

ALDO PETRUCCI

## PREFAZIONE

Grazie ad un finanziamento concesso dall'Università di Pisa nel quadro dei PRA 2016, è stato possibile ideare e realizzare il presente progetto di ricerca interdisciplinare dal significativo titolo *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, incentrato appunto su di un complesso di problematiche attinenti alla nozione di diritto soggettivo.

Due le prospettive con cui esse sono state esaminate: quella storica e quella filosofica, ed i risultati si sono tradotti nei due volumi oggi pubblicati.

Obiettivo di fondo comune è stato quello di mettere in discussione la rappresentazione semplificata della nozione di diritto soggettivo, che, secondo una visione astratta, generale e metastorica, si potrebbe configurare come tale solo agli albori della modernità giuridica e solo nelle forme da questa ammesse.

Nell'ambito di ciascuna delle due prospettive ora ricordate, si sono svolti durante il 2016 specifici incontri e seminari in Italia ed all'estero, cui hanno preso parte i docenti pisani coinvolti nel progetto di ricerca ed eminenti colleghi stranieri, con dibattiti condotti anche alla presenza di studenti e dottorandi.

Momento culminante e conclusivo, dove si sono confrontate le due prospettive, è stato il Convegno organizzato presso l'Università di Pisa il 27 e 28 giugno 2016, imperniato principalmente sul tema delle scelte di fine vita e dell'iscrizione dei relativi diritti. Esso, infatti, rappresenta uno straordinario banco di prova non solo perché nel dibattito contemporaneo l'indisponibilità del diritto alla vita viene troppo spesso fatta valere per escludere che il suo titolare possa in effetti esercitarlo, ma anche perché implica l'entrata in gioco di diritti che, per essere davvero tali, debbono iscriversi in un contesto normativo idoneo a definire un "perimetro di obblighi" più o meno specifici, entro i quali le possibilità del soggetto possono acquisire una rilevanza più propriamente giuridica.

Per un'illustrazione generale dei precipui risultati scientifici raggiunti si rimanda alla presentazione redatta dai curatori e posta in apertura di ciascun volume.

Concludo, nella mia veste di responsabile scientifico del progetto, con un vivo e sentito ringraziamento a tutti i partecipanti alla ricerca, le cui sinergie hanno permesso di realizzare l'odierna pubblicazione, che, in piena serenità, mi sento di sottoporre ora all'attenzione del mondo accademico.

Pisa, novembre 2016

ANDREA LANDI

## PRESENTAZIONE

Se è vero che la prospettiva storica costituisce una dimensione essenziale per la corretta comprensione dell'esperienza giuridica, non potevano mancare in questo progetto di ricerca, dedicato a *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, alcune riflessioni che considerassero il tema proprio da quella prospettiva: non tanto col fine di fornire al giurista di diritto positivo le soluzioni di cui egli ha necessità per operare nel proprio ordinamento, ma semplicemente per farlo rifuggire da ogni tentativo di *assolutizzazione*, sempre incombente in chi ha a che fare col mondo del diritto.

Per dirla con un Maestro della storia giuridica, si è trattato qui (come del resto si tratta in ogni ricerca di storia del diritto) di far percepire al giurista di oggi «il punto e la linea»<sup>1</sup>: la provvisorietà delle soluzioni normative attuali, legate tutte alla società che l'ordinamento si prefigge appunto di «ordinare»; le quali s'inscrivono tra un *Vor* ed un *Nach*. In questo senso, lo storico del diritto, di là dal divinare il futuro, ha il compito di aiutare a comprendere, con la sua ricerca, per quali ragioni si è giunti a questo punto e quali potranno essere i successivi passi dell'itinerario.

Le tematiche, affrontate in vari seminari e in uno specifico convegno, le quali trovano nel presente volume il loro rigoroso resoconto, hanno rappresentato un concreto *banco di prova* di questi assunti: esse ci sembrano fornire consistenti spunti di riflessione per chi voglia intendere i continui cambiamenti delle situazioni giuridiche soggettive, in conseguenza dei mutamenti sociali e dei fatti di normazione che se ne interessano.

Si considerino, a tal proposito, le relazioni dei tre colleghi provenienti dall'America Latina.

Nella prima – quella di Carlos Soriano Cienfuegos, dedicata a *Ius suffragii y Ius honorum. Experiencia latinoamericana de raices romanas* – si prende in considerazione l'attuale riflessione messicana sui diritti politici, tra dettato costituzionale e diritto giurisprudenziale, inteso come la risultante dei

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3-12.

giudicati della Corte suprema del Messico e di quella Interamericana dei diritti umani, che si trovano ad interpretare le varie convenzioni in materia, declinandole nelle singole situazioni.

