

DR 29 1214

Y para cerrar el programa de hoy se encuentra con nosotros la profesora de Derecho Natural doña María Eugenia Gallo Santa Cecilia que nos va a explicar cuál es el significado de la positivación de los derechos humanos. Muy buenas noches y bienvenida profesora Gallo a la revista de Derecho, a la última revista de Derecho que dedicamos a primer curso. Buenas noches Charo y buenas noches a todos nuestros alumnos.

Pues como nuestros alumnos han podido estudiar en las lecciones precedentes referidas al concepto y fundamentación de los derechos humanos y a pesar de la multiplicidad de términos que a lo largo de los tiempos se han venido utilizando para hacer referencia a esta cuestión, parece claro que lo más correcto sería utilizar dos denominaciones determinadas que serían. Derechos humanos, expresión a utilizar para hacer referencia a estos derechos subjetivos del hombre, considerados en abstracto y persistentes a su plasmación en normas jurídicas. Derechos fundamentales para referirnos a estos derechos que el hombre posee por naturaleza, pero que se han positivado en un ordenamiento jurídico concreto.

Pues bien entonces y para empezar profesora Gallo, ¿qué significa la positivación? Bueno, para comprender esta cuestión hemos de partir de la siguiente consideración. Si bien podríamos afirmar desde una perspectiva justnaturalista que los derechos humanos son poseídos por los hombres con anterioridad e independencia de lo que establezca el derecho positivo o el ordenamiento jurídico, sin embargo no es menos cierto que para que estos derechos queden garantizados es necesario que exista un sistema eficaz que por una parte asegure a los individuos el ejercicio de los derechos y por otra parte establezca los mecanismos jurídicos. Mecanismos jurisdiccionales y procesales precisos para poder protegerlos y defenderlos en el supuesto de que estos derechos se vulneren.

Y este sistema de protección únicamente puede proporcionarlo el ordenamiento jurídico positivo, de tal manera que va a ser el derecho positivo el encargado de determinar, primero, cómo y en qué circunstancias se pueden ejercitar estos derechos y segundo, qué fórmulas y procedimientos pueden utilizar los titulares de estos derechos cuando se les impida ejercitarlos. Para poder alcanzar este objetivo se hace imprescindible que el ordenamiento jurídico positivo empiece por reconocer que tales derechos existen y los formule a través de sus normas. Por todo lo dicho, por positivación debemos de entender entonces el proceso mediante el cual los derechos humanos son recogidos y formulados por las normas positivas haciendo así posible su ejercicio eficaz.

Entonces, partiendo de este concepto de positivación, podemos afirmar que el proceso de positivación tiene una gran importancia ya que su función es la de garantizar los propios derechos. Sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, esta función ha sido interpretada de forma diversa. ¿Cuáles son las interpretaciones de la positivación? Efectivamente, en base a la distinta fundamentación que doctrinalmente se ha hecho de estos derechos, podemos decir que existen tres posibles interpretaciones de la positivación que serían la postura positivista, la

postura just naturalista y la postura realista.

Pues veamos esta primera interpretación que usted ha mencionado, la de la postura positivista. Para los seguidores de la actitud positivista, el proceso de positivación desempeña una función constitutiva ya que estos autores consideran que estos derechos sólo existen en tanto en cuanto aparecen recogidos por las normas jurídico positivas. Es decir, para ellos, si un derecho humano no se formula normativamente, a través de una norma jurídica, carecerá de valor.

Sería como si dicho derecho no existiera, puesto que su titular no podrá alegarlo ante los demás sujetos ni podrá beneficiarse del sistema de garantías que el ordenamiento jurídico positivo establece. Por tanto, según los partidarios de esta postura positivista, los derechos humanos son una creación de la norma jurídica. ¿Y cuál sería la postura just naturalista? Por el contrario, los seguidores de la tesis just naturalista consideran que, puesto que estamos hablando de unos derechos que el hombre posee de forma innata, por su propia naturaleza y desde el momento de su nacimiento, el proceso de positivación únicamente consiste en la consagración normativa de unas exigencias, de unos valores que el hombre previamente posee, tratándose únicamente, por tanto, del reconocimiento de unas facultades que le corresponden al hombre por naturaleza.

