

## CAPÍTULO IV. FACULTAD JURÍDICA Y DERECHO

OBJETIVO . . . . .	59
1 <i>Planteamiento</i> . . . . .	59
2 <i>Facultad jurídica.</i> . . . . .	60
3 <i>Normas que confieren facultades</i> . . . . .	62
4 <i>La facultad y la creación del orden jurídico.</i> . . . . .	63
5 <i>El derecho subjetivo</i> . . . . .	64
a) <i>Introducción</i> . . . . .	64
b) <i>La estrategia.</i> . . . . .	64
6 <i>El derecho subjetivo como permisión.</i> . . . . .	65
7 <i>Permisión expresa</i> . . . . .	66
8 <i>La conducta obligada y su permisión</i> . . . . .	67
9 <i>El derecho subjetivo y su fuente</i> . . . . .	67
10 <i>Los derechos y su perímetro protector</i> . . . . .	69
11 <i>Facultas exigendi</i> . . . . .	71
12 <i>Otras facultades incluidas en los derechos</i> . . . . .	73
13 <i>El carácter prima facie de los derechos</i> . . . . .	73
14 <i>Epílogo</i> . . . . .	76

## FACULTAD JURÍDICA Y DERECHO SUBJETIVO

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Facultad jurídica. 3. Normas que confieren facultades. 4. La facultad y la creación del orden jurídico. 5. El derecho subjetivo. a) Introducción. b) La estrategia. 6. El derecho subjetivo como permisión. 7. Permisión expresa. 8. La conducta obligada y su permisión. 9. El derecho subjetivo y su fuente. 10. Los derechos y su perímetro protector. 11. Facultades exigendi. 12. Otras facultades incluidas en los derechos. 13. El carácter *prima facie* de los derechos. 14. Epílogo.

### 1. Planteamiento

Existe un diferente enfoque del derecho que, si bien no es completamente opuesto al anterior (el presupuesto por las teorías imperativas), pone un énfasis particular en otros aspectos.

Por supuesto, el enfoque imperativo concentra su atención en la idea de obligación y en sus implicaciones. Ciertamente, el enfoque imperativo revela que ahí donde hay derecho existe una reducción de las opciones del comportamiento y, consecuentemente, aparecen conductas que, en ese sentido, son consideradas *obligadas*. Sin embargo, existen hechos (situaciones, materiales, conductas), normalmente reconocidos como jurídicos que difícilmente pueden explicarse desde el punto de vista del enfoque imperativo. Pareciera que, en ocasiones, el derecho nos indica qué hacer sin necesidad de imponernos obligaciones. Cuando el derecho señala, por ejemplo, cómo producir un testamento o cómo celebrar un contrato *no nos obliga* a testar o contratar. Por otro lado, se puede constatar que gran parte del discurso jurídico no necesariamente se formula en términos de obligaciones. Jueces y abogados se comunican entre sí en términos de “facultades” y “derechos”.

Las teorías imperativas concentran su atención en las instancias creadoras del derecho, en aquellos eventos e instituciones que establecen el derecho. Por supuesto, una apropiada descripción del derecho tiene que dar cuenta de los procesos a través de los cuales el derecho es creado. Asimismo, es igualmente cierto que las instituciones creadoras del de-

recho nos permiten claramente identificar y caracterizar el derecho (o parte de él). No cabe duda de que el enfoque imperativo revela ciertos rasgos característicos del derecho. Evidencia su carácter *institucional* (se crea por instituciones), su carácter coactivo (hace uso de sanciones), así como su carácter normativo (prescribe conducta). Sin embargo, existen instituciones que asociamos con la expresión 'derecho' de manera más normal y espontánea que cuando pensamos en las instituciones creadoras.

Los tribunales constituyen instancias sociales que de forma inmediata las asociamos al derecho o las identificamos con él. A diferencia de las instituciones creadoras (monarcas, parlamentos) en las cuales normalmente predomina un carácter político (la conducción, el liderazgo, la negociación, el compromiso), en los tribunales, los aspectos jurídicos, si no exclusivos, son siempre la nota distintiva. Mientras cualquiera puede ser monarca o líder parlamentario; mientras cualquiera (en ciertas circunstancias) puede emitir mandatos obligatorios (*i.e.* establecer normas jurídicas), el funcionamiento de los tribunales requiere normalmente de profesionales del derecho (jueces, magistrados, abogados, procuradores).

El enfoque anterior, el presupuesto por las teorías imperativas del derecho, no otorga particular atención a los tribunales y a su funcionamiento, no obstante su estrecha relación que parece tener con el derecho. Si las instituciones que de manera más inmediata se encuentran relacionadas con el derecho son los tribunales ¿no sería razonable abordar el problema del derecho teniendo en cuenta la función que realizan los tribunales y el papel que llevan a cabo los protagonistas de las actividades judiciales?

## 2. *Facultad jurídica*

El elemento central en el enfoque alternativo (no imperativo) lo constituye el concepto facultad (del latín '*facultas-atís*') que significa 'poder o habilidad para realizar una cosa'. Normalmente, el término 'facultad' se asocia a aquello que es optativo, potestativo; de ahí: 'facultativo'. El concepto jurídico de facultad presupone la aptitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros.<sup>1</sup> Los romanos con el término '*facultas*' se referían a la capacidad

<sup>1</sup> Dias, R. W. M., *Jurisprudence*, Londres, Butterworths, 1976, p. 47, *cfr. ibid.*, pp. 48-58.

de celebrar un contrato o de llevar a cabo un acto jurídico válido,<sup>2</sup> *e.g.* *facultas solvendi*. Sin embargo, en ocasiones '*facultas*' era sustituido por '*ius*'. ("*Qui in potestas parentis est, testamenti faciendi ius non habet, Servus ex persona domini ius estipulandi habet*").<sup>4</sup>

La confusión del término '*facultad*' con el de '*derecho subjetivo*' es desafortunada. El término '*derecho subjetivo*' suele ser indiscriminadamente usado para designar lo que en algunos casos es un derecho subjetivo, propiamente hablando,<sup>5</sup> una facultad o una inmunidad.<sup>6</sup> Ciertamente, el concepto de facultad se refiere a algo que se puede hacer u omitir, como en el caso del derecho subjetivo. La diferencia estriba en que, en el caso de la facultad, no se trata sólo de realizar hechos lícitos (jurídicamente permitidos), sino de producir actos jurídicos válidos.

El concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido *jurídicamente* (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar un testamento, revocar un poder). El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica.

La facultad jurídica, como aptitud o potestad para crear actos jurídicos válidos por los cuales surgen obligaciones, derechos y facultades, no es correlativa de deber alguno. Que alguien tenga la facultad de contratar no genera deberes en ninguno. El ejercicio de la facultad puede ser hecho obligatorio, como la facultad del juez de pronunciar sentencias. En el caso del derecho subjetivo la acción u omisión de la conducta *no pueden ser obligatorias*; cuando la acción u omisión se convierten en el contenido de un deber, el derecho subjetivo, como posibilidad jurídica de hacer u omitir, desaparece. El derecho subjetivo se agota en su ejercicio; la facultad, por el contrario, no se agota en el acto facultado. La facultad tiene como objetivo la producción de ciertos actos jurídicos válidos; su propósito es que los actos, que en virtud

<sup>2</sup> Cfr. Berger, Adolf, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, *cit.*, p. 147; *cfr.* D. 9, 2, 37, *pr*; D. 28, 1, 6, *pr*; D. 50, 17, 163. *pr*; D. 50, 17, 163.

<sup>3</sup> D. 28, 1, 6, *pr*.

<sup>4</sup> *Inst. Just.*, 3, 17, *pr*.

<sup>5</sup> *Vide: infra: Derecho subjetivo.*

<sup>6</sup> Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning*, ed. por Walter Wheeler Cook, Greenwood Press, Publishers, Westport, Conn., 1964 (reimpresión de la edición de Yale University Press de 1919), p. 36.

de la facultad se realizan, tengan los efectos que pretenden tener (que algo sea un contrato válido, que algo sea un testamento válido).

El concepto de facultad jurídica presupone la investidura o el facultamiento. Cuando alguien no está facultado para celebrar un determinado acto jurídico, el acto es nulo. Cuando no se está investido de la facultad correspondiente el acto realizado no produce los efectos jurídicos deseados. (Esta última circunstancia distingue radicalmente la facultad del derecho subjetivo: cuando no tengo derecho a entrar en determinado lugar y entro, mi acto no es nulo, es ilícito.)

Facultad se opone, así, a incapacidad (ausencia de potestad) y es correlativa de la responsabilidad.<sup>7</sup> Estas relaciones pueden observarse claramente en el mandato. Por virtud de un mandato, *inter alia*, se confieren al mandatario ciertas facultades, para que éste se encuentre en posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos válidos, que tengan los efectos jurídicos previstos, actos de los que, en última instancia, el mandante será responsable.

### 3. Normas que confieren facultades

La importancia de las facultades en la descripción del derecho ha conducido a H. L. A. Hart a realizar un minucioso análisis de las normas que confieren facultades.<sup>8</sup> Estas normas, las normas que confieren facultades, no imponen obligaciones ni deberes, ni establecen formas de conducta que denominamos 'ilícitos' o 'delitos'. Las normas que confieren facultades realizan otra función social: establecen las formas por las cuales se celebran contratos, matrimonios o se otorgan testamentos válidos. La no conformidad con estas normas no produce una "violación" del derecho ni acarrea una sanción. Más que imponer obligaciones proporcionan a los individuos medios (*facilities*) para realizar sus deseos, confiriéndoles, justamente, facultades jurídicas para crear, a través de ciertos procedimientos, derechos y obligaciones. Ciertamente, las normas que confieren facultades no sólo las confieren de naturaleza privada. Ejemplos de facultades públicas se encuentran abundantemente tanto en la administración como en la judicatura. Los poderes así conferidos a los individuos para moldear sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios (o mediante potestades

<sup>7</sup> Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions*, cit., p. 50; cfr. *ibid.*, pp. 50-60.

<sup>8</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 26-43; *id.*, *El concepto de derecho*, cit., pp. 34-53.

públicas) es una de las grandes contribuciones del derecho a la vida social. Estos rasgos del derecho se verían oscurecidos si no se describieran apropiadamente las facultades y las normas que las confieren.<sup>9</sup>

#### 4. La facultad y la creación del orden jurídico

La facultad muestra claramente una función esencial de todo orden jurídico: precisamente la función de atribución o facultamiento de poderes (*Ermächtigung*), necesaria para la creación (y modificación) de todo orden jurídico.<sup>10</sup>

En derecho privado, como en derecho procesal, la noción de facultad es identificada con la de capacidad, *i.e.* capacidad de obrar (capacidad de ejercicio), *e.g.* “De la capacidad para testar” (capítulo II, título II, libro III, del Código Civil), “Están incapacitados para testar: ...” (artículo 1306 del Código Civil), “... III. La capacidad para ejercitar la acción...” (artículo 1º del Código de Procedimientos Penales). Estas facultades (capacidades o habilitaciones) son poderes específicos conferidos por el orden jurídico a los individuos para concurrir en la creación de normas jurídicas individuales (infralegislativas) contractuales, testamentarias. En el caso de las facultades (capacidades) procesales, son poderes para concurrir en la creación de las normas individuales contenidas en las decisiones jurisdiccionales.<sup>11</sup>

En el derecho público la noción de facultad se encuentra asociada a la noción de competencia, competencia material, que se identifica con las facultades del órgano, *e.g.* “El Congreso tiene facultad: ...” (artículo 73 de la Constitución), “son facultades exclusivas de la Cámara: ...” (artículo 74 de la Constitución), “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución...” (artículo 124 de la Constitución). El ejercicio de facultades (capacidades) privadas, es fácil de advertir, es, en cuanto a la función jurídica, de la misma naturaleza que la función que desempeña un órgano legislativo habilitado por el orden jurídico para establecer normas generales. En todos estos casos (públicos y privados) nos encontramos en presencia de una habilitación para crear normas jurídicas.

<sup>9</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 35-36.

<sup>10</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 157-159.

<sup>11</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 159-161.

## 5. El derecho subjetivo <sup>12</sup>

### a) Introducción

Gran parte de la teoría jurídica describe el derecho, *i.e.* el orden jurídico como compuesto de normas jurídicas que imponen obligaciones. Esta imagen "imperativa" es tan característica que ha conducido a muchos autores a reducir el fenómeno jurídico a sólo normas que imponen deberes y a explicar todas las manifestaciones del fenómeno en términos de obligaciones, descuidando facultades y derechos.

