

# LOS DERECHOS, ENTRE LOS ANTIGUOS Y LOS MODERNOS

*Valentina Pazé\**

---

\* Professore associato di Filosofia politica presso  
l'Università degli Studi di Torino - Dipartimento di Culture,  
Politica e Società.

## I. ANTES DE LA EDAD DE LOS DERECHOS

Para Norberto Bobbio, la edad de los derechos es la edad moderna: la edad en la que se invierte la perspectiva desde la cual el mundo antiguo y medieval miraba predominantemente a la sociedad y el estado, pasando del modelo aristotélico al modelo hobbesiano, de la primacía de la comunidad a la del individuo, de la prioridad de los deberes a la de los derechos<sup>1</sup>. Una auténtica “revolución copernicana” que se llevó a cabo gradualmente, primero en la historia del pensamiento, a partir de Hobbes, y luego en la política, con la revolución estadounidense y la francesa, pero a la que se puede mirar retrospectivamente como una verdadera línea que divide la historia de la cultura occidental.

Si esta posición hoy parece ampliamente compartida, algunos historiadores han antedatado el momento de origen de la edad de los derechos. Michel Villey atribuyó a Guillermo de Ochkam, y al punto de inflexión individualista y nominalista a él asociado, el “descubrimiento” de la acepción subjetiva de *ius*. Brian Tierney, en franca polémica con Bobbio<sup>2</sup>, ha negado la tesis de la modernidad de los derechos e ha identificado en algunos canonistas del siglo XII y XIII a los primeros que utilizaron esa noción. Sin embargo, todos, o casi todos, descartan que se pueda hablar de derecho en la antigüedad clásica, en Roma o en Atenas.

Según Michel Villey, la noción de derecho subjetivo, entendida como una facultad o un poder atribuido a un sujeto por una norma jurídica, sería una elaboración doctrinal de los romanistas, “desconocida para la ciencia jurídica romana” y “lógicamente incompatible con el derecho natural clásico”<sup>3</sup>. Aún cuando *ius* parece indicar algo análogo a lo que nosotros hoy llamamos derecho subjetivo, como en las expresiones *ius successionis*, *ius utendi fruendi*, *ius obligationis*, en realidad se referiría a una “cosa”, y no al “poder de un sujeto so-

---

<sup>1</sup> Bobbio 1973 y 1990.

<sup>2</sup> Tierney, 2002 : 17.

<sup>3</sup> Villey, 1985: 196. Para una crítica de esta cronología ver al menos Tuck, 1979 y Tierney, 2002.

bre una cosa". El *ius* sería la parte que corresponde a cada uno según la justicia (que consiste en atribuir a cada uno lo suyo: *suum ius cuique tribuere*)<sup>4</sup>. Una parte, entre otras cosas, que no se corresponde necesariamente con algo favorable para el sujeto, si es verdad que el *ius* del parricida consistía en ser arrojado al Tíber en un saco lleno de víboras, o que Gaius prevé un *ius non extollendi*, que consiste en el "derecho" (que nosotros calificaríamos más bien como deber) de no elevar su edificio para no perjudicar la vista de los demás<sup>5</sup>.

Los argumentos de Villey han sido objeto de muchas discusiones y críticas, a partir de la crítica de cierta selectividad en el uso de las fuentes<sup>6</sup>. Hoy en día, entre los eruditos del derecho antiguo está ampliamente aceptada la idea de que a la experiencia jurídica romana no le era extraña "la conciencia de la existencia de posiciones jurídicas subjetivas", si bien eso nunca llevó a la elaboración de la categoría unitaria de "derechos subjetivos"<sup>7</sup>.

En cambio, ¿qué se puede decir del mundo griego? El problema en este caso es que el griego antiguo no cuenta con una palabra correspondiente a la latina *ius*. Además, en la Grecia clásica no se desarrolló nada comparable con la ciencia jurídica romana, por motivos conocidos, relacionados con la configuración especial de los juicios en Atenas, donde el protagonista es siempre el ciudadano común, sea él parte de un jurado o parte en la controversia, y no un técnico del derecho como en Roma. En resumen, con relación a la experiencia jurídica, parece haber muy poca continuidad entre Atenas y Roma. Y aún menos entre Atenas y nosotros.

Entonces encontramos que un historiador del derecho griego como Emanuele Stolfi puede afirmar sin rodeos que la "libertad (de hecho tampoco exigua)" del ciudadano griego "nunca fue configurable en los términos de un 'derecho subjetivo', que fuera posible oponer a la polis"<sup>8</sup>. De la misma forma,

---

<sup>4</sup> Villey 1962: 180 y sig.

<sup>5</sup> Villey 1983: 77.

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, Pugliese, 1954; Tierney, 2002; Stolfi, 2006a; Marchettoni, 2012.

<sup>7</sup> Stolfi 2015: 394.

<sup>8</sup> Stolfi 2006b: 60.

