechos que prevalecen luego de la vida de la persona es el Derecho a heredar que lo observamos mediante la sucesión en el Código Civil

Colombiano en su libro tercero "De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos". Esta es una muestra clara de la prolongación de los Derechos patrimoniales de la persona, ya que cuando fallece, el acto jurídico que el difunto realizo en vida (testamento) tiene efectos post mortem, que se materializan con la sucesión y el derecho a heredar de los herederos o legatarios. Los familiares del difunto deben respetar y acatar las directrices que el causante manifiesta en su testamento, siempre y cuando este se encuentre dentro del marco de la Ley. La definición de testamento la encontramos en el artículo 1055 del Código Civil Colombiano, que estipula lo siguiente:

El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. (1873, art. 1055)

Se observa entonces, que el testamento, otorga una protección post mortem a los bienes patrimoniales del difunto. Ahora bien, cuando hablamos de derechos fundamentales post mortem, la situación se torna más compleja. Quizá, existan en la praxis jurídica una cierta cantidad de situaciones donde los derechos fundamentales pervivan a la muerte de su titular.

Una aproximación a los Derechos fundamentales post mortem

Entrando en materia de Derechos fundamentales post mortem, la jurisprudencia española tiene una figura para dar cierta protección a estos Derechos, esta figura es llamada "*memoria defuncti*", con esto lo que se pretende es una

protección a los Derechos fundamentales al honor, la intimidad y a la propia imagen de la persona fallecida; para la jurisprudencia española, esta protección es vista como una prolongación de los Derechos de la persona fallecida, la cual debe ser tutelada por el Derecho. Esta figura la podemos encontrar en la Ley Orgánica 1 de 1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su preámbulo nos indica lo siguiente:

Aunque la muerte del sujeto de Derecho extingue los Derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente. (Ley Orgánica 1, 1982, España)

Como se puede observar, la legislación española otorga una prolongación de estos Derechos fundamentales de la persona fallecida, inclusive, permite a la persona estipular en su testamento a la persona natural o jurídica, encargada ejercer la protección a los Derechos fundamentales que se llegasen a vulnerar.

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia, se ha pronunciado reiteradas veces sobre el Derecho fundamental a la honra, la imagen y buen nombre en personas fallecidas, principalmente en casos de la persona fallecida en contra de diarios o prensa, que utilizan el nombre de la persona, o los hechos de su muerte tergiversados para sacar provecho de estos. En concordancia con lo anterior, se ha

llegado a estudiar el alcance de los Derechos fundamentales post mortem en el ordenamiento jurídico interno, un ejemplo de esto es en la Sentencia de tutela 007 del año 2020, donde se dijo que:

La titularidad de los Derechos a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad recae también sobre una persona fallecida, razón por la cual los familiares de esta pueden solicitar su protección. Con ello, se busca proteger la memoria y la dignidad de quien ha fallecido y de su núcleo más cercano, bienes jurídicos que se ven afectados por acciones de terceros que invaden la esfera privada, personal y familiar. (Corte Constitucional, T-007 de 2020)

En esta misma sentencia, se ordenó conceder el amparo de los derechos fundamentales a la persona fallecida. A pesar de esto, no existe claridad en el ordenamiento jurídico interno acerca del alcance que pueden llegar a tener los derechos fundamentales post mortem, tampoco existe una figura, como en el ordenamiento jurídico español (*memoria defuncti*), que proteja esta prolongación de los derechos fundamentales del fallecido, ni tampoco una ley como la Ley Orgánica 1 de 1982 de 5 de mayo de España.

Aproximación teórica a la diferencia entre derecho patrimonial y derecho fundamental

Es menester entonces realizar una diferenciación entre el concepto de derecho patrimonial y de derecho fundamental con la intención de discernir en sus diferencias estructurales y, a partir de allí, observar la existencia o no, de derechos fundamentales post mortem; los primeros -los derechos patrimoniales- son aquellos derechos

susceptibles de tener una valoración económica, es decir están disponibles en el mercado, tienen una naturaleza negociable y alienables, y los segundos, en cambio, no poseen un valor de mercado en cuanto son declarados derechos indisponibles, no se puede transar sobre ellos en virtud de su carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. (Ferrajoli, 2004, p.47).

Ferrajoli, en su texto *“Derechos y garantías. La ley del más débil”*, indica al respecto que, para él, los derechos fundamentales, necesariamente contienen un vínculo y un límite para el legislador, lo cual diferencia los derechos fundamentales de los derechos meramente formales.¹

Volviendo al ámbito de los derechos patrimoniales, parece claro que el estudio de estos, en su ámbito post mortem, es amplio y común en el Derecho, tanto nacional como supranacional². Esto se puede ver altamente contrastado con los derechos fundamentales post mortem, en tanto no existe un desarrollo consistente de la materia. El poco estudio que tiene esta área del Derecho llama la atención, es posible que la praxis jurídica al respecto sea limitada y de contera su reflexión teórica. Si además de observar el fenómeno desde una perspectiva meramente positivista, se les observa desde la óptica postpositivista constitucional, la situación se vuelve aún más compleja; el post positivismo constitucional interpreta el Derecho mediante una visión dualista del mismo, y se realiza un estudio de la constitución en vista de los derechos fundamentales como conjunto y no de manera separada. De hecho, entender este

¹ Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., & Greppi, A. (1999). *Derechos y garantías: la ley del más débil* (pp. 74-76). Madrid: Trotta.

² Valicenti, E. A. (2015). La vigencia post mortem auctoris de los Derechos de Autor y su transmisión mortis causae; Albornoz Portal, G. K. (2018). El reconocimiento post mortem de la unión de hecho y afectación al Derecho de suceder en el Derecho civil peruano.

modelo constitucionalista postpositivista es entender la forma en que actualmente opera el Derecho en su conjunto, bajo esta perspectiva, parece lógico que los derechos fundamentales post mortem comiencen a aparecer en el horizonte jurídico, en especial en los países latinos.

M. Atienza (2014) en su texto titulado “*Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*” menciona que los países latinos, bien sean de América o de Europa, deben desligarse de esa corriente filosófica del mundo anglosajón, ya que se realiza una interpretación valorativa de normas jurídicas creadas para esas otras realidades sociales y no para las realidades valorativas del mundo latino. De hecho, los filósofos del Derecho del mundo latino deberían crear e interpretar el Derecho desde las realidades culturales propias, y una vez se realiza este estudio valorativo, se puede observar la creación de estructuras jurídicas especializadas en la protección de los derechos fundamentales post mortem, algo similar a los avances realizados en el ordenamiento jurídico español con la “*memoria defuncti*”, de la cual hablaré más adelante.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone entonces la siguiente pregunta de investigación.

