

## **El derecho fundamental del sufragio y su obligatoriedad constitucional. Una posible fundamentación iusgarantista**

Autor:  
Ríos, Leandro

Cita: RC D 3319/2020

**Tomo: 2020 2 Poder Ejecutivo - II**

Revista de Derecho Público

### **Sumario:**

§ 1. Introducción. § 2. La necesidad previa de desmontar el problemático concepto de "Estado-Nación". § 3. El sufragio como derecho. § 4. El sufragio como deber o función. § 5. La obligatoriedad del sufragio como necesidad. § 6. La abstención en el ejercicio del derecho fundamental del sufragio (activo), como ilícito atípico expresamente regulado en la Constitución y en la ley. § 7. Bibliografía.

### **El derecho fundamental del sufragio y su obligatoriedad constitucional. Una posible fundamentación iusgarantista**

#### **§ 1. Introducción, pág. 589**

Las siguientes líneas se enmarcan en una teorización general sobre los delitos y las faltas electorales, la cual persigue su estudio integral y sistemático con el propósito de alcanzar grados aceptables de unidad, coherencia y plenitud, en lo referido al aspecto represivo (penal y administrativo) del "sistema jurídico electoral"<sup>[1]</sup>.

La definición del concepto de "sufragio" y, en particular, su obligatoriedad constitucional y/o legal, constituye un tema clásico de la teoría jurídica, cuyo tratamiento ha sido desarrollado en la dogmática constitucional y electoral, en diálogo con la teoría política, pudiéndose considerarlo como un asunto trillado.

Sin embargo, a nuestro criterio, la cuestión no se encuentra adecuadamente tratada, pues se echa en falta un análisis que, sin renunciar a un ideario individual contractualista y evitando utilizar argumentaciones de signo estatalista, ofrezca una fundamentación coherente con el rendimiento explicativo suficiente para indicar las razones por las cuales un derecho fundamental puede tornarse obligatorio en cuanto a su ejercicio y, a la vez, determinar qué clase de consecuencia jurídica debe ser aplicada en su caso.

Con el cometido de realizar un aporte a la discusión, nuestros pasos serán los siguientes, en primer lugar, se atacará el concepto de "Estado-Nación" con el propósito de denunciar su incidencia disruptiva en el debate y desmontarlo como factor de justificación estatalista de la obligatoriedad del sufragio (activo) en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Luego, se pasará revista a las maneras en que la doctrina y la jurisprudencia han definido el concepto, subrayando las distintas improntas. Finalmente, bajo la consideración del sufragio, en todas sus dimensiones (activo y pasivo), como un derecho fundamental del ciudadano, se ofrecerá una posible justificación iusgarantista, no estatalista, acerca de su obligatoriedad constitucional y legal, sirviéndonos para ello de los insumos teóricos producidos por la teoría de los enunciados jurídicos.

#### **§ 2. La necesidad previa de desmontar el problemático concepto de "Estado-Nación", pág. 591**

El propósito de esta disgresión es indagar, en el seno del "sistema jurídico electoral represivo", acerca del eventual contenido de ilicitud que anidaría en la conducta de omitir o abstenerse de sufragar, con el objetivo de establecer dos cuestiones centrales, a saber: la legitimidad de dicha incriminación general y abstracta y, en caso de corresponder, la consecuencia jurídica adecuada, sea aplicada, en el supuesto particular y concreto.

Para ello, preliminarmente, es necesario ir un paso más atrás y más arriba en abstracción, con el objetivo de exponer y desmontar el uso del problemático concepto de "Estado-Nación", en tanto, a nuestro criterio, su

utilización desvía la corrección del debate sobre la obligatoriedad del sufragio, a la luz del paradigma constitucional (democrático-republicano). Para descomponer y (de)mostrar este presupuesto teórico, empezaremos por lo más difícil: definiendo -sumariamente- los cinco axiomas que exhiben cómo concebimos el modelo de Estado tributario del paradigma del "Estado Constitucional de Derecho", con relación al cual sostendremos que se verifica un extravío significativo del "Estado-Nación", a saber:

*Primero:* el "igualitarismo humanista" reza que todos los hombres son iguales[2]. *Segundo:* "universalismo de los derechos" en tanto todos los derechos se predicán de todos los humanos sin discriminación alguna[3]. *Tercero:* "individualismo ético"; solamente los individuos son titulares de derechos fundamentales, mientras que los Estados solamente son titulares de deberes para con los ciudadanos[4]. Por otra parte, los pueblos, las naciones o cualquier otra entidad colectiva inmaterial no es titular de derechos fundamentales[5]. *Cuarto:* "Estado liberal y social de Derecho principio de legalidad", el cual establece que el Estado no es ilimitado en poderes, sino obligado por normas que expresan derechos individuales[6]. El ámbito de lo indecible establece que no sobre todo se puede decidir -ni siquiera- por mayoría. Se trata de las dimensiones de la "república" que delimita aquello "sobre qué no" se puede decidir, ni siquiera por mayoría (los derechos fundamentales: vida y libertad) y "sobre qué no se puede dejar de" decidir ni siquiera por mayoría (igualdad y solidaridad). Y *quinto:* "regla de la mayoría": que reduce a la "democracia" a su mínima expresión, considerándola como aquella modalidad de decisión, que se vale de condiciones formales sobre las competencias y los procedimientos para generar normas jurídicas vigentes, en el ámbito de lo susceptible de ser decidido por mayoría. La competencia fija "quién" decide (la mayoría) y el procedimiento "cómo" se decide (por mayoría). Como sistema competitivo presupone la igualdad de oportunidades para los participantes, condensado en el sufragio universal e igualitario y expresado en la alocución "un ciudadano, un voto". Esta condición esencial positiva, junto con la condición negativa que impide que democráticamente se pueda abolir la democracia, integran el mínimo contenido republicano del concepto "democracia".