Alberto Maffi sostuvo que “Hablar de derechos (subjctivos) para el mundo antiguo es seguramente un anacronismo”<sup>9</sup>. Otros estudiosos han expresado posiciones más posibilistas. Josiah Ober acuñó la fórmula “*quasi rights*” (cuasi derechos) para referirse a algunas inmunidades y libertades reconocidas por la ley, en Atenas, a ciudadanos y no ciudadanos, además de los derechos políticos reservados exclusivamente para los ciudadanos. “Cuasi”, porque los Atenienses “nunca pensaron que los derechos tuvieran una existencia universal y metafísica, que derivaran de Dios o de la naturaleza”<sup>10</sup>. Una tesis – se podría decir – que los teóricos de los derechos contemporáneos de orientación iuspositivista podrían suscribir tranquilamente. Aún más neto en la negación de la extrañeza del mundo griego al lenguaje de los derechos individuales es Mogens Herman Hansen que, en su clásica obra sobre la democracia ateniense del siglo IV, recurre sin problemas a la palabra “derechos” para designar algunas de las libertades y de los poderes de los que gozaban los ciudadanos atenienses y, en algunos casos, también los no ciudadanos<sup>11</sup>.

Pasando de la historia de las instituciones a la historia del pensamiento, Fred D. Miller ha sostenido no solo la presencia en Aristóteles de una familia de conceptos, entre sí lógicamente relacionados, que corresponderían a las distintas figuras de los derechos subjctivos, sino también la posibilidad de encontrar en sus obras una verdadera teoría de los “derechos naturales”. Por supuesto que con esta expresión Miller no se refiere a los derechos correspondientes al individuo en una hipotética condición prepolítica – como en el modelo hobbesiano – sino a facultades, poderes, inmunidades reconocidos al miembro de la *polis* (entendida como comunidad *kata physin*) sobre la base de una teoría de la justicia, ella también “natural”, no convencional. Entre estos derechos se encontraría en primer lugar el “derecho a la felicidad” y al “perfeccionamiento moral”, en los que se fusionarían, en última instancia, los derechos políticos y el derecho de propiedad<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Maffi 2011: 9.

<sup>10</sup> Ober, 2005: 96.

<sup>11</sup> Hansen, 2003: 10, 120.

<sup>12</sup> Miller 1995: 221-22 y 2005. Ver las críticas de Keyt, 1996 y Gill, 1996 y la réplica de Miller, 1996.

## 2. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN LA ATENAS DEMOCRÁTICA

En esta intervención no abordaré la compleja cuestión de la presencia en Aristóteles, o en otros filósofos antiguos, de una teoría de los derechos, naturales o positivos. Tampoco me preguntaré si, y en qué medida, en la antigüedad se ha desarrollado una noción universalista de derechos, basada en la idea de igualdad entre todos los seres humanos. La pregunta que querría plantear es otra: ¿existía alguna noción de derecho subjetivo en Atenas? ¿Los ciudadanos atenienses, y eventualmente también los residentes no ciudadanos, se percibían a sí mismos como poseedores de algo similar a lo que nosotros hoy entendemos por “derechos”? Si la respuesta es afirmativa, ¿deberíamos considerar superadas no solo las posiciones de Villey y de Tierney, sino también la tesis de Bobbio, según la cual “la edad de los derechos” es la edad moderna?

Intentaré abordar este problema con una primera definición de “derecho subjetivo” que es la propuesta por Luigi Ferrajoli, que tiene la ventaja de ser clara y lo suficientemente amplia como para seguir un razonamiento entre los antiguos y los modernos. Ferrajoli define el derecho subjetivo como “todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica”<sup>13</sup>. Se trata de una definición teórica y formal que no nos dice nada sobre el contenido de las expectativas reconocidas de vez en vez como derechos, ni sobre su fundamento (pudiendo la norma que reconoce los derechos pertenecer a un sistema de derecho positivo, natural o consuetudinario). Ferrajoli especifica que los derechos pueden consistir en meras expectativas negativas (en este caso hablamos de *inmunidades*, por ejemplo contra la tortura o la reducción a la esclavitud), o también en *facultades* de actuar (como en el caso de la libertad de expresión y de asociación), o en *poderes* que implican efectos jurídicos en la esfera de los demás (los derechos civiles y políticos), o en *reivindicaciones* (la expectativa de recibir una prestación, como en el caso de los derechos sociales y el derecho de crédito)<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Ferrajoli, 2001: 5.

<sup>14</sup> Ferrajoli, 2007: 639 y sig.