Pregunta de investigación

¿Cuáles son las aproximaciones conceptuales que se han hecho a los derechos fundamentales post mortem desde la perspectiva postpositivista constitucional?

Objetivo general

Identificar las aproximaciones conceptuales que se han hecho a los derechos fundamentales post mortem desde la perspectiva postpositivista constitucional.

Objetivos específicos

- Abordar algunas definiciones dadas a los derechos fundamentales dentro del postpositivismo.
- Identificar los sentidos que han dado las normas jurídicas a los derechos fundamentales post mortem.
- Exponer las aproximaciones teóricas que han realizado otros autores sobre los derechos fundamentales post mortem.

Marco teórico

Como se esbozó previamente, el marco teórico aplicado en este trabajo se deriva a partir de un modelo de Derecho concreto propuesto por el paradigma postpositivista constitucional, con este se busca entender el Derecho de una forma más integral, teniendo en cuenta los aspectos descriptivos, normativos y valorativos. El postpositivismo se centra en realizar un apropiado análisis de la norma, entendiendo que aquella se encuentra ligada a unas realidades humanas, sociales y culturales. Si bien el Derecho es un conjunto de normas y reglas, este no se encuentra solo compuesto por esto, en este conjunto también se encuentra una dimensión valorativa, como lo indica el jurista español Manuel Atienza en su texto *“Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”*:

El Derecho es una práctica autoritativa que pretende lograr ciertos valores. Y esa doble dimensión (autoritativa y valorativa) se traslada también al campo de

la interpretación. Interpretar en el Derecho es una actividad esencial, por el papel sobresaliente de la autoridad, pero se interpreta para satisfacer ciertos valores. (2014, p. 304)

Claramente, lo que nos quiere decir Manuel Atienza, es que la interpretación dada al Derecho no puede ser ajena a aspectos valorativos ya que esto es lo que guía a la interpretación, y a su vez, estos aspectos valorativos son dados por las realidades de la sociedad donde se encuentre cada individuo.

Otro acercamiento a lo que es el Derecho desde la perspectiva postpositivista constitucional, puede ser una definición que se puede obtener del jurista argentino Carlos Nino; el Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo. Entendiendo esta acción colectiva como el trabajo conjunto de diversas personas para hacer una debida interpretación del Derecho al correr de los años, pero, continuando con el argumento de Atienza, esta interpretación normativa necesariamente debe estar compuesta también por un elemento axiológico, el cual sería una filosofía moral y política.

Para el paradigma post positivista los filósofos del Derecho del mundo latino, deben, primeramente, desligarse de las influencias filosóficas jurídicas externas, sin llegar al punto del nacionalismo, y segundo, elaborar una filosofía del Derecho, tomando como bases la realidad cultural que tienen los países latinos, que son muy similares entre si (desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc.)

Y bien, del mismo modo, para hablar de los derechos fundamentales post mortem, es necesario hacer una interpretación valorativa de la norma que abarca estos

derechos fundamentales conforme a la realidad en que se encuentran, y teniendo esta interpretación lo que se busca es informar una realidad. Se realizará una investigación tanto en doctrina y jurisprudencia teniendo como referente la carta política y los derechos fundamentales, y se hará una interpretación acerca del alcance que pueden llegar a tener los derechos fundamentales post mortem en la realidad en la que nos encontramos. Evidentemente, el Derecho al ser un fenómeno social creado y modificado por nosotros³, no puede ser ajeno a nuestra verdad social, económica, política y humana.

Al basarnos en este modelo postpositivista constitucional, y el uso de derechos fundamentales a lo largo de este trabajo, es necesario recordar que una constitución está compuesta por textos ambiguos, en razón que es elaborada por distintos poderes políticos y sociales, y, por ende, las finalidades y valores contenidos en esta, pueden llegar a ser muy abstractos. Es por esta razón, que las constituciones deben interpretarse de acuerdo con los derechos fundamentales (Atienza M, 2014).

Cabe recordar, que la concepción que se tiene del Derecho en ojos de este paradigma postpositivista constitucional, es la dualidad del Derecho, el cual, según el modelo clásico dworkiniano, no es solo un conjunto de reglas, sino también de

³ Al usarse la expresión nosotros, no hace referencia a que se pueda crear o modificar el Derecho directamente, sino indirectamente a través del ente correspondiente, en el caso de Colombia, el artículo 150 de la Constitución Política le otorga esta función al Congreso de la República, el cual ejerce sus responsabilidades en representación del pueblo colombiano.

principios. Concretamente, al hablar del paradigma postpositivista constitucional, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- Se debe realizar una separación de las influencias de teorías filosóficas del Derecho extranjeras, y construir una con análisis valorativos, sujetos a las realidades del mundo latino.
- No se puede realizar una separación entre Derecho y juicios valorativos, ya que el análisis del Derecho va sujeto a un análisis valorativo.
- Estos juicios valorativos, son totalmente susceptibles de una justificación racional, contrario a lo que se cree en el positivismo jurídico. Es justamente esta la diferenciación entre positivismo jurídico y el constitucionalismo jurídico.
- Debe haber una creación de instituciones, similares al Critical Legal Studies con el liberalismo planteado por Dworkin, pero enfocadas a dar continuidad y mostrar el alcance del postpositivismo constitucionalista.

En conclusión, este paradigma postpositivista constitucionalista, es el adecuado para la elaboración de este trabajo, ya que, en estos países latinos, se evidencia un emerger de derechos que podrían ser considerados como derechos fundamentales post mortem; para realizar un debido análisis jurídico, es menester realizar juicios valorativos sobre las normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, de este modo se pretende guiar la práctica jurídica frente a la protección de los derechos fundamentales, incluso los derechos fundamentales post mortem.

Metodología

Este proceso de investigación se llevó a cabo a través de la recopilación y análisis de varios materiales bibliográficos de diferentes autores y/o corporaciones gubernamentales de carácter nacional e internacional que se enfocan principalmente, en estudiar y explicar el desarrollo y alcance de los derechos fundamentales y, que convergen con la protección de los derechos fundamentales post mortem.