Nos llevaría lejos de nuestro objeto de estudio la confrontación detallada del "Estado Constitucional de Derecho" con sus modelos antitéticos de Estados patriarcales, racistas, teocráticos o bien esclavistas, feudales o censitarios, en los cuales la ciudadanía plena sería consecuencia o resultado de la pertenencia previa a una subclase o conjunto colectivo delineado por la supremacía de un sexo sobre el otro, por la superioridad de una etnia, por principios religiosos excluyentes o por integrar una determinada clase social.

Por el momento, sólo nos interesa señalar que el concepto de "Estado-Nación", observado desde los axiomas enunciados, colide frontalmente con el tercero y cuarto y, tangencialmente, con el primero y con el segundo.

Ocurre que el "Estado-Nación" como forma estatal, constituye una contradicción flagrante al pensamiento liberal republicano, a tal punto, que puede ser considerada una "sorpresa histórica" en la evolución del paradigma liberal de la República, dado que a pesar de no haberse desarrollado una teoría del Estado teocéntrica, patriarcal, racista o censitaria, la noción del "Estado-Nación", aún inserta en nuestra organización constitucional, condiciona la pertenencia a la clase universal de la "ciudadanía", a una subclase, que no es universal y que se delimita por la condición de la "nacionalidad".

Esta sofisticada operación ideológica, acometida en un breve lapso temporal inmediato posterior a las revoluciones burguesas[7], identifica pueblo con Nación y Nación con Estado. La prestidigitación consta de los siguientes cinco pasos necesarios para consumar la tergiversación: 1) Pueblo, concebido en sentido jacobino, como el conjunto de los hombres (varones adultos) vivos (ni las generaciones pasadas, ni las futuras) deja de ser sinónimo de Nación, dado que se le añade una nueva realidad histórica individual a la cual se le asigna la condición de sujeto titular de derechos. 2) Seguidamente, el pueblo vuelve a ser sinónimo de Nación, pero es el concepto de Nación el que lo coloniza y le otorga identidad, al punto tal, que la soberanía nacional es la propia forma política del pueblo. 3) Se experimenta el tránsito de la soberanía popular a la soberanía nacional y luego, a la soberanía estatal (la Nación en armas) y, consecuentemente, de la soberanía nacional emanan los poderes del Estado que, a su vez, se erige en la encarnación de la soberanía nacional, es decir, el pueblo encarnado en lo político.

4) Nación se convierte en un concepto viático que permite alcanzar el objetivo de identificar Estado y pueblo. El Estado necesita la legitimidad que le suministra el pueblo, pero el pueblo sólo existe porque existe el Estado. Así entonces, Estado y pueblo constituyen los dos polos de un circuito cerrado de legitimación mutua y la Nación es el material conductor de legitimidad que permite el cierre. 5) Finalmente, el Estado-Nación adopta una etnia o leyendas fundacionales para la construcción de una determinada identidad cultural de referencia, con el propósito de autoadjudicarse un destino en la historia, afirmar su preexistencia a la ciudadanía y, finalmente, erigirse como un sujeto distinto, en tanto, unidad inmemorial de destino en lo universal[8].

Ocurre que desde nuestra perspectiva: mientras que pueblo es la comunidad de ciudadanos nacidos libres e

iguales, el Estado es la Constitución sin patria o patria y ésta, la Nación, se concibe como aquella entidad o territorio simbólico e intangible que cada ciudadano elige como patria o patria, en ejercicio de su libertad moral, en donde coloca en sus altares individuales, aquello que lo identifica o caracteriza y sobre lo cual el Estado no puede ni debe intervenir, ni siquiera democráticamente. Como derecho subjetivo es opcional, voluntario, individual y en cualquier momento reversible, referido a una comunidad cultural en la cual se comparten ritos, relatos de fundación y de origen más o menos míticos, cosmovisiones o formas de entender la existencia o la vida, sensibilidades, creencias y emociones.

Según nuestra comprensión, "pueblo", "Estado" y "Nación" son tres conceptos diferentes que jamás deben yuxtaponerse y menos aún identificarse, si se pretende denunciar el "escándalo oculto" de la presencia admitida de una forma de Estado particular, como lo es el "Estado-Nación", en el seno de las culturas políticas y jurídicas, retóricamente liberales y democráticas[9].

Fácilmente se advierte la fricción del Estado-Nación con el "individualismo ético" y el "Estado liberal". Con aquél, porque jamás el Estado-Nación puede ser considerado beneficiario del cumplimiento de deberes o la prestación de funciones, dado que no es titular de derechos fundamentales y, con éste, porque integra el ámbito de lo indecible establecer la restricción de libertades fundamentales obligando a ejercer un derecho fundamental como lo es el sufragio.

Tangencialmente, al exacerbar la noción de "nacionalidad" y aplanar su diferencia con el concepto de "ciudadanía"[10], el "Estado-Nación" funde la distinción entre capacidad de derecho/capacidad de hecho y embate contra el "igualitarismo humanista" como, asimismo, contra el "universalismo de los derechos".