Lungi da una ricostruzione dal sapore vietamente pandettistico, l'autore rileva come nell'esperienza giuridica messicana e, più in generale, in quella latinoamericana, si vada costruendo progressivamente un diritto che recupera la *centralità della persona*, rispetto alla dimensione statualistica di marca ottocentesca, che esso aveva mantenuto fino a qualche decennio fa<sup>2</sup>; e in questo recupero egli vede riaffiorare l'elemento personalistico, cardine del pensiero classico romano, compendiato nel celebre frammento di Ermogeniano in D.1.5.2.

Su questa scia si colloca anche la riflessione di David Fabio Esborraz (*La noción «pluralista» de familia en el constitucionalismo latinoamericano*) che, presentando una ricerca ad ampio raggio che investe tutta l'America Latina, ha modo di soffermarsi sulle conseguenze della cosiddetta «costituzionalizzazione» del diritto di famiglia (in forza, appunto, dei disposti delle singole costituzioni e delle pronunce di quegli organi giurisdizionali cui, nei singoli Stati, è conferito il sindacato di costituzionalità); le quali hanno portato in tanti ordinamenti alla disciplina giuridica di nuove tipologie di famiglia, accanto a quella tradizionale, data dall'unione tra un uomo e una donna, col fine di procreare.

Una vera *metamorfosi del diritto soggettivo* si percepisce bene in questo settore, dove proprio dalla enucleazione – più o meno condivisibile – di «nuovi» diritti umani, in precedenza non tutelati e talvolta neppure riconosciuti, è derivata la necessità del loro inquadramento *sub specie iuris*, dando una veste giuridica a fatti ormai ampiamente diffusi nella società.

E così pure la relazione di Fabio Siebeneichler de Andrade (*Un panorama sullo sviluppo del Codice Civile in Brasile. Un'opportunità per una riflessione sulla problematica della codificazione*) ha modo di sviluppare un tema che da oltre due secoli attraversa l'esperienza giuridica europea e, di riflesso, le esperienze che da questa sono derivate: quello della codificazione.

La scelta che recentemente (2002) è stata fatta dal legislatore brasiliano di *ri-codificare* il diritto civile rappresenta uno stimolo concreto per riflettere sulla bontà dello strumento codicistico e sulla sua convenienza in un

---

<sup>2</sup> Basterebbe a questo proposito osservare che l'impatto della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani è stato tale da creare una sorta di «diritto comune» in materia, nei paesi dell'America Latina, soprattutto con riguardo alle popolazioni indigene; per una riflessione in questo senso, cfr. M. CRUZ MARTÍNEZ, *El nuevo derecho común en América Latina: los derechos humanos de los pueblos indígenas en México*, in *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, a cura di D.F. ESBORRAZ e altri, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 53-90.

mondo sempre più globalizzato; soprattutto, per ragionare sulla sua adeguatezza a rimanere al passo con le profonde trasformazioni della società contemporanea, che sembrano imporre una *flessibilità* delle soluzioni normative, piuttosto che contentarsi della *fissità* del codice.

In queste tre relazioni, come ognuno vede, si prendono in considerazione diversi aspetti in cui si manifestano quei mutamenti delle situazioni giuridiche soggettive, che denotano, una volta di più, il «recupero della complessità» dell'ordinamento – di cui si è autorevolmente parlato<sup>3</sup> –, rispetto alla artificiosa quanto inconsistente semplificazione, verificatasi a seguito della Rivoluzione francese e della *borghesizzazione* del diritto privato<sup>4</sup>, sulla quale gran parte della scienza giuridica degli ultimi secoli si era in certo modo adagiata.

Se poi si passa alle relazioni dei romanisti e degli storici del diritto – ruotanti prevalentemente intorno al tema delle scelte consapevoli del «fine vita» – si constata come questa materia possa essere assunta a terreno d'elezione per una riflessione generale sui diritti soggettivi: *in primis*, per considerare se l'atto di disposizione della propria vita si configuri come diritto o come abuso.

Fra gli interventi dei romanisti, dopo la relazione generale di Tiziana J. Chiusi (*Diritti soggettivi e diritti della persona umana. Sulla funzione del diritto privato per la definizione dei soggetti del diritto nell'ordinamento giuridico romano*), che fornisce una panoramica dell'esperienza giuridica romana, relativamente all'idea di «soggetto di diritto», rilevando i contesti diversissimi in cui questa idea verrà declinata nell'età moderna, è specificamente dedicata ai fondamenti della tematica del «fine vita» la relazione di Aldo Petrucci («Mors est aeternum nihil sentiendi receptaculum». *Noterelle sul diritto di scelta di morire nell'esperienza giuridica romana*), che esamina, appunto, le fonti letterarie antiche (Cicerone, Seneca e Plinio il Giovane), mettendole in opportuna correlazione con le analisi della *Iurisprudencia* e con i disposti delle costituzioni imperiali, riguardanti le varie cause del suicidio, mentre quelle di Claudia Terreni (*Alcune riflessioni in*

---

<sup>3</sup> Cfr. P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 41-82.

