ISSN — 0716 — 7881

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

FILOSOFIA JURIDICA CHILENA. SIGLOS XVI AL XVIII

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 10 / 1992

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 10
1 9 9 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Diego Portales, Universidad Andrés Bello, Universidad La República, Universidad Finis Terrae y Universidad de Talca.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 88.153.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1992

FILOSOFIA JURIDICA CHILENA. SIGLOS XVI AL XVIII

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 10, correspondiente al año 1992.

Como se sabe, nuestra Sociedad opera en Chile desde el año 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data, por su parte, de 1906.

El primer número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* apareció en 1983 y desde entonces ha continuado editándose y publicándose en forma ininterrumpida, gracias, sobre todo, a las distintas Facultades de Derecho del país que nos colaboran para tal efecto.

En su parte principal, el presente Anuario reproduce una antología de filosofía jurídica chilena de los siglos XVI, XVII y XVIII, preparada por Manuel Manson, y que corresponde a una línea de investigación seguida por éste de la que nuestra publicación ha dado cuenta, respecto del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en otros de sus números anteriores a éste.

El lector encontrará también, en nuestra tradicional sección de *Estudios,* diversos ensayos de interés. Otras secciones, con materiales diversos, completan un volumen que ponemos al alcance de nuestros socios, estudiantes, especialistas y público interesado.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Agosto de 1993

ESTUDIOS

Ciertamente, en estas líneas quedan aún muchos cabos sueltos. Es inevitable. Con todo, creemos que desde una racionalidad ético/política que tenga como contenido la experiencia y lectura latinoamericana de los DD.HH., es posible avizorar, a quinientos años del "descubrimiento", la emergencia de un nuevo orden cultural, basado en la reciprocidad, el respeto por el otro, el diálogo y el reconocimiento mutuo.

Julio, 1992.

DEMOCRACIA Y DERECHO*

AGUSTIN SQUELLA **

1. Ante todo, deseo compartir con ustedes una intención: dedicar estas palabras a la memoria de quien fuera entre nosotros, hasta hace tan solo algunos meses, uno de nuestros mejores jueces y posiblemente uno de los mejores hombres, incluso, con los que nos hemos encontrado en el curso de la vida. Me refiero a Hernán Correa De la Cerda. Aparte de su bondad, inteligencia, coraje, desinterés y simpatía, fue un juez que supo combinar admirablemente —fruto tal vez de su finura, pero sobre todo de su prudencia— la defensa de las prerrogativas del Poder Judicial, en particular la independencia de éste, con una percepción lúcida y franca, y por tanto no exenta de crítica, acerca de los problemas que enfrenta hoy en Chile nuestro sistema de administración de justicia.

Dice el "Eclesiastés" que en presencia de la muerte los hombres harán su duelo un día o dos y se consolarán luego dando fin a su tristeza. En el caso de Hernán Correa, sin embargo, el duelo no ha concluido y la tristeza está lejos todavía de conseguir disiparse.

---

* Disertación leída en el VIII Congreso Ordinario de la Federación Latinoamericana de Magistrados, celebrada en Santiago en junio de 1993.

** Profesor de Filosofía del Derecho. Miembro Correspondiente de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto Chile.

2. El tema que nos proponemos desarrollar ha sido presentado bajo la denominación *Democracia y Derecho.* Un título que en su sola mención parece devolvernos al momento, todavía próximo, y en algunos casos ni siquiera del todo concluido, en que las naciones de la parte sur de América recobraron, para fortuna de sí mismas y de sus pueblos, ese bien que llamamos democracia, cuyas ventajas para la libertad de las personas son tan evidentes como sus mismas inevitables limitaciones para resolver con la prontitud deseada muchos de los problemas que aún persisten en nuestras sociedades. Un bien, en suma, que debemos estar siempre dispuestos a conservar y a profundizar en nombre precisamente de la libertad, asumiendo a la par con sensatez las cuotas de decepción que la democracia trae también consigo, en cuanto se trata de una forma de gobierno que sólo es capaz de pequeños y sucesivos cambios de cantidad, desde el momento que ella se asienta —como recuerda Bobbio— en las bases reformistas de la legalidad y de la gradualidad y no en los ejes revolucionarios de la violencia y la globalidad.