Es evidente la incompatibilidad entre el concepto de Estado-Nación, por una parte, frente al igualitarismo, universalismo y el individualismo republicano, por la otra. Para el republicanismo, los derechos son zonas exentas al poder y el Estado no nace como Estado de soberanía democrática (todo se decidirá por mayoría) sino como Estado de derechos (sobre los derechos individuales nadie, ni siquiera el Estado legítimo, puede decidir por mayoría). No sólo eso: el Estado no sirve para encarnar y unir a los individuos de una Nación, sino que su utilidad se encuentra orientada de manera exclusiva y excluyente a garantizar los derechos individuales. Y garantizar significa no violar, pero también, no entrar, no decidir. De esta manera, resulta fácil entender por qué razón la Nación o el Estado no ostentan derechos fundamentales en la construcción republicana, ni así tampoco, ningún derecho fundamental se presenta como colectivo[11].

Ahora sí estamos en condiciones de focalizar nuestro análisis en la obligatoriedad del voto, advirtiendo que un denominador común en la temática que aquí se analiza, es su abordaje desde la dogmática constitucional y electoral[12], incluso en la jurisprudencia[13], limitado al análisis de la denominada "naturaleza" jurídica del sufragio y la procedencia de su obligatoriedad, con la utilización expresa o tácita, en mayor o en menor grado, del cuestionado concepto de Estado-Nación, desde el paradigma del "Estado Constitucional de Derecho"[14].

Así también, se observa un desbalanceado tratamiento concentrado en asuntos relativos a la fundamentación de la norma primaria dirigida al ciudadano, pero una vez afirmada su obligatoriedad, por las razones que seguidamente se enunciarán, se echa en falta en el círculo bibliográfico y documental aludido, los análisis referidos a la norma secundaria, esto es, a la clase de consecuencia jurídica -sanción o pena- que debe acarrear la omisión de sufragar.

Para continuar avanzando en el estudio de los juicios de antijuridicidad y de sancionabilidad relativos a la conducta consistente en la no emisión del sufragio, es necesario recordar la distinción entre la titularidad y el ejercicio del derecho al sufragio como, así también, entre las nociones de sufragio y voto.

Conforme nuestra conceptualización, el derecho al sufragio (activo y pasivo)[15], como todo derecho fundamental, es titularizado universalmente por todos los ciudadanos sin la exigencia de pertenecer previamente a un subgrupo o categoría, pero su ejercicio -insistimos, no su titularidad- sí que es susceptible de ser reglamentado conforme limitaciones razonables de nacionalidad, residencia y edad. En el supuesto en el cual las limitaciones en la titularidad o, incluso en el ejercicio, avanzaran sobre cuestiones de género o sexuales, étnicas, confesionales o religiosas o, en última instancia clasistas o socioeconómicas, nos encontraríamos ante cuatro formas de organización estatal que repugnan al Estado Constitucional de Derecho y a la universalidad de la noción de ciudadanía, dado que se trataría de Estados patriarcales, racistas, teocráticos o bien esclavistas, feudales o censitarios, respectivamente[16].

Sobre esas formas de Estado, que bien pueden darse fácticamente, evitaremos posar nuestro análisis, dado que carecen de toda legitimación desde el paradigma político-jurídico que condensa los conceptos democracia/república. Centraremos entonces la atención del estudio en la obligatoriedad, o no, del ejercicio del sufragio (activo) y, en su caso, en su adecuada sancionabilidad penal o administrativa sancionatoria, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, aun con el elemento extraño del Estado-Nación.

Ello nos conduce a la siguiente distinción entre la noción deóntica de sufragio y su aspecto fáctico denominado voto[17]. Mientras del sufragio se puede predicar su condición de derecho y/o deber y/o función, el voto se identifica con una acción individual -sea de ejercicio de un derecho, de cumplimiento de un deber o de desarrollo de una función, respectivamente-, con trascendencia jurídico-política[18]. Si se prefiere, los binomios capacidad de derecho/capacidad de hecho y norma/hecho, se reflejan en la distinción sufragio/voto.

El debate acerca de la obligatoriedad del sufragio se encuentra centrado, exclusivamente, en lo relativo a su ejercitación en la faz activa y ello es importante que sea subrayado desde nuestra construcción del "sistema jurídico electoral represivo", pues acentúa el perfil iusgarantista de nuestro abordaje y, al mismo tiempo, se aleja del reduccionismo iusrealista que funde y confunde normas con hechos y titularidad con ejercicio de derechos. Así también se diferencia del reduccionismo positivista que identifica validez con vigencia y sólo se limita a constatar la positivización del sufragio por procedimiento y competencia en instancias constituyentes y legislativas y, por último, se distingue del reduccionismo iusnaturalista, dado que no apela a buscar el fundamento del derecho del sufragio en la naturaleza, en el orden divino (dios) o en la razón (incluso de Estado) y, en cambio, lo considera un logro evolutivo adyacente a los conceptos de ciudadanía (arts. 1776 y 1779) y de Estado Constitucional de Derecho (art. 1948), que se ha consolidado y ampliado progresivamente[19].

Tres andariveles conceptuales son los que se despliegan cuando se debate acerca de la exigibilidad en el ejercicio del sufragio. Una primera línea argumental de corte principista y tendencialmente individualista-contractualista[20], que concibe al sufragio como un derecho fundamental del ciudadano. Otra segunda línea de fundamentación, esta vez de corte consecuencialista y estatalista[21], apoyada en la noción de "Estado-Nación" que sostiene que el sufragio es un deber o una función. Y una tercera aproximación, de corte pragmático y coyuntural, la cual admite la condición de derecho fundamental del sufragio, pero defiende la obligatoriedad de su ejercicio como una necesidad para evitar, reducir o gestionar el abstencionismo electoral[22] en los comicios[23].

### § 3. El sufragio como derecho, pág. 601

Para una fundamentación iusgarantista, resulta contraintuitivo negar la condición de derecho al sufragio. En ese sentido, son variadas las posturas doctrinales que oscilan en caracterizarlo como una facultad del ciudadano ante el Estado[24].