A partir de esta definición, podemos volver a la cuestión de la existencia en Grecia, y específicamente en la Atenas clásica, de derechos subjetivos. Comenzando por una trivial constatación: si bien es indudable que no existe una única palabra griega capaz de expresar el abanico de situaciones jurídicas incluidas en la noción de derecho subjetivo, también es indudable que el griego antiguo contaba con una multiplicidad de términos para designar las inmunidades, las facultades, los poderes y las reivindicaciones que componen los derechos<sup>15</sup>. Aristóteles define al ciudadano como «aquel que tiene la facultad [*exousia*] de gozar de las funciones de juez y de magistrado» (*Pol.* 1275b) y habla del «poder» [*dynamis*] de los ciudadanos de elegir a los magistrados (*Pol.* 1274a). No me parece forzar ni tergiversar si en estos pasajes se interpreta *exousia* y *dynamis* como «derechos», porque de lo que estamos hablando aquí es precisamente de facultades y poderes conferidos a todos los ciudadanos por la ley. Facultades y poderes que los ciudadanos atenienses podían reivindicar contra los que quisieran negárselos. Del mismo modo en que podía recurrir al tribunal el hijo de padres atenienses que, al llegar a la mayoría de edad, se le negaba la inscripción como ciudadano en el registro del demo paterno (Aristóteles, *Ath. Pol.* 42).

Pero sería engañoso considerar que los ciudadanos atenienses solo gozaban de derechos políticos - la posibilidad de participar en la asamblea y en los jurados, y de cubrir los innumerables cargos públicos distribuidos por sorteo o por elección -, en los que Benjamin Constant identificaba lo específico de la “libertad de los antiguos”. En la *Constitución de Atenas*, Aristóteles recuerda cómo, en un determinado momento de la historia de la *polis*, se afianzó el principio de que “ningún ciudadano debiese morir sin la sentencia de un tribunal”. Eso sucedió cuando “el pueblo retiró [...] al consejo el derecho de condenar a muerte, de encarcelar, de poner multas, y estableció por ley que, si el consejo condenaba o castigaba a alguien con una multa, los tesmótetas debían llevar la condena y la multa ante un tribunal y la decisión votada por los jueces habría

---

<sup>15</sup> Miller se detiene en especial en: *akuros/adeia*, *exousia*, *kurios*, *to dikaion*, que hace corresponder a las cuatro categorías de *rights* identificadas por Hohfeld (solo parcialmente coincidentes con las de Ferrajoli): *immunity*, *liberty/privilege*, *authority/power*, *claim* (Miller, 1995: 94-108 y 2005).

sido decisiva" (*Ath Pol.* 45). En realidad, Hansen observa que el principio de "ninguna ejecución sin proceso" [*medena akriton apokteinai*], mencionado también por Isócrates y por Lisias, no se aplicaba a ladrones y salteadores sorprendidos en flagrante delito. Incluso dentro de estos límites, se trataba - según Hansen - de un principio "sentido como un derecho del que gozaban todos los ciudadanos"<sup>16</sup>. Lo mismo se puede decir de otra importante inmunidad - el derecho a no ser torturados - garantizada a los ciudadanos atenienses por el decreto de Escamandro. En este caso, parece que la prohibición correspondiente valía sin excepciones, haciendo que los ciudadanos atenienses fueran "completamente inmunes frente al temor de ser torturados"<sup>17</sup>.

Los ciudadanos atenienses también gozaban de la *isegoría* - igualdad de posibilidades de tomar la palabra en público, en especial, en la asamblea - y de la *parrhesia* - la posibilidad de expresarse con franqueza también en contextos no políticos<sup>18</sup>. Ellos eran conscientes de que la constitución democrática les permitía criticar libremente las instituciones y el modo de vida de su ciudad y elogiar el lacedemón, algo inconcebible en Esparta<sup>19</sup>. La literatura griega, predominantemente antidemocrática, nos ofrece infinitos ejemplos de la tolerancia de la ciudad hacia sus críticos, incluso los radicales. Por supuesto, esa tolerancia encontró algunos límites significativos en momentos delicados, en los que se temía por la conservación de las mismas instituciones democráticas (la ley de Diopites contra la impiedad, los intentos - si bien fallidos - de censurar a Aristófanes, la prohibición en el debate público de propuestas tendientes a la

---

<sup>16</sup> Hansen, 2003: 120.

<sup>17</sup> Ver Pepe, 2011: 221-22, que cita en especial un pasaje de la oración de Lisias, *Contro Agorato* (XII, 27-28) en apoyo de esta tesis.

<sup>18</sup> La tesis de Carter, según la cual la libertad de palabra se percibía como un "atributo" de los ciudadanos atenienses, y no como un "derecho", no es convincente. *Isegoría* es un término que tiene un indudable valor legal, aludiendo al igual "derecho" - ¿cómo expresarse de otra manera? - de cualquier ciudadano para expresar sus opiniones en la asamblea, cuyas sesiones se abrieron con el famoso *¿Tis agoreuein bouletai?* (¿Quién quiere hablar?). Incluso la yuxtaposición de Carter entre "confianza para hablar" y "derecho a hablar" no es convincente. Es claro que la costumbre de expresarse libremente surge y se fortalece cuando tal comportamiento se considera legal, como en Atenas. Ver Carter 2004: 198-99, 206.