La monografía se desarrolló aplicando el método cualitativo con análisis de textos normativos, toda vez que, en razón al marco teórico planteado, donde se usara el paradigma postpositivista constitucional, y en vistas a contestar el objetivo planteado, se debe analizar las leyes tanto de orden nacional como supranacional, de acuerdo a los contextos sociales de la actualidad. Esto mismo se aplicó para la selección de las Sentencias de orden nacional local, intentando abarcar temas con connotaciones sociales recientes, en donde los Derechos Fundamentales post mortem se pueden ver violentados por falta de garantías téticas. Y, en concordancia de la anterior explicación, en el texto “Investigación cuantitativa y cualitativa” de Pita Fernández y Pértegas Díaz (2002), se dice que:

Los investigadores cualitativos hacen registros narrativos de los fenómenos que son estudiados mediante técnicas como la observación participante y las entrevistas no estructuradas...

...La investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su sistema de relaciones, su estructura dinámica. (p. 1)

1. Derechos fundamentales desde la óptica postpositivista constitucional

Habiendo realizado previamente una aproximación al paradigma postpositivista constitucional, es menester dar una conceptualización de los derechos fundamentales, su definición, elementos y manera de ser concebidos desde la mirada de los autores post positivistas constitucionalistas. Algunos de los autores que se utilizarán para para realizar esta conceptualización serán, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Carlos Nino y Manuel Atienza. Cabe aclarar que, si bien los autores estudiados no se autodenominan postpositivista constitucionalistas, las definiciones que otorgan para los derechos fundamentales si pueden ser convergentes con el paradigma en mención.

1.1. Derecho fundamental vs. derecho humano

Antes de abordar el concepto de derecho fundamental, resulta importante hacer una diferenciación entre los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos; esta diferenciación ha sido abordada por distintos autores, por ende, existen diversas corrientes, para Carla Huerta, en su artículo *Sobre la distinción entre Derechos fundamentales y Derechos Humanos*, la principal diferenciación entre estos dos conceptos radica en su exigibilidad y efectos jurídicos. Teniendo, por un lado, los derechos humanos, que son en sí, inherentes al ser humano y van encaminados al desarrollo digno de la persona; y, por otro lado, los derechos fundamentales, que, poseyendo las características descritas, además se encuentran positivizados en la carta política de cada estado, es decir, en su sistema jurídico, por ende, su fundamento se encuentra en la norma jurídica moldeada por la autoridad encargada para la creación o modificación de las leyes. Este fundamento de los derechos fundamentales

es el que le otorga la facultad de producir efectos jurídicos y, por ende, contener todas las garantías constitucionales del sistema jurídico donde se encuentren positivizados.

Otra diferenciación entre estos, dada por diversos autores, es el carácter de universalidad de los derechos humanos, ya que estos son inherentes a todo ser humano y, a diferencia de los derechos fundamentales, no dependen de lo estipulado en la Constitución Política de cada país. Es precisamente en esta diferenciación donde radica el ámbito de protección de cada uno, por un lado, los derechos humanos son defendidos por organizaciones internacionales, como lo puede ser la Organización de las Naciones Unidas [ONU], y, en el caso de los derechos fundamentales, tienen una esfera de protección más concreta, ya que es el mismo estado el que debe brindar esta protección. A pesar de esta diferenciación de ambos derechos, ambos son complementarios entre sí, y específicamente, los derechos fundamentales se adecuan a los derechos humanos, para que cada estado, a pesar de tener libertad de decidir y definir qué derechos fundamentales son amparados en su territorio, deben observar los derechos humanos para que las personas de su territorio tengan unas garantías mínimas. (Ladino, Y., Castro, L. & Villada, M., 2020)

Se puede ver, que la diferencia más notoria entre estos conceptos no es su aplicación territorial, sino más bien, el ámbito de lenguaje donde se les usa, mientras que los derechos humanos son utilizados casi indistintamente en los discursos de la política, de la ética y, a veces, del Derecho, el concepto de derecho fundamental es eminentemente técnico jurídico, acuñado para referirse a aquellos derechos humanos que han pasado a hacer parte de un ordenamiento jurídico determinado, es decir, cuyo desarrollo jurídico es amplio y posee límites y garantías más o menos claras.

Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], los derechos humanos son definidos como:

Los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales —el derecho a la vida— hasta los que dan valor a nuestra vida, como los derechos a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la salud y a la libertad. (ACNUDH, s.f.)

Como se observa en la anterior definición dada por la organización internacional, se les da un carácter más internacional a los derechos humanos, en contraste con los derechos fundamentales. Para el jurista argentino, Carlos Nino, los derechos humanos están compuestos por tres principios, los cuales serían: i) autonomía; ii) inviolabilidad y; iii) dignidad. Por su lado, el jurista español Manuel Atienza, en relación a la noción de estado constitucionalista, agrega otros tres principios a estos primeramente ofrecidos por Nino, que estarían compuestos, adicionalmente, por: i) necesidades básicas; ii) cooperación y; iii) solidaridad.⁴

Ahora bien, si se toma la idea de que los derechos fundamentales tienen una conexión directa con la constitución de cada estado y, por ende, estos son definidos por cada estado (por los juicios valorativos de cada estado según sus realidades) se demuestra una vez más del por qué se estudiará este tema de los derechos

⁴ Atienza, M. (2014). Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, 37, 299-318.

fundamentales Post Mortem, desde el paradigma postpositivista constitucionalista, ya que se debe realizar el estudio desde los ojos de cada territorio, teniendo en cuenta los juicios valorativos impuestos por la misma realidad cultural, constitucional, política y social, de cada estado.

1.2. Derechos fundamentales desde Luigi Ferrajoli

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo 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 éstas.

(Ferrajoli, 2001, p. 19)

Ferrajoli en su texto *Fundamentos de los Derechos fundamentales*, hace una estructuración del contenido de estos derechos, explicando que los derechos fundamentales se dividen en dos, primero, los derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, el cual este arraigado a la calidad de ciudadano, y segundo, los derechos primarios y derechos secundarios, y a su vez, de estos dos grupos de derechos se desprenden cuatro clases, la cuales serían:

- Derechos humanos, los cuales están conectados a la calidad de humanos de las personas y están conformados por los derechos primarios, como lo pueden ser los derechos de libertad y sociales.
- Derechos públicos, que son aquellos que se reconocen a los ciudadanos de un estado por el hecho de pertenecer a dicho estado, y claramente, estos derechos deben estar dispuestos en la Constitución del Estado. Estos derechos también son derechos primarios.
- Derechos civiles, que serían los derechos secundarios con los que cuentan las personas con capacidad de obrar. Terminarían siendo estos, los derechos que se desprenden de la autonomía de la voluntad privada.
- Derechos políticos, que también estarían constituidos por derechos secundarios, y también están ligados a los ciudadanos con capacidad de obrar, de un estado. Estarían compuestos por los derechos de elegir y ser elegido, el derecho de poder ejercer el voto, el derecho de acceder a un cargo público, entre otros.

