

## El voto o sufragio activo como derecho-deber

### A propósito de la polémica sobre el voto voluntario y el voto obligatorio

Carlo Magno SALCEDO CUADROS\*

#### RESUMEN

*Como consecuencia de la reciente propuesta reforma constitucional para establecer el voto facultativo, se ha generado diversas opiniones a favor y en contra de esta. Si bien el asunto finalmente fue archivado en sede legislativa, las ideas en torno a la obligatoriedad o no del voto perviven y animan este debate. El autor, especialista en Derecho Constitucional y Derecho Electoral, polemiza con el profesor Christian Guzmán –cuyo trabajo también incluimos en esta sección–, y defiende la noción del sufragio activo como un “derecho-deber”, a partir de la superación de ciertas doctrinas sobre el derecho subjetivo y desde una perspectiva filosófico-política republicana.*

#### I. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, de conformidad con el artículo 31 de la Constitución Política, en nuestro país el voto –o *sufragio activo*–<sup>1</sup> es obligatorio para todos los ciudadanos hasta los setenta años de edad, siendo voluntario –o *facultativo*, según la terminología utilizada en nuestra norma fundamental– a partir de esa edad. En consecuencia, su no ejercicio acarrea la imposición de determinadas sanciones jurídicas.

La opción del constituyente peruano por el voto obligatorio, no ha sido aceptada pacíficamente por ciertos sectores de la opinión pública, de la academia

o de la política, por lo que, en diversas oportunidades, se han presentado iniciativas de reforma constitucional con el objetivo de sustituir el régimen vigente e instaurar el voto voluntario; aunque hasta ahora dichos esfuerzos han sido infructuosos.

Así, por ejemplo, entre los meses de marzo y abril de 2005 (durante el periodo parlamentario 2001-2006), se intentó realizar la referida reforma. En ese entonces, la propuesta fue discutida en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, llegando a obtener dictamen favorable. Sin embargo, los parlamentarios promotores del voto voluntario no lograron el consenso

\* Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 El derecho de sufragio tiene dos dimensiones; en su dimensión activa (*sufragio activo*), el derecho de sufragio se expresa a través del “derecho a elegir”; mientras que en su dimensión pasiva (*sufragio pasivo*), se manifiesta a través del “derecho a ser elegido”.

suficiente para su aprobación definitiva, por lo que no insistieron en que el dictamen se someta a votación en el Pleno del Congreso.

El abortado intento de instauración del voto voluntario en el año 2005, no desmoralizó a sus promotores, y estos siguieron insistiendo en su objetivo. Es así que en el actual periodo parlamentario (2006-2011), se presentaron nuevamente iniciativas en el mismo sentido, lo que ha dado lugar a que, de acuerdo con la agenda aprobada por la Comisión de Constitución y Reglamento, *se haya previsto* debatir en la presente legislatura (segunda del periodo legislativo 2007-2008) la reforma del artículo 31 de la Constitución. De este modo, el debate sobre el tema se puso nuevamente en el candelero y, siendo de nuestro interés, quisimos participar en la polémica.

Pero justo cuando culminábamos de elaborar estos apuntes, los medios de comunicación informaron que en la Comisión de Constitución del Congreso de la República, en su sesión del 26 de mayo, se decidió archivar la iniciativa de reforma constitucional a través de la cual se pretendía instaurar el voto voluntario, al haberse obtenido solo cinco votos a favor de la propuesta contra siete en contra. Por ahora, pues, parece que el asunto pasará a la congeladora; sin embargo, estamos convencidos de que tarde o temprano (quizás más temprano que tarde), el tema volverá a ser puesto en la agenda pública, ya que los partidarios del voto voluntario han demostrado ser insistentes en sus objetivos. Tratar sobre el tema, pues, sigue siendo pertinente.

En este debate se han esgrimido diversos argumentos, algunos de ellos jurídicos y otros propios de la ciencia política, para defender el actual régimen de voto obligatorio o, por el contrario, para sustentar la necesidad de reformarlo y establecer el voto voluntario. El objeto de estos apuntes es concentrarnos de manera especial en los argumentos jurídicos, referidos fundamentalmente a la naturaleza jurídica del voto o sufragio activo.

## II. SI EL VOTO ES UN DERECHO, ¿NO PUEDE SER A LA VEZ UN DEBER?

La opción por el voto obligatorio se sustenta en la concepción de que el voto o sufragio activo no es solo un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino es también una obligación ciudadana, un deber público o un deber cívico, sobre cuyo cumplimiento descansa el sistema democrático. En tal sentido, se considera que el voto cumple una función social cuya obligatoriedad puede ser dispuesta por el Estado<sup>2</sup>.