Fieles, pues, a lo que el título de esta disertación anticipa, trazaremos a continuación la relación entre democracia y derecho, y luego entre democracia y derechos, de modo que aparezca finalmente, con alguna claridad, cuál es la función del Poder Judicial en la existencia de un auténtico régimen democrático y, sobre todo, cuál es la importancia de ese Poder en la consolidación y estabilidad que un régimen semejante debe deseablemente alcanzar luego de ser repuesto después de un largo período de ausencia.

Pero todo ello exige puntualizar desde ya los sentidos en que vamos a emplear las tres palabras claves que tenemos ahora entre manos, a saber, *democracia, derecho y derechos.* No se nos escapa, claro está, que se trata de palabras muy familiares para los juristas, e incluso para el común de los ciudadanos, y que, en apariencia, no estarían necesitadas de mayores explicaciones. La verdad, sin embargo, es que sí lo están.

3. Por lo que respecta a la primera de tales palabras —*democracia* —, los juristas no tenemos afortunadamente que ir demasiado lejos para encontrar de ella un sentido que todos podamos razonablemente compartir, porque han sido precisamente hombres de derecho quienes, en nuestro siglo, han efectuado algunas contribuciones de importancia a la teoría de la democracia como forma de gobierno. Radbruch, Kelsen, Alf Ross y Norberto Bobbio son algunos de ellos.

Entendemos la democracia como un método de adopción de las decisiones colectivas o de gobierno que garantiza la participación directa o indirecta del mayor número de personas —toda la población adulta, por ejemplo— que van luego a quedar vinculadas por esas mismas decisiones.

"Todo grupo social —escribe Bobbio— tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, ya en el interior, ya en el exterior".

En el fondo, todo grupo social, podríamos añadir por nuestra parte, tiene necesidad de responder a la pregunta acerca de quién y cómo deberá gobernar.

De este modo, si la democracia responde a la cuestión de quién y cómo debe gobernar, lo hace de una manera puramente procedimental, esto es, no determinando de antemano ni de una vez para siempre quién es el llamado a tomar las decisiones colectivas, ni tampoco cuál debe ser el contenido de éstas, sino tan solo preconfigurando un conjunto de reglas que permiten a los propios subordinados al gobierno decidir periódicamente, mediante elecciones, sobre las personas que tendrán derecho a adoptar las decisiones de interés común, así como sobre los programas que orientarán el contenido de esas mismas decisiones.

La democracia es osada. Está dispuesta a entregar el poder a cualquiera que obtenga para sí la mayoría. Una regla puramente cuantitativa —dirán algunos— aunque "siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas".

4. Por lo que toca ahora a la palabra *derecho,* estamos ciertamente más que familiarizados con un doble uso de la misma, a saber, el derecho como la expresión con la que designamos a un cierto orden normativo que rige en la sociedad, y el derecho, por otra parte, como el término que alude al saber que el hombre constituye y consigue tener acerca de esa realidad normativa a la que la misma palabra se refiere en el anterior sentido indicado.

Detengámonos aquí un par de minutos a efectos de conseguir una mayor claridad.

En el primero de los dos sentidos antes indicados, posiblemente el más común para todos nosotros, *derecho* es un determinado orden normativo vigente en una sociedad dada. Es en este sentido, por cierto, que empleamos la palabra *derecho* cuando en un discurso jurídico cualquiera aludimos al "derecho chileno", o al "derecho argentino", o al derecho de cualquier otro lugar. A lo que queremos aludir en todos esos casos es, simplemente, como ya se dijo, a un cierto orden normativo vigente y dotado de presencia histórica efectiva, a una realidad de tipo normativo, en fin, que se expresa, a la vez que se contiene, en las denominadas fuentes formales del respectivo ordenamiento.