A lo largo del texto de Ferrajoli (2001), adicional a la primera definición de derechos fundamentales que se dio, el autor da unos rasgos o componentes estructurales que tienen los derechos fundamentales, para ser diferenciados de otros derechos, y estos elementos son,

a) *la forma universal de su imputación*, entendiendo «universal» en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; b) *su estatuto de reglas generales y abstractas*, es decir, de lo que he llamado «normas téticas», en oposición a las «normas hipotéticas» que, en cambio,

predisponen, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociales por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) *su carácter indisponible e inalienable*, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás. (p. 292)

De lo anterior, logramos evidenciar que Ferrajoli aplica cierta escala valorativa a los derechos fundamentales al darles el nombre de “derechos primarios” o “derechos secundarios”, además de que, claramente, no nos da una definición sustancial de lo que son los derechos fundamentales, solo realiza una definición estructural de lo que son estos. Se dice que Ferrajoli realiza una definición estructural, ya que solo los describe y da una caracterización de los mismos.

1.3. **Derechos fundamentales desde María José Añón.**

Para María José Añón, los Derechos fundamentales son un contenido del orden jurídico, y disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que estos deben orientarse. Se puede observar el paradigma postpositivista constitucional, y más aun viendo la definición que se tiene por Constitución Política, `la cual define como la norma cuyo propósito es configurar la realidad. El autor hace énfasis en decir que la Constitución es una norma jurídica en todo su tenor, y no un documento político.⁵

⁵ Roig, M. J. A. (2002). Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (40), 25-36.

Ahora bien, al desarrollar la tesis de la integridad de los derechos, Añón hace una referenciación a la concepción tanto moral como jurídica de los mismos y de la Constitución. Indica que los derechos fundamentales se encuentran ligados a los valores, necesidades e intereses que hacen que un ser humano pueda actuar como un agente moral.

En ambos autores, pese a sus diferencias metodológicas, se puede definir a los derechos fundamentales como aquellas prerrogativas jurídicas estipuladas por la norma constitucional que, además han experimentado un desarrollo legal o reglamentario y que por tanto poseen un sistema que permite su exigibilidad ante los tribunales. Han salido por tanto del ámbito de la discusión política o de la opinión moral, han entrado además a hacer parte del patrimonio jurídico de todos los asociados en tanto derechos subjetivos de carácter público. De consecuencia, estos derechos se sustraen del mercado y generan un sistema de garantías judiciales y administrativas.

2. Derechos fundamentales post mortem

El tema de los derechos fundamentales post mortem, no es un tema ampliamente abordado ni por la doctrina, ni por las legislaciones de los estados, a pesar de las realidades sociales de los países, especialmente en los países latinoamericanos.

Se ha venido hablando sobre los derechos y obligaciones de las personas luego de la muerte, como lo pueden ser el testamento, los derechos de autor que se conservan luego del fallecimiento de la persona. Principalmente, estos derechos post mortem de la persona, son derechos económicos, pero bien, si se reconoce y debe

respetar la voluntad de la persona fallecida en cuanto a sus bienes, ¿Por qué estos derechos no pueden ampliarse al ámbito de las garantías téticas? Así como se reconocen y respetan la voluntad en cuanto a los derechos económicos/patrimoniales, este reconocimiento podría ampliarse por parte del estado a los derechos fundamentales post mortem, bien sea con el tratamiento decoroso del cadáver o con el reconocimiento de los derechos fundamentales a la honra, la imagen y buen nombre en personas fallecidas.

2.1. Garantías de los derechos fundamentales post mortem y de los derechos patrimoniales post mortem

El principal elemento diferenciador entre el derecho patrimonial post mortem y el derecho fundamental post mortem radica entre la garantía hipotética, la cual es propia a los derechos patrimoniales, y la garantía tética connatural a los derechos fundamentales.

Para hablar de esta diferencia primordial, es necesario explicar los mencionados sistemas de garantías de los derechos; las garantías “son mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho” (Aparicio & Pisarello, s.f., p.16), es decir, son aquellas figuras jurídicas que crea el Estado para proteger y lograr la satisfacción y/o no vulneración de los derechos; dichas garantías pueden ser legislativas, administrativas o jurisdiccionales.

El sistema de las garantías hipotéticas aplicables a los derechos patrimoniales según la teoría Ferrajoliana, hace referencia a aquella garantía preestablecida en la norma para exigir el cumplimiento de un derecho patrimonial

concreto, como lo puede ser una letra, un cheque o un pagaré, en caso de incumplimiento de pago, la ley predispone la ejecución de tal garantía en tanto se está frente a un derecho claro, expreso y exigible. Es decir, existe una hipótesis normativa que se activa inmediatamente se observa el incumplimiento. Por otro lado, el sistema de garantías téticas de los derechos fundamentales no es automático, no se puede garantizar mediante la simple predisposición hipotética de su incumplimiento mediante un supuesto de hecho, además de ello, es necesario poner en práctica un sinnúmero de actividades estatales, es decir administrativas, que, de no cumplir adecuadamente su función, entonces deben ser solicitadas a los jueces. Por ejemplo, para garantizar el derecho al agua potable, conexo con el derecho a la salud, se hace necesario que el estado o quien haga sus veces disponga de bienes y servicios congruentes para tal protección. Tal garantía, *per sé*, no se encuentra en las normas preexistente, sino que se activa para satisfacer las necesidades jurídicas de los individuos al momento de materializar la defensa de dichos derechos, puesto que de no tener estas garantías estaríamos frente a un derecho que no puede protegerse ni hacerse exigible; es por esto que es menester, crear un sistema de garantías téticas para los derechos fundamentales post mortem, es decir, un sistema para satisfacer las necesidades jurídicas del titular a través de acciones de la familia, la sociedad o del estado, o cualquier persona designada por la Ley para la protección de estos.

Cabe aclarar que, estas garantías téticas son una forma de garantizar el debido proceso, por ende, si se llegase a crear una figura que pueda proteger los

Derechos fundamentales post mortem, la protección sería de aplicación inmediata y directa, según lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

2.2. Derechos fundamentales post mortem desde una óptica supranacional:

Una tímida presencia

Con el fin de descubrir de qué manera se manifiestan los derechos fundamentales post mortem en el derecho supranacional, es menester hacer algunas aproximaciones a las normas del Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario, emitidas estas por órganos de carácter internacional, que se han encargado de abordar en sus textos normativos algunos aspectos sustanciales en cuanto a los derechos fundamentales post mortem.

Desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario, es fundamental traer a colación el Derecho de Ginebra, compuesto por el conjunto de las cuatro convenciones de Ginebra relativas a la protección de los civiles y las víctimas del conflicto armado; en relación a los derechos fundamentales post mortem, el Tercer Convenio de Ginebra *relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, 1949, en su sección III, habla sobre el fallecimiento de los prisioneros de guerra, y específicamente en su artículo 120 habla sobre los testamentos, actas de defunción, inhumación e incineración de los prisioneros de guerra fallecidos. Nos enfocaremos en lo que dice el artículo en relación con los Derechos fundamentales, y es que se estipula que:

Las autoridades detenedoras velarán por que los prisioneros de guerra fallecidos en cautiverio sean enterrados honrosamente si es posible según los ritos de la religión a la que pertenecían, y por qué las tumbas sean respetadas, decentemente mantenidas y marcadas de modo que siempre puedan ser

reconocidas. Siempre que sea posible, los prisioneros de guerra fallecidos que dependían de la misma Potencia serán enterrados en el mismo lugar. [CICR], 1949, art. 120)

Como se puede observar, el convenio de Ginebra da unas indicaciones expresas sobre cómo debe ser el trato de los prisioneros de guerra fallecidos, haciendo respetar los derechos fundamentales post mortem de las personas. Aquí se puede ver reflejado el Derecho Fundamental a la honra, a la libertad de culto y la imagen.

Además del Convenio de Ginebra, se puede observar que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1984), también otorga mecanismo para la protección de los derechos fundamentales post mortem de la persona, como puede ser observado en su artículo 12, que estipula que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.

Toda persona tiene Derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (ONU, 1984, art. 12)

Este artículo puede fundamentar que el cuerpo de la persona fallecida sea objeto de burlas que pueda afectar su Derecho a la honra. Del mismo modo se puede observar que en el artículo 18 del mismo texto, nos indica que:

Toda persona tiene Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este Derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y

colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. (ONU, 1984, art. 18)

De lo anterior se podría derivar en que el fallecido, sea tratado según la orientación religiosa o creencias de la persona en vida, y que esta voluntad de manifestar su religión o creencia se siga respetando post mortem.

Y, por último, logramos evidenciar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996), en su artículo número 7 que:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” (ONU, 1996, art. 7).

De este artículo, podemos derivar que la prohibición de ser sometido a experimentos médicos o científicos sin consentimiento debe ser trasladada al fallecido según hubiese sido la voluntad de la persona en vida.

Como se puede observar, en la órbita internacional existen diversos documentos donde logramos observar distintas protecciones que se realizan a las personas en vida, que fácilmente pueden usarse como un sustento para dar el paso a positivizar estos Derechos fundamentales post mortem en los distintos ordenamientos jurídicos, tanto internacionales, como nacionales. (Villarreal, 2019)

Si bien se observa, la órbita supranacional nos da unas bases para poder exigir las garantías téticas de los Derechos fundamentales post mortem, a priori no nos otorgan las herramientas suficientes para materializar plenamente dichas garantías, por

lo que, de manera nacional deberían otorgar estos para gozar plenamente de las garantías téticas de los Derechos fundamentales post mortem.

2.3. Derechos fundamentales post mortem en los ordenamientos jurídicos internos

Entrando en un ámbito doctrinal y jurisprudencial, y tomando como referencia a Cobas Cobiella (2013) se logra observar que una parte de doctrinantes latinos se plantea la pregunta de si el hombre después de la muerte sigue siendo objeto de derechos fundamentales, o si, por el contrario, estos se extinguen con su muerte.

Considero que, la anterior pregunta necesita una respuesta de manera urgente, lo anterior debido a la realidad social de los países latinoamericanos. Según el Centro de Investigación y Educación Popular [CINEP] en el año 2019, en Colombia hubo 1414 violaciones a los derechos humanos, siendo la Policía Nacional, el Ejército Nacional y los Paramilitares, los principales responsables de estas violaciones. Además de lo anterior, en el mismo año, se reportaron que más de 500 personas murieron a causas de ejecuciones extrajudiciales.⁶

Lo anterior, no es un problema que se presente solo en Colombia, ni en Latinoamérica, actualmente la situación que se está viviendo en Kazajistán, seguramente dejará como consecuencia una violación de derechos humanos inmensurable. Al ver la realidad política y social de Latinoamérica y gran parte del mundo, se ve la importancia de establecer en los sistemas jurídicos internacionales e

⁶ CINEP, 2020, El oro y las balas: Informe de DDHH 2019 y Revista Noche y Niebla, <https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/797-el-oro-y-las-balas-informe-de-ddhh-2019-y-revista-noche-y-niebla.html>

internos de cada Estado, una figura como la de los derechos fundamentales post mortem o similar, que garantice ciertos derechos fundamentales a las personas fallecidas.

La labor de búsqueda de protección de estos derechos fundamentales post mortem, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a crear ciertas figuras para conseguir esta protección, como lo pueden ser la memoria defuncti y la personalidad pretérita. Cabe aclarar, que los principales doctrinantes que han tocado estas figuras, son pertenecientes a países latinos, tanto de América, como de Europa.

2.3.1. Memoria Defuncti

En España, con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a criterio propio y de distintos autores españoles, como lo pueden ser Mercedes Ramos Gutiérrez, Diana Bandera Marcos, creó un precedente en la búsqueda de la protección de los Derechos fundamentales post mortem.

En esta Ley Orgánica, en el texto introductorio nos dice que:

Aunque la muerte del sujeto de Derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente. (Ley Orgánica 1, 1982)

Como se puede observar, el anterior fragmento del texto introductorio prolonga la protección de ciertos derechos fundamentales aun cuando estos son vulnerados a una persona ya fallecida, este fragmento hace referencia principalmente a los artículos cuarto y sexto de la ley en mención, los cuales hablan respectivamente de i) la facultad de exigir la protección a los derechos fundamentales a la honra, la imagen y la intimidad de la persona fallecida recae en primera medida, en la persona designada por la persona fallecida en su testamento, y en caso de que no haya designación o esta haya fallecido, la facultad para ejercitar las acciones de protección de dichos derechos recae sobre el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona fallecida; por otro lado ii) el artículo sexto indica que cuando el titular de un derecho fallezca sin haber podido ejercitar el mismo, las personas señaladas en el artículo cuatro podrán ejercitar las acciones correspondientes para consumir el derecho.