Es decir, para estos autores la positivación es necesaria para facilitar y garantizar el ejercicio de estos derechos, pero el proceso de positivación no añade a unos derechos ya existentes nada más que el hecho de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico positivo, lo cual permitirá que a partir de ese momento, del momento de dicho reconocimiento, esos derechos puedan beneficiarse de los mecanismos de protección previstos por el propio ordenamiento jurídico. En definitiva, desde esta perspectiva just naturalista, la positivación desempeña una función meramente declarativa, ya que este proceso se limita a constatar la existencia de unos derechos que ya existían con anterioridad. ¿Y cuál sería la interpretación desde la postura realista? En este grupo debemos de incluir todas aquellas posturas que entienden que el proceso de positivación es un requisito más que ha de concurrir para el disfrute real y efectivo de estos derechos.

Normalmente los partidarios de esta postura realista consideran que la positivación de los derechos humanos ha de realizarse teniendo en cuenta las distintas condiciones socioeconómicas que en cada momento histórico concurren. Es decir, según cuáles sean esas condiciones, se positivarán unos derechos y no otros, con lo cual el problema de la positivación se está convirtiendo en una cuestión política. En cualquier caso, desde la postura realista se hace especial hincapié en el hecho de que la positivación, o a través de ella, debe permitir el desarrollo de las técnicas de garantía y protección de estos derechos.

Una vez que ya conocemos qué es la positivación, podemos preguntarnos si existen diferentes modos para realizar el proceso de positivación. Es decir, profesora Gallo, ¿cuál es el procedimiento para realizar la positivación de los derechos humanos? Efectivamente, Charo. Llegados a este punto, hemos de averiguar qué medios pueden ser utilizados para positivizar los

derechos humanos.

Pero ante todo, hemos de tener en cuenta, como cuestión previa, que dado que la positivación consiste, como hemos dicho, en formular estos derechos en las normas jurídicas, esto plantea la necesidad, por una parte, de que estos derechos se enuncien, se formulen en las normas de forma clara, unívoca y precisa, y, por otra parte, de que esta formulación se realice teniendo en cuenta los nexos, las relaciones que existen entre los distintos derechos, de tal forma que se establezca una formulación coherente y no contradictoria. Teniendo en cuenta estas premisas, podemos decir que existen cinco medios técnicos de positivación, o cinco niveles distintos que se utilizan para realizar este proceso, y que serían el nivel constitucional, el internacional, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Es decir, el proceso normativo en el que la positivación consiste puede ser el resultado de la actuación de los diferentes poderes jurídico-políticos del Estado, ya que a todos y cada uno de dichos poderes le puede corresponder la competencia para elaborar, cada uno de ellos dentro de su propio ámbito, el régimen jurídico-positivo de estos derechos.

Pues, si le parece bien, vamos a empezar a ver estos diferentes niveles o medios técnicos de positivación. Empecemos por el nivel constitucional. Efectivamente, es cierto que suele utilizarse el texto de las constituciones como el medio más idóneo para positivizar los derechos humanos, y ello porque a partir del siglo XVIII se ha venido considerando como premisa fundamental el reservar al poder constituyente, que al fin y al cabo es el representante de la soberanía popular, la tarea de fijar los derechos básicos de la convivencia social.

Y esta tarea podía llevarse a cabo o bien insertando estos derechos en el preámbulo de los textos constitucionales, posibilidad esta que ha sido discutida doctrinalmente argumentando que los preámbulos carecen de valor normativo, por lo que no se estaría logrando la positivación de aquellos derechos que en ese preámbulo se incluyeran, o bien otra posibilidad sería incluir estos derechos a lo largo del texto articulado de la Constitución, o bien otra posibilidad también sería la de realizar una declaración específica incluyendo tales derechos. En cualquiera de estos supuestos la finalidad perseguida sería la de la defensa de estos derechos, considerándose que la garantía más eficaz es la de proclamarlos expresamente en la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico en el texto constitucional. Asimismo conviene destacar que la positivación a través de este medio o de este nivel constitucional, desde el punto de vista técnico jurídico puede realizarse a través de varios sistemas.

Tendríamos por una parte el sistema de cláusulas generales, que consiste en enunciar grandes principios con carácter general, tales como por ejemplo el principio de libertad, de dignidad humana, etc. Otro sistema sería el sistema casuístico o de leyes especiales, que consistiría en proclamar y establecer derechos y libertades con carácter más concreto y pormenorizado. Por ejemplo, hablar ya en concreto de la libertad de pensamiento, de la libertad de prensa, de la libertad de conciencia, etc.

Y un tercer sistema sería un sistema mixto, que sería el empleado en aquellos textos

constitucionales en los que tras el enunciado de grandes principios, realizado generalmente en el preámbulo, se pormenorizan en el texto articulado, en los distintos artículos de la Constitución, un catálogo sistematizado de los principales derechos y libertades del ciudadano. Este último sistema sería el utilizado por la Constitución Española de 1978. Otro nivel o medio técnico de positivación sería el internacional.