Desde esta perspectiva siendo el voto una obligación o un deber, su ejercicio no es facultativo para su titular, sino es obligado y debido; es decir, es exigible jurídicamente. En consecuencia, su incumplimiento debe ser sancionado o penalizado.

Debemos precisar, sin embargo, que no estamos de acuerdo con las posturas que defienden el voto obligatorio basándose en la idea de que el sufragio activo es únicamente un deber o una función, sin reconocerle su condición de derecho subjetivo. Como sustentaremos más adelante, para nosotros el sufragio activo es un derecho-deber.

Consideramos que podría arribarse a un consenso entre los partidarios del voto voluntario y los del voto obligatorio, en la idea de que el voto o *sufragio activo*, en principio, es un derecho subjetivo. A través del ejercicio de este derecho, los ciudadanos, en un régimen político de democracia representativa tienen la posibilidad, la potestad o el poder de elegir a sus representantes, es decir, a las autoridades que ocuparán los diversos cargos políticos del Estado en representación de todos los ciudadanos, o de participar en la decisión sobre asuntos sometidos a su consideración a través de consultas populares.

Lo que diferencia a ambas posiciones, siempre desde la perspectiva jurídica, es que para los partidarios del voto voluntario el sufragio activo únicamente es un derecho subjetivo, por lo que no puede considerársele a la vez un deber. Los partidarios del voto obligatorio, en cambio, sin negar el esta-

2 La importancia del voto es sumamente crucial para la existencia de los regímenes políticos democrático-representativos, tanto así que sin su ejercicio dichos regímenes políticos, simplemente, no podrían desarrollarse. Ello obedece a que el sufragio tiene por funciones: producir la representación política propia de esta forma de régimen político; producir gobiernos representativos, ya que a través suyo se establecen o cambian gobiernos; así como producir la legitimación del Estado. [Cfr. Manuel ARAGÓN REYES, "Derecho de sufragio: principio y función", en: *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Dieter Nohlen, Sonia Picado y Daniel Zovatto (compiladores), México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 100-103]. En tal sentido, el objetivo de establecer la obligatoriedad del voto es garantizar una suficiente participación electoral, evitando riesgos como el de autoridades elegidas con un número limitado de votos, lo que podría generar problemas de legitimidad política y ser fuente de conflictos sociales.

tus de derecho subjetivo que le corresponde al sufragio activo, consideran que, simultáneamente, puede ser un deber; es decir, consideran al voto como un “derecho-deber”.

Según los partidarios del voto voluntario, siendo el voto un derecho subjetivo, su ejercicio dependerá de la voluntad de sus titulares, por lo que los ciudadanos deben tener total libertad para decidir ejercerlo o no. Por ello, según esta posición, el ejercicio del voto no debe suponer la imposición de ninguna pena o sanción. Dicho en otros términos, la configuración del voto como un derecho subjetivo impide que se le considere como un deber exigible jurídicamente, por lo que no cabe la penalización jurídica de la abstención del voto. En este sentido se pronuncia Christian Guzmán Napurí, quien considera que:

“No es sustentable la existencia de derechos cuyo ejercicio sea obligatorio, puesto que los mismos por definición son facultativos. Si bien existen derechos no renunciables (como los laborales), no existen derechos que a la vez constituyan deberes, lo cual constituye una contradicción en sí misma. Tal como una persona podría ejercer un derecho, podría también no ejercerlo, y ello no debería generar afectación alguna al mismo. A ello debemos agregar que es evidente que la existencia de derechos obligatorios vulnera el derecho a la libertad individual”<sup>3</sup>.

En el mismo sentido, respecto al derecho de sufragio activo, Manuel Aragón Reyes afirma que:

“Se trata, desde luego, de un derecho y, en principio, como tal, debiera ser de libre ejercicio, pero en la mayoría de los países latinoamericanos se define también (por la Constitución o las leyes) como un deber, es decir,

“Según los partidarios del voto voluntario, siendo el voto un derecho subjetivo, su ejercicio dependerá de la voluntad de sus titulares, por lo que los ciudadanos deben tener total libertad para decidir ejercerlo o no.”

su ejercicio es obligatorio. Ya en otro lugar de esta obra (...) se ha llamado la atención sobre la incongruencia que se deriva de configurar al mismo tiempo una institución jurídica como derecho y como deber. Allí se ha señalado que ello quizás se explica por haberse acentuado en exceso la dimensión objetiva o institucional del derecho de sufragio, lo que puede redundar en un peligro para su indeclinable dimensión subje-

tiva (que es la que, en verdad, como a todo derecho, debiera caracterizarle)”<sup>4</sup>.