<sup>4</sup> In questo senso, cfr. P. CARONI, *Le codificazioni del diritto privato e i loro postulati di fondo*, ora in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 135-164 e P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. SCHIAVONE, Einaudi, Torino, 2003, pp. 472-474. Per un esempio di questa «lettura borghese» del diritto privato romano, ci sia consentito rinviare ad A. LANDI, *Diritto penale, diritto romano e poesia. Il massese Giuseppe Brugnoli, avvocato, giudice e poeta fra Restaurazione e Unità d'Italia*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», LXXXII (2009), pp. 116-122; adesso anche in ID., *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 230-237.

*materia di status*) e Alessandro Cassarino (*La «morte civile» dell'insolvente. Il procedimento della bonorum venditio secondo l'interpretazione ciceroniana*) affrontano altri due argomenti, collegati più o meno indirettamente a quello delle scelte riguardanti il «fine vita». La prima si interessa, infatti, del caso delle *damnatae ultimo supplicio*, osservando come le fonti giurisprudenziali romane, a partire dall'età classica, si presentino orientate a proteggere i nati, valorizzandone già la vita intrauterina ed esaltandone il loro diritto a vivere; la seconda, seguendo l'interpretazione ciceroniana dell'orazione *Pro Quinctio*, si incentra sul tema della morte sociale e civile dell'insolvente, che, a causa della riprovevole gestione dei propri affari, subisce il procedimento della *bonorum venditio*, con la conseguente applicazione della sanzione dell'infamia.

Invece, trattano *in puncto* il tema delle scelte consapevoli del «fine vita» le relazioni degli storici del diritto.

E così, se chi scrive («Iste actus non est virtus». *Il suicidio fra scelta consentita e illecito penale nell'esperienza del diritto comune*) ha tentato di riprendere le fila della riflessione della *scientia iuris* basso-medievale, all'interno dell'esperienza del diritto comune romano-canonico, la quale, pur partendo dalle fonti romane, per nulla intimorita dalla *littera*, tutto sommato accondiscendente nel riconoscere la libertà di suicidio, si era ben presto incamminata su nuovi sentieri interpretativi, permeati di pensiero cristiano; Chiara Galligani (*Conseguenze patrimoniali del suicidio nella dottrina del diritto comune*) si è soffermata sulle conseguenze patrimoniali del suicidio nel maturo diritto comune, quando quella *lectura* ormai si era stabilizzata nella scienza giuridica ed aveva così ben delimitato gli ambiti della confisca del patrimonio del suicida e della nullità delle sue disposizioni testamentarie; mentre Marco Geri (*Dall'autore volontario all'interesse demografico. La cultura penalistica italiana tra '800 e '900 e l'uccisione del consenziente*) ha preso in considerazione gli esiti ultimi d'un dibattito dottrinale, con riferimento agli anni successivi alla promulgazione del Codice Zanardelli fino a quella del Codice penale italiano del 1930, relativo proprio alla rilevanza giuridica della volontà del suicida allo scopo della configurazione oppure no dell'illecito penale.

Relazioni tutte, alle quali è sottesa, appunto, la riflessione sui diritti soggettivi di cui dicevamo e che, lungi dal voler fornire soluzioni immediatamente applicabili nel contemporaneo dibattito sul tema del «fine vita», possono però contribuire ad una più matura consapevolezza dei valori e degli interessi in giuoco.

Abbiamo lasciato per ultima la ricerca di Gabriele Nuzzo (*Le conseguenze personali del fallimento dalla «morte civile» alla politica della seconda opportunità*), non certo per ragioni d'importanza, ma al contrario per sottolinearne la valenza metodologica: una valenza che, confermando a chia-

re lettere l'assunto dal quale siamo partiti nella nostra introduzione, può essere apprezzata ancor più quando a presentare lo scritto si trova, come in questo caso, uno storico del diritto.

In tale relazione, infatti, la digressione storica sulla quale il cultore del diritto commerciale si attarda, non si configura come mero orpello letterario, ma viceversa viene avvertita dal medesimo come fatto necessario per la comprensione di molti degli sviluppi attuali del diritto fallimentare. Questo ci fa legittimamente inferire che, nel suo pensiero, *storia giuridica* e *diritto vigente* appartengono alla medesima scienza giuridica<sup>5</sup>.

Or bene, se c'è una conclusione che tutti coloro i quali hanno scritto le pagine seguenti possono offrire al lettore, licenziando il volume, essa è proprio questa: la convinzione di aver contribuito, con le proprie ricerche, a ribadire l'essenziale unicità della scienza giuridica, di contro all'esasperata *settorializzazione* dei campi del sapere.