Por un lado, desde el iusnaturalismo, se lo ha enarbolado consecuentemente como un derecho natural inherente a la persona, intransmisible y sagrado de participar con su voto en la formación de la ley como expresión de voluntad general[25].

Curiosamente, en versiones propias de modelos estatalistas, se lo ha definido como un derecho emergente de la ciudadanía, la cual es titular concreta de la soberanía en función de la Nación (doctrina de la soberanía nacional) o, en clave matizadamente más iuspositivista, el sufragio ha sido concebido como un derecho individual o derecho público subjetivo cuyo contenido dinámico se traduce en el reconocimiento por parte del Estado de la calidad de elector, siendo otorgado por la ley a quien reúna las condiciones que ella determina (doctrina del positivismo jurídico). También y acaso, con un matiz fiscalista, se lo ha catalogado como la contrapartida de los deberes públicos, tales como el pago de impuestos (doctrina de la contraprestación)[26].

De manera más general, se ha sostenido que el sufragio es un derecho público subjetivo exigible al Estado por parte del ciudadano, tanto para elegir como para ser elegido[27]. En esta línea puede computarse la comprensión del sufragio como un derecho político, en tanto se destaca su conexión con el poder en sentido político hacia la sociedad, reconociendo una sede individual y manifestándose mediante actos de elección y participación[28].

En nuestro criterio, el sufragio (activo y pasivo) es y funciona como un derecho fundamental a elegir libremente del cual es titular todo ciudadano, en tanto integrante de la clase universal de la ciudadanía, sin necesidad de pertenecer previamente a ninguna subclase en virtud de su nacionalidad, residencia, edad, género, sexo, etnia, confesión o clase social. Cuestión anexa, pero diferenciable, es la regulación circunstanciada y variable de su ejercicio, que solamente admite pocas limitaciones en orden a la Constitución y la ley, respecto a recaudos espaciales, etarios y registrales generalizables, tales como la nacionalidad, residencia, edad e inscripción regular en el padrón electoral.

Somos conscientes de que nos oponemos al entendimiento general imperante en la doctrina nacional acerca de la noción de "ciudadanía" como sinónimo de ejercicio (no universal) de derechos políticos y el aplanamiento en la diferencia titularidad/ejercicio, pero nuestra concepción se imbrica en una teoría con pretensiones de generalidad que, a su vez, abreva en el iusgarantismo jurídico y por razones metodológicas sistémicas-funcionales, no es posible apartarnos de nuestro corpus teórico[29].

Pero no son solamente razones de método lo que nos lleva a defender el concepto de sufragio como derecho fundamental, sino que es la propia evolución jurídica-política de occidente, delimitada por los conceptos de ciudadanía y Estado Constitucional de Derecho, el fundamento en virtud del cual es dable apoyarse para ampliar y formalizar también el concepto de sufragio, sobre todo si se toma nota de su progresiva incorporación, en lo relativo a su ejercicio, de los titulares de derechos fundamentales.

Concebir al derecho al sufragio (activo y pasivo) como un derecho fundamental del ciudadano, nos aleja de explicaciones estatualistas y nos acerca al modelo individualista contractualista, en tanto explicación superadora del origen de las libertades esenciales[30].

#### § 4. El sufragio como deber o función, pág. 604

Detrás de la definición del sufragio como deber o función anida la utilización del concepto de Estado-Nación, como forma histórica de organización jurídico-política que, a nuestro entender, adolece de falta de adecuación con el paradigma de Estado Constitucional de Derecho, tal como fuera formulado por la tradición del pensamiento ilustrado liberal.

En una primera acepción el concepto de deber funciona como sustantivo sinónimo de obligación o carga[31] y se encuentra contenido y delineado en la directiva de conducta (prohibición o mandato), por lo tanto, la infracción de la norma equivale al incumplimiento del deber. En este sentido, el deber jurídico implica una restricción de derechos fundamentales, en la medida en que limita la libertad de actuación. Cabe preguntarse entonces en dónde o de qué manera puede fundarse dicho constreñimiento a la conducta del ciudadano. De otro modo, el interrogante sería: si el ejercicio del sufragio es un deber, obligación, función o carga, ¿con quién se establece la relación sinalagmática?, ¿en favor de quién o de qué se prestaría?, ¿con qué derecho se correspondería?[32], ¿con el Estado o con alguno de sus poderes públicos?, ¿con el pueblo?, ¿con la Nación?, ¿con el cuerpo electoral?, ¿con el candidato?[33]

Conforme nuestra tesis, las sospechas en materia de obligatoriedad del ejercicio del derecho al sufragio, al extremo de convertirlo en un deber o función, abrevan en el concepto de Estado-Nación, en tanto, contradicción flagrante al pensamiento liberal republicano.

Cuando la piedra fundacional de la argumentación inicia su recorrido desde la convicción consistente en que los derechos fundamentales se originan sobre un acto de autolimitación del Estado, ya podemos percibir que esa inclinación estatualista ostenta un programa de fundamentación del sufragio en pos de calificarlo como deber y/o como función[34].

Es usual que todo modelo de relaciones políticas, orientadas en sentido estatualista, asuma irremediamente el significado de ejercicio de funciones públicas, regulado por las normas del Estado a los efectos de designar a los que tendrán el deber de legislar, es decir, de interpretar las necesidades del Estado-Nación. En suma, no es el cuerpo soberano de los ciudadanos electores el que prescribe un rumbo a los poderes públicos, sino que, al contrario, son estos últimos los que se sirven de los electores para designar a la clase política dirigente[35].

