

«DERECHOS HUMANOS» Y LA TEORÍA DE DERECHOS. UN CRITERIO*

1. INTRODUCCIÓN

Este ensayo no trata sobre tribunales (o no sólo); trata sobre el papel de la judicatura en la determinación de la existencia y funcionamiento de los «derechos humanos» y en la búsqueda por un Estado de derecho.

El argumento que subyace detrás de este ensayo es que la disponibilidad de una jurisdicción constitucional *e.g.* *nomophilakía*, *Judicial Review*, juicio o recurso de amparo, *Verfassungsgesicht*, etcétera, es una condición necesaria para la existencia de los derechos constitucionales y para que cualquier orden jurídico sea un régimen de Estado de derecho.

Para construir las tesis señaladas es necesario, primeramente, buscar qué rasgos característicos de los derechos (subjettivos) pueden ser considerados esenciales y, en segundo lugar, determinar los aspectos relevantes que dan cuenta del carácter constitucional de algunos derechos. Posteriormente, es necesario describir el Estado de derecho en relación con el principio de

* El presente ensayo es una versión corregida de cinco diferentes trabajos: *The Functioning of the Legal Rights and Its Prima Facie Character* (*Xth Interamerican Congress of Philosophy*, Florida State University, Tallahassee, FL 1982); «una teoría positivista de derechos» (*Primer Simposio de Filosofía del Derecho. Homenaje a Hans Kelsen*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, octubre 1983); «The Functioning of Legal Rights in the Legal System», en *Rechtstheorie, Proceedings of the XIth World Congress of Philosophy, of Law and Social Philosophy*, vol. I, Berlín, Verlag Duncker und Humblot, 1984); el control jurisdiccional de los derechos humanos de la tercera generación (*Seminario: La tercera generación de los derechos fundamentales*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Sta. Cruz de Tenerife, islas Canarias, España, 1990) y El derecho de acceso a la justicia y Estado democrático (*Curso: Los derechos Fundamentales*, Universidad de Las Palmas, Las Palmas. Gran Canaria, islas Canarias, España, 1990); «Viejos derechos para nuevos humanos» (*Conferencias inaugurales*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guadalajara, 1990).

supremacía de la Constitución y las garantías de su defensa. Este último aspecto no lo voy a abordar aquí.

Una tesis que subyace el trabajo y que quiero hacer explícita es que, como la existencia de los tribunales constituye una característica necesaria del derecho (subjetivo), el papel de éstos en la determinación del derecho es concluyente. La determinación proporcionada, por ejemplo, por la legislación es meramente *prima facie*.

Toda vez que el Derecho es *reconocido* por instituciones judiciales, los derechos subjetivos deben ser identificados de esa forma. De ahí se sigue que un derecho existe donde hay, y sólo porque hay instituciones judiciales, *i.e.* Tribunales. Esto equivale a decir que la existencia de los tribunales es condición necesaria para la existencia de un derecho en cualquier sistema jurídico (nacional o internacional).

Esta condición origina un sinnúmero de interpretaciones sobre las relaciones entre derechos y tribunales. De entre las cuales distingo dos. La primera es la *tesis fuerte* y puede ser formulada como sigue: un derecho existe sólo cuando, satisfaciéndose otras condiciones, es efectivamente reconocido por los tribunales. De esta forma, Aulus Agerius¹ tiene un derecho sólo cuando el tribunal decide que efectivamente lo tiene. La *tesis débil* sostiene que un derecho existe cuando, satisfaciéndose otras condiciones, existen tribunales disponibles para, si es el caso, hacer efectivo el derecho. La garantía específica del Derecho es la disponibilidad de las instituciones judiciales; pero los derechos son concebidos como existiendo con independencia de si habrá o no una persecución judicial del mismo. Así, Aulus Agerius tiene un derecho sólo cuando dispone de acceso a la jurisdicción, pero tiene tal derecho aun cuando nunca interponga una acción para defenderlo.

El problema de los «derechos humanos» o «derechos fundamentales» en cualquier orden jurídico puede ser apropiadamente considerado como un aspecto del problema general que el profesor H. L. A. Hart ha llamado: *the legal enforcement of morality*². La relación entre «derechos humanos» y los órdenes jurídicos positivos es sólo una de las varias formas en las que puede considerarse la relación entre derecho y moral. En este ensayo no voy a abordar esta cuestión (aunque habrá algunas referencias incidentales). Asumo, en todo caso, que los «derechos humanos»

¹ El derechohabiente y actor (vid. Gayo, *Institutionem*, 4, 34.