En las siguientes líneas analizaremos los referidos argumentos.

### III. LA SUPERACIÓN DE LA DOCTRINA INDIVIDUALISTA DEL DERECHO SUBJETIVO: LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA O LA DOCTRINA DEL “DERECHO-DEBER”

Consideramos que la concepción según la cual el voto, al ser un derecho subjetivo, no puede ser considerado un deber, no ha tenido en cuenta las transformaciones que han ocurrido en la Teoría General del Derecho en el último siglo, específicamente respecto de la concepción tradicional del derecho subjetivo (elaborada en el siglo XIX); concepción esta que peca de ser excesivamente individualista, por lo que ha sido puesta en tela de juicio y, de hecho, encuentra su superación en la más moderna concepción de *situación jurídica subjetiva*.

De acuerdo con la concepción tradicional, desarrollada especialmente por los eximios juristas alemanes Bernard Windscheid, Friedrich Karl von Savigny y Rudolph von Ihering, el derecho subjetivo “se constituye como una facultad, prerrogativa o poder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto, al cual se le conoce como titular de aquel derecho”<sup>5</sup>.

3 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Algunos argumentos a favor del voto voluntario”. En: *La cosa pública* (blog del autor). Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/20924>

4 ARAGÓN REYES, Manuel. “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en: *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Dieter Nohlen, Sonia Picado y Daniel Zovatto (compiladores), Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 106.

5 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 55.

Conforme ya ha sido reseñado en nuestro medio por Carlos Fernández Sessarego<sup>6</sup> y Yuri Vega Mere<sup>7</sup>, para Windscheid<sup>8</sup> y Savigny<sup>9</sup> el derecho subjetivo se presenta, fundamentalmente, como un poder o señorío de la voluntad; es decir, se trata de un poder del individuo con prescindencia de lo social. Ihering<sup>10</sup>, contrariando en parte la teoría de sus compatriotas, prescinde del elemento “voluntad” en su definición y considera que el núcleo del derecho subjetivo es el “interés jurídicamente protegido”; interés este que le pertenece al individuo detentador del derecho subjetivo.

Como señala Fernández Sessarego, en las referidas concepciones “se destaca solo la utilidad o ventaja –el poder o el interés– que goza el titular del derecho. Se le aprecia únicamente desde una óptica del todo individual, con absoluta prescindencia del interés social, del derecho o del interés de otro”<sup>11</sup>. En el mismo sentido, Yuri Vega considera que la principal objeción que se puede oponer a las

**“... podemos concluir señalando que actualmente no es admisible la idea de que todos los derechos son absolutos; y que es posible concebir derechos que, a la vez, constituyen deberes (derechos-deberes), o viceversa (deberes-derechos).”**

teorías de Windscheid, Savigny e Ihering, “es la de haber destacado únicamente las ventajas, los beneficios que el derecho subjetivo representaba para sus titulares, olvidando que (...), en la estructura misma del derecho subjetivo se advierte la patencia del ‘interés social’”<sup>12</sup>.

El carácter excesivamente individualista de la concepción sobre el derecho subjetivo que se elaboró en el siglo XIX, motivó, incluso, que algunos connotados juristas

llegasen a negar su existencia. Es el caso de León Duguit<sup>13</sup> y Hans Kelsen<sup>14</sup>. Sin embargo, sin llegar a ese extremo, es claro, como señala Fernández Sessarego, que la concepción de los derechos subjetivos “entendidos como ‘señorío de la voluntad’, como expresión del individualismo exacerbado, se encuentra en su ocaso”<sup>15</sup>. En su lugar ha surgido la noción de situación jurídica subjetiva que, sin desconocer la existencia de derechos subjetivos, los ubica “dentro de un contexto en el cual surgen y convergen también deberes a cargo del titular”<sup>16</sup>.

6 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit, pp. 55-58.

7 VEGA MERE, Yuri, “Apuntes sobre el denominado abuso del derecho”, en: *Derecho Privado*, Tomo I, Lima: Grijley, 1996, p. 62.