En el resto del capítulo me propongo explicar qué son los derechos (subjetivos), qué significa tener o ejercitar un derecho y cuáles son sus consecuencias. Estos problemas son aspectos del derecho que, a mi juicio, son oscurecidos (o, incluso, deformados) si se describen en términos de obligaciones. El problema está lejos de ser artificial. Es claro que gran parte del discurso jurídico se encuentra constituido en términos de derechos: jueces y abogados se comunican en términos de derechos; los derechos aparecen, también, en el lenguaje del legislador.

Si el discurso jurídico se encuentra construido, en gran parte, en términos de derechos y facultades resulta imprescindible saber qué significa tener derechos y facultades (su funcionamiento, sus efectos) para conocer la naturaleza del derecho en general.

Antes que nada quiero señalar que aquí me refiero a derechos jurídicamente considerados. No voy a ocuparme de "derechos naturales" o "morales", ni abordaré ningún tipo de "derechos" (así llamados) basados en consideraciones extrajurídicas.

### b) La estrategia

Dice Hart que una apropiada forma de penetrar el significado de palabras como 'derechos' (subjetivos), 'obligaciones', 'deber', 'responsabilidad', etcétera, consiste en colocar la palabra en cuestión en fra-

<sup>12</sup> La explicación que sigue es una versión corregida de tres diferentes trabajos: *The Functioning of the Legal Rights and Its prima facie character* (Xth Inter-american Congress of Philosophy, Florida State University, Tallahassee, Florida, octubre, 1982), *The Functioning of Legal Rights in the Legal System en Rechts-theorie, Proceedings of the XIth World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 1, Berlín, Verlag Duncker und Humbolt, 1984, y *Una teoría positivista de derechos* (Primer Simposio de Filosofía del Derecho. Homenaje a Hans Kelsen, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, octubre, 1983). Agradezco profundamente a los profesores Denis Galligan, Javier Esquivel y Ulises Schmill los iluminantes comentarios que hicieron de las versiones previas del trabajo.

ses u oraciones en las que habitualmente es usada.<sup>13</sup> Siguiendo esta estrategia consideremos, por ejemplo, las siguientes oraciones:

- (1) Aulus Agerius tiene derecho a caminar por la playa.
- (2) Aulus Agerius tiene derecho a nadar en la piscina.
- (3) Aulus Agerius tiene derecho a celebrar contratos.
- (4) Aulus Agerius tiene derecho a que se le pague lo que le es debido.

La siguiente formulación parece captar los rasgos comunes de estos enunciados: 'x tiene derecho a  $\phi$ ' (o simplemente: 'x D,  $\phi$ '). Asumamos que x es Aulus Agerius, el derechohabiente (el sujeto del derecho), y que ' $\phi$ ' denota una conducta humana: De esta manera, tenemos que 'x D,  $\phi$ ' es la forma general de los enunciados sobre derechos subjetivos.

#### 6. El derecho subjetivo como permisión

En el lenguaje jurídico, de los jueces y abogados, el enunciado 'x D,  $\phi$ ' es generalmente interpretado en sentido de que 'a x le está permitido  $\phi$ ' ('x Per,  $\phi$ '). De hecho, en (1), (2), (3) y (4) se presupone que a Aulus Agerius le es permitido  $\phi$  (cualquiera que sea el caso). La idea de que la conducta que cubre el derecho es una conducta permitida se aprecia fácilmente cuando las frases en que la expresión 'derecho' es habitualmente usada, se intercambian por frases conteniendo el verbo de modo: 'poder'. Así, por ejemplo: (1) puede ser sustituido por 'Aulus Agerius puede caminar por la playa', enunciado que parece estar afirmando en (1); (2), por 'Aulus Agerius puede nadar en la piscina'; (3), por 'Aulus Agerius puede celebrar contratos', etcétera (nótese, sin embargo, que la conversión de (4) enfrenta problemas).

Los usos jurídicos, así como los usos ordinarios, de la expresión 'derecho' normalmente interpretan el enunciado: 'x tiene derecho a  $\phi$ ', como: 'x tiene derecho a hacer como a omitir  $\phi$ ' (x Per,  $\phi$  & x Per,  $\phi$ ). Permítaseme llamar a la permisión que incluye la posibilidad de omitir: 'permisión completa'. Ahora bien, en tanto permisión completa el enunciado: 'x tiene derecho a  $\phi$ ', connota la idea de que x es "libre" de hacer (u omitir)  $\phi$ . Esta idea no es sólo habitual sino incluso clásica, los juristas romanos señalaban: "*libertas est facultas eius quod cuique*

<sup>13</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1953, p. 8.



*facere libet*".<sup>14</sup> De acuerdo con lo anterior, resulta que Aulus Agerius es libre de usar o no de su derecho. Pero ¿cuándo usa de su derecho? Normalmente se dice que Aulus Agerius usa de su derecho cuando efectivamente  $\phi$ . Esto es, alguien puede tener derecho a  $\phi$  pero *disfruta* de su derecho cuando efectivamente  $\phi$ . En este sentido se dice: 'x ejerce su derecho'.

### 7. *Permisión expresa*

Antes de la reducción de opciones de comportamiento que el derecho implica, la conducta es optativa; el sujeto se encuentra, por decirlo así, "libre" de realizarla u omitirla. Pensemos, por un momento, que  $\phi$  es una conducta "libre", en este sentido, su realización u omisión no se ha visto limitada por el derecho (no se ha hecho obligatoria su realización ni su omisión). Ahora bien, cabe preguntar: ¿una conducta que se encuentra libre de constreñimiento está permitida?, ¿constituye un derecho?, ¿cuando no es obligatorio hacer u omitir, tenemos derecho a  $\phi$ ?

A mi manera de ver, la respuesta se encuentra en el funcionamiento mismo de la permisión. La permisión (*i.e.* el acto de permitir) presupone el hecho de que sin ella, sin la permisión, la conducta no se encuentra permitida. Una clara diferencia entre la conducta "permitida" por ausencia de constreñimiento (en razón de que su realización ni su omisión son obligatorios) y la conducta permitida en virtud de un derecho, radica, precisamente, en que, en el primero de los casos, no existe una *fuerza jurídica* de la permisión. Mientras que ahí la permisión no es establecida, en el caso de los derechos la permisión es *expresa*.