<sup>19</sup> Con las palabras de Demóstenes: "Lo que harán mis adversarios si usan estos argumentos para elogiar las costumbres de los atenienses o de alguna otra ciudad, no se puede hacer en Esparta, ¡ciertamente no! En cambio, es obligatorio elogiar solo lo que es útil para su comunidad" (Dem, *Contro Leptine*, 105-108).

subversión del orden democrático, después del año 404<sup>20</sup>). El mismo proceso a Sócrates se puede interpretar como la reacción del partido democrático, a pocos años del derrocamiento de los Treinta, frente a lo que parecía ser un “mal maestro”<sup>21</sup>. En cualquier caso, si nuestro objetivo no es el de medir la coherencia de los Atenenses con los principios por ellos celebrados oficialmente, sino preguntarnos si los ciudadanos eran, y se percibían a sí mismos, como poseedores de algo similar a lo que hoy nosotros consideramos “derechos” (positivos), no me parece particularmente significativo insistir en los casos en los que la libertad de expresión fue violada o limitada por la ley. Los derechos se violan y se someten a restricciones constantemente, también en nuestras sociedades, que los han labrado en sus constituciones proclamando su universalidad e inalienabilidad<sup>22</sup>.

Por lo tanto, creo que se puede concluir que la constitución democrática aseguraba a los ciudadanos atenienses, no solo derechos políticos, sino algunos significativos derechos-inmunities y derechos-facultades. Ellos también gozaban de un meta-derecho de particular importancia: el derecho de actuar en juicio, dirigiéndose a los tribunales arbitrales o a la Heliea para obtener justicia. Stolfi afirmó - como hemos visto - que no se puede hablar de derechos de los ciudadanos “contra la polis”. Y, sin embargo, todo ciudadano podía presentar una causa privada contra los magistrados que consideraba que habían violado una reivindicación legítima. “Como se consideraba que el magistrado encarnaba a la polis - comenta Hansen - *euthynai* privadas y otros tipos similares de acusación eran juicios de un ciudadano contra la polis, en donde el ciudadano podía derrotar a la polis”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Sommerstein, 2004 y Wallace, 2004: 229-30.

<sup>21</sup> Ver Wallace 2004, para quien la ejecución de Sócrates fue, de todas formas, un evento único en la historia ateniense, que “*does not reflect Athenian attitudes toward religious speculation or free speech*” (231).

<sup>22</sup> Pensemos en las leyes contra el *hate speech* vigentes en los regímenes actuales de “democracia protegida”, cuya inspiración no se encuentra tan distante de la de algunas medidas restrictivas tomadas en Atenas.

<sup>23</sup> Hansen, 2003: 122.

Claro que se podría aún afirmar - como a menudo se ha hecho - que los “derechos” de los ciudadanos atenienses siempre corrían el riesgo de ser conculcados por la asamblea. “Teóricamente – escribe Finley – el poder del estado era ilimitado, y no existían actividades o esferas del comportamiento humano donde el estado no pudiera intervenir legítimamente, siempre que la decisión fuese oportunamente tomada por alguna razón que la asamblea hubiera considerado válida. Libertad significaba dominio de la ley y participación en el proceso decisonal, no posesión de derechos inalienables”<sup>24</sup>. Y, sin embargo, el arbitrio de la asamblea estaba siempre limitado por el principio de la supremacía de las leyes [*nomoi*] sobre los decretos [*psephismata*], que se reafirmó a comienzos del siglo IV, época en la que tuvo una nueva ventura el instituto de la *graphé paranomon*<sup>25</sup>. Lo que se intenta demostrar, por otro lado, no es que en Atenas los derechos estuvieran eficazmente garantizados contra las decisiones de la mayoría, como en los sistemas modernos de democracia constitucional. Por supuesto que no lo estaban, así como no lo estaban en el estado liberal del siglo XIX, antes del surgimiento de constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes. Pero nadie osaría situar luego del siglo diecinueve (para los Estados Unidos) o de mediados del siglo veinte (para Europa) el nacimiento de la noción de derechos subjetivos, ni deducir que, en la Gran Bretaña actual, donde aún rige el principio de soberanía absoluta del Parlamento y no existe una constitución escrita, los ciudadanos carezcan de derechos<sup>26</sup>.

### 3. LOS DERECHOS DE LOS “OTROS”

Y, sin embargo, hasta ahora solo hablé de los derechos de los ciudada-

---

<sup>24</sup> Finley, 2005: 26-27 y 83. De la misma opinión Dover, 1983: 278: “soberana era la comunidad y ningún derecho era inalienable”.

<sup>25</sup> Hansen, 2001. El subtítulo de la traducción italiana del texto de Hansen – *La sovranità del tribunale popolare ad Atene (La soberanía del tribunal popular en Atenas)* – puede parecer paradójico, pero suena como una invitación a redimensionar la tesis de Finley sobre la “soberanía absoluta” de la asamblea.

<sup>26</sup> La comparación con Gran Bretaña es de Hansen, 2003: 126.

nos atenienses. ¿Qué podemos decir de los “otros”<sup>27</sup>? ¿Las mujeres, los esclavos, los metecos?