8 Windscheid desarrolla su teoría sobre el derecho subjetivo en su obra *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Tratado del derecho de pandectas), vol. 1.

9 Savigny propone su teoría sobre el derecho subjetivo en su obra *Tratado de Derecho Romano*.

10 Ihering desarrolla su concepción sobre el derecho subjetivo en su obra *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Tomo IV.

11 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit, p. 59.

12 VEGA MERE, Ob. cit, p. 62.

13 Duguit desarrolla dichas ideas en *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon* (Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón), así como en *Traité de droit constitutionnel* (Tratado de Derecho Constitucional).

Según nos lo recuerda Fernández Sessarego, para Duguit no existe otro derecho que el tradicionalmente denominado derecho objetivo, a cuyas normas están sometidos tanto los entes privados como los detentadores del poder. En tal sentido, los individuos no son entes aislados dotados de derechos subjetivos, sino son seres sociales “situados” frente a las reglas jurídicas del Derecho objetivo [Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit, pp. 61-62]. Sobre este punto, Vega Mere incurre en una errata notable al señalar que Duguit “negó el derecho subjetivo, al afirmar que las personas solo tienen derechos y no deberes” [VEGA MERE, Ob. cit, p. 62, nota N.º 7]. Lo que, más bien, afirmaba Duguit es que los individuos no tienen derechos, sino, únicamente, deberes.

Ciertamente, Duguit, en su afán de combatir el individualismo de la teoría clásica del derecho subjetivo, que asume al individuo como un ente aislado, extrema a tal punto su posición que parece negar la dimensión individual del ser humano, conforme muy bien lo ha señalado Jean Dabín en su obra *Le droit subjectif* (El derecho subjetivo), al criticar la tesis de Duguit.

14 Kelsen, coherentemente con su concepción positivista del Derecho, planteada en su *Teoría Pura del Derecho*, que equipara el derecho a la norma jurídica, reduce el Derecho subjetivo al derecho objetivo, al señalar que el derecho subjetivo solo puede existir en la medida que es creado por el Derecho objetivo, por lo que aquel tipo de derecho no es más que un aspecto o una manifestación de este. Kelsen considera, asimismo, que el derecho objetivo no se encuentra en la necesidad de instituir derechos subjetivos.

15 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit, p. 65.

16 *Ibidem*, p. 71.

En tal sentido, la situación jurídica subjetiva se constituye “como un haz de derechos y deberes que el ordenamiento imputa a un sujeto de derecho en una determinada circunstancia”<sup>17</sup>. Es decir, conforme explica el mismo Fernández Sessarego:

“(…) el sujeto de derecho, dentro de una determinada situación jurídica subjetiva es el centro de convergencia, en dinámica tensión, de derechos, facultades, poderes, deberes, prerrogativas, obligaciones, que le son atribuidos al sujeto por el ordenamiento positivo [es decir, por el Derecho objetivo] en un cierto estado, al colocarse en una determinada circunstancia existencial y luego de una vivencia valorativa. La situación jurídica subjetiva se constituye así en un complejo de derechos y deberes que el ordenamiento imputa a un sujeto cuando asume cierto estatus”<sup>18</sup>.

Es decir, conforme señala Vega Mere, a partir de las ideas planteadas por el jurista francés Paul Roubier,<sup>19</sup> “cada situación jurídica supone una conjunción de derechos y deberes a cargo del sujeto ‘ubicado’ en ella. Así, se llega a proteger tanto los intereses del sujeto ‘situado’ como los intereses ajenos, de los terceros: el interés social”<sup>20</sup>. En tal sentido:

“(…) la situación jurídica no implica únicamente la titularidad de unos derechos subjetivos o de prerrogativas dadas que se presenten químicamente puras. Su concurrencia viene aparejada coetáneamente de unos deberes a cargo del mismo sujeto ‘ubicado’, a través de los cuales se tutelan los intereses de la sociedad, que cumplen una función de límites (internos) de los poderes reconocidos al particular”<sup>21</sup>.

Esbozado en líneas muy generales el concepto de situación jurídica subjetiva, corresponde ahora referirnos brevemente a sus categorías. Al respecto, la doctrina considera que existen situaciones jurídicas subjetivas *activas* o *de poder*, por un lado, y *pasivas* o *de deber*, por otro lado.

Las *situaciones jurídicas subjetivas activas* (o *de poder*) son aquellas en las que “predomina el derecho subjetivo del titular frente a sus propios deberes”<sup>22</sup>; es decir, en las que “se tutela con mayor intensidad el interés del sujeto situado, y por tanto las prerrogativas tienen cierta prevalencia sobre los deberes que en ella concurren”<sup>23</sup>.