Pero esa realidad normativa en que el derecho consiste de acuerdo al primer sentido recién explicado, puede y de hecho es constituida por el hombre en objeto de conocimiento, lo cual trae consigo que una clase particular de personas, los juristas, haya podido formar un saber acerca del derecho como orden normativo, saber éste al que frecuentemente se da también el nombre de *derecho,* con lo cual aparece ahora el otro de los dos ya mencionados sentidos de esta palabra.

Ese doble uso de la palabra *derecho* —derecho como orden normativo y derecho como el saber que acerca de ese mismo orden el hombre es capaz de formar y de transmitir a otros— es ciertamente causa de muchos malentendidos y confusiones, de donde se sigue que es preferible a nuestro juicio reservar para la palabra *derecho* sólo el primero de los dos sentidos antes apuntados, o sea, utilizarla para aludir con ella sólo a un determinado ordenamiento de la conducta humana, empleando en cambio la expresión Ciencia del Derecho, o Dogmática Jurídica, para referirnos al saber que los juristas constituyen y transmiten acerca de ese ordenamiento.

Pues bien, ¿cuál es, entonces, la relación entre democracia y derecho, entendido este último como orden normativo, y cuál es, por otro lado, el vínculo entre la democracia y el derecho como saber, esto es, entre la democracia y la Ciencia del Derecho?

5. En cuanto a la relación entre democracia y derecho como orden normativo, puede decirse que aquella forma de gobierno, tal y como fue descrita antes en la presente intervención, suaviza, de modo importante, el carácter heterónomo que el derecho posee en cuanto orden normativo.

Como ustedes bien saben, decimos que el derecho es heterónomo en cuanto se trata de un orden en el que sus normas suelen ser producidas por medio de actos que ejecutan sujetos no sólo distintos de aquéllos que deberán luego dar cumplimiento a esas normas, sino sujetos, además, que se hallan, respecto de quienes deben obedecer las normas, en una posición superior o de autoridad.

Heteronomía significa sujeción a un querer ajeno, al querer de otro y no al querer propio, y el derecho es ciertamente heterónomo, en consecuencia, porque muchas de sus normas más importantes no son producidas autónomamente por cada uno de los sujetos imperados.

En su heteronomía encuentra el derecho, sin ir más lejos, una de sus diferencias más visibles con la moral individual de las personas, puesto que esta última, en una medida importante, es producida por los propios sujetos y no por órganos de poder socialmente organizados en los cuales se haya delegado la producción de las correspondientes normas.

Pues bien: en presencia de un régimen democrático de gobierno, puede decirse que la mencionada heteronomía del derecho, si bien no desaparece, se atenua considerablemente, desde el momento en que los ciudadanos continúan sin producir directamente las normas del derecho, aunque confían esta producción a determinados órganos o poderes en cuya generación a ellos sí les cabe ahora una directa participación.

En una democracia representativa, en suma, los ciudadanos no producen las normas constitucionales y legales que regirán su comportamiento y derechos, pero eligen a quienes están autorizados para producirlas. En consecuencia, siguen ellos sujetos a un querer ajeno, aunque, más propiamente, se trata ahora de un querer delegado, lo cual resulta ciertamente más tolerable para la libertad, esto es, para ese viejo impulso humano de no recibir órdenes más que de sí mismo.

Tratándose del Poder Judicial y de las normas que éste también produce en una sociedad democrática por medio de los fallos de sus jueces y Cortes, las cosas resultan ser algo diferentes, porque lo cierto es que, al menos en nuestro medio, los ciudadanos no eligen directamente a los integrantes de ese Poder. Cuando ello ocurre, esto es, cuando un determinado órgano o poder queda en cier-

to modo fuera de la influencia y del control populares, la democracia pierde en latitud, aunque no necesariamente, por ello, deja de ser democracia. En tales casos, de lo que se trata no es forzosamente de propiciar la elección directa de los jueces por el pueblo, sino de regular el modo cómo éstos deberán dar cuenta a la sociedad de la importante cuota de poder público que han recibido.