Permítaseme denominar a la permisión expresa, la establecida por una fuente jurídica: 'permisión fuerte' (permisión *stricto sensu*) y a la que resulta de la ausencia de constreñimiento: 'permisión débil'. La diferencia apuntada podría ser banal e irrelevante si no fuera porque los derechos son conferidos cuando la conducta no es permitida (o para evitar que se prohíba). El enunciado: 'Aulus Agerius tiene derecho a nadar en la piscina' que autoriza a Aulus Agerius a nadar en la piscina, presupone que no todo el mundo puede nadar en la piscina (o que él no podía). El derecho implica una especie de permisión exclusiva, exceptúa. Si a alguien se le concede el derecho de entrar a cierto lugar implica el hecho de que, en principio, no puede hacerlo. Cuando digo

<sup>14</sup> D. I, 5, 4.

puede pasar' con ello expresamente permito. Este es precisamente el efecto de investir a alguien con una permisión. De la diferencia señalada se desprende una consecuencia *práctica* muy importante: en el caso de la permisión débil no existe un fundamento jurídico para  $\phi$  (el sujeto *puede*  $\phi$  porque no está obligada su omisión). En cambio, cuando la permisión está expresamente concedida por un derecho éste, justamente (o, mejor, su fuente), se convierte en un fundamento jurídico para  $\phi$ .

### 8. La conducta obligada y su permisión

Debemos tener presente que aunque la conducta, objeto de un derecho, se encuentre permitida, no toda la conducta permitida puede explicarse en términos de derechos. Es claro que la conducta obligada *puede* realizarse, *i.e.* está permitida. Ahora bien, ciertamente la conducta obligada se encuentra permitida, pero es igualmente cierto que ésta no se explica en términos de derechos. La permisión implicada por la obligación se distingue claramente de la permisión *completa* que el derecho subjetivo confiere. Por supuesto, la obligación implica la permisión de la conducta requerida  $x O, \phi \rightarrow x Per, \phi$ , pero los alcances de esta permisión son restringidos; no se permite la omisión:  $\neg(x O, \phi \rightarrow (x Per, \phi \& x Per, \bar{\phi}))$ ; por el contrario, se prohíbe:  $x O, \phi \rightarrow (x Per, \phi \& P, \phi)$ . En el caso del derecho subjetivo, el sujeto del derecho puede omitir (no es ilícito omitir, no hace mal si omite)  $(x D, \phi \rightarrow x Per, \phi \& x Per, \bar{\phi})$ . Esta circunstancia distingue al derecho de aquellas situaciones en que al individuo le está permitido  $\phi$ , pero, en ningún caso, le está permitida su omisión. Por eso creemos que es un error hablar de 'derechos de ejercicio obligatorio'.

De lo anterior se sigue que cuando se permite, *i.e.* cuando se confiere derechos, se intenta producir una ventaja *práctica* sobre una persona o clase de personas. Todos los actos jurídicos por los cuales se confiere derechos (o se impone obligaciones) pretenden que ciertas cosas ocurran. De esta manera, los actos que confieren derechos (como los que imponen obligaciones) no reflejan un estado de cosas, tienen una función normativa.

### 9. El derecho subjetivo y su fuente

La descripción de derechos en términos de permisiones y libertades (en el sentido de que  $x D, \phi = '( Per, \phi \& x Per, \bar{\phi})'$ ), anteriormente ex-

puesta, corresponde, en gran medida, a nuestras intuiciones sobre derechos. Asimismo, corresponde ampliamente al uso lingüístico de 'derechos' en el contexto jurídico (académico y judicial). Aún más, esta imagen de derechos se conforma con la idea común que asocia a la libertad (con toda su carga emotiva) con cualquier alegato de derechos.

Cabe señalar que la descripción de derechos en términos de permisiones es básicamente correcta. Sin embargo, es muy problemática. Es problemática porque las nociones de permisión y libertad son tanto o más complejas que la de derecho. Hay que esclarecer perfectamente qué se entiende por permisión y libertad para saber qué es el derecho (como vimos, no todo lo que se dice de la permisión conviene al derecho).

Por otro lado, la descripción de derechos subjetivos en términos de permisiones es incompleta. La descripción es incompleta porque no describe cómo surgen los derechos, cómo son establecidos. Ciertamente, el propio funcionamiento de la permisión sugiere la existencia de ciertos actos (los actos que permiten), actos mediante los cuales la permisión se establece.

Sobre este particular señalaba que la permisión que confiere un derecho se diferencia de la conducta "permitida" por ausencia de constreñimiento, precisamente porque la permisión en el caso del derecho es *expresa* y necesita de un acto por el cual es otorgada. La permisión exceptúa, privilegia, beneficia, a alguien de forma expresa. Si es expresa ésta se manifiesta de alguna forma comunicativa; es formulable lingüísticamente (por ejemplo en una disposición legislativa). Si a alguien se le concede el derecho a  $\phi$  quiere decir que antes de tal concesión (antes de tener derecho) *no podía jurídicamente*  $\phi$ . Cuando se otorga un derecho, con ello jurídicamente se permite.

De lo anterior se sigue que el derecho subjetivo presupone, siempre, *una fuente que lo establece*. Sobre el particular permítaseme señalar lo siguiente: un derecho (subjetivo) existe si, y sólo si, hay una *fuentes* que determine su contenido y existencia. Por 'fuente' (del derecho) entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica (*i.e.* norma jurídica) es válida y su contenido identificado. Como podría ser uno o más actos legislativos, conjuntamente con otros actos, tales como la celebración de un contrato, la confección de un testamento, etcétera.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Ox-

En virtud de que la existencia de una fuente apropiada (*e.g.* una ley del Congreso, una ley y un contrato) es una condición de la existencia de un derecho, entonces la existencia de una disposición jurídica (*i.e.* norma jurídica) que establezca que  $x D, \phi$  ( $n [x D, \phi]$ ) es condición necesaria para que  $x$  tenga un derecho a  $\phi$ .