² Vid. *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

se encuentran suficientemente fundamentados en el campo de la moral.

II. EL DERECHO EN EL DISCURSO JURÍDICO

1. *Trivialización de la teoría de derechos*

Con el propósito de defender las tesis contenidas en este ensayo, permítaseme hacer explícitos algunos elementos contenidos en el concepto de ‘derecho’ que, sin duda, esclarecerán, nuestro discurso sobre «derechos». Esto es importante para evitar la trivialización de la noción de derechos.

Cuando de forma indiscriminada se designa con el nombre de ‘derecho’ a cualquier interés, a un *desideratum* político o a cualquier reclamo más o menos justificado, se trivializa la expresión y ésta deja de tener el peso y el vigor que le corresponde en el discurso jurídico. Si bien la definición persuasiva constituye una trampa verbal destinada a traspasar las cualidades de un objeto de otro³; aquí el usuario de la expresión cae en su propia trampa porque, lejos de traspasar tales cualidades al objeto deseado, desvirtúa el uso original.

2. *La técnica del derecho subjetivo*

¿Qué son los derechos (subjetivos)? ¿Qué significa tener o ejercitar un derecho? ¿Cuáles son sus consecuencias? Estas cuestiones, a mi juicio, son oscurecidas (o, incluso, deformadas) cuando se trivializa la noción de derechos o se saca del contexto. jurídico. El problema está lejos de ser artificial. Gran parte del peso, fuerza, respetabilidad que tiene la expresión ‘derecho’ dentro del discurso jurídico se pierde cuando, a cualquier interés, reclamo o aspiración se aplica, *persuasivamente*, el nombre de ‘derecho’.

Si el significado apropiado de ‘derechos’ depende de lo que esta expresión significa dentro del discurso jurídico, resulta imprescindible

³ Vid. Stevenson, C. L., *Ethics and Language*, Yale University Press. New Haven, Con., 1960. (Cap. XIII). Sobre este particular, vid. Black, Max. *Problems of Analysis. Philosophical Essays*, Ithaca New York, Cornell University, 1954, págs. 4-5; Nino, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (Con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, instituto de Investigaciones Jurídicas (1974), 1989, pág. 13.

saber qué significa ‘tener derechos’ en un orden jurídico cualesquiera para conocer la «naturaleza» del derecho.

Antes que nada quiero señalar que en esta parte me quiero referir únicamente a derechos propiamente hablando. No voy a ocuparme de «derechos naturales» o «morales», ni abordaré ningún tipo de «derechos» (así llamados) basados en consideraciones extrajurídicas.

3. *La estrategia*

Dice Hart que una apropiada forma de penetrar el significado de palabras como ‘derechos’ (subjettivos), ‘obligaciones’, ‘deber’, ‘responsabilidad’, etcétera, consiste en colocar la palabra en cuestión en frases u oraciones en las que habitualmente es usada⁴. Siguiendo esta estrategia voy a considerar 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 hacer que se le pague lo que le es debido.

La siguiente formulación parece captar los rasgos comunes de estos enunciados: ‘x tiene derecho a O’ (o simplemente: ‘xD, O’). Asumamos que x es Aulus Agerius, el derechohabiente (el sujeto del derecho), y que ‘O’ denota una conducta humana: *De esta manera, tenemos que ‘xD, O’ es la forma general de los enunciados sobre derechos subjettivos.*

4. *El derecho subjettivo como permisión*

En el discurso jurídico, de los jueces y abogados, el enunciado ‘xD, O’ es generalmente interpretado en sentido de que ‘a x le está permitido O’ (‘x Per, O’). De hecho, en 1), 2), 3) y 4) se presupone que a Aulus Agerius le es permitido O (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

⁴ Cfr. Hart, H. L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1953, pág. 8.

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) sugiere acciones ulteriores].