Hasta aquí la relación entre democracia y derecho como orden normativo.

¿Cuál es ahora la relación entre democracia y derecho como saber, o sea, entre democracia y Ciencia del Derecho?

El hombre no sólo produce el derecho en cuanto orden normativo, a través de constituciones, leyes, resoluciones administrativas, contratos y sentencias, sino que, tal como tuvimos oportunidad de decir antes, es capaz de instalarse ante ese mismo derecho con fines de conocimiento. Esto es lo que hace posible los estudios sistemáticos que acerca del derecho se realizan de preferencia, y desde antiguo, en las Facultades del mismo nombre. Ahora bien, cuál sea el rango o estatuto de este saber o conocimiento que el hombre constituye acerca del derecho, en el sentido de ser propiamente científico o no, es algo por cierto discutible, aunque podemos hablar aquí, de modo convencional, que ese saber suele ser presentado bajo la denominación de Ciencia del Derecho, o, también, Dogmática Jurídica.

En cuanto ahora a sus funciones, la Dogmática Jurídica, cuya materia de estudio son las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico dado, localiza o identifica tales normas en cuanto han sido positivadas y no se encuentran formalmente derogadas; acota los diversos sectores de regulación jurídica al interior del respectivo ordenamiento, constituyéndose en tantas disciplinas dogmáticas cuantos sectores de regulación haya discernido; comprende, explica, fija las conexiones y sistematiza el contenido prescriptivo de las normas, todo lo cual supone una tarea de interpretación del material normativo y una posterior fase reconstructiva de éste; y, por último, proporciona una respuesta a los problemas de la aplicación de las normas a los casos jurídicamente relevantes de la vida social que, por encontrarse regulados por dichas normas, deben ser resueltos, precisamente, en aplicación de éstas.

De acuerdo a lo expresado previamente, toda Dogmática Jurídica aspira a dar cuenta del derecho tal y como éste es y rige efectivamente en un lugar y tiempo dados. Es, en ese sentido, descriptiva. No dice lo que debe ser el derecho, sino lo que realmente es. Pero la Dogmática, si no quiere verse reducida a mera identificación y exégesis de las normas jurídicas vigentes, debe ser complementada por la Política Jurídica, esto es, por una actitud crítica frente a lo que se halle establecido como derecho, actitud ésta que debe expresarse en enunciados acerca de cómo y en qué dirección podría ser mejorado aquéllo que rija como derecho.

En otras palabras: la Política Jurídica no traiciona a la Dogmática Jurídica; por el contrario, la amplía y enriquece. Y si la vocación y fidelidad científicas de los juristas les obligan a dar cuenta del derecho tal como éste es y se presenta en un momento dado, su conciencia política y moral, por otra parte, les demanda declarar también cómo el derecho a su juicio debería ser.

Vocación científica y conciencia política y moral, hemos dicho: he ahí una doble exigencia que los juristas deben satisfacer simultáneamente, sin sacrificar una en beneficio de la otra. Porque cuando la vocación científica se subordina a la actividad y metas de la política, se empobrece ciertamente nuestra comprensión de la realidad. Pero cuando los juristas invocan el nombre prestigioso de la ciencia para eludir tomar posiciones en los terrenos de la política y de la moral, entonces quizás ocurra para ellos algo todavía peor. a saber, verse disminuidos como hombres y como ciudadanos.