Perché – ne siamo persuasi – sarà soltanto recuperando la consapevolezza dei propri fondamenti epistemologici, che il giurista potrà affrontare da par suo le sfide che lo attendono nell'attuale momento storico.

Pisa, Università, novembre 2016

---

<sup>5</sup> Che, in definitiva, è quanto, anni or sono, aveva lucidamente scritto Umberto Santarelli, notando che la storia del diritto è «scienza giuridica coltivata da giuristi; anzi misura essenziale dell'unica *scientia juris*, una misura mancando la quale quella scienza perderebbe una sua componente costitutiva»; cfr. U. SANTARELLI, *Historia juris propriissime dicta*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 15 (1986), p. 644, ora in ID., *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, introduzione di P. Grossi, a cura di A. LANDI, Giappichelli, Torino, 2010, p. 398.





CARLOS SORIANO CIENFUEGOS

*IUS SUFFRAGII Y IUS HONORUM:*  
EXPERIENCIA LATINOAMERICANA DE RAÍCES ROMANAS

SUMARIO: 1. Estado moderno y racionalización del poder. – 2. Un *ius commune* para América Latina. – 3. Derechos políticos. – 3.1. Entre prerrogativas y derechos. – 3.2. Una referencia específica al *ius suffragii*. – 3.3. Una referencia específica al *ius honorum*. – 4. La pertenencia a múltiples espacios normativos y la centralidad de la persona.

1. *Estado moderno y racionalización del poder*

Al abandonarse la idea orgánica del orbe antiguo, la reflexión académica comenzó a presentar el Estado moderno como artefacto, es decir, como obra artificial, no como producto espontáneo de la naturaleza humana, sino más bien como creación racional fruto de la decisión voluntaria de hacer vida en sociedad, o sea, de abandonar el estado de naturaleza precontractual<sup>1</sup>.

A partir de tal premisa y con base en los resultados de la doctrina contemporánea, los modelos básicos que compendian las exposiciones sobre el Estado moderno pueden reducirse alternativamente al tratamiento de la racionalización de las instituciones jurídico-políticas – que vale tanto como decir, el propio sistema de Derecho y el mismo Estado –, o al valor concedido a la unidad impuesta por la organización política moderna – asociado naturalmente a la soberanía, con la consecuente superación del pluralismo medieval –, o por último al equilibrio de poderes – en cuya versión no se ocultan las raíces mecanicistas del pensamiento moderno<sup>2</sup>. Como resulta

---

<sup>1</sup> J.A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social, siglos XV a XVII*, vol. I, Alianza, Madrid, 1986, p. 50 y ss.

<sup>2</sup> «El triunfo de la mentalidad moderna ha sido la emergencia triunfante de una forma del pensamiento que únicamente considera la ‘materia’ siempre igual... moldeada por formas que vienen a ser, de hecho, accidentales en la única ley del movimiento de la materia. Esta mentalidad estaba subyacente en Descartes, Galileo y Newton, bien como postulado metafísico necesario, bien como hipótesis de trabajo en la Física, y acabó moldeando toda

natural, la identificación y separación de estos modelos<sup>3</sup> sólo es posible *in thesi*, con lo que quiere resaltarse que la primacía o exclusividad de cualquiera de ellos, ciertamente puede verificarse en las obras doctrinales, pero muy rara vez en los hechos mismos.

Las décadas de transición entre los siglos XIX y XX, ocupadas por la crisis del Estado liberal, trajeron consigo una infinidad de problemas relacionados con los aspectos más variados, entre los que destacan – para estas líneas – los cuestionamientos derivados de la constitucionalización de los partidos políticos y de los sindicatos<sup>4</sup>, en tanto que se temía que pudieran esconder una forma de retroceso hacia las formas estamentales, o sea, un elemento contrario a la unidad política, elevada a rasgo fundamental de la organización estatal moderna; las controversias suscitadas por el aumento de la burocracia de cara a otro de los bastiones de la Modernidad, a saber, el equilibrio entre autoridad e individuo<sup>5</sup>, equilibrio presumiblemente comprometido y roto a causa del insospechado crecimiento; así como la preocupación de la doctrina por rescatar la separación entre lo público y lo privado, también reputada como moderna, a causa de la actividad de la administración pública en las relaciones de coordinación con los particulares, mediante la figura del contrato<sup>6</sup>.

A causa de esta coyuntura histórica, los modelos del siglo pasado entregados por la tradición se han configurado en un clima problemático por lo que no están exentos de contestaciones, y obedientes al anhelo de señalar las vías seguras de la modernización política, se han basado en contenidos prescriptivos, a fin de ofrecer criterios que permitan distinguir todo aque-

---

la cultura moderna-contemporánea»: F. CARPINTERO, *Historia breve del derecho natural*, Editorial COLEX, Madrid, 2000, p. 244.