Los usos jurídicos, así como los usos ordinarios, de la expresión ‘derecho’ normalmente interpretan el enunciado: ‘*x* tiene derecho a *O*’ como: ‘*x* tiene derecho a hacer como a omitir *O*’ (*x Per, O & x Per, O*). Voy a llamar a la permisión que incluye la posibilidad de omitir: ‘permisión completa’. Ahora bien, en tanto permisión completa el enunciado: ‘*x* tiene derecho a *O*’, connota la idea de que *x* es «libre» de hacer (u omitir) *O*. Esta idea no es sólo habitual, sino incluso clásica, los juristas romanos señalaban: «*libertas est facultas eius quod cuique facere libet*»⁵. De acuerdo con lo anterior, resulta que Aulus Agerius es *libre* de usar o no su derecho. Pero, ¿cuándo usa de su derecho? Normalmente se dice que Aulus Agerius usa su derecho cuando efectivamente *realiza O*. Esto es, alguien puede tener derecho a *O*, pero disfruta de su derecho cuando efectivamente *O*. En este sentido se dice: ‘*x* ejercita su derecho’. Sin embargo, *x* disfruta de su derecho aun cuando omite.

¿Puede un «derecho humano» ser formulado en términos de permisiones, en el sentido anteriormente descrito?

5. *Permisión expresa*

Es necesario distinguir la permisión completa que el derecho presupone de aquella conducta que resulta optativa en virtud de que su realización u omisión no se encuentra regulada por el derecho (no es obligatoria su realización ni su omisión). ¿Esta conducta no regulada está permitida? ¿Cuál es el criterio para distinguirla del derecho? 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 optativa 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 fuente jurídica de la permisión.

⁵ D. 1, 5, 4.

Mientras que ahí la permisión no es establecida, en el caso de los derechos la permisión es expresa.

Permitaseme denominar a la permisión expresa, la establecida por una fuente jurídica: ‘permisión fuerte’ (permisión *stricto sensu*) y a aquella que resulta de la ausencia de regulación jurídica ‘permisión débil’. Ahora bien, cabe preguntar: ¿una conducta que se encuentra débilmente permitida constituye un derecho?, ¿cuándo no es obligatorio hacer u omitir *O*, tenemos derecho a *O*? 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 pueda hacerlo. Cuando digo puede ‘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 *O* (el sujeto puede *O* 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 *O*.

¿Son los derechos humanos permisiones expresas?

6. Obligación y su permisión

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 $x O, O - x Per, O$, pero los alcances de esta permisión son restringidos; *no se permite la omisión*: $-x O, O - (x Per, O \& x Per, O)$; por el contrario, se prohíbe: $[x O, O - (x Per, O \& P, O)]$. En el caso del derecho subjetivo, el sujeto del derecho puede omitir (no es ilícito omitir, no hace mal si omite) $(x D, O - x Per, O \& x Per,$

O). 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.

¿Constituyen los «derechos humanos» ventajas prácticas? ¿Benefician o privilegian a quienes se confieren? ¿Puede un «derecho fundamental», por ejemplo, de la «tercera generación» ser formulado como permisión expresa?

7. El derecho subjetivo y su fuente

La descripción de derechos en términos de permisión y libertades (en el sentido de que ‘ $x D, O = [Per, O \& x Per, O]$ ’), anteriormente expuesta, corresponde, en gran medida, a nuestras intuiciones sobre derechos. Asimismo, corresponde ampliamente el 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 ni tampoco cómo son *hechos efectivos*. 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, pero no dice nada sobre cómo se tutelan.

Sobre este particular señalaba que la permisión que confiere un derecho se diferencia de la conducta «débilmente permitida», 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 *O* quiere decir que antes de tal concesión (antes de tener derecho) no podía jurídicamente *O*. 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 (incluyo los actos que constituyen la costumbre). Sobre el particular permítaseme señalar los siguientes: *un derecho (subjetivo) existe si, y, sólo si, hay una fuente 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, etcétera⁶.

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

¿Podemos identificar de esta manera la existencia y contenido de los «derechos humanos»? ¿Existe una fuente para estos «derechos»?

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

⁶ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority, of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, pág. 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, pág. 67).

son las características generales de estas normas?⁷ No pretendo abordar aquí todas las características de dichas normas. Sin embargo, me propongo señalar algunos aspectos.

8. *Los derechos y su perímetro protector*⁸

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 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 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 *O*, 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 *O*, y, lo que es muy importante, *los demás lo entienden así*. Estos últimos no tienen fundamento jurídico para *O*; 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, O* (*'O'*, 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 *O*, pero no concede el mismo a los demás. Supongamos que *w*, es aquella conducta

⁷ Cfr. MacCormick, Neil D., «Rights in Legislation». en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (Eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Oxford University Press. 1977, págs. 89 y sigs.