Así entendida la Ciencia del Derecho o Dogmática Jurídica, ¿qué tiene ella que ver con la democracia? Pensamos que la democracia como forma de gobierno, establecido el compromiso que ella asume con las libertades que presupone y que tiene el deber de preservar y desarrollar, entre las que se cuentan, por cierto, la libertad de pensamiento y la de expresión, crea condiciones objetivas favorables para una Dogmática Jurídica más atenta y crítica, lo cual quiere decir algo posiblemente sencillo, pero a la vez relevante: si la democracia se relaciona necesariamente con la tolerancia, esto es, si ella acepta e incluso favorece la diversidad de puntos de vista y la libre concurrencia y expresión de éstos al interior de la sociedad, si la democracia, en una sola palabra, es discusión, se trata, entonces,

de una forma de gobierno en la que existen condiciones casi óptimas para que los juristas, sin restricciones externas a su trabajo, puedan llevar a cabo la crítica de lo dado o puesto como derecho y enunciar consiguientemente las proposiciones de Política Jurídica que orienten y provoquen su cambio o reforma en la dirección que, bajo la influencia del debate de las opiniones, adopten finalmente los órganos productores de derecho por medio de los cuales es ejercida la soberanía popular ,incluido, por cierto, el propio Poder Judicial.

Por decirlo brevemente: porque la democracia es una buena aliada de la ciencia, los científicos suelen ser buenos amigos de la democracia, porque ellos saben, posiblemente mejor que otros, lo mucho que se interfiere y perjudica su actividad cuando la libertad de investigación es coartada en nombre de las verdades oficiales del Estado. Así, por ejemplo, cuando un jurista como Kelsen se confiesa partidario de la democracia, lo hace precisamente en nombre de la ciencia y no vacila entonces en admitir que, dado que ésta es lo más importante de su vida, su idea de justicia está forzosamente ligada a las condiciones bajo las cuales la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, pueden florecer. Me refiero —dice él textualmente— "a la justicia de la libertad, a la justicia de la paz, a la justicia de la democracia, a la justicia de la tolerancia".

6. Presentada ya la relación entre democracia y derecho y entre democracia y Ciencia del Derecho, pasemos ahora, aproximándose ya a la parte final de estas palabras, al vínculo que existe también entre democracia y derechos.

Sabemos bien que la palabra *derecho,* además de ser empleada para hacer referencia, según vimos, a un determinado orden normativo vigente, es utilizada, asimismo, para designar algo diferente: una prerrogativa o facultad de que estaría dotada una o más personas. Así, cuando afirmamos que "el derecho chileno prohibe el aborto", estamos utilizando la palabra *derecho* para hacer referencia a un determinado orden normativo dotado de realidad histórica; en cambio, cuando decimos que "toda persona tiene derecho a manifestar libremente sus opiniones", la palabra *derecho* toma aquí el sentido de una facultad o atributo que tienen todas las personas.

Se trata, por cierto, de un dualismo muy conocido por todos los juristas, de la distinción, en suma, entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Mejor aún, entre derecho objetivo y derechos subjetivos. Porque, tal como apunta Ricardo Guastini, el plural de *derecho* en el primero de esos dos sentidos —en el sentido que llamamos objetivo— es "ordenamientos jurídicos", en tanto que el plural de "derecho" en su segunda acepción —la de derecho subjetivo— está constituido por la expresión que ahora nos interesa: *derechos.*

Un derecho subjetivo no es otra cosa que una facultad o pretensión justificada que es atribuida a un sujeto de derecho, o a toda una clase de sujetos, frente a otro u otros sujetos a quienes se impone un deber u obligación correlativa. En otras palabras, poseer un derecho subjetivo significa estar en posición de exigir de otro u otros un determinado comportamiento, que pasa a ser, si se quiere, el contenido del derecho subjetivo de que se trate.

No vamos a discutir aquí si para tener un derecho subjetivo se necesita que una determinada norma de derecho positivo lo haya efectivamente reconocido u otorgado al sujeto que dice tenerlo, como se sostendría desde una perspectiva positivista clásica, o si, por el contrario, para tener un derecho subjetivo basta que éste se halle justificado o fundamentado en cualquier sistema normativo —por ejemplo, en una norma moral—, como se postula, a su turno, por los partidarios de los así llamados "derechos morales".