Contrariamente, en las *situaciones jurídicas subjetivas pasivas* (o *de deber*) “priman los deberes y obligaciones del sujeto ante los derechos de los cuales es titular”<sup>24</sup>; es decir, en este caso los deberes tienen preponderancia sobre las prerrogativas atribuidas al sujeto, debido a que se privilegia el interés social<sup>25</sup>.

Para no seguir abundando en este importante concepto de la Teoría General del Derecho, podemos concluir señalando que actualmente no es admisible la idea de que todos los derechos son absolutos; y que es posible concebir derechos que, a la vez, constituyen deberes (derechos-deberes), o viceversa (deberes-derechos).

Ahora bien, la referida enunciación doctrinaria sobre la situación jurídica subjetiva no es una mera construcción teórica, sino tiene expresiones prácticas en la legislación o Derecho positivo.

Algunos ejemplos concretos existen sobre el particular en nuestra legislación. Es el caso, de los deberes-derechos relacionados con la patria potestad.

---

17 Ibidem, pp. 72-73.

18 Ibidem, p. 78.

19 Paul Roubier es uno de los juristas que más ha sistematizado el concepto de situación jurídica, en su obra *Droits subjectifs et situations juridiques* (Derechos subjetivos y situaciones jurídicas). Conforme reseña Vega Mere, Roubier considera que “toda situación jurídica representa una unión de derechos y deberes más que una acostumbrada contraposición entre pretensiones y obligaciones, y que permite captar en su vivo centro conflictual al sujeto situado en las distintas sollicitaciones de la experiencia jurídica” [VEGA MERE, Ob. cit, p. 66].

20 VEGA MERE, Ob. cit, p. 66.

21 Ibidem.

22 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit, p. 71.

23 VEGA MERE, Ob. cit, p. 67.

24 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit, p. 71.

25 VEGA MERE, Ob. cit, p. 68.

Al respecto, la propia Constitución, en su artículo 6, establece literalmente que: “*Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos*”.

En este caso, nos encontramos frente a una situación jurídica subjetiva de deber, en la que priman los deberes de los titulares (los padres), quienes, ante la necesidad de proteger el “interés superior de los niños y adolescentes”, se encuentran obligados frente a sus hijos, y frente a la sociedad, a brindarles las condiciones y medios para su subsistencia y desarrollo como personas. Ahora, si bien en esta situación lo que prevalece son los deberes, es inobjetable que, simultáneamente, los padres tienen el derecho subjetivo a brindar a sus hijos tales condiciones, por lo que no es legítimo que terceras personas realicen las acciones para satisfacer las necesidades de sus hijos; salvo, claro está, que judicialmente se prive de la patria potestad a los padres.

En el mismo sentido, si bien la Constitución, a través de sus artículos 13 y siguientes, reconoce el *derecho a la educación*, en su artículo 17 establece que la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. Es decir, se estructura a la educación como un derecho cuyo ejercicio es obligatorio en los niveles señalados.

A diferencia del caso anterior, en este caso nos encontramos frente a una situación jurídica subjetiva de poder, en la que prima el derecho de los titulares (los educandos) a recibir una educación adecuada, derechos que, en principio, deben ser satisfechos por los padres y garantizados por el Estado. Ello no obsta, sin embargo, a que la educación, sin dejar de ser un derecho, sea obligatoria en sus niveles básicos. Se trata, por tanto, de un derecho de ejercicio obligatorio. En este sentido, so pretexto de que la educación es un derecho, nadie puede aducir legítimamente que no quiere ejercerlo.

Existen otros ejemplos en nuestra Constitución de situaciones jurídicas claramente concebidas como derechos-deberes o deberes-derechos. Así, el artículo 22 de la Constitución establece que: “El trabajo es un deber y un derecho”. Lo mismo pasa con el derecho-deber objeto de nuestro estudio, el voto, que es reconocido como derecho por el artículo 2,

**“... Ciertamente, pueden existir, y de hecho existen, muchos derechos subjetivos... cuyo ejercicio resulta absolutamente facultativo para sus titulares... pero ello no significa que, en determinadas circunstancias, el legislador no pueda establecer legítimamente ... que ciertos derechos, sin dejar de serlo, constituyan también deberes o que sean de ‘ejercicio obligatorio’.”**

inciso 17, y por el primer párrafo del artículo 31; y que también es considerado de ejercicio obligatorio por el cuarto párrafo de este último artículo de nuestra Carta Magna.