Como se puede observar, la Ley Orgánica 1/1982, creó un precedente para la protección de los derechos fundamentales post mortem con la figura de *memoria defuncti* la cual es definida como una prolongación de la personalidad de la persona fallecida, lo que puede ser catalogado como una garantía tética, ya que otorga la protección del Derecho fundamental post mortem a la persona designada en el testamento y en caso de que no los haya, a los familiares supérstites o al Estado. En resumidas cuentas, el objetivo de esta Ley, y particularmente de estos artículos, es proteger el debido respeto de la persona fallecida, y de este modo proteger la memoria del fallecido. (Ramos Gutiérrez, 2012)

2.3.2. Protección de la personalidad pretérita

Al igual que la figura de *memoria defuncti*, la protección de la personalidad pretérita de la persona fallecida es una figura ampliamente trabajada en el Derecho Español. Si bien los atributos y ciertos derechos terminan con el fallecimiento de la persona, se puede dar el caso que la persona en vida debía rectificar alguna información que haya podido afectar su buena imagen u honra, tal y como lo indica la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo en su artículo primero, que dispone lo siguiente:

Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos. (Ley Orgánica 2, 1984, art. 1)

Como lo indica el artículo, si la persona fallece antes de poder realizar la rectificación, sus herederos o representantes, en vistas a la protección del derecho fundamental a la buena imagen y el derecho fundamental a la honra, deben realizar la rectificación que la persona en vida hubiese hecho. Se puede deducir entonces que, los herederos, además de recibir en herencia los derechos patrimoniales a los que tenga derecho, recibe unos derechos morales, los cuales debe hacer cumplir respetando la voluntad de la persona en vida.

Para el Jurista español José Luis Lacruz Berdejo, haciendo referencia a la protección de la personalidad pretérita, nos dice que:

Los herederos o parientes reclaman derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita: el sujeto no pervive por ello, pero, aun desaparecido, queda un resto de derechos extrapatrimoniales que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer en favor -sobre todo- de la buena memoria del difunto, por ciertas personas como gestores de esa buena memoria: no como derechos propios. Aún tiene más claros rasgos de actuación en cumplimiento de una voluntad pretérita la intervención de las personas expresamente designadas para ello por el difunto, como prevén las leyes de defensa del honor y de propiedad intelectual. (1990, p. 28)

Como se puede observar, tanto la legislación española, como sus juristas y doctrinantes, hay un claro anhelo de la protección de los derechos fundamentales post mortem. España es un país que, al igual que muchos países latinoamericanos, ha sufrido una gran violación sistemática de Derechos Humanos, se podría decir que, en la historia reciente, la época que más ha sufrido violación de estos derechos fue en la época de la dictadura de Francisco Franco, que duró desde el fin de la guerra civil española en el año 1939, hasta la muerte del dictador en el año 1975. Según el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU en su visita a España (2014), estima que hubo entre 115.000 y 130.000 personas desaparecidas, 150.000 asesinatos y aproximadamente 30.960 niños robados.

Así como España, la gran mayoría de países latinos han atravesado por etapas de violaciones sistemática a los Derechos fundamentales, bien sea por conflictos internos con guerrillas, como lo puede ser las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en Colombia, las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN)

en Venezuela o el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México, o por conflictos políticos como lo puede ser la guerra de los mil días en Colombia o las guerras civiles ocurridas en Latinoamérica en el siglo XX, en todos estos eventos históricos se ven reflejados una violación sistemática a los derechos humanos bien sea materializado en ejecuciones arbitrarias o sumarias, torturas, desapariciones forzadas, o cualquier otra violación a los Derechos Humanos. Al atravesar por esta violación sistemática, se crea una necesidad mayor de crear una figura de protección a los Derechos fundamentales post mortem con garantías técnicas para así brindar herramientas funcionales para garantizar los derechos de las personas.

2.4. Derechos fundamentales post mortem en Colombia

Si bien es cierto que en Colombia no existe alguna figura similar a la memoria defuncti o la protección de la personalidad pretérita, o alguna Ley o proyecto de Ley similar a la Ley Orgánica 1/1982 de España, se podría decir que jurisprudencialmente han existido acercamientos a la necesidad de protección de los derechos fundamentales post mortem, esto, respondiendo a la gran cantidad de violaciones a los derechos fundamentales que ocurren en el país, ya sea por grupos armados al margen de la Ley, la Policía Nacional, el Ejército, o inclusive medios de comunicación que en distintos casos, se puede hablar de violación a los derechos fundamentales del fallecido, haciendo foco al derecho fundamental a la honra, imagen e intimidad de la persona ya fallecida.

2.4.1. Derecho a la intimidad y al buen nombre - Sentencia T-478 de 2015

En la Sentencia T-478 de 2015, de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en donde la señora Alba Lucia Reyes, interpone una acción de tutela a nombre propio y de su hijo menor de edad fallecido Sergio David Urrego Reyes en contra del colegio Gimnasio Castillo Campestre (lugar donde estudiaba Sergio Urrego), la Secretaria de Educación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación y la Comisaria Decima de Familia de Engativá, en razón del que menor de edad sufría acoso escolar por parte de sus compañeros y supuesta discriminación por parte del Colegio debido a su orientación sexual. Debido a todo lo anterior, el menor de edad Sergio David Urrego Reyes decide terminar con su vida, tal y como lo manifestó en dos cartas que dejó antes de suicidarse.

La Corte Constitucional, en esta sentencia hace una prolongación similar a la hablada en la memoria defuncti en España. En el caso en concreto de la Sentencia T-478 de 2015, hace referencia específicamente al derecho a la intimidad y al derecho al buen nombre, y aclara que la titularidad de estos derechos no se extingue con el fallecimiento de la persona, sino que este, es extendido a la familia. Seguidamente la Sala realiza lo mismo con el derecho a la intimidad y al buen nombre, otorgando la misma extensión hacia la familia, y otorga la facultad a los jueces de la república para que, por medio de tutelas, realicen la debida protección a estos derechos fundamentales. Al concluir la Sentencia, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, confirma esta protección post mortem de los derechos fundamentales al conceder la protección de estos de la persona fallecida.

A criterio propio, no me encuentro de acuerdo con esto realizado por la Corte Constitucional, si bien, es un primer paso en la protección de los Derechos

fundamentales post mortem, no estoy de acuerdo en que, en cierta medida, estos derechos sean “trasladados” a la familia, ya que se estaría tornando en un Derecho a la honra de la familia y no un Derecho fundamental post mortem a la intimidad y al buen nombre. Lo que debería ocurrir es la creación de una garantía tética para la exigibilidad de los Derechos fundamentales post mortem, similar a la garantía tética otorgada en España con la figura de la memoria defuncti en la cual se puede exigir la protección de estos derechos fundamentales post mortem a la familia de la persona fallecida, pero en ningún caso, trasladar estos derechos a la familia, ya que se estaría perdiendo el carácter de fundamental.