Lo que queremos decir, en cambio, es que los derechos subjetivos no sólo necesitan estar justificados, esto es, no sólo requieren un soporte normativo explícito en un ordenamiento positivo o en otro tipo de normas, sino que, además de justificados, requieren ser identificados como tales, esto es, reconocidos y declarados judicialmente cada vez que su titular no haya sido satisfecho en la pretensión a que el derecho en discusión da lugar.

Aún si uno se sitúa en una perspectiva positivista, o sea, incluso en el caso de que para certificar la existencia de un derecho subjetivo resulte indispensable identificar con toda precisión la norma jurídica del respectivo ordenamiento que establece ese mismo derecho, lo cierto es que no basta con que el derecho positivo, a nivel de la Constitución y las leyes, consagre o proclame el correspondiente derecho, sino que es imprescindible, además, que ese mismo ordenamiento provea de tutela jurisdiccional al derecho de que se trate, esto es, es necesario que el derecho subjetivo se encuentre efectivamente protegido. Y un derecho subjetivo se encuentra real-

mente protegido sólo cuando el ordenamiento jurídico respectivo, además de declararlo como tal, provee los medios aptos para prevenir en lo posible la violación de la norma que lo instituye, y señala, asimismo, las consecuencias que deberán seguirse en caso de que la violación háyase ya producido.

Si hemos de distinguir entre auténticos derechos y derechos en el papel, quizás si el elemento más relevante para trazar ese distingo sea precisamente que los primeros son susceptibles de tutela jurisdiccional y los segundos no.

¿Y qué pasa a este respecto con los derechos humanos, que es a lo que queremos referirnos finalmente, aunque en el marco, por cierto, de todo lo dicho previamente? ¿Son ellos auténticos derechos o sólo derechos aparentes, ficticios, algo así como letra escrita sobre papel?

Incluso una definición mínima o procedimental de democracia, como la que propusimos al inicio, opera únicamente sobre la base de algunas condiciones, entre otras, la de que los llamados a elegir sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder efectivamente elegir entre ellas, para lo cual es preciso que se les reconozcan y garanticen los derechos de libertad de pensamiento, de expresión, de reunión, de asociación y otros semejantes. Unos derechos, como dice Bobbio, sobre cuya base "ha nacido el Estado liberal y se ha construido la doctrina del Estado de derecho", que ejerce su poder dentro de los límites derivados del reconocimiento internacional y constitucional de los llamados derechos fundamentales.

Los así llamados derechos de libertad son ciertamente auténticos derechos en el sentido antes indicado, a saber, no sólo están consagrados en pactos internacionales suscritos por los Estados y en las Constituciones Políticas internas de éstos, sino que, además, cuentan con una tutela jurisdiccional efectiva.

¿Pero qué decir, en cambio, de otra clase de derechos humanos, de los llamados derechos económicos y sociales, basados por su parte no en la idea de libertad, sino en los valores de la igualdad y la solidaridad, como es el caso, por ejemplo, del derecho al trabajo, a un salario justo o a asistencia médica y previsional en caso de enfermedad y vejez? ¿Asume con ellos la democracia un compromiso

tan directo y evidente como el que tiene con los derechos de libertad? ¿Son estos derechos económicos y sociales auténticos derechos, en el sentido de contar con una tutela jurisdiccional efectiva, o se trata de simples declaraciones programáticas, no inmediatamente justiciables, esto es, de orientaciones dadas meramente para guiar el contenido de la legislación que votan los parlamentos y el sentido o dirección que deben tener las políticas públicas impulsadas por los gobiernos?

Es cierto que la democracia, más que otros regímenes de gobierno, asume también un cierto compromiso con los derechos económicos y sociales de la población, en especial cuando el uso de las reglas del juego democrático permite acceder al poder a personas y a fuerzas políticas progresistas y más sensibles a los antes mencionados valores de la igualdad y la solidaridad. Pero, si hemos de mirar las cosas con realismo y de intentar no quedarnos sólo en las buenas intenciones, los derechos económicos y sociales son sin duda, por ahora, antes orientaciones programáticas que verdaderos derechos en sentido subjetivo, lo cual no debe ser visto, sin embargo, como un obstáculo insuperable que evite o impida hacer todo lo posible para procurar que esta clase de derechos avance desde su condición de orientaciones hasta el estatuto de auténticos derechos.