Analizando detenidamente, algunas libertades e inmunidades también valían para ellos, pero aquí es importante moverse con cautela, para no caer en imperdonables anacronismos. Según algunos teóricos de la traducibilidad universal entre las distintas culturas, en las sociedades donde el léxico de los derechos individuales no se ha desarrollado, la existencia de normas que prescriben deberes – como la obligación de respetar la vida, la dignidad, los bienes ajenos - también cumpliría la misma función. En realidad, las cosas no son tan sencillas. El hecho de que una norma disponga obligaciones o prohibiciones en protección de una determinada categoría de personas, no significa que les reconozca derechos. O mejor dicho, eso se puede afirmar desde un punto de vista estrictamente lógico, pero no si se tienen en cuenta los significados de los que se ha cargado la palabra “derecho”, que van más allá de la simple idea de contrapartida de un deber. Si los esclavos, tanto en Atenas como en Roma, gozaban de algunas protecciones, no era porque se les considerara poseedores de derechos. Era porque se les consideraba bienes, propiedad de un patrón, que no se debían dañar ni destruir a la ligera. Algo de similar se puede decir en referencia a la condición de las mujeres.

Si es verdad que todos los derechos se pueden traducir en los correspondientes deberes, no es verdad lo contrario, es decir, que la existencia de deberes siempre implique la de los derechos. Bobbio insistió sobre la no correspondencia bidireccional entre derechos y deberes: “La ley natural, en la concepción del iusnaturalismo tradicional, era una norma de conducta que tenía como destinatarios, sobre todo, a los soberanos a los que se les imponía la obligación de ejercer el poder respetando algunos altos principios morales. Era dudoso que a este deber de los gobernantes correspondiese un derecho correlativo de los súbditos de pretender que sus gobernantes respetaran ese deber: los súbditos tenían fundamentalmente el deber de obedecer, incluso a los malos soberanos

---

<sup>27</sup> Maffi, 2011.

[...]”<sup>28</sup>. Además: si bien es cierto que la prohibición del homicidio está incluida en todos los códigos morales y jurídicos de la antigüedad, durante mucho tiempo eso no implicó en absoluto el reconocimiento, para los individuos, de algún “derecho a la vida”, sino la necesidad de salvaguardar la existencia del cuerpo colectivo<sup>29</sup>.

En resumidas cuentas, sería un error pensar en cualquier obligación de protección de los más débiles en términos de derecho. Como argumentó Neal MacCormick en un célebre debate con Herbert Hart, existe una gran diferencia entre decir que “los niños *deben* ser alimentados y cuidados” y decir que “tienen el *derecho* de ser alimentados y cuidados”. En el primer caso, el deber, a cargo de los padres o de las instituciones públicas, podría estar justificado exclusivamente por el fin de tener en el futuro adultos sanos, que contribuyan al crecimiento del PIB y no representen una carga para el contribuyente. Proclamar - como lo hacen hoy varias declaraciones internacionales - que los niños son personas dotadas de dignidad y de derechos, evidentemente tiene otro significado<sup>30</sup>.

La tesis de la irreductibilidad de los derechos a los deberes se encuentra, de diferentes maneras, en influyentes exponentes de la filosofía del derecho del siglo XX: de Kelsen a Hart, a Feinberg, a MacCormick, al mismo Bobbio<sup>31</sup>. Kelsen, como buen iuspositivista, parte de la tesis de Austin (pero ya de Bentham) según la cual no se dan derechos, en el sentido estricto del término, en ausencia de los deberes correspondientes. Pero esta tesis no le satisface: si la noción de derecho subjetivo no fuera más que la simple contrapartida de un deber, una sana parsimonia metodológica impondría renunciar a uno de los dos conceptos. Kelsen propone, pues, redefinir los derechos subjetivos en términos de

---

<sup>28</sup> Bobbio, 1999: 443. Pero ver también Kelsen, 1994: 85.

<sup>29</sup> Bobbio, 1990 : 55.

<sup>30</sup> Para una reconstrucción del debate entre Hart y MacCormick sobre los derechos de los niños, ver Celano, 2013: 58 y sig. y Fanlo Cortes, 2008.

<sup>31</sup> Ver a propósito Baccelli, 2009: 86 y sig., que, sin embargo coloca a Kelsen – de manera forzada, a mi entender – entre los teóricos de la correlatividad entre derechos y deberes.

posibilidad, que el ordenamiento jurídico reconoce a determinados sujetos, de “poner en marcha la sanción”. Soy poseedor de un derecho subjetivo “en sentido estricto” si, en caso de su violación, puedo dirigirme a un tribunal para obtener justicia. “Sujeto de derecho es el individuo cuya manifestación de voluntad dirigida a la sanción, es decir, cuya acción en juicio, es la condición de la sanción. Si llamamos actor potencial al individuo al que el ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de iniciar un procedimiento, entonces es siempre un actor potencial quien es sujeto de un derecho”<sup>32</sup>.