⁸ 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, págs. 162 y sigs.

que obstruye a Aulus Agerius el disfrute de su derecho. El mismo fundamento jurídico que permite a Aulus Agerius *O* se convierte en el fundamento jurídico (con independencia de que pudiera haber otros) para que Numerius Negidius como cualquier otro, se abstenga de *w*, *i.e.* de interferir en el derecho de Aulus Agerius. De esta manera el derecho de Aulus Agerius a *O* (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: $n [x D, O]$ 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 *w* (no obstruir), y
- b) la incapacidad para cambiar la situación de Aulus Agerius.

Habría que añadir que el establecimiento del derecho limita la conducta permitida. Aulus Agerius no hace mal jurídicamente si *O*, pero sólo dentro de los límites de su derecho.

9. *Facultas exigendi*

El derecho presenta efectivamente una ventaja práctica para Aulus Agerius cuando todos los demás siguen una consecuente línea de conducta, *i.e.* no obstrucción. De hecho, Aulus Agerius disfruta de un derecho a *O* 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 *O* (atravesar el predio). La más importante

consecuencia que se deriva de $n [x D, O]$ es que Aulus Agerius no hace mal (jurídicamente) si O , *i.e.* si ejerce su derecho. Al mismo tiempo, como señalé, $n [x D, O]$ se convierte en una razón para que los demás se abstengan de w (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 w , impide a Aulus Agerius el ejercicio de su derecho a O . En tal situación Aulus Agerius puede dirigirse a Numerius Negidius y exigir que no interfiera. Aulus Agerius puede dirigirse así a Numerius Negidius porque tiene un fundamento jurídico para hacerlo, a saber: $n [x D, O]$. 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 involucrado con el derecho de Aulus Agerius, como es el caso de Q. Furius Praedius. Este no sólo debe omitir w (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? 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; no tendría nada de qué lamentarse; tiene que conceder que él no intentaba más que el destinatario tomara en cuenta su petición⁹. ¿Es esto lo que pretende Aulus Agerius cuando exige a Numerius Negidius que deje de interferir?

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 más bien, una *advertencia*, una *editio actionis* como la llamaban los antiguos romanos¹⁰. Ciertamente, Aulus Agerius no considera su *editio* como una mera petición o ruego, *i.e.* como una razón

⁹ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essay on Law and Morality*. cit., págs. 14-15.

¹⁰ Cfr. D. 2, 13, 1, pr.

más para ser considerada. Aulus Agerius pretende que Numerius Negidius (o Q. Furius Praedius) 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 la *facultas exigendi* propia a todo derecho. ¿De dónde deriva Aulus Agerius su *facultas exigendu*. La respuesta es clara: de la norma que confiere a Aulus Agerius el derecho a *O*.

10. *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 explicación 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 derecho. Así, Aulus Agerius tiene derecho a *O* si, y sólo si, existe una *n*, tal que establezca que *x D*, *O* y Aulus Agerius satisface las condiciones de su conferimiento. Supongamos que en tal sistema jurídico *w* es un tipo de conducta absolutamente incompatible con *O* (de tal manera que la realización de *O* es sólo posible si se omite *w* y que existe una *n* que establece que *y D*, *w* y Numerius Negidius satisface las condiciones de su conferimiento. En tal caso los enunciados: ‘Aulus Agerius tiene derecho a *O*’ y Numerius Negidius tiene derecho a *w*’ describen estados de cosas que no pueden coexistir. No obstante la existencia de *n*₁ y de *n*₂ no podemos saber, de forma concluyente, si Aulus Agerius tiene derecho a *O*. Si decimos que Aulus Agerius tiene derecho a *O*, ¿sobre qué base negamos a Numerius Negidius el derecho de *w*? Si, no obstante la existencia de *n*₂ (y no obstante que Aulus Agerius satisface los requisitos de su conferimiento), no podemos decir que Aulus Agerius tenga derecho a *O*, entonces la anterior descripción no es una descripción completa, toda vez que tenemos que introducir otros aspectos para que ese enunciado sea verdadero.