En ello, los parlamentos y los gobiernos, pero también los órganos jurisdiccionales, tienen todavía mucho por hacer, particularmente en nuestros países de la América del centro y del sur del continente. Los poderes democráticos, así como las sociedades que los sustentan, no deben entonces mostrarse excesivamente complacidos por el triunfo de las libertades si es que no son capaces de preservar esas mismas libertades y de avanzar, al mismo tiempo, en la eliminación de las desigualdades materiales más evidentes e injustas, lo cual supone, como es obvio, potenciar los así llamados derechos económicos y sociales, puesto que para quienes padecen esas desigualdades el disfrute de la propia libertad puede tornarse en algo completamente ilusorio y carente de todo significado.

7. Alguien se ha referido a la época que vivimos en la actualidad como "el tiempo de los derechos", aludiendo, no cabe duda, al avance espectacular que los derechos humanos han tenido desde su aparición como tales hace poco más de dos siglos, en los inicios de la modernidad. Desde entonces hasta ahora, los derechos huma-

nos se han generalizado, expandido, internacionalizado e incorporado, por último, a la Constitución y a las leyes de todos los estados democráticos del mundo. Pero es preciso no olvidar la contradicción que existe entre toda esa "literatura enaltecedora" de los derechos del hombre y los muchos hombres que permanecen todavía sin derechos.

Así las cosas, si queremos de verdad que nuestro tiempo sea realmente el tiempo de los derechos, tendremos que avanzar con mayor celeridad desde la declaración de los derechos a su más efectiva satisfacción. Y en el difícil tránsito de la solemnidad de las declaraciones a los derechos efectivamente protegidos, cabe por cierto responsabilidad a los Estados en el ámbito internacional, como también a las constituciones y a las leyes que cada uno de ellos se dé internamente, pero corresponde asimismo un papel relevante a los jueces ante quienes esos derechos se continuarán invocando, aunque algunas veces —como en el de ciertos derechos económicos y sociales— no se los pueda presentar tal vez como auténticos derechos subjetivos.

Porque bien puede la judicatura, sin vulnerar el principio de legalidad, con mayor temperamento, valiéndose de la imaginación e inspirada por un espíritu progresista que no tiene por qué ser confundido con alistamientos de tipo político partidista que le están naturalmente vedados, movilizar en alguna medida esas disposiciones programáticas y hacer así de las sentencias no simplemente el espejo que refleja la Constitución y las leyes en perfecta inmovilidad, sino un cuerpo de decisiones razonadas y dinámicas que, junto con venir dadas en el marco de la legislación vigente, revierten sobre ésta, fertilizándola, para hacerla dar de sí no sólo el fruto ya visible de su letra, sino el más furtivo y precioso de su espíritu.

Queremos decir con todo esto algo que no debería a fin de cuentas constituir propiamente ninguna novedad para nadie: el estado del derecho en una comunidad, y ni qué decir tiene cuando se trata del estado de los derechos, no es únicamente responsabilidad de los que producen el derecho a nivel de la Constitución y las leyes. Lo es también de quienes, en aplicación de la Constitución y las leyes, continúan luego el proceso de creación jurídica, a nivel

ahora de las peticiones y conflictos particulares que ante ellos se promueven en busca de decisiones justas y oportunas.

Estoy, por cierto, hablando de los jueces, de ustedes, de quienes en medio de muchísimas dificultades de todo orden, están llamados, por una noble y difícil vocación, al señalado oficio de decir el derecho, esto es, de manifestar con palabras no la ley, sino el pensamiento que se tiene acerca de la ley.