<sup>3</sup> M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1990, vol. XLIII, *sub voce*, indispensable para comprender las transformaciones del Estado moderno.

<sup>4</sup> Sobre la legalización y constitucionalización de los partidos políticos en el contexto latinoamericano, véase B. ESPARZA MARTÍNEZ, *Partidos políticos. Un paso de su formación política y jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 50 y ss. A propósito de la relevancia del sindicalismo para la definición de las instituciones, véase A. DEL ROSAL, *Los congresos obreros internacionales en el siglo XIX. De la joven Europa a la Segunda Internacional*, Editorial Grijalbo, México, 1958.

<sup>5</sup> «Las técnicas modernas hacen posible una nueva intensificación de la intervención gubernamental, y esta posibilidad ha sido explotada muy ampliamente en los estados totalitarios. Puede ser que bajo la tensión de la guerra, o por el temor a ella, o como consecuencia de la conquista por los totalitarios, las partes del mundo donde sobreviva en cierto grado la libertad individual vayan siendo cada vez menores y que, incluso en esos países, la libertad se restrinja cada vez más»: B. RUSSELL, *Autoridad e individuo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 42.

<sup>6</sup> FIORAVANTI, *Stato*, cit., p. 710.

llo que podría alejar a la sociedad contemporánea de los paradigmas de la Modernidad, sirviendo simultáneamente como pautas orientadoras de la acción.

En nuestros días, la orientación prescriptivista de los modelos aún subsiste, aunque no posee la fuerza mostrada en los inicios del siglo XX, y se ve reflejada en la actitud de la doctrina por considerar la realidad institucional actual atravesando por un período de crisis, justamente en virtud de la falta de coincidencia entre los hechos y los modelos teóricos: el paradigma anterior, o ‘viejo’, como lo califica Claus Offe, se ha mantenido vigente y efectivo hasta la crisis de los años setenta, y mientras que los agentes o “sujetos del ‘viejo paradigma’ eran casi únicamente las instituciones (jurídico-políticas), gobierno, parlamento, partidos, aunque tras ellos operasen corporaciones económicas y sindicatos más o menos integrados organizativamente en el sistema; los ‘actores’ del ‘nuevo paradigma’ serán fundamentalmente, en sus formulaciones más estrictas, los nuevos movimientos sociales”<sup>7</sup>.

Sin embargo, más que hablar de crisis de las propias instituciones estatales, la perspectiva imperante gravita sobre la inteligencia de la crisis del modelo; en otras palabras, no parece plausible, por ejemplo, negar toda racionalidad a la actividad de los órganos de gobierno a causa de no adecuarse a los elementos formales señalados por Weber como definitorios del Estado burocrático moderno, ni tampoco es razonable afirmar la disolución de la organización política moderna basándose en las amplias estructuras pluralistas europeas, por no corresponder de nuevo al modelo que centra la explicación de la Modernidad en la aniquilación de los particularismos existentes en la sociedad medieval.

Esta crisis de los modelos teóricos justifica la exigencia de su revisión, y consecuentemente sólo es dable postular la extinción del Estado pensado y no del vivido en realidad: en palabras de un doctrinario contemporáneo, el Estado que se está disolviendo es el imaginario, no el que surgió desde fines de la Edad Media, sino el modelo construido para explicar sus transformaciones, es decir, el paradigmático<sup>8</sup>, tesis que encuentra fundamento en la insuficiencia de los esquemas interpretativos para dar cuenta de la realidad jurídico-política contemporánea, tanto en el plano funcional de la dinámica sociedad civil y Estado, como en la definición estructural de las instituciones.

La comprobación de que el efectivo contenido histórico concuerde con

---

<sup>7</sup> E. DÍAZ, *El nuevo contrato social: instituciones políticas y movimientos sociales*, en *Historia, lenguaje, sociedad. Homenaje a Emilio Lledó*, Editorial Crítica, Barcelona, 1989, p. 363 s.

<sup>8</sup> P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milán, 1986.

sus esquemas teóricos constituye la esencia misma de la historiografía, y como metodología aplicable a las instituciones jurídicas, conduce a la ciencia del derecho a repensar, tanto en el ámbito público como en el privado, los paradigmas conceptuales que han sido empleados para interpretar y explicar las materias que les son propias, siendo hoy preferido el dato verificable sobre la abstracción dogmática, caracterizándose esta época justamente por su renuncia a los racionalismos excesivamente ambiciosos, cuyos límites han sido ya suficientemente denunciados, aunque sin incurrir en una apología de lo irracional, como demuestra el hecho de que todavía se eche mano, en sectores más restringidos de la jurisprudencia, de la noción de sistema, aun con las variantes elementales que este itinerario epistemológico ha supuesto.