A mayor abundamiento, las libertades políticas y, paradigmáticamente el derecho al sufragio, no se justifican ya como expresión específica de la libertad originaria fundamental de los individuos de decidir un cierto orden político estatal, sino por la necesidad del Estado de proveerse de órganos y de personal que concreten la expresión de su voluntad soberana. Así, cuando el ciudadano elige a sus representantes, no les transmite los poderes que tiene originariamente, sino que ejercita una función: la de designar, por interés público y sobre la base exclusiva del Derecho positivo estatal, a los que tendrán el deber de expresar la soberanía del Estado en forma de ley. Es que, toda sociedad de los individuos políticamente activos, que eligen y son elegidos, que participan de diferentes maneras en la formación de las normas, se agota -como mero ejercicio funcional- dentro de las estructuras del Estado-Nación[36].

Así es la operación ideológica subyacente, que explica el modo en que se constituye una entidad (pueblo-Nación-Estado) a la cual le es debido o prestado el ejercicio del sufragio como deber o como función. Esta concepción fácilmente se advierte en el uso -con finalidades de justificación y tendencialmente metafóricas- de términos tales como: "cuerpo electoral", "fuerza política orgánica", "órgano estatal", "órgano directo supremo", "sufragio popular", "soberanía nacional", "función pública estatal", "voluntad soberana de la Nación", "persona colectiva superior a los miembros individuales", por citar algunos ejemplos.

En esta línea se sostiene que el sufragio es un deber[37], como consecuencia lógica y forzosa de la esencia misma del gobierno representativo[38] a los fines de su preservación[39], positivizado constitucionalmente[40].

También se ha aseverado que el sufragio es una función política ejercida por una fuerza política orgánica, que es

el cuerpo electoral, por cuyo intermedio se integran los órganos gubernamentales que ejercen la representación de la comunidad política[41]. Como función política, el sufragio se ejercita en el marco de un sistema electoral por una entidad cuya composición varía en función de la idea política dominante. Esta postura, en base a doctrinas de representación política, alcanza a sostener que el sufragio, finalmente, es ejercido por una entidad colectiva denominada cuerpo electoral y no por el ciudadano, individualmente considerado[42].

En este último sentido, se aclara que cuando se habla de sufragio popular, es evidente que no es el pueblo ni la nación quien directa o indirectamente ejerce el voto. Tratándose de un acto material, preciso, como es el voto, es necesario rendirse ante la evidencia: sólo los individuos votan. Y como el voto es una operación colectiva, en el sentido de que muchos individuos son llamados a votar en bloque, se designa con el nombre de cuerpo electoral, a la colectividad de esos titulares del voto. Pero la expresión "cuerpo electoral" no debe inducir a error. El "cuerpo electoral" nada tiene de agrupación orgánica: significa, simplemente, el conjunto de electores[43].

Las denominadas teorías funcionalistas varían entre considerar al sufragio una función pública electoral no estatal, ejercida por el ciudadano en nombre propio y no del Estado, aunque se oriente hacia el interés común o, por la alternativa de concebirla como una función pública electoral estatal ejercitada en interés común de la colectividad estatal, a través del cuerpo electoral, en tanto órgano del Estado[44].

En esta línea deben computarse los esfuerzos por definir al sufragio como manifestación de la soberanía nacional, separando la institución del sufragio como función social ejercida por el cuerpo electoral en cumplimiento de una función social y un anémico derecho individual, a los efectos declamativos y sin consecuencias jurídicas. En dicha inteligencia se afirma que el cuerpo electoral es un órgano estatal y, como órgano directo supremo, expresa la voluntad soberana de la Nación la cual, a su vez, reside en una persona colectiva superior a los miembros individuales. En definitiva, el derecho al sufragio transformado en función, arroja como resultado el reconocimiento al elector del derecho a hacerse admitir en la votación, pero su ejercicio es considerado una función o competencia funcional estatal, cuyo sujeto es el Estado mismo[45].

## **§ 5. La obligatoriedad del sufragio como necesidad, pág. 608**

Finalmente, las posturas eclécticas que condensan en el sufragio las irreconciliables condiciones de derecho/deber/función, deben ser catalogadas aquí, dado que han sido siempre -en última instancia- utilizadas para justificar la obligatoriedad del voto. Solamente enuncian la condición de derecho al referirse a la institución del sufragio, dejando traslucir el amargo "estado de necesidad" de evitar o reducir el abstencionismo electoral, condicionante sobre el cual se construye la exigibilidad del ejercicio a elegir (sufragio activo).

Estas fórmulas de compromiso han buscado combinar las condiciones de derecho, deber y función del sufragio, con el objetivo de alcanzar una explicación totalizadora que sin dejar de reconocer lo evidente, esto es, que el sufragio -antes que nada- es un derecho fundamental del ciudadano, solvente la obligatoriedad de su ejercicio, consagrado constitucionalmente. De otra manera: mediante la yuxtaposición deontológica se persigue estimular y asegurar la efectiva participación democrática ciudadana en los procesos electorales y gestionar el (temor al) abstencionismo.