De esta manera tenemos que (1), (2), (3) y (4) son enunciados verdaderos sí, y sólo si (para cada uno de los enunciados considerados), existe una fuente de derecho que confiera a Aulus Agerius un derecho a  $\phi$ . Dicho de otra forma: Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$ , si existe una norma  $n$  que establezca (que confiera) un derecho en tal sentido,  $n [x D, \phi]$  constituye el único fundamento jurídico para que  $x$  tenga derecho a  $\phi$  (paso por alto el hecho de que pueda haber otros fundamentos *no jurídicos* por los que  $x$  pretende tener un derecho).

Por todo lo anterior participo de la creencia de que una apropiada explicación de los derechos (subjetivos) debe partir de una satisfactoria descripción de los actos que establecen derechos, esto es, debe partir de una satisfactoria descripción de las normas o disposiciones que confieren derechos subjetivos. ¿Cuáles son las características generales de estas normas?<sup>16</sup> No pretendo abordar aquí todas las características de dichas normas. Sin embargo, me propongo señalar algunos aspectos.

### 10. Los derechos y su *perímetro protector*<sup>17</sup>

La explicación del derecho en términos de permisiones concentra sólo su atención en la conducta permitida y descuida otros aspectos importantes del derecho subjetivo. Tal es el caso de las relaciones que el derecho subjetivo implica.

Debemos tener presente que la conducta que es contenido de un derecho se encuentra estrechamente relacionada con la conducta de los demás y, en alguna medida, depende de la acción de los demás. No es extraño que una de las ideas persistentes en la teoría del derecho sea

ford, Oxford University Press, p. 47. (Existe versión española de Rolando Tamayo y Salmorán: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 67.)

<sup>16</sup> Cfr. McCormick, Neil D., "Rights in Legislation", en Haeker, P. M. S. y Raz, J. (Eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 89 y ss.

<sup>17</sup> La idea del *perímetro protector* de los derechos está tomado de J. Bentham. (Cfr. Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 162 y ss.)

aquella que considera a los derechos como correlativos de la obligación de otros (no es parte de mi argumento defender la idea de que los derechos sean un mero reflejo de las obligaciones).

En párrafos anteriores señalé que cuando un legislador establece una norma que otorga derechos, quiere que algo ocurra. La norma que confiere derechos a un individuo tiene una función normativa. La norma que establece que Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$ , introduce ciertas *direcciones*, para él como *para los demás*. Hemos visto que los derechos funcionan como una señal *práctica* que indica que alguien tiene una razón (un fundamento) jurídico para hacer  $\phi$ , y, lo que es muy importante, los demás lo entienden así. Estos últimos no tienen fundamento jurídico para  $\phi$ ; *por tanto, se encuentran en el perímetro del derecho de Aulus Agerius*.

Considérese el caso en que una norma confiere el derecho de propiedad a Aulus Agerius sobre un inmueble, *i.e.* existe un  $n$  que señala que  $x D, \phi$  (' $\phi$ ', en el caso, significa '*ius utendi, fruendi et abutendi sobre un inmueble*') y Aulus Agerius satisface los requisitos de su conferimiento. La norma respectiva proporciona un fundamento a Aulus Agerius para  $\phi$ , pero no concede el mismo a los demás. Supongamos que  $\psi$  es aquella conducta que obstruye a Aulus Agerius el disfrute de su derecho. El mismo fundamento jurídico que permite a Aulus Agerius  $\phi$  se convierte en el fundamento jurídico (con independencia de que pudiera haber otros) para que Numerius Negidius, como cualquiera otro, se abstenga de  $\psi$ , *i.e.* de interferir en el derecho de Aulus Agerius. De esta manera el derecho de Aulus Agerius a  $\phi$  (usar, disfrutar y disponer de un inmueble) incluye débilmente (en el sentido de normación no expresa) el deber de Numerius Negidius, como de cualquier otro, de no obstruir a Aulus Agerius en el uso de su derecho. Habría que señalar que, aparte de incluir el deber de no obstrucción de los demás, también incluye (débilmente) la incapacidad de los demás para cambiar la situación de Aulus Agerius.

Lo anteriormente señalado puede resumirse así:  $n [x D, \phi]$  además de conferir un derecho a Aulus Agerius (o porque lo confiere) implica para Numerius Negidius, como para los demás:

- a) el deber de no  $\psi$  (no obstruir), y
- b) la incapacidad para cambiar la situación de Aulus Agerius.

Habría que añadir que el establecimiento del derecho limita la con-

ducta permitida. Aulus Agerius no hace mal jurídicamente si  $\phi$ , pero sólo dentro de los límites de su derecho.

### 11. *Facultas exigendi*

Parece claro que la norma que confiere derechos intenta otorgar a una persona o clase de personas una ventaja *práctica*. Sin embargo, el derecho representa efectivamente una ventaja *práctica* para Aulus Agerius cuando todos los demás siguen una correspondiente línea de conducta, *i.e.* no obstrucción. De hecho, Aulus Agerius disfruta de un derecho a  $\phi$  sólo en tanto que Numerius Negidius, como cualquier otro, no le impide hacer uso de su derecho. Pero, ¿qué pasa si lo impiden? ¿No sería un sinsentido describir tal estado de cosas como el derecho de Aulus Agerius?, ¿acaso estos hechos ponen en tela de juicio el derecho de Aulus Agerius, no obstante la existencia de una norma que se lo confiere?, ¿tiene aún derecho si cede?, ¿puede pedir a los demás que se abstengan de interferir? Para solucionar estos problemas, nuevos presupuestos tienen que ser introducidos.

Considérese el caso en que Aulus Agerius tiene un derecho de paso (servidumbre de paso) por el cual puede atravesar la propiedad de Q. Furius Praedius. La existencia de una  $n$  que establezca tal derecho hace que Aulus Agerius tenga un fundamento jurídico para  $\phi$  (atravesar el predio). La más importante consecuencia que se deriva de  $n [x D, \phi]$  es que Aulus Agerius no hace mal (jurídicamente) si  $\phi$ , *i.e.* si ejercita su derecho. Al mismo tiempo, como señalé,  $n [x D, \phi]$  se convierte en una razón para que los demás se abstengan de  $\psi$  (interferir). Además de estas consecuencias, a las que ya había aludido, el derecho de Aulus Agerius incluye la *facultad de exigir* que los demás realicen la conducta correspondiente.