2.4.2. Derecho a la imagen - Sentencia T-628 de 2017

En esta Sentencia de la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, maneja unos hechos similares a los de la sentencia T-478 de 2015, solo que en el caso en concreto es el señor Robert Urrego Ramos padre del menor Sergio David Urrego Reyes, el que interpone la tutela, pero esta vez en contra de la productora LAP S.A.SA y el señor Gustavo Nieto Roa, ya que estos realizaron una película titulada “mariposas verdes” la cual fue inspirada en el suicidio del menor Sergio David Urrego Reyes. La demanda se basó en que el actor principal era muy similar en sus rasgos a los del menor fallecido y, por ende, estaban explotando su imagen sin permiso.

En este caso ocurre algo similar que la Sentencia anterior, se otorga una prolongación a los derechos fundamentales, en este caso al derecho a la imagen. Relacionan el anterior derecho con la dignidad humana, la cual se extiende después de la muerte y del mismo modo, otorga la facultad a los jueces de la república de

establecer la vulneración que se realizó al derecho fundamental y, por ende, tomar las medidas correspondientes para proteger satisfactoriamente este derecho, esto se puede ver como el establecimiento de la garantía tética para la protección de los derechos fundamentales post mortem. En el caso en concreto no se falla a favor del accionante, no por desconocer los derechos fundamentales post mortem, sino por no encontrar probadas las vulneraciones a las que se hace referencia en el texto de la demanda.

Algo que se puede rescatar de esta sentencia, a diferencia de la Sentencia T-478 de 2015, es que aquí se ve reflejada una garantía tética para la protección de los derechos fundamentales post mortem, con la procedencia de la tutela para la protección de estos derechos fundamentales post mortem, ya que la Corte Constitucional revoca los dos (2) fallos proferidos por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá y por el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá, los cuales declararon improcedente la acción de tutela para la protección de estos derechos fundamentales post mortem.

A diferencia de la Sentencia T-478 de 2015, que otorgaba cierto traslado a los familiares de los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre, no ocurre en esta Sentencia con el derecho fundamental a la imagen.

2.4.3. Derecho a la honra, al buen nombre, la intimidad y a la imagen -

Sentencia T-007 de 2020

En esta Sentencia de la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, la señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca actúa en nombre propio, de

su madre y dos hermanos, interpone demanda en contra del periódico Extra Boyacá, ya que un empleado de dicho periódico acoso a la cuñada de la señora Gisell Jiménez exigiendo una foto de su fallecido padre, el señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez, y en caso donde se rehusaran a enviar una foto del señor, amenazaron con publicar una foto de como quedo el cuerpo del fallecido.

Se puede observar que los magistrados hablan del alcance que pueden llegar a tener los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la imagen de la persona que ha fallecido, e indican que estos derechos fundamentales pueden ser invocados por los familiares supérstites con el fin de protegerlos según hubiese sido la voluntad del causante.

Del mismo modo que la Sentencias anteriores (T-478/15 y T-628/17), la Corte Constitucional realiza una extensión a la familia de los derechos fundamentales de la persona fallecida como se puede leer a continuación en referencia a la titularidad de derechos como el derecho fundamental a la intimidad:

No se extingue con el fallecimiento de su titular, sino que se extiende al núcleo familiar que lo rodeó durante su vida. Esto se debe a que se trata de derechos de una magnitud personal incuestionable, que tienen una relación intrínseca con el núcleo social más próximo al ciudadano. (Corte Constitucional, T-007/2020)

Como se observa, la Corte Constitucional en esta sentencia reitera nuevamente lo dicho en la sentencia T-628 del 2017, extendiendo los derechos fundamentales del fallecido a sus familiares, que, en mi criterio, reitero, haría perder ciertas características

propias de los derechos fundamentales, lo cual podría hacer derivar estos derechos en otros.

2.4.4. Donación de órganos post mortem - Sentencia C-933 de 2007

La Sala Plena de la Corte Constitucional en esta sentencia resuelve una demanda del señor Juan Fernando Ramírez Gómez, en contra del artículo 2 (parcial) de la Ley 73 de 1998, ya que indica que se le vulnera el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad familiar y personal y el libre desarrollo de la personalidad. Pero lo sumamente importante de la Sentencia, por lo menos para el tema del artículo presente, es el tema de la donación de órganos post mortem y de quien decide en caso de que la persona fallecida no haya manifestado su voluntad sobre el tema en cuestión. En este caso, en Colombia existe una presunción legal que es reiterada por la Sala Plena en esta Sentencia, la cual es:

En caso de que la persona no haya manifestado expresamente su voluntad en vida respecto del tema de la donación de órganos después de su muerte, el Estado y la ley presume la voluntad tácita o implícita de la persona para que pueda efectuarse la donación, dando prioridad al interés público o a la función social del cadáver, condicionando la configuración de la presunción legal de donación o del consentimiento presunto a la autorización expresa de los familiares o por lo menos a la no oposición o silencio por parte de éstos. (Corte Constitucional, C-933/2007)

Aquí la Corte Constitucional entra a debatir sobre la “posesión” del cadáver para decidir qué hacer con sus órganos, para lo cual la Corte toma como referencia la

Sentencia T-162 de 1994, indicando que existe una “cuasi-posesión” y que, en principio, esta recae sobre los familiares o las personas que tuvieran cercanía con la persona fallecida, pero el Estado, en vistas del bienestar social puede hacer uso de la presunción legal existente cuando exista una muerte cerebral.

Adicionalmente de todas las problemáticas éticas, sociales, morales o de cualquier otra índole que puedan surgir de esta decisión tomada, bien sea por la familia o bien sea por el Estado, puede surgir otro debate y es, si la familia decide no donar los órganos de la persona fallecida ¿Se vulnerarían los Derechos fundamentales post mortem de la persona? que, sabiendo de la presunción legal existente en Colombia, decide simplemente no expresar su voluntad y atenerse a esta presunción. Esta problemática, no es solucionada o mencionada por la Corte Constitucional, y así mismo como esta problemática, el tema del derecho en la bioética produce otras problemáticas similares, como lo puede llegar a ser la fecundación in vitro post mortem, donde se evalúa la posibilidad de extraer el líquido seminal de la persona fallecida para embarazar a su pareja supérstite. Y con el tiempo y el avance tecnológico de la bioética, seguramente seguirán apareciendo debates de esta índole, que el derecho está en obligación de resolver para generar garantías téticas de los derechos fundamentales post mortem de las personas.