Los fines preventivos propios de la sanción administrativa electoral, de jerarquía constitucional y legal en el ordenamiento jurídico argentino, persiguen reforzar un modelo de gestión de política electoral, atendiendo a cuestiones de afectación general y estadística como lo es el riesgo del ausentismo en los procesos electorales, junto con el fomento del interés de los ciudadanos por la organización institucional y la elevación del grado de representatividad política[46]. Es que la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental al "sufragio" (arts. 1º, 22, 33, 37, 75, inc. 22, CN, y 23, CADH) conlleva el procedimiento y la genuinidad de los comicios, en tanto proceso que posibilita la función denominada "elección", como contexto idóneo de expresión, pues de lo contrario, dicha libertad individual carecerá de la posibilidad de integrar el cuerpo electoral como comunidad política, que seleccione y nomine a las autoridades[47], dotándolas con legitimidad de origen[48]. En ese sentido, se ha considerado que el sufragio es una función constitucional, en cuanto en su desempeño por el cuerpo electoral se constituyen los órganos del Estado, no resultando posible la existencia ni el funcionamiento de éste sin que los ciudadanos ejerciten función tan íntimamente ligada con la soberanía[49].

Por ello se ha visto en la obligatoriedad del voto un modo de preservación del sistema representativo, elevando dicho fin a la condición de argumento "fuerte" para restringir, razonablemente, la libertad cívica de los ciudadanos. Así, se entiende al sufragio como un Derecho Público subjetivo, entre los derechos políticos funcionales, la facultad jurídico-política del ciudadano de elegir y ser elegido y, a la vez, una irrenunciable función pública constitucional que debe cumplir el elector en representación del pueblo como integrante del cuerpo

electoral, que es jurídicamente obligatoria, como impulsora del derecho a la participación ciudadana en el sistema democrático constitucional. Su irrenunciabilidad garantiza que los potenciales electores no dejen inactiva la facultad esencialmente activa de votar, refugiándose en el desinterés por la cosa pública y el bien común<sup>[50]</sup>.

También el devenir jurisprudencial en Argentina, resulta ilustrativo a los fines de observar el modo en que se ha desplegado el modelo de gestión política electoral aludido.

En el antiguo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, caratulado: "Esquivel, Héctor" (1933)<sup>[51]</sup> se enfatizó que el medio esencial para poner en ejercicio la soberanía es el voto de los ciudadanos a efectos de constituir, directa o indirectamente, las autoridades de la Nación, considerando que esa prerrogativa era irrenunciable, por cuanto constituye el fundamento del gobierno, sin el cual no es posible la existencia del Estado. En dicho sentido se añadió que la facultad de compeler a los ciudadanos al ejercicio del voto, sea éste, derecho, deber o función política, es inherente a la vida misma de la república, cuya desaparición es inconcebible por el abandono de sus hijos.

A mayor abundamiento, utiliza dos comparaciones cuestionables con el derecho a la vida y la supuesta obligación de conservarla de acuerdo a las leyes morales que rigen tanto a los individuos como a los pueblos, y con el derecho a aprender, al cual también considera una garantía constitucional y destaca que a nadie se le ha ocurrido atacar la instrucción primaria obligatoria<sup>[52]</sup>.

Más allá de la antigüedad del precedente en la historia institucional argentina, de la terminología y giros expresivos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede advertirse una concepción estatista y la apelación a argumentos morales y paternalistas o perfeccionistas, poco aportan a una fundamentación exhibible ante el paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

Luego, se destacan los antecedentes de la Cámara Nacional Electoral, "Martín, Patricia s/Queja en autos: «Pieroni, Amadeo R. y otros»" (1991)<sup>[53]</sup> y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, "Holder, Joel Archie y otros" (1994)<sup>[54]</sup>, en tanto, se desarrollan en ambas sentencias la fundamentación acerca de la obligatoriedad del sufragio en contraste con objeciones de conciencia.

En la primera de ellas se recuerda que el vocablo sufragio -*suffragium*- significa ayuda y aporta esa ayuda para que pueda desplegarse el poder electoral del pueblo y, a la vez, manifestar su voluntad cuantitativa y cualitativa, obteniéndose determinado grado de consenso. Así, lo consideraba como un derecho público subjetivo entre los derechos políticos funcionales, la facultad jurídico-política del ciudadano de elegir y ser elegido. Por otro lado, también asevera que el ejercicio del mismo derecho que consiste en la acción de votar constituye una irrenunciable función pública que debe cumplir el elector en representación del pueblo como integrante del cuerpo electoral.

En esa línea argumental expresa que el sufragio es derecho y garantía implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, por lo que es evidente que al ciudadano no se le puede impedir el ejercicio universal de dicho derecho. En cuanto función pública, el acto del voto es obligatorio, estando todos los electores en las mismas circunstancias del principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución nacional)<sup>[55]</sup>.

Así, concibe al voto jurídicamente obligatorio, como un elemento impulsor permanente del derecho a la participación ciudadana en el sistema democrático constitucional. Su irrenunciabilidad garantiza que los potenciales electores no dejen inactiva la facultad esencialmente activa de votar, refugiándose en el desinterés por la cosa pública y el bien común. Se afirma, dogmáticamente, que el deber de votar, en los términos del artículo 12 del Código Electoral Nacional produce efectos determinantes respecto a la vida pública participativa, cuantos más ciudadanos del cuerpo electoral formen parte y tomen parte en los procesos comiciales adoptando decisiones institucionales comunes, mayores posibilidades habrá de que su ejercicio continuado produzca el efecto educacional que tienen las votaciones en el desarrollo cultural de la ciudadanía de un pueblo, especialmente en los Estados donde todavía está ocurriendo la transición democrática. Apela a la conciencia del civismo, que se traduce siempre en el innegable deber cívico de los ciudadanos, como factor conversor del voto obligatorio en un elemento permanente impulsor que garantiza una base importante de concurrencia electoral y propensión a participar. Acaso metafóricamente, sostiene que este sentimiento de votar es un deber de conciencia ciudadana a que queda reducido el voto facultativo, está ampliamente reforzado cuando sin dejar de ser un sentimiento del deber cívico pasa a transformarse teniendo la potencia de una obligación jurídica. La doctrina especializada coincide con lo expuesto y las estadísticas de participación confirman el mayor nivel de concurrencia a los comicios con una escasa abstención electoral<sup>[56]</sup>.