A partir del examen de los paradigmas que sirven de explicación teórica de las instituciones políticas modernas, podrá advertirse que la crisis del Estado de bienestar no tiene por qué traer consigo la desestimación de todos los elementos que lo caracterizan, especialmente a causa de la no identificación entre los modelos y los valores que se esfuerzan por encarnar: esta dislocación no debe interpretarse indefectiblemente en términos de crisis exclusiva de los esquemas doctrinales, en razón de que se trata también de “una crisis – precisamente de legitimación, es decir de valores culturales y sociales –, de ‘concepción del mundo’ con un significativo debate filosófico en su interior (analítica, dialéctica, posmodernismo, etc.)”<sup>9</sup>.

Todo ello permite comprender la historicidad de las instituciones políticas, la necesidad de entender sus transformaciones para juzgar correctamente su operatividad y funciones, y de este modo estar en condiciones de determinar las posibilidades de estudiar los derechos político-electorales en el sistema actual – en especial los referidos al voto activo y pasivo, tradicionalmente designados con la nomenclatura de *ius suffragii* y *ius honorum* – ya que los resultados de este análisis permitirán identificar los rasgos de una realidad compleja y problemática, como es la organización estatal contemporánea en América Latina, cuya configuración cuenta con raíces profundas y distantes en el tiempo, pero estructuralmente actuales, de modo de presentarse como heredera de una larga tradición que encuentra sus fuentes originarias en el pensamiento jurídico romano.

## 2. *Un ius commune para América Latina*

Entre los diversos diseños normativos del derecho de voto, tanto en su vertiente activa como pasiva, es posible identificar en América Latina carac-

---

<sup>9</sup> DÍAZ, *op. cit.*, p. 363.

terísticas contextuales que han dado lugar a detenidos análisis por parte de la doctrina. Tales características pueden encuadrarse en dos procesos que generalmente se han desarrollado en períodos temporales diversos, aunque imbricados, a saber, las transiciones políticas, por una parte, y los procesos de reforma del Estado, por otra. Ello encuentra su razón de ser en que el debate sobre la reforma del Estado ha solido tener como objetivo encauzar la transición democrática, o bien consolidar el régimen político democrático recién alcanzado<sup>10</sup>.

La región latinoamericana – al igual que la de Europa del Este, pese a que sobre ella no se hará referencia alguna, por exceder los límites de estas líneas – en sus cambios políticos hacia la democracia ha aportado suficiente evidencia empírica para que autores como O'Donnell y Schmitter afirmaran que en ella ha cobrado realidad un proceso de liberalización política, centrado en la maximización de los derechos y prerrogativas políticas, lo que ha implicado la configuración de un principio de ciudadanía, que, a su vez, se ha traducido en una transformación de las relaciones entre el poder público y los individuos<sup>11</sup>, en tanto que las libertades políticas han sido presentadas como el eje articulador del régimen de elecciones.

Pasado el tiempo, y sin que ello formara parte del debate sobre las transiciones democráticas, ni del propio de las reformas del Estado, la globalización modificó varias concepciones clásicas existentes sobre el mismo, particularmente sobre la noción de soberanía, y por ende sobre las fuentes de los derechos humanos, entre los cuales se encuentran los políticos.

Un proceso de transformación mundial cobraba impulso sobre diversas regiones: así como en el caso de la reforma del Estado, además de tener como propósito la modificación de las instituciones políticas, se perseguía introducir cambios al sistema de justicia, y en general a los ordenamientos jurídicos, pero la globalización no se detenía ahí; las transformaciones ahora incluían – quizás de modo incidental – una forma distinta de pensar el derecho público<sup>12</sup>.

Al describir este fenómeno desde una perspectiva jurídica, se afirma que

---

<sup>10</sup> Un estudio interesante es el de J.M. SERNA DE LA GARZA, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y UNAM*, México, México, 1998. Para documentar la centralidad de los procesos de reforma electoral en el proceso de cambio democrático puede consultarse J. WOLDENBERG *et al.* (coord.), *La mecánica del cambio político en México*, Cal y Arena, México, 2006.

<sup>11</sup> G. O'DONNELL y P. SCHMITTER, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1988, pp. 21-26.

<sup>12</sup> Para el caso de México, el objetivo de reformar los órganos de impartición de justicia fue presentado como tema de la agenda de actualización del texto constitucional; al respecto, J. CÁRDENAS GRACIA, *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, México, 2000, p. 159 ss.

ante tales procesos, los elementos clásicos del Estado (gobierno, población, leyes, territorio) no es que desaparezcan, como resulta natural, sino que a partir de ellos, las concepciones de dichos elementos son perfiladas de manera diversa en razón de la novedosa exigencia de compartir responsabilidades de seguridad y determinación democrática, al originar una suerte de pluralismo interpretativo con posiciones jerárquicas débiles y paralelismos en el ejercicio de autoridad<sup>13</sup>. Por esta causa, ha sido señalado que en los diversos sistemas jurídicos existen en la actualidad ‘sitios constitucionales’, los cuales se encuentran inmersos en procesos de autoridad pública en razón de su contenido<sup>14</sup>.