¿En qué consiste? Como bien saben nuestros alumnos, otra posibilidad de positivación sería el utilizar textos y declaraciones emanadas de organizaciones de carácter internacional, como sería el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, elaborada en el seno de la Organización de Naciones Unidas y que, por tanto, tiene un carácter internacional general o universal, ya que se entiende que en la ONU están representados todos los países y, por tanto, sus normas afectan a todos por igual. O también sería el supuesto del llamado Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, convenio también conocido con el nombre de Convención de Roma de 1950 y que tiene un carácter internacional más limitado, ya que sólo afecta a los países que pertenezcan al Consejo de Europa. Son los que se llamarían tratados de carácter regional.

El problema que se ha planteado es si realmente estos textos constituyen una auténtica positivación normativa o si, por el contrario, se trata de meras formulaciones, de intenciones, de meras recomendaciones que carecen de fuerza vinculante. Hay opiniones doctrinales que justificarían ambas posturas. Nos queda poco tiempo, pero sí vamos a poder finalizar ver los otros tres medios técnicos de positivación, como el del Poder Legislativo.

Cuando hablamos de la positivación a través del Poder Legislativo, nos encontramos ante un medio técnico que ha suscitado críticas y rechazos. Lo cierto es que es muy frecuente que las constituciones a veces se limiten a formular de forma escueta los derechos y libertades y nos remitan una posterior ley para que sea esta la que concrete y pormenore estos derechos que allí sólo habían quedado enunciados, estableciéndose en esa ley cuál será el ámbito, contenido y límites de estos derechos. Esta situación, por ejemplo, la encontramos en nuestro texto constitucional en un sinnúmero de artículos, a modo de ejemplo en el artículo 17.1, en el artículo 17.3, en el artículo 18.4, etc.

Este procedimiento puede generar problemas cuando el enunciado constitucional sea muy vago o abstracto, ya que sus posibles interpretaciones, que van a ser realizadas por el legislador ordinario, podría llevar a que se alterase el significado o el sentido que se quiso atribuir por el constituyente a este derecho al incluirlo en la Constitución. Sin embargo, este riesgo puede reducirse, como en la práctica ocurre, ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídico-positivos suelen establecerse, bien normativa o bien jurisprudencialmente, una serie de requisitos a la actuación del legislador para que estos requisitos actúen como límites. Por ejemplo, que tenga que respetarse el contenido esencial del derecho, que no se conculquen principios constitucionales, etc.

¿Y qué ocurre con la positivación realizada a nivel ejecutivo? Como se pueden imaginar

nuestros alumnos, si la anterior, la positivación realizada por el Poder Legislativo, planteaba problemas, mucho mayor es el rechazo que genera el que sea la Administración, el Poder Ejecutivo, el encargado de delimitar normativamente el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, en las modernas sociedades se suele recurrir a este sistema de positivación por considerarlo necesario para agilizar el procedimiento. Es más rápido que el Ejecutivo haga un decreto o un reglamento que el procedimiento de elaboración de una ley orgánica por las cámaras legislativas.

Y se recurre, por tanto, a este procedimiento, aunque se es consciente de los riesgos que puede implicar esta competencia reglamentaria en materia de positivación. Precisamente porque se es consciente de esos riesgos, se establecen una serie de garantías, que aseguran que esa competencia que se le atribuye al Ejecutivo para positivar derechos fundamentales es una competencia residual, es decir, es una competencia que sólo puede afectar a aquellos derechos o materias que no sean competencia de otros poderes, del Poder Legislativo o del Poder Constituyente. Un ejemplo de este tipo de garantías sería lo expresado en el artículo 81 del texto constitucional español.

Se trataría además también de una competencia subsidiaria, ya que en virtud del principio de jerarquía normativa el Ejecutivo o la Administración, cuando desarrolla su competencia normativa, no puede nunca contravenir normas de rango superior. Y además se trataría de una competencia controlada, ya que su actividad puede ser vigilada por los órganos jurisdiccionales. Es decir, el ciudadano puede acudir ante los tribunales si considera que la Administración, que el Poder Ejecutivo, sea extralimitada en sus funciones cuando ha positivado estos derechos.