Por su parte, la sentencia del alto tribunal provincial analiza la eventual incompatibilidad entre la libertad de conciencia y la obligatoriedad del voto, concluyendo que no existe contradicción entre derechos propiamente dichos, sino entre un derecho (libertad de conciencia y culto) y un deber (ejercicio del sufragio activo), haciendo

prevalecer este último.

En esta línea se expresa que el sufragio es, en rigor, una función pública no estatal y que su obligatoriedad estimula el hábito, convierte el acto, por difícil que sea, en tarea agradable, pues el hábito genera arregosto o gusto por el acto que se dirige a un fin[57]. Se subraya la nota de deber y de función antes que la de derecho[58]. Finalmente, luce una argumentación más sofisticada que nos acerca a la cuestión de la calidad epistémica del proceso electoral, en tanto se afirma que la falta de participación de los ciudadanos y su voluntaria exclusión consolidaría las posibles disfunciones y carencias de la vida democrática, dado que no otorga la oportunidad al debate libre de ideas que, aunque imperfecto, precede a cada elección y constituye el instrumento más idóneo de superación de aquéllas. La participación en la discusión de quiénes pueden estar afectados por la adopción de un principio u otro, sobre todo cuando tienen intereses opuestos, es la mejor garantía de que, si las reglas de la discusión fueron aceptadas, el consenso real obtenido se aproxima al consenso ideal[59].

Por último, con nueva conformación la Cámara Nacional Electoral, en autos "Vázquez, Juan Antonio s/Formulas peticiones" (2011)[60], se destaca el deber del elector de votar en toda elección nacional, enunciando el fundamento normativo constitucional en el artículo 37 y legal en los artículos 12, 125, 126 y 127 del Código Electoral Nacional[61].

En un primer orden de ideas, son razones preventivas de necesidad las que operan como fundamentación central para sostener la obligatoriedad del ejercicio del sufragio (activo), en clave consecuencialista, aludiéndose a razones coyunturales de apatía electoral, necesidad de elevar el número de sufragantes y/o asegurar un nivel mínimo de concurrencia ciudadana a los comicios, en orden de construir legitimidad política y evitar el debilitamiento del sistema democrático en su conjunto[62]. Pero lo cierto es que dichas aseveraciones se formulan con independencia de cualquier constatación estadística, pues se reconoce expresamente la imposibilidad de determinar qué incidencia ha tenido la obligatoriedad en la participación electoral[63].

Por ello, finalmente, la consecución de la calidad epistémica del proceso democrático termina convirtiéndose en una justificación dirimente en clave principista, en pos de asegurar que en aquél se tomen en cuenta o consideren, imparcial e igualitariamente, la totalidad de los intereses comprometidos, como presupuestos para maximizar el valor democrático de la decisión adoptada, aun a costa de un mínimo sacrificio en el ámbito de la autonomía individual[64].

Por último, se aborda la cuestión acerca de la superación del test de convencionalidad por parte de la obligatoriedad constitucional del sufragio, ubicando el tema dentro de los estándares en los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad y se dirija a cumplir una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional, esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa. En tal sentido, la regulación de la obligatoriedad del sufragio (activo) en la Constitución Nacional y en el Código Electoral Nacional, se ha juzgado orientada a finalidades legítimas del sistema democrático, respondiendo a una necesidad social o interés público imperativo, siendo proporcional -como medio idóneo menos restrictivo de los derechos políticos- y adecuado al logro de objetivos legítimos[65].

En última instancia y como decisión estratégica en la gestión de un modelo electoral que elimine o mitigue el ausentismo electoral y las prácticas clientelares de fomento al fraude y, al mismo tiempo, aliente la mayor participación democrática electoral, la consagración del sufragio obligatorio o facultativo es considerada una decisión política del Estado[66].

Desde alguna versión deliberativa de la democracia[67], según la cual el diálogo es el mecanismo mediante el cual los intereses y preferencias autointeresadas se convierten en imparciales[68], la obligatoriedad se vuelve en una amarga necesidad, acaso paternalista, que opera como cláusula de cierre para optimizar la calidad epistémica del proceso democrático[69].

Conforme se advierte, en este punto de encuentro de los momentos constituyente, legislativo, doctrinal y jurisprudencial, se ha dibujado una "curiosidad lógica deóntica" cuya fundamentación jurídica argumental ecléctica no está exenta de problemas[70]. En nuestro ordenamiento jurídico, ello ha sido construido resignadamente ante el temor al abstencionismo y, con una intención aspiracional y eminentemente simbólica[71], se ha consagrado primero legalmente en la denominada Ley Sáenz Peña (1912)[72] y luego constitucionalmente en el artículo 37 de la Constitución Nacional (reforma de 1994), enunciando la consecución de finalidades diversas, tales como: la necesidad de mantener el grado de representatividad del gobierno y del sistema político en su conjunto, fomentar la participación y formación política de la ciudadanía, reasegurar la genuina representación democrática y defender la república[73].

En esta línea, se ha concebido al sufragio (activo) como una función política de naturaleza electoral y de carácter individual, con las implicancias de considerarlo como una función de cada ciudadano con derecho electoral activo



que se ejerce a título personal, siendo una función pública no estatal, política y electoral, aparejando derechos y obligaciones. Esa postura rechaza, expresamente, entender al sufragio como una función estatal o del poder estatal o que corresponda al cuerpo electoral como órgano del Estado, ni así tampoco se lo vincula con el ejercicio del poder político, del gobierno, de la soberanía popular ni con la representación del pueblo.