Supongamos que en el caso de nuestro último ejemplo, Numerius Negidius  $\psi$ , impidiendo a Aulus Agerius el ejercicio de su derecho a  $\phi$ . En tal situación Aulus Agerius puede dirigirse a Numerius Negidius y exigir que no interfiera. Aulus Agerius puede dirigirse a Numerius Negidius en los siguientes términos: 'te pido que dejes de interferir'. Aulus Agerius puede dirigirse así a Numerius Negidius porque tiene un fundamento jurídico para hacerlo, a saber:  $n [x D, \phi]$ . Es precisamente  $n [x D, \phi]$  el fundamento de la *facultas exigendi* de Aulus Agerius. Por supuesto, la *facultas exigendi* no opera sólo contra aquellos que se encuentran en el perímetro (como el caso de Numerius Negidius) sino, también, y en especial, contra aquel que está más directamente invo-

lucrado con el derecho de Aulus Agerius, como es el caso de Q. Furius Praedius. Éste no sólo debe omitir  $\psi$  (obstruir), sino tiene que cooperar para hacer efectivo el derecho de Aulus Agerius. Si en vez de cooperar levanta barricadas, abre zanjas, mina el terreno, Aulus Agerius puede exigirle el comportamiento correspondiente.

La exigencia de Aulus Agerius ¿es una petición mayor o menormente fundamentada?, ¿constituye una súplica?, ¿qué alcances tiene? Joseph Raz explica una característica de las peticiones,<sup>18</sup> la cual me parece relevante para la explicación de la *facultas exigendi*. Supongamos que un hombre hace una petición y se le dice, en respuesta, que su petición ha sido considerada, pero que al evaluarse se encontró que las razones en contra de la acción requerida superaban la petición. El peticionario no sentirá que su petición no fue considerada.

Sobre este particular no tendría nada de qué lamentarse; tiene que conceder que él no intentaba más que el destinatario tomara en cuenta su petición. ¿Es esto lo que pretende Aulus Agerius al dirigirse a Numerius Negidius diciéndole: 'deja de interferir?', ¿es lo que tiene en mente cuando le dice a Q. Furius Praedius: 'deja pasar'?

De hecho, Aulus Agerius no considera su reclamación como si fuera cualquier otra razón para agregar a las consideraciones por las cuales Numerius Negidius (o, en su caso, Q. Furius Praedius) determinará qué hacer. Más que una petición parece una orden. Esta reclamación no es una mera súplica sino, más bien, una advertencia. Permítaseme llamar a esta orden o advertencia: '*editio actionis*' como lo hacían los antiguos romanos.<sup>19</sup> Ciertamente Aulus Agerius no considera su *editio* como una mera petición, como una razón más para ser considerada. Aulus Agerius pretende que Numerius Negidius considere la *editio* como una razón para actuar, con independencia de cualesquiera otras razones en contra que Numerius Negidius pudiera tener.

No obstante que el lenguaje usado pudiera hacer que la *editio* pareciera un ruego o una súplica (e.g. 'le agradecería que...' 'sería tan amable de...'), la formulación de una *editio* presupone siempre un operador del tipo: '*ego exigo*'.

Al dirigir una *editio*, Aulus Agerius ejerce una específica facultad: la *facultas exigendi*. El punto importante es que la *facultas exigendi* tiene que ser apropiadamente conferida a alguien. Aulus Agerius requiere ser *facultado* para exigir de los otros (de Numerius Negidius o, en su

<sup>18</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 14-15.

<sup>19</sup> Cfr. *D. 2, 13, 1, pr.*

caso, de Q. Furius Praedius) cierta acción. ¿De dónde deriva Aulus Agerius su *facultas exigendi*? La respuesta es clara: de la norma que confiere a Aulus Agerius un derecho a  $\phi$ .

### 12. *Otras facultades incluidas en los derechos*

Voy a señalar algunos aspectos de los derechos que, como los anteriores, se verían oscurecidos si estas relaciones se describieran en términos de obligaciones. En particular quiero referirme al poder que tiene el derechohabiente para *renunciar a su derecho* y, en ciertas circunstancias, extinguir la obligación correlativa. Es claro que en cualquiera de los casos considerados Aulus Agerius puede no hacer uso de su derecho, lo cual no implica que renuncie a él. Sin embargo, Aulus Agerius puede renunciar a su derecho (de forma que deja de tenerlo definitivamente y no sólo de hacer uso de él).

El poder de renunciar a un derecho es particularmente significativo cuando la renuncia tiene como consecuencia *la extinción de la obligación correlativa*. Supongamos que Aulus Agerius presta, en calidad de mutuo, cien *asses* a Numerius Negidius, quien se obliga a devolverlos en cierto tiempo. Una vez expirado el plazo, Aulus Agerius tiene derecho a que Numerius Negidius le pague los cien *asses* que le debe. Se pueden dar diferentes situaciones: Numerius Negidius puede pagar espontáneamente; puede incurrir en mora, haciendo necesario que Aulus Agerius ejercite su *facultas exigendi*, dirigiéndole una *editio*; puede, en fin, perseguir judicialmente su derecho.

Sin embargo, puede darse el caso de que Aulus Agerius renuncie al pago, extinguiéndose con ello la obligación de Numerius Negidius. ¿De qué resulta esto?, ¿de la obligación de Numerius Negidius o del derecho de Aulus Agerius? Esta específica consecuencia sólo puede derivarse del derecho de Aulus Agerius. Esto es prácticamente evidente: Numerius Negidius sólo dispone de un medio para extinguir la obligación: el cumplimiento. Es claro que el poder de renunciar a su derecho y el poder de extinguir la obligación correlativa que tiene Aulus Agerius deriva de la norma que le confiere el derecho a  $\phi$ .

### 13. *El carácter prima facie de los derechos*

Aunque la anterior descripción introduce un aspecto relevante de los derechos (subjetivos), a saber: que los derechos dependen de actos creadores de derechos, parece que tal descripción proporciona una ex-



plicación parcial del funcionamiento de los derechos. Considera a los derechos de forma aislada.