3. Conclusiones

Se puede concluir que los países latinos, de Europa y de América, han sufrido una gran cantidad de violación sistemática a los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas a través de toda su historia, asesinatos, rehenes, desapariciones sin respuesta después de más de 60 años, es por ello que existe un

anhelo de la protección de los derechos fundamentales post mortem de las personas, para que, mediante garantías téticas, se hagan respetar los derechos fundamentales como a la honra, al buen nombre, la intimidad y a la imagen, de las personas fallecidas. Este anhelo de protección, se ve reflejado tanto en las figuras creadas en España como la memoria defuncti y la protección de la personalidad pretérita, como la reiterada protección jurisprudencial a los derechos fundamentales post mortem en Colombia.

Se observa que, en Colombia, debido a que casi toda su historia reciente ha estado en conflicto interno y, por ende, existe una violación sistemática a los Derechos humanos, hay un intento para la protección de los derechos fundamentales post mortem, y seguramente en distintos países con realidades sociales y políticas similares también. Pero hace falta la creación de una figura en el ordenamiento interno que asegure la protección de los derechos fundamentales post mortem mediante garantías téticas, y esta se integre, continúe o mejore el camino que ha recorrido la jurisprudencia colombiana.

Es necesario atender a las realidades sociales y políticas tanto de los países latinos, para realizar una protección a los derechos fundamentales post mortem de las personas mediante garantías téticas.

Si se tiene en cuenta el avance de las nuevas tecnologías, por ejemplo, la facilidad que existe para el anonimato en internet, los avances existentes en cuanto a bioética como lo pueden ser la donación de órganos post mortem, la fecundación in vitro post mortem, entre otros, el derecho se enfrenta a nuevos retos por lo que debe evolucionar para brindar una protección óptima a los derechos fundamentales post

mortem, se abre aquí un campo muy amplio de posibilidades de investigación que deben ser abordados mediante investigaciones posteriores.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas (s.f.) *¿En qué consisten los Derechos Humanos?*

<https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx#:~:text=Los%20Derechos%20Humanos%20son%20los,idioma%20o%20cualquier%20otra%20condici%C3%B3n.>

Aparicio, M. y Pisarello G. (s.f.) *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya-Fundación Henry Dunant, pp. 1-31, P07/73049/02232.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2014) Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-49-Add1_sp.doc

Atienza, M. (2016). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Revista de la Academia de Abogados de Pichincha*. Año 2 (número 3), 59-101.

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CAP/article/view/1945/1822>

Bandera, D. (2018). *"Memoria defuncti" como prolongación de la personalidad y su protección post mortem*. [Tesis de Maestría, Universidad de León de España]

<https://buleria.unileon.es/handle/10612/11743>

CINEP. (2020) *El oro y las balas: Informe de DDHH 2019 y Revista Noche y Niebla*.

<https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/797-el-oro-y-las-balas-informe-de-ddhh-2019-y-revista-noche-y-niebla.html>

Cobas Cobiella, M. E. (2013). PROTECCIÓN POST MORTEM DE LOS DERECHOS DE LAPERSONALIDAD. REFLEXIONANDO SOBRE LA CUESTIÓN. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (15), 112-129.

Código Civil [CC]. *Ley 84 de 1873*. 31 de mayo de 1873. (Colombia).

Comanducci, P. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*.

http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2004/01/17_Problemas_Compatibilidad_Entre_Derechos.pdf.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (1949) *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ("Tercer Convenio de Ginebra")*.

<https://www.refworld.org/es/docid/58d56b564.html>

Contreras, S. (2012). Ferrajoli y los derechos fundamentales. *Ferrajoli y los derechos fundamentales*, 121-145.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Berna), Acta de París del 24 julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

<https://wipolex.wipo.int/es/text/283694>

Corte Constitucional. *C-933 de 2007*. M.P. Jaime Araujo Rentería; 8 de noviembre de 2007.

Corte Constitucional. *T-007 de 2020*. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; 20 de enero de 2020.

Corte Constitucional. *T-478 de 2015*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 03 de agosto de 2015.

Corte Constitucional. *T-526 de 2002*. M.P. Alvaro Tafur Galvis; 11 de julio de 2002.

Corte Constitucional. *T-628/2017*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 09 de octubre de 2017.

Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., & Greppi, A. (1999). *Derechos y garantías: la ley del más débil* (pp. 74-76). Madrid: Trotta.

González, S., Arredondo, M., Maldonado, P., & Pérez, A. (2016). *Reflexiones desde un enfoque de Derechos Humanos sobre la dignidad y el Derecho después de la muerte. Un compromiso del servicio médico legal*. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya-Fundación Henry Dunant.

Huerta, C. (2010). *Sobre la distinción entre Derechos fundamentales y Derechos Humanos*. *Derechos Humanos México: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 5 (14), 69-86.

Lacruz, J., Sancho F., Luna A., Delgado J., Rivero F. (1990) *Elementos de Derecho civil, I. Parte General. II. Personas*, Barcelona: Bosh.

Ladino, Y., Castro, L. & Villada, M. (2020). *Diferencias entre Derechos humanos y Derechos fundamentales*. Universidad Católica de Colombia.

Ley 23 de 1982. *Sobre Derechos de autor*. (1982, 28 de enero). Congreso de la Republica. Diario Oficial No. 35.949 (Colombia).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3431#:~:text=Esta%20Ley%20protege%20exclusivamente%20la,obras%20literarias%2C%20cient%20C3%ADficas%20y%20art%20C3%ADsticas>.

- Ley Orgánica 1 de 1982. *De protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. (1982, 25 de mayo). BOE. No 115 (España). <https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11196-consolidado.pdf>
- Marquisio, R. (2018). *Tres modelos de postpositivismo jurídico*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (47).
- Ramos Gutiérrez, M. (2012). *La protección de la memoria defuncti*. [Tesis de doctorado] Universidad de Salamanca, España.
- Real Decreto Legislativo 1/1996. Ley de Propiedad Intelectual. (1996, 12 de abril). Ministerio de Cultura. BOE No. 97 (España). <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>
- Villarreal, H. (2019). *Fundamentos de los Derechos post mortem de la persona y su situación en la Ciudad de México*. [Ponencia]. I Coloquio de Derechos Humanos UAM, Casa Rafael Galván de la Universidad Autónoma Metropolitana. https://www.academia.edu/1131514/Fundamento_de_los_Derechos_post_mortem_de_la_persona_y_su_situaci%C3%B3n_en_la_Ciudad_de_M%C3%A9xico