En otras palabras, la paulatina adhesión a los regímenes de derechos humanos ha implicado un proceso de constitucionalización de la región, desde luego no centrado en el concepto de soberanía nacional – en sus diversas acepciones<sup>15</sup> – sino más propiamente en la noción basilar del constitucionalismo, como idea política, pero también como eje rector de las diversas formas de gobierno que en él pueden encontrar amparo, es decir, la constitución como garantía de derechos, más allá de las diversas formas y especificidades que plasmen los documentos históricos concretos.

Por ello es que en un intento por describir y explicar esta diversidad de procesos, la doctrina ha hablado de constitucionalismo regional, constitucionalismo interamericano, *acquis conventionnel* y de *ius constitutionale commune*<sup>16</sup> para referirse a tal núcleo o sitio que puede considerarse constitucional, dada su vocación protectora de los derechos humanos. El *ius*

---

<sup>13</sup> J.M. SERNA DE LA GARZA, *Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana*, en A. VON BOGDANDY *et al.* (coord.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, UNAM, México, 2014, p. 57 s.

<sup>14</sup> J.M. SERNA DE LA GARZA, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, p. 5. Serna también utiliza el término ‘esferas jurídicas de naturaleza constitucional’.

<sup>15</sup> Bogdandy lo dice así: «... sin lugar a dudas, el principio de soberanía sigue teniendo gran importancia, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional, lo mismo que en la teoría de la legitimidad. No obstante, a raíz de una serie de cambios contemporáneos, la estructura del poder público ya no se puede basar solamente en este principio. La apertura y la globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según el cual los estados son comunidades independientes. Con una imagen, Eyal Benvenisti describe claramente este cambio de paradigma: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa aislada en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se asemeja a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con doscientas unidades»: A. VON BOGDANDY, *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual*, en A. VON BOGDANDY *et al.* (coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, p. 6.

<sup>16</sup> M. MORALES ANTONIAZZI, *El nuevo paradigma de los órdenes constitucionales*, en BOGDANDY, *Soberanía y Estado abierto*, cit., p. 269.

*constitutionale* interamericano lleva además la impronta de la jurisdiccional regional fundamentada en el Pacto de San José, lo que ofrece otra vertiente para la conformación de su objeto: el dialogo entre jueces que tiene como acervo principal la jurisprudencia emitida por ellos mismos<sup>17</sup>.

Desde el punto de vista de von Bogdandy<sup>18</sup>, el *ius constitutionale* constituye un proyecto político, jurídico y cultural que debido a su carácter inquisitivo y desafiante, plantea grandes retos a la ciencia del derecho público. En este contexto, Serna propone una definición de contenidos de la agenda de investigación que la ciencia jurídica tiene ante sí: se trata de una agenda transversal por sus distintos enfoques, métodos, e incluso, ramas del saber jurídico, proponiendo cuestionamientos a la teoría general del derecho, a la disciplina del derecho comparado, a la teoría constitucional y, de modo peculiar a la vista del enfoque de estas páginas, a la historia del derecho.

En efecto, mientras que del derecho comparado se exige la aportación y definición de conceptos relacionados con las llamadas cláusulas de coexistencia de regímenes jurídicos diversos, como los usados en los sistemas federales, de la teoría del derecho se reclama la puesta a disposición de concepciones que no relacionen las diferentes normas de un sistema de manera jerárquica.

Sobre este punto, se recuerda que, en perfecta relación con las tesis kantianas, correspondió principalmente a Kelsen el desarrollo de la noción más elaborada y completa de sistema jurídico positivo. De acuerdo con su tesis, el derecho es un orden, y constituye un sistema en tanto que la validez de una norma cualquiera puede referirse a una fuente única como fundamento último<sup>19</sup>. Dicha fuente originaria establece la unidad de la pluralidad de las normas. En otras palabras, el derecho es sistemático no por relación lógica entre las normas, sino por delegación de su validez. De esta manera, las relaciones entre las normas no son externas, sino que vinculan la validez de unas con otras, pues el fundamento de una proposición jurídica es la norma o normas que regulan su creación.

En este sentido, toda norma puede probar, o no, su validez en la medida en que hubiera sido creada de acuerdo con determinadas directivas, establecidas por una primera autoridad. Ahora bien, es necesario sentar la hipótesis de un enunciado que declare válidos de creación normativa de ese primer legislador: la norma que formula la hipótesis de validez de esos

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 271 ss.