Supongamos que en un orden jurídico específico cierto tipo de legislación constituye la única fuente apropiada de derechos. Así, Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$  si, y sólo si, existe una  $n$  tal que establezca que  $x D$ ,  $\phi$  y Aulus Agerius satisface las condiciones de su conferimiento. Supongamos que en tal sistema jurídico  $\psi$  es un tipo de conducta absolutamente incompatible con  $\phi$  (de tal manera que la realización de  $\phi$  es sólo posible si se omite  $\psi$ ) y que existe una  $n$  que establece que  $x D$ ,  $\psi$  y Numerius Negidius satisface las condiciones de su conferimiento. En tal caso los enunciados: 'Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$ ' y 'Numerius Negidius tiene derecho a  $\psi$ ' describen estados de cosas que no pueden coexistir. No obstante la respectiva fuente de derecho, esto es, no obstante que  $n [x D, \phi]$  y de que  $n [x D, \psi]$ , no podemos saber, de forma concluyente, si Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$ . Si decimos que Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$ , ¿sobre qué base negamos a Numerius Negidius el derecho de  $\psi$ ? Si, no obstante la existencia de la norma que confiere derechos (y no obstante que Aulus Agerius satisface los requisitos de su conferimiento), no podemos decir que Aulus Agerius tenga derecho a  $\phi$ , entonces la descripción de derechos no es aún satisfactoria. Más aún, si decimos que Aulus Agerius sí tiene derecho a  $\phi$ , entonces la descripción no es una descripción completa, toda vez que tenemos que introducir otros aspectos para que ese enunciado sea verdadero.

Sin embargo, desde el punto de vista de Aulus Agerius y de Numerius Negidius, ambos se encuentran en posición de pretender que tienen derecho en virtud de la existencia de la norma respectiva que se lo confiere y en razón de que satisfacen las condiciones de su conferimiento. No obstante, no podemos decir algo concluyente sobre el conflicto de derechos (éste sólo puede ser resuelto concluyentemente por los tribunales).

Es cierto que en el caso de Aulus Agerius no estamos en situación de decir algo *concluyente* sobre su derecho. Pero también es verdad que la específica fuente de derecho que se lo concede, efectivamente existe (hecho muy importante que no puede ser pasado por alto). Esta circunstancia nos permite afirmar el carácter *prima facie* de los derechos subjetivos. De esta forma ' $n [x R, \phi]$ ' es equivalente a ' $P \mid x R, \phi$ ' (la norma que confiere un derecho a  $x$  para  $\phi$ , concede sólo un derecho *prima facie*). El carácter *prima facie* de los derechos no altera o reduce

su función normativa, por el contrario nos permite entender en qué consiste y en qué se fundamenta. '*Prima facie*', no significa un 'aparente derecho o un 'pseudo derecho', significa 'un derecho que *puede ser superado por otras consideraciones jurídicas*'. El otorgamiento de derechos *prima facie* es un factor de la mayor importancia en cualquier explicación de derechos subjetivos.

Cualquier afirmación sobre derechos, presupone la existencia de una fuente de derecho para cada derecho subjetivo en particular. De esta forma tenemos que la tesis de las fuentes de derechos subjetivos<sup>20</sup> proporciona el primer criterio para la identificación de un derecho. Si un pretendido derecho no satisface este criterio, *i.e.* si no puede ser identificado por una apropiada fuente de derecho, entonces no es un derecho jurídicamente hablando (aunque pudiera haber otros fundamentos para su justificación). Todo derecho *prima facie* satisface el criterio.

Un derecho subjetivo (o, simplemente, un derecho) existe si existe  $n [x D, \phi]$ , con independencia de si entra en conflicto con otro e independientemente de su efectivo ejercicio. De esta forma, Aulus Agerius tiene un derecho a  $\phi$  si existe una  $n$  que establezca que  $x D, \phi$  y Aulus Agerius satisface las condiciones de su conferimiento. Esta afirmación parece ser contrafáctica, sin embargo está lejos de serlo. Muchas consecuencias prácticas de los derechos subjetivos (aunque tengan carácter *prima facie*) derivan del hecho de haber sido jurídicamente establecidos (*i.e.* otorgados mediante una apropiada "fuente", por ejemplo  $n [x D, \phi]$ ). Asimismo, muchas de sus consecuencias normativas se explican, precisamente en virtud de su carácter *prima facie* (¿para qué se iría a tribunales a resolver conflictos de derechos si éstos fueran, desde el principio, absolutos y concluyentes?).

Es necesario hacer notar que el derecho de Aulus Agerius se considera que existe sólo porque existe una norma que le otorga tal derecho (independientemente de si va a haber una persecución judicial o no). Goza de una ventaja *práctica* al tener un fundamento jurídico para  $\phi$ ; por tanto, no hace mal (no es ilícito) si  $\phi$ . Supongamos que Aulus Agerius efectivamente  $\phi$  y que Numerius Negidius no  $\psi$  (o viceversa). Piénsese incluso en el caso de que Aulus Agerius renuncia a su derecho a  $\phi$ . ¿Qué acaso no pueden describirse estas situaciones como el ejercicio (o no ejercicio) de un derecho o como la renuncia de un derecho?

<sup>20</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 37-52. (Cfr. *Id.*, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 55-73.)

Otras consecuencias (*prima facie*) de los derechos pueden ser consideradas. Supongamos que Aulus Agerius tiene un derecho a  $\phi$  y que no existe ningún fundamento jurídico independiente que imponga a Numerius Negidius el deber de no obstruir el derecho de Aulus Agerius. Aun así, sería ilícito para Numerius Negidius impedir a Aulus Agerius usar de su derecho, aunque no exista ninguna norma independiente que imponga a Numerius Negidius el deber de no interferir. En tanto que el derecho de Aulus Agerius es suficiente para considerar que Numerius Negidius no debe  $\psi$  o que sería ilícito si  $\psi$ , entonces  $n [x D, \phi]$ , además de conceder un derecho a Aulus Agerius (o precisamente porque lo concede) funciona como norma que impone deberes.

Tal posición puede encontrar una fuerte oposición. Especialmente por aquellos tratadistas que conciben a los derechos subjetivos como meros "reflejos" de las obligaciones. No es mi intención atacar esa postura. Simplemente quiero señalar que ciertos aspectos de las relaciones jurídicas producidas por los derechos se verían oscurecidas o distorsionadas si se explicaran en términos de obligaciones (*i.e.* como reflejo de las obligaciones).