Aulus Agerius y Numerius Negidius, ambos se encuentran en posición de pretender que tienen derecho en virtud de la existencia

de la norma respectiva y en razón de que satisfacen las condiciones de su conferimiento. Sin embargo, no podemos decir algo definitivo sobre el conflicto de derechos (éste sólo puede ser resuelto concluyentemente por los tribunales). Si bien es cierto que en el caso no estamos en situación de decir algo concluyente sobre los derechos, también es verdad que las normas que los conceden, efectivamente existen (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 la norma que confiere un derecho a x para O , concede sólo un derecho *prima facie*. El carácter *prima facie* no altera o reduce su función normativa, no significa un ‘derecho aparente’ o un ‘pseudoderecho’, significa ‘derecho que puede ser superado por otras consideraciones jurídicas’, *i. e.* que puede ser vencido por otros derechos.

Cualquier afirmación sobre derechos, presupone la existencia de una fuente de derecho para cada derecho subjetivo en particular. De esta forma tenemos que la norma, fuente del derecho (subjetivo)¹¹ 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 la n , que lo establece (confiere) con independencia de si entra en conflicto con otro. De esta forma, Aulus Agerius tiene un derecho a O si existe n_1 , que establezca que $x D, O$ y Aulus Agerius satisface las condiciones de su conferimiento.

Muchas consecuencias prácticas de los derechos subjetivos (aunque *prima facie* derivan del hecho de haber sido jurídicamente establecidos mediante una «fuente» apropiada. Asimismo, muchas de las consecuencias normativas de los derechos 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 n_1 que le otorga tal derecho (con independencia de si va a haber una persecución judicial o no). Aulus Agerius goza de una ventaja práctica al tener un

¹¹ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law, and Morality*, cit., págs. 37-52. (Cfr. Id., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho moral*, cit., págs. 55-73).

fundamento jurídico para *O*; por tanto, no hace mal (no es ilícito) si *O*. Supongamos que Aulus Agerius efectivamente *O* y que Numerius Negidius no *w* (o viceversa). Piénsese incluso en el caso de que Aulus Agerius renuncia a su derecho a *O*. ¿Qué acaso no pueden describirse estas situaciones como el ejercicio (o no ejercicio) de un derecho o como la renuncia de un derecho?

El caso típico en que se aprecia el funcionamiento de derechos sin recurrir al concepto de obligación, es cuando, no sabemos «quién tiene el mejor derecho». (Estos casos son comunes en derecho sucesorio, en los concursos o quiebras, etcétera).

11. *Ultimátum e imperio judicial*

Este tipo de casos nos permiten apreciar el papel tan importante que juegan los tribunales en el funcionamiento de los derechos. Admito que estos casos presuponen muchas otras cuestiones jurídicas (e.g. 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 social¹².

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 $n [x D, O]$). 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.

¹² Cfr. Arnholm, C. J., «Olivecrona on Legal Rights», *Scandinavian Studies of Law*, vol. VI, 1962, págs. 11-31.

Ciertamente, 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, se encuentra 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» legislado¹³.

Hemos señalado que el término ‘derecho’, al igual que otras expresiones jurídicas (e.g., ‘contrato’, ‘obligación’) funcionan 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 el hecho de que se encuentran pisando en el terreno del derecho y las personas tienen una vívida noción de cómo ocurren las cosas en este campo.

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, cuyo objetivo, *inter alia*, es el de dirimir y cancelar controversias¹⁴. 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 interponer¹⁵. De esta manera la *editio* (*actionis*) puede ser formulada como sigue:

Numerius Negidius: *ego exigo te... no w*
o iniciaré un proceso en tu contra.

¹³ Cfr. Arnholm, C. J., «Olivecrona on Legal Rights», cit., pág. 18: Olivecrona, Karl, *Law, as Fact*, Londres, Stevens and Son. 1971. págs. 180 y sigs.

¹⁴ Watson, Alan, *The Nature of Law*, Edimburgo, Edimburgh University Press.

¹⁵ Cfr. D. 2, 13, I, I, pr (in fine).

Las *editiones* son interpuestas para hacer que el destinatario actúe, «activando razones existentes», a saber: la presencia eficaz de una maquinaria judicial. Consecuentemente, la *editio actionis*, es también una señal jurídica: es un *ultimátum* para el transgresor del derecho.



DOXA-9 (1991)