Con un lenguaje distinto, pero no demasiado, Hart y los teóricos de la *choice theory* expresan la misma intuición: ser poseedores de un derecho no significa solo ser beneficiarios de un deber de algún otro, sino tener el “control” sobre el cumplimiento de ese deber (es decir, tener la posibilidad de escoger si se lo pretende o si se renuncia al mismo, y si se actúa en juicio o no)<sup>33</sup>. Si para Kelsen el poseedor de un derecho es siempre un “actor potencial”, para Hart es un “soberano en pequeña escala”, de cuya manifestación de voluntad depende el cumplimiento del deber de otros.

Semejantes teorías – si se absolutizan – presentan puntos débiles evidentes. Como el propio Hart se daba cuenta, si asignáramos un alcance general a la *choice theory* deberíamos excluir del grupo de los derechos justamente aquellos que hoy, por su particular importancia, se declaran “inalienables” y, por lo tanto, irrenunciables por sus mismos poseedores, como los derechos protegidos por la ley penal que, en caso de violación, no requieren una denuncia para que se llegue a una sanción<sup>34</sup>. Y, sin embargo, este modo de concebir los derechos - o algunos derechos - aún capta un aspecto de la “revolución copernicana” que tuvo lugar en la modernidad: el paso de súbditos a ciudadanos, de destinatarios de beneficios otorgados paternalmente, a sujetos que reivindican lo que les corresponde “por derecho”. Detrás de estas teorías se destaca la imagen de un individuo autónomo, activo, que pretende ser respetado.

---

<sup>32</sup> Kelsen, 1994: 83.

<sup>33</sup> Sobre Hart y la *choice (o will) theory*, ver Celano 2013: 38 y sig.

<sup>34</sup> Celano, 2013: 49-51.

Si volvemos a observar el mundo griego a partir de este modo de concebir los derechos, nos vemos inducidos a poner en discusión la tesis sostenida por algunos estudiosos, según la cual el énfasis en el *claiming*, el “ponerse de pie”, el conflicto, expresaría una actitud exclusiva de la modernidad occidental<sup>35</sup>. Si reflexionamos sobre la pasión proverbial por los procesos del ciudadano ateniense, siempre preparado a acudir a un tribunal para pretender lo que le corresponde, si pensamos en el espíritu agonista que le impulsa, encontraremos muy poco de la actitud “conciliadora” que distingue a algunas culturas orientales y tradicionales. Y descubrimos más bien a un ciudadano muy consciente de sus prerrogativas: orgulloso de ser poseedor de inmunidades, facultades, poderes de los que goza en virtud de su *status*, y para nada dispuesto a renunciar a ellos.

Entre otras cosas, precisamente la naturaleza acusatoria del proceso ateniense, donde los ciudadanos siempre promueven la acción legal, incluso de los delitos más graves, hace que el derecho mismo a la vida se pueda considerar un “derecho en sentido estricto”, según la definición de Kelsen. También la acción para perseguir un homicidio en Atenas era una acción privada (una *dike*), que podía ser promovida por el pariente más cercano de la víctima. Además del poder de “poner en marcha la sanción”, al ciudadano-actor también le correspondía, en muchos casos, el poder de proponer el tipo y la magnitud de la pena. E incluso, en las acciones privadas, la ejecución del juicio se dejaba al vencedor<sup>36</sup>. Paradójicamente, aplicando las categorías de Kelsen y de los teóricos de la *choice theory*, la Atenas democrática, en la que se dejaba un gran espacio a la iniciativa autónoma del ciudadano, nos parece más rica en derechos que las sociedades contemporáneas.

La cuestión cambia si desplazamos la atención sobre los no ciudadanos. Por lo general, mujeres, metecos, esclavos no podían actuar en juicio, sino a través de un tutor, un patrono o un amo<sup>37</sup>. Además de no gozar de las mismas

---

<sup>35</sup> Baccelli, 2009: 121.

<sup>36</sup> Martini, 2005: 133 y sig.; Fabbro, 2012.

<sup>37</sup> A propósito de los metecos, ver Aristóteles, *Pol.* 1275a, 9-10.