Consideremos el mismo caso ( $n$  concede a Aulus Agerius un derecho a  $\phi$  y no existe norma jurídica independiente que imponga a Numerius Negidius el deber de  $\psi$ ). Supongamos que esta situación origina una controversia judicial (Numerius Negidius se resiste a dejar de obstruir y Aulus Agerius decide perseguir su derecho judicialmente). Este caso está lejos de encontrarse ante una "laguna de derecho" (ausencia de una norma aplicable al caso). La cuestión jurídica tiene una respuesta; existe un derecho aplicable, a saber:  $n [x D, \phi]$ . Teniendo en cuenta que los tribunales tienen el deber de *aplicar el derecho* (resolver las controversias en base al derecho aplicable), la decisión, si es correcta, sería la de establecer por sentencia (de manera concluyente) que efectivamente Aulus Agerius tiene derecho a  $\phi$ . Una de las consecuencias prácticas de esta decisión judicial es que Numerius Negidius, en tanto que no tiene ningún fundamento jurídico para  $\psi$ , ilícitamente  $\psi$ . Otro caso en que se aprecia el funcionamiento de derechos sin recurrir al concepto de obligación, es cuando, a ciencia cierta, no sabemos "quién tiene el mejor derecho". (Estos casos son comunes en derecho sucesorio, en los concursos o quiebras, etcétera.)

#### 14. Epílogo

Este tipo de casos nos permite apreciar el papel tan importante que

juegan los derechos en el proceso jurisdiccional (en la actividad de los tribunales). Admito que estos casos presuponen muchas otras cuestiones jurídicas (e.g. reconocimiento por parte de los tribunales del derecho existente, problemas de identidad y eficacia del derecho, cuestiones de interpretación, problemas de prueba, etcétera). Sin embargo, estos casos nos ayudan a descubrir hechos de importancia para el entendimiento del funcionamiento de los derechos.

Se podría argumentar que esta descripción de derechos (y sus aplicaciones *prácticas*) se encuentra respaldada por el hecho de que los individuos así han “aprendido a reaccionar” ante los derechos. Los derechos se encuentran revestidos de una función social específica. Por ello creo que es básicamente correcto señalar que el término ‘derecho’ funciona como una *señal práctica*, en nuestra coexistencia social.<sup>21</sup>

Algunos tratadistas podrían considerar que una descripción de este tipo no es completamente exacta en virtud que pasa por alto otros aspectos que parecen necesarios para describir una “situación de derechos”. Muchos autores que pudieran estar dispuestos a aceptar que las implicaciones prácticas descritas generalmente acompañan a los derechos, estarían renuentes a aceptar que estas implicaciones prácticas se derivan del mero hecho de su establecimiento (i.e. de la existencia de  $n [x D, \phi]$ ). Asimismo, muchos autores que pudieran estar dispuestos a admitir que los individuos efectivamente tienen cierta noción sobre las implicaciones prácticas de los derechos, estarían renuentes a aceptar que la reacción de los individuos ante los derechos se debe sólo a la existencia de las normas que los establecen.

Ciertamente, es claro que los individuos han aprendido a reaccionar ante los derechos y, por ello, los derechos realizan una importante función social. Esta función social de los derechos es, por ejemplo, presupuesta por la legislación, cuyo objetivo es llevar a cabo ciertas consecuencias prácticas en la sociedad. La “intención del legislador” es de que un estado de cosas corresponda al “sistema de derechos” legislado.<sup>22</sup>

Hemos señalado que el término ‘derecho’, al igual que otras expresiones jurídicas (e.g. ‘contrato’, ‘obligación’), funciona como señal jurídica. Pero ¿señal para qué?, ¿de qué advierte a los individuos?, ¿qué les recuerda? La respuesta inmediata es que les advierte a los individuos que todas las consecuencias *prácticas* que se siguen de los hechos so-

<sup>21</sup> Cfr. Arnholm, C. J., “Olivecrona on Legal Rights”, *Scandinavian Studies of Law*, vol. VI, 1962, pp. 11-31.

<sup>22</sup> Cfr. Arnholm, C. J., “Olivecrona on Legal Rights”, *cit.*, p. 18; Olivecrona, Karl, *Law as Fact*, Londres, Stevens and Son, 1971, pp. 180 y ss.

ciales designados por dicha señal son, precisamente, *jurídicas*. Le recuerda a los individuos el hecho de que se encuentran pisando en el terreno del derecho y las personas tiene una *vívida* noción de cómo ocurren las cosas en el campo del derecho.

El presupuesto que subyace detrás de estas últimas ideas es de que las consecuencias *prácticas* de los derechos son más bien resultado del funcionamiento del sistema jurídico. Esto es, las consecuencias prácticas de los derechos son, directa o indirectamente, el efecto del funcionamiento de ciertas instituciones jurídicas cuyo objetivo primordial, se dice, es el de *proteger el derecho* de los individuos.

Tenemos que conceder que los derechos pueden ser hechos efectivos tan pronto como el “transgresor” ve al derechohabiente aparecer en el horizonte. Frecuentemente, también, la *editio* es suficiente. Sin embargo, cabe preguntar ¿esto es así porque el transgresor reconoce el derecho en cuestión? (admito que puede ocurrir) ¿o quizás porque la *editio* “activa” otras razones existentes? Supongamos que Numerius Negidius es un recalcitrante y, no obstante la *editio* de Aulus Agerius, dice ‘no’. ¿Termina con esto el episodio del derecho de Aulus Agerius?

La mayor parte de las personas difícilmente pensarían así. El conocimiento común sugiere que existe una *continuación*, y, de hecho, la *editio* anuncia los pasos subsiguientes: la acción que Aulus Agerius va a interponer.<sup>23</sup> De esta manera la *editio (actionis)* puede ser formulada como sigue:

Numerius Negidius; *ego exigo te...* no  $\psi$  o iniciaré un proceso en tu contra.

Las *editiones* son interpuestas para hacer que el destinatario actúe, “activando razones existentes”, a saber: la existencia de una maquinaria judicial. Consecuentemente, la *editio actionis*, es también una señal *jurídica*: es un *ultimatum* para el transgresor del derecho.

<sup>23</sup> Cfr. D. 2. 13, 1, 1, *pr (in fine)*.