Para no referirnos únicamente a derechos-deberes, o deberes-derechos, establecidos por nuestra Constitución, podemos señalar, solo de modo referencial, otros casos establecidos en normas con rango de ley ordinaria. Es el caso del artículo 19 del Código Civil que literalmente dispone que: “Toda persona tiene *el derecho y el deber* de llevar un nombre”.

*el derecho y el deber* de llevar un nombre”.

Por todo lo señalado, no se puede afirmar categóricamente, como lo hacen los defensores a ultranza del voto voluntario, que “no es sustentable la existencia de derechos cuyo ejercicio sea obligatorio”, o que “no existen derechos que a la vez constituyan deberes”. Ciertamente, pueden existir, y de hecho existen, muchos derechos subjetivos (quizás la mayoría), cuyo ejercicio resulta absolutamente facultativo para sus titulares (por lo que pueden decidir ejercerlo o no, sin que su no ejercicio genere alguna sanción jurídica); pero ello no significa que, en determinadas circunstancias, el legislador no pueda establecer legítimamente, en función del interés social, que ciertos derechos, sin dejar de serlo, constituyan también deberes o que sean de “ejercicio obligatorio”.

En tal sentido, corresponderá al legislador determinar, de acuerdo con las circunstancias propias de la realidad respecto de la cual deben legislar, en qué casos puede establecer que determinadas situaciones jurídicas sean derechos-deberes.

#### **IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA DEL ELECTOR**

Se ha señalado que la situación jurídica subjetiva es un complejo de derechos y deberes que el ordenamiento jurídico imputa a un sujeto cuando asume cierto estatus.

Ahora bien, cuando los individuos o ciudadanos ejercen el voto o sufragio pasivo lo hacen en condición de *electores*; es decir, respecto del voto o sufragio pasivo, los ciudadanos asumen el estatus de electores.

En aquellos países en los que se ha optado por el voto voluntario o facultativo, el estatus de elector consistirá, fundamentalmente, en una *situación jurídica subjetiva de poder* que permite que el titular del derecho al voto decida ejercer o no su derecho, de manera absolutamente facultativa, sin que su no ejercicio genere alguna sanción jurídica.

En cambio, en aquellos países en los que se ha optado por el voto obligatorio, el estatus de elector constituye una *situación jurídica subjetiva de deber*, motivo por el cual el ejercicio del voto es obligado o debido, estableciéndose las correspondientes sanciones jurídicas en caso de incumplimiento. Sin embargo, debemos ser enfáticos en señalar que el hecho de que el sufragio activo se considere como un deber (de cumplimiento obligatorio), por considerarse que en este caso es necesario que primen los deberes y obligaciones del sujeto sobre sus prerrogativas, en modo alguno implica que se desmerezca la condición de derecho subjetivo del voto.

En tal sentido, así como el ordenamiento jurídico, por un lado, dispone que los electores deben ejercer el voto de manera obligatoria, por lo que su no ejercicio debe traer aparejada alguna sanción jurídica; por otro lado, no se puede privar injustificadamente al elector de su derecho político fundamental de votar<sup>26</sup>, es decir, no se le puede prohibir ejercer su derecho de participar en el proceso de designación de representantes (para elegir a sus representantes ante los órganos políticos del Estado como el gobierno nacional, el parlamento, los gobiernos subnacionales y los gobiernos locales), o de toma de decisiones públicas (a través de los procesos de consultas populares o ciudadanas como los referendos, plebiscitos u otros mecanismos), derecho que se considera una de las conquistas más importantes que han conseguido los ciudadanos en los regímenes democráticos.

Consideramos que ambas alternativas, la de considerar al voto como una situación jurídica subjetiva de poder (que se puede asimilar perfectamente a la opción por el voto voluntario o facultativo), o considerarlo como una situación jurídica subjetiva de deber (asimilable a la opción por el voto obligatorio), son perfectamente sustentables desde el

punto de vista jurídico. Por ello, corresponderá al constituyente o legislador, en cada realidad en particular, determinar cuál de estas opciones es la que más conviene a su sociedad, teniendo en cuenta sus peculiaridades. Y seguramente, será la ciencia política, más que el derecho, la disciplina que mejor podrá dar los insumos que sirvan para tomar la decisión que más convenga a un país en particular.