Y ya para finalizar, el último medio técnico de positivación realizado por el Poder Judicial. Bueno, cuando decimos que los jueces participan en el proceso de positivación de los derechos humanos, no debemos entender esta afirmación en el sentido de que los jueces y tribunales puedan crear normas en su sentido técnico jurídico más estricto. Sino que afirmamos que el Poder Judicial desempeña una tarea de positivación primero cuando se encomienda a estos órganos la labor de interpretación, al interpretar el sentido, el alcance y el contenido de estos derechos en aquellos puntos en los que el texto de la Constitución o el texto de la ley que los desarrolla pudiera presentar lagunas, imprecisiones, incongruencias, etc.

En segundo lugar, también participan los jueces en el proceso de positivación cuando tutelan el ejercicio de estos derechos, fijando en sus sentencias, en sus resoluciones, los criterios para que exista un ejercicio eficaz o impidiendo determinadas actuaciones a otros sujetos, bien sean públicos o privados, que garanticen de este modo que el titular del derecho pueda disfrutar de dicho derecho. Como conclusión, por tanto, si te parece, Charo, podríamos afirmar que, pese al análisis diferenciado que hemos realizado de los distintos medios técnicos de positivación, en muchos casos la mayoría de estos métodos son complementarios y pueden ser utilizados conjuntamente en un mismo sistema jurídico en beneficio de los mismos derechos. Profesora Gallo, aunque ya estamos en el final incluso de la Revista de Derecho, no me resisto a hacerle

alguna pregunta en relación con los exámenes que tendrán que hacer sus alumnos de Derecho Natural, ya que esta asignatura, en cierto modo, tengo entendido que es un poco compleja, sobre todo yo creo que por los conceptos abstractos que tienen y a veces es difícil de comprender.

¿Podría darles a ustedes algún consejo, alguna información útil para que puedan superar esta materia? Bueno, yo creo que la orientación que cabe dar en esta segunda parte de la asignatura, que como nuestros alumnos habrán detectado no tiene mucha relación, bueno, sí tiene porque en el fondo todo está relacionado, pero la materia que se trata es distinta a la que hemos visto en el primer parcial, bueno, al ser una materia de carácter histórico principalmente, yo le aconsejo, la recomendación que haría es que nuestros alumnos establezcan a través de esquemas muy claramente la doctrina de cada autor, de cada pensador, de manera que no quepa el confundir, pues qué diría yo, el pensamiento de Tomasio con el de Pufendorf o el de Hobbes con el de Rousseau. Por tanto, bueno, que tengan en cuenta que cada corriente de pensamiento tiene sus características, tiene un esquema básico a partir del cual luego pueden ir rellenando de contenido las distintas cuestiones. Eso por una parte.

En segundo lugar, que procuren expresar las ideas de forma que se entiendan, que ellos las entiendan y que nosotros las entendamos. Es decir, a veces ocurre que el alumno en un afán por que el examen quede mucho más bonito recurre a utilizar términos que yo creo que ni siquiera comprende correctamente y llega a la conclusión de que ese lenguaje que está utilizando le resulta que al final acaba poniendo lo contrario a lo que te debía haber puesto. Por tanto, mi consejo, utilicen su propio lenguaje, siempre y cuando ese lenguaje refleje la idea fundamental que tiene que reflejar.

Por tanto, que no se empeñen en repetir términos que a veces nosotros utilizamos con muchísima facilidad pero que para ellos resultan muy difíciles de manejar. Y en tercer lugar, que los nervios los dejen en casa. Que los nervios los dejen en casa, que en muchísimas ocasiones nos encontramos con que luego los propios alumnos reconocen que han sido los nervios los que les han traicionado, los que han hecho que se confundan de epígrafe, los que han hecho que confundan un autor con otro, etc.

Por tanto, el examen se puede hacer. De hecho, durante muchos años hay alumnos que lo han hecho y lo han superado con notas brillantísimas. Y es simplemente cuestión de afrontarlo con tranquilidad, con una claridad de ideas.

Eso es cierto, que también es verdad que hay que hacerlo así. Y sabiendo que hasta la celebración de las pruebas presenciales nosotros seguimos estando en el departamento, a su disposición, que nos pueden llamar, que nos podemos aclarar las dudas, que todo lo que podamos hacer para ellos, ahí estamos y que recurran a nosotros. Supongo que habrán tomado buena nota todos sus alumnos para estas segundas pruebas personales.

Pues nada más, muchísimas gracias por habernos acompañado y por esta última información

inclusive que nos ha dado a todos. Buenas noches Charo y buenas noches a todos nuestros alumnos y buena suerte. A continuación de este video estuvo Beatriz Santamaría y ante el micrófono Charo López de Haro.

Muchas gracias por la atención que nos han prestado y muy buenas noches.