facultades, libertades e inmunidades reservadas a los ciudadanos (de los derechos políticos a la libertad de expresión, a la inmunidad contra la tortura, al derecho de poseer tierras en propiedad), no tenían el poder de “poner en marcha la sanción”. Entonces, en la discriminación entre ciudadanos y no ciudadanos puede identificarse lo específico de la cultura de los derechos de los antiguos. Una discriminación referida, en especial, a los derechos “activos” a través de los cuales se expresa la autonomía de los individuos, en la esfera pública (derechos políticos) y privada (derechos civiles). Con eso no quiero decir que semejantes discriminaciones no se vuelvan a presentar también hoy. Pero se trata de violaciones de los principios del constitucionalismo moderno, que por primera vez ha reconocido al ser humano en cuanto tal – no al ciudadano – como sujeto de derechos. En cambio, en Atenas, la discriminación de derechos entre ciudadanos y no ciudadanos se encontraba en la base de la *politeia* democrática; tenía carácter fundamental, estructural<sup>38</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Pues bien, se debe reconfirmar la discontinuidad entre antiguos y modernos. Pero no se refiere a la noción de derecho subjetivo. Y tampoco a la alternativa destacada por Constant entre derechos políticos (las “libertades de los antiguos”) y derechos de libertad (las “libertades de los modernos”). Más bien se refiere, en primer lugar, a la posesión de los derechos, que en la antigüedad - tanto en Atenas como en Roma - corresponden principalmente al ciudadano, miembro a pleno título de la comunidad, mientras que en la edad moderna en principio son reconocidos al individuo, imaginado en una condición prepolítica de igualdad absoluta (también entre hombres y mujeres, en Hobbes). Con una fórmula eficaz, Michelangelo Bovero caracterizó la modernidad como la época de los “derechos sin pertenencias”, donde al contrario, la

---

<sup>38</sup> Pensemos en la tortura, prohibida para los ciudadanos, pero no para los esclavos, metecos y extranjeros. Comentando una afirmación de Licurgo sobre el carácter eminentemente “democrático” de la tortura, Laura Pepe sostiene que la misma “se convierte en un manifiesto de la ideología democrática ateniense, y del énfasis que atribuye a la distancia entre el *polites* y quien *polites* no es” (Pepe, 2011, p. 235).

edad premoderna se distingue por la subordinación de los derechos a la posesión de la ciudadanía o de otros estatus particulares<sup>39</sup>. Sabemos bien que estos principios hoy son desmentidos por los estados ricos que, después de haber colonizado y depredado los recursos del resto del mundo, cierran las fronteras a los que huyen de la guerra y de la miseria. De esta forma, la ciudadanía ha vuelto a ser un privilegio de pocos, de cuya posesión depende el disfrute de todos los otros derechos, no obstante las constituciones y las declaraciones internacionales hablen un lenguaje muy distinto. Pensemos en el artículo 13 de la Declaración universal de los derechos del hombre, que establece el derecho de cada individuo a “abandonar cualquier país, incluso el propio”, pero también en el art. 15, que atribuye a cada ser humano el derecho “a una ciudadanía” y a “cambiar de ciudadanía”.

Una segunda diferencia entre antiguos y modernos se refiere a la función de los derechos. El gozne de las teorías del iusnaturalismo antiguo y medieval es la ley (*lex*), no los derechos (*iura*). De aquí viene la distinción de Bobbio entre el iusnaturalismo antiguo y medieval, que es una teoría del “derecho natural”, y el iusnaturalismo moderno, que elabora teorías de los “derechos naturales”. La cuestión, como hemos visto, es que el “derecho” (en sentido objetivo) no implica obligatoriamente los “derechos” (en sentido subjetivo), pudiendo la ley prescribir deberes a los que no corresponde ninguna pretensión exigible por los sujetos. Solo a partir de Hobbes se invierte la perspectiva y los derechos se elevan a principio de legitimación del orden político, convirtiéndose, en cierto sentido, en las “cláusulas” del pacto social: las “condiciones con las que el individuo se vincula con lo colectivo, es decir, que asume la obligación política de obedecer las decisiones colectivas”<sup>40</sup>. De esta forma, la violación de los derechos por el soberano legitima a los súbditos a invocar el “derecho de resistencia”. Nada semejante puede ser concebido en el marco de la *polis*, ni en el mundo antiguo en general.

Podríamos, pues, concluir que, si a los antiguos no les era extraña la no-

---

<sup>39</sup> Bovero, 2000: 118.

<sup>40</sup> Bovero, 2016: 15.

ción de derecho subjetivo, tales derechos no eran concebidos como “fundamentales”, en una de las acepciones posibles que esta expresión ha adquirido, es decir, como derechos puestos “como fundamento” y justificación del orden político. A ese propósito, Michelangelo Bovero escribió que “son fundamentales aquellos derechos que no derivan de la existencia de determinados deberes lógicamente anteriores a ellos, sino al contrario, son concebidos (y estipulados) como originarios y, por lo tanto, ellos mismos fundamentales con respecto a una determinada clase de deberes, que derivan lógicamente”<sup>41</sup>.

Si, hablando estrictamente, la modernidad no es “la edad de los derechos”, sin lugar a dudas puede considerarse la edad de los “derechos fundamentales”. Aquellos derechos de la persona (no solo del ciudadano), que han sido escritos en constituciones y declaraciones internacionales, hoy muy a menudo maltratadas y traicionadas por la práctica política, que vuelve a discriminar a las personas sobre la base de criterios de género, de “raza”, de orientación sexual, de condiciones sociales.

## BIBLIOGRAFIA

Baccelli, L. (2009). *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Laterza, Roma-Bari. 2009.