Es decir, la implementación del voto voluntario, donde se decida hacerlo, no debería fundamentarse en la superada concepción jurídica, propia del individualismo del siglo XIX, de que los derechos subjetivos en todos los casos son absolutos, y en la idea de que no es admisible la existencia de derechos-deber. La opción política por el voto voluntario, en todo caso, debería fundamentarse en el análisis de si esa forma de voto es, efectivamente, lo que más le conviene a la consolidación o estabilidad del sistema democrático, en cuyo caso, no serán conceptos jurídicos los que deberían discutirse.

#### **V. ¿EL VOTO VOLUNTARIO ES MÁS DEMOCRÁTICO? EL VOTO DESDE LA PERSPECTIVA LIBERAL Y DESDE LA REPUBLICANA**

Cabe precisar que es una falacia la afirmación aquella según la cual un país con voto voluntario es más democrático que uno con voto obligatorio. El componente fundamental de la democracia es la participación de los ciudadanos en las decisiones fundamentales de la cosa pública; y si en un país en particular se requiere del voto obligatorio para lograr dicho cometido (la participación ciudadana), pues lo que más le conviene a ese sistema democrático en particular es considerar al voto como una situación jurídica subjetiva de deber.

Los países que consideran al voto únicamente como un derecho, lo hacen porque esa fue la opción de sus respectivos constituyentes o legisladores y eso no los hace más o menos democráticos. Un derecho es tal en tanto lo declara el Derecho nacional (la legislación) de un país. Sin embargo, ello no obsta para que en otros países también se le considere como un deber, sin negar su estatus de derecho (es decir, como un derecho-deber), atendiendo a la función que se le atribuye al sufragio respecto al sistema político.

---

26 La únicas razones justificadas jurídicamente para poder privar del derecho al voto a los electores, tienen que ver con la pérdida o suspensión de la condición de ciudadano. En tal sentido, el artículo 33 de la Constitución establece que el ejercicio de la ciudadanía se suspende: 1) Por resolución judicial de interdicción. 2) Por sentencia con pena privativa de la libertad. 3) Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

Finalmente, consideramos que el voto voluntario como dogma (entendido como un derecho que se debe ejercer con total libertad), se corresponde con una visión más bien excesivamente liberal del derecho y la política, que pone demasiado énfasis en los derechos y libertades de los individuos, sin atender en la misma medida a sus deberes para con la comunidad política. Con lo manifestado, por cierto, no pretendemos ser peyorativos con la filosofía política liberal, la cual, reconocemos, ha realizado grandes e innegables aportes a la humanidad.

En otro sentido, admitir que el voto también puede ser considerado un deber ciudadano, se corresponde más con una visión republicana, que enfatiza en los deberes que los ciudadanos tienen como miembros de la “república” y en las virtudes cívicas que estos deben practicar, desde cuya perspectiva se puede considerar al voto como un deber (motivo por el cual su no ejercicio debe dar lugar a alguna sanción), sin negar con ello su condición de derecho, motivo por el cual nadie puede impedir a los ciudadanos ejercer el voto. Esta opción “republicana” es tan legítima como la opción “liberal” de considerar al voto como un derecho absoluto.

## VI. CONCLUSIONES

Consideramos que el voto o sufragio pasivo es, en principio, un derecho subjetivo; pero que también, si así lo establece el constituyente o legislador, puede ser simultáneamente un deber; es decir, puede ser un derecho-deber.

En tal sentido, discrepamos con las posturas extremas que, por defender la necesidad del voto obligatorio, se refieren al voto únicamente como un deber o una función, sin reconocerle su condición de derecho subjetivo. Pero también discrepamos con quienes consideran que, por tratarse el voto de un derecho subjetivo, no podría considerarse a la vez como un deber (si así lo aprueba el legislador).

La concepción de que el voto, al ser un derecho subjetivo, no puede ser a la vez un deber, no ha tenido en cuenta las transformaciones ocurridas en la Teoría General del Derecho en el último siglo, respecto de la concepción tradicional del derecho subjetivo (elaborada en el siglo XIX).

Dicha concepción tradicional, desarrollada por juristas de la doctrina alemana como Windscheid, Savigny e Ihering, que considera al derecho subjetivo como un “poder o señorío de la voluntad”, o como un “interés jurídicamente protegido”; pecó

de ser excesivamente individualista, ya que destacaba únicamente las ventajas que el derecho subjetivo significaba para sus titulares, prescindiendo absolutamente de la idea de interés social.