<sup>18</sup> A. VON BOGDANDY, *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*, en D. VALADÉS y L.R. GONZÁLEZ PÉREZ (coord.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2013, p. 44 ss.

<sup>19</sup> H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1995.

primeros actos es la norma fundante de un derecho positivo cualquiera.

Se habla ahora de ‘autoridad’ porque la relación de fundamentación de la validez de las normas, equivale a una delegación de la facultad de producirlas, a partir del poder constituyente y respecto de los poderes constituidos. Es decir, si existe ordenación jerárquica entre normas, es porque se supone una organización social con distribución desigual del poder: por eso, la relación entre las normas no es puramente lógica, sino que expresa una relación estructural entre los órganos facultados para crearlas. De este modo, el sistema puede remontarse hasta su última fuente.

Por su parte, la validez de los actos constituyentes descansa en una norma fundante de naturaleza gnoseológica: en efecto, se trata de una suposición teórica, de una determinación *a priori* del conocimiento científico, de un principio; la norma hipotética no es, pues, verdadera norma, sino un criterio para delimitar un orden jurídico positivo, es la tesis básica de atribución de validez a los actos del primer legislador. Así, la norma hipotética de un derecho positivo es un enunciado de la ciencia del derecho, es decir, un supuesto teórico del conocimiento y no es – evidentemente – una norma histórica.

En síntesis, en el pensamiento kelseniano, un sistema constituye una interdependencia de elementos, esto es, un conjunto ideal de factores en que el valor de cada uno de ellos no se entiende aisladamente, sino en función del contra-valor de los demás: “El derecho como orden – el orden jurídico – es un sistema de normas jurídicas... Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden. Y si una norma pertenece a un determinado orden, es por la razón de que su validez puede ser referida a la norma fundamental del mismo”<sup>20</sup>.

Esta concepción resulta insuficiente para explicar la labor del intérprete contemporáneo, cuya actividad no queda más limitada a un análisis formal y axiomático de las normas, sino que, por el contrario, abarca preponderantemente toda cuestión de contenidos, de semántica y de sentidos de las proposiciones normativas, a fin de interpretarlas de la mejor manera, esto es, de conformidad con los postulados básicos del ordenamiento: “Más allá del discurso lógico, cuyo significado y alcances pueden todavía, tal vez, mantenerse en el campo de las ciencias naturales y formales, se anuncia y se perfila el más amplio conocimiento que es la comprensión, la comprensión propia de la interpretación... De ahí procede la nueva hermenéutica,

---

<sup>20</sup> ID., *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 47.



como uno de los elementos más originales y provechosos del pensamiento alemán contemporáneo”<sup>21</sup>.

Por su parte, esta nueva visión del derecho público, presupone de la teoría constitucional el empleo de categorías que armonicen la incorporación de los regímenes jurídicos internacionales, y, finalmente, de la historia del derecho retoma las experiencias de casos pasados de subsistencia de diversos sistemas normativos en un mismo espacio geográfico.

Sobre este último punto, Serna<sup>22</sup> menciona específicamente el caso de la convivencia del llamado *ius proprium* y del *ius commune* en la Europa de la Baja Edad Media, aunque omite mencionar una diferencia fundamental del nuevo derecho internacional, respecto de los esquemas clásicos, cual es la necesidad del elemento volitivo en el primer caso, así como también olvida referirse al esquema originario, tomado de la tradición romanista por parte de los comentaristas<sup>23</sup>:

*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

Establecido el debate teórico en el cual se inscriben estas líneas, resulta necesario formular una ulterior precisión metodológica: las referencias específicas que se harán al caso de México obedecen a que tal país reviste características distintivas, útiles para problematizar los temas. México, a diferencia de otros Estados de la región, no padeció dictadura militar alguna. Incluso dentro de su etapa autoritaria se celebraron elecciones, pero el funcionamiento de sus instituciones electorales y la concepción de los derechos políticos tenían un funcionamiento deficiente, lo que se conjugó con una reforma plena en materia de derechos humanos algo tardía para el subcontinente, a la vista de cuanto será expresado en las páginas siguientes<sup>24</sup>.

En tal contexto, el análisis se centrará en la conformación del derecho

---

<sup>21</sup> F. BATTAGLIA, *Introduzione*, en A. BABOLIN (coord.), *Filosofi tedeschi d'oggi*, Il Mulino, Bologna, 1967, p. IX.

<sup>22</sup> J.M. SERNA, *El concepto de ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación*, en BOGDANDY et al., *Ius constitutionale*, cit., p. 212 ss; ID., *Impacto e implicaciones*, cit., p. 310 ss.

<sup>23</sup> D.1.1.9 (Gai., 1 *inst.*).

<sup>24</sup> La reforma constitucional que integra al orden jurídico mexicano – de manera incontrovertible – los regímenes internacionales de derechos humanos tuvo lugar en septiembre de 2011.