Bobbio, N. (1973). *Il modello giusnaturalistico*, “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 50, 603-22 (ahora en Id., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989, 3-26).

Bobbio, N. (1985). *Stato governo e società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino.

Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.

---

<sup>41</sup> Bovero, 2016 : 15. Ver también Palombella, 2002 y Costa, 2008 : 366.

- Bobbio, N. (1999). *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino.
- Bovero, M. (2000). *Contro il governo dei peggiori*, Laterza, Roma-Bari.
- Bovero, M. (2013). *Paradigmi e modelli politici nell'età moderna*, in F. de Luise (ed.), *Ripensare i paradigmi del pensiero politico: gli antichi, i moderni e l'incertezza del presente*, Università degli studi di Trento, Trento, 65-87.
- Bovero, M. (2016). *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, "Diritto e questioni pubbliche", 16, 2, 10-21.
- Carter D.M. (2004). *Citizen Attribute, Negative Right: A Conceptual Difference Between Ancient and Modern Ideas of Freedom of Speech*, en I. Sluiter, R.M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 197-220.
- Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna.
- Costa, P. (2008). *Diritti fondamentali (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. II, tomo 2, Giuffrè, Milano, 365-417.
- Dover, K.J. (1983). *La morale popolare greca all'epoca di Platone e Aristotele*, Paideia, Brescia.
- Fabbro, E. (2012). *La procedura giudiziaria in Atene*, en Aristofane, *Le vespe*, a cura di E. Fabbro, Bur, Milano.
- Fanlo Cortes, I. (2008). *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino.
- Ferrajoli, L. (2001). *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari.
- Finley, M. (1981). *Schiavitù antica e ideologie moderne*, Laterza, Roma-Bari.

Finley, M. (2005). *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Laterza, Roma-Bari 2005.

Gill, D. (1996). *Political Rights in Aristotle: A Response to Fred Miller Jr.*, 'Natura, Justice, and Rights in Aristotle's Politics', "Ancient Philosophy", 16, 431-442.

Hansen, M.H. (2001). *Grappe paranomon: la sovranità del tribunale popolare ad Atene nel IV secolo a.C. e l'azione pubblica contro proposte incostituzionali*, Giappichelli, Torino.

Hansen, M.H. (2003). *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, a cura di A. Maffi, LED, Milano.

Keyt, D. (1996). *Fred Miller on Aristotle's Political Naturalism*, "Ancient Philosophy", 16, 425-430.

Kelsen, H. (1952). *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etaslibri, Milano.

Maffi, A. (2011). *I diritti degli altri: relazione introduttiva*, in A. Maffi, L. Gagliardi (eds.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Academia Verlag, Sankt Augustin, pp. 9-28.

Maffi, A., Gagliardi L. (eds.). (2011). *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Academia Verlag, Sankt Augustin.

Marchettoni, L. (2012). *I diritti umani tra universalismo e particolarismo*, Giappichelli, Torino.

Martini, R. (2005). *Diritti greci*, Zanichelli, Bologna.

Miller, F.D. (1995). *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford University Press, Oxford.

Miller, F.D. (1996). *A Reply to David Keyt and David Gill*, "Ancient Philosophy", 16, 443-454.

Miller, F.D. (2005). *Aristotele e i diritti*, "Filosofia politica", 19, 3, 365-382.

Ober, J. (2005). *Quasi rights. Participatory Citizenship and Negative Liberties*, in Id. *Athenian Legacies. Essays on the Politics of Going On Together*, Princeton University Press, Princeton (Mass.)-Oxford, 92-127.

Palombella, G. (2002). *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Laterza, Roma-Bari.

Pepe, L. (2011). *Quali 'altri'? Le vittime della tortura ad Atene tra il Ve il IV secolo*, in A. Maffi, L. Gagliardi (eds.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Academia Verlag, Sankt Augustin, 218-235.

Pugliese, G. (1954). *'Res corporales', 'res incorporales' e il problema del diritto soggettivo*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Jovene, Napoli, 223-260.

Sluiter, I., Rosen, R.M. (eds.) (2004). *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden.

Sommerstein, A.H. (2004). *Harassing the Satirist: the Alleged Attempts to Prosecute Aristophanes*, in I. Sluiter, R.M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 145-174.

Stolfi, E. (2005). *I "diritti" a Roma*, "Filosofia politica", 19, 3, 383-398.

Stolfi, E. (2006a). *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, "Studi senesi", 55, 120-177.

Stolfi, E. (2006b). *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Giappichelli, Torino.

Tierney, B. (2002). *Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, il Mulino, Bologna.

Tuck, R. (1979). *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Cambridge.

Villey, M. (1962). *Les Institutes de Gaius et l'idée de droit subjectif*, en Id., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 167-188.

Villey M. (1983). *Le droit e les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris.

Villey, M. (1985). *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano.

Wallace, R. (2004). *The Power to Speak - and not to Listen - in Ancient Athens*, en I. Sluiter, R.M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 221-232.