Precisamente, debido al exacerbado individualismo de la concepción tradicional del derecho subjetivo, a partir del siglo XX empezó a ser puesta en tela de juicio, motivando que incluso juristas de la talla de Duguit o Kelsen lleguen a negar su existencia. Sin embargo, sin llegar a ese extremo, en los últimos tiempos la doctrina tradicional del derecho subjetivo ha encontrado su superación en la moderna concepción de *situación jurídica subjetiva*.

A partir de la concepción de la situación jurídica subjetiva, se puede concebir que el ordenamiento jurídico (es decir, el Derecho objetivo) atribuya o impute a la persona o sujeto de derecho, cuando asume cierto estatus o estando en una determinada circunstancia, derechos y deberes de manera simultánea, con el objeto de proteger, además de los intereses de dicho sujeto de derecho, al interés social.

Ahora bien, como señala Carlos Fernández Sessa-rego, existen *situaciones jurídicas subjetivas de poder*, en las que predomina el derecho subjetivo del titular frente a sus propios deberes; y *situaciones jurídicas subjetivas de deber*, en las que, por el contrario, priman los deberes y obligaciones del sujeto ante los derechos de los cuales es titular. En este último caso, los deberes tienen preponderancia sobre las prerrogativas porque se privilegia el interés social.

A partir de la noción de situación jurídica subjetiva, podemos cuestionar la concepción individualista de que todos los derechos son absolutos y, por el contrario, afirmar la existencia de derechos que a la vez constituyan deberes, o viceversa: los derechos-deberes o los deberes-derechos.

Lo señalado no es únicamente una discusión abstracta. Existen muchos casos concretos en nuestra legislación de situaciones que son consideradas como derechos-deberes o deberes-derechos. Es el caso, entre otros, de la patria potestad, que es considerada por el artículo 6 de la Constitución como un deber-derecho, cuando dicha norma establece que “(es) deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”; o de la educación, que siendo reconocida como un derecho, es considerado de ejercicio obligatorio en sus niveles



---

## EL VOTO O SUFRAGIO ACTIVO COMO DERECHO-DEBER

básicos (inicial, primaria y secundaria) por el artículo 17 de la misma Constitución, por lo que se trata de un derecho-deber; o del trabajo, que es calificado por el artículo 22 de la Constitución como “un deber y un derecho”; o por el voto, que es reconocido como un derecho constitucional, pero de ejercicio obligatorio.

Ciertamente, pueden existir derechos subjetivos cuyo ejercicio resulte absolutamente facultativo para sus titulares; pero ello no significa que, en determinadas circunstancias, el legislador no pueda establecer, en función del interés social, que ciertos derechos, sin dejar de serlo, constituyan también deberes o que sean de “ejercicio obligatorio”.

Para aplicar las consideraciones señaladas sobre la situación jurídica subjetiva y sobre los derechos-deberes, al sufragio activo, es necesario tener en cuenta que los individuos o ciudadanos al ejercer el voto asumen el estatus de electores. En tal sentido, en los casos en que el legislador ha optado por el voto voluntario, el estatus de elector consistirá en una *situación jurídica subjetiva de poder*, por lo que el titular del derecho al voto podrá decidir ejercer o no su derecho, de manera absolutamente facultativa. En cambio, en los casos en que el legislador ha optado por el voto obligatorio, el estatus de

elector constituye una *situación jurídica subjetiva de deber*, siendo el ejercicio del voto obligado o debido.

Sin embargo, hay que hacer hincapié en que si el sufragio activo, se constituye como una *situación jurídica subjetiva de deber*, ello en modo alguno implica que se desmerezca la condición de derecho subjetivo del voto. En tal sentido, si bien, por un lado, los electores deben ejercer el voto de manera obligatoria; por otro lado, no se les puede privar injustificadamente de su derecho político fundamental de votar (de participar en el proceso de designación de representantes o de toma de decisiones públicas), derecho que es una de las conquistas más importantes conseguidas por los ciudadanos en los regímenes democráticos modernos.

Ambas alternativas, la de considerar al voto como una situación jurídica subjetiva de poder (asimilable a la opción por el voto voluntario) o como una situación jurídica subjetiva de deber (asimilable a la opción por el voto obligatorio), son sustentables desde el punto de vista jurídico. Por ello, corresponderá al constituyente, en cada realidad, determinar cual de estas opciones es la que más conviene a su sociedad, teniendo en cuenta sus peculiaridades.