Lo apuntado precedentemente no implica desconocer que el derecho fundamental al sufragio pueda concebirse en un sentido subjetivo y, al mismo instante, en un sentido objetivo. En su dimensión subjetiva, el sufragio luce como aquella facultad universal del ciudadano reconocido por el ordenamiento jurídico, mientras que, en su dimensión objetiva, aquel derecho fundamental se exhibe como un principio jurídico de la democracia de significación institucional.

Esa perspectiva teórica bifronte se desequilibra cuando se filtran justificaciones vinculadas a la operación ideológica del Estado-Nación y se echa mano de nociones tales como la del cuerpo electoral como órgano estatal, funcionalizando excesivamente el derecho fundamental de sufragio hasta retrovertir su sentido óntico y convertirlo en un deber jurídico, es decir, hasta tornar la facultad universal del ciudadano al servicio del fin consistente en evitar el abstencionismo y no como un fin en sí mismo[74].

No obstante, la nota de obligatoriedad del ejercicio del sufragio (activo), como característica circunstancial del voto[75], encuentra obstáculos para una adecuada fundamentación que se arraigue en razones materiales, más allá del argumento positivo de su consagración constitucional y legal[76].

Un primer círculo de problemas se advierte al pretenderse aplicar un régimen único a las dimensiones activa y pasiva del sufragio, dado que, si se ensaya su extensión automática a su faz negativa, resulta inadmisibles el empleo de la fuerza pública para obtener la efectiva comparecencia del elector al proceso electoral. Es que nadie puede ser compulsado a expresar su voluntad política, sin que se afecten severamente libertades fundamentales de índole corporal, de conciencia y de expresión[77].

También integra este primer ámbito de limitaciones, la inexigibilidad del sufragio en su dimensión pasiva, dado que, del mismo modo en que resulta inconveniente en un Estado Constitucional de Derecho obligar a asociarse a un partido político y, más aún, conminar a presentarse como candidato o integrar fórmulas para ser elegido, el constreñimiento a ejercer el derecho al sufragio activo colide con una determinada calibración de algunos principios jurídicos electorales, tales como "libertad política" y "pluralismo político"[78].

La obligatoriedad del ejercicio del sufragio (activo) exhibe su rasgo más coyuntural cuando se torna necesario explicar aquellas razones por las cuales su exigibilidad solamente alcanza a una determinada franja etaria, permitiéndose a quienes tienen determinada edad ejercitarlo voluntariamente[79].

El segundo círculo de inconvenientes se posa en el ámbito sociológico político de la efectividad, eficacia de cumplimiento y de sanción de la conminación general y abstracta de la infracción. Ocurre que la incidencia fáctica en la motivabilidad de los ciudadanos para participar activamente en los procesos electorales no ha sido demostrada empíricamente, circunstancia de hecho que pone en cuestión la habilidad de la norma constitucional y legal para alcanzar su objetivo, esto es, evitar o disminuir el abstencionismo electoral. No está claro que la eficacia del cumplimiento de la obligación impuesta responda a una amenaza de sanción, cuya efectiva imposición ha adolecido históricamente de una inaplicabilidad recurrente, lo cual la ha tornado en una conminación casi simbólica[80].

Uno de los problemas usuales y constantes de las justificaciones utilitaristas, preventivistas o consecuencialistas, en relación con el grado de eficacia de cumplimiento de una norma jurídica, radica en su imposibilidad estadística de demostración empírica, respecto a la consecución de sus objetivos. La instauración de la obligatoriedad constitucional del ejercicio del sufragio no cuenta con datos y experiencias disponibles que permitan constatar correlaciones concluyentes entre el voto obligatorio y la participación electoral[81]. Será el grado evolutivo de la cultura política, en un espacio y tiempo determinado, el factor que revele mayor capacidad explicativa en la gestión contra el abstencionismo electoral[82].

Las razones del abstencionismo son múltiples y complejas. Debe considerarse la existencia de factores estructurales, relativos a la composición del electorado, su nivel de educación, las características de su cultura política y su propia concepción del voto. También influyen los factores contingentes, como la imposibilidad o dificultad personal del/la elector/electora de asistir al lugar de votación, la clase de elección de la que se trate, y/o criterios de elección racional. Se verifican también factores relacionados con el Derecho electoral positivo vigente, en lo relativo al modo de registro de los electores y las características del sistema electoral. Por último, deben computarse los factores del sistema político, vinculados al tipo de competencia entre partidos políticos, grado de movilización del electorado, mayor o menor polarización, relación de fuerzas del binomio oficialismo/oposición y las expectativas generadas por los candidatos que se presentan[83].

Alternativamente, desde teorizaciones sobre la democracia participativa epistémica y probablemente alejado de

la imagen del voto obligatorio, se ha analizado la conducta de emitir el sufragio a los fines de comprender los factores que moldean las motivaciones del votante, con el objetivo de promover la participación y la conducta prosocial. En esa línea de análisis teórico, se ha concluido que los ciudadanos van a votar, en buena medida, motivados por la imagen pública positiva que tiene la participación electoral para los demás. Presuponiéndose entonces que esta "imagen pública" opera como una fuente importante de motivación para ejercer el derecho al voto, incluso para directamente fundar el sufragio en motivaciones protosociales, se ha propuesto reforzar los incentivos de dicha conducta prosocial mediante la creación de un registro público online de participación electoral, disponible para su consulta abierta por parte de cualquier ciudadano y la pronunciación pública de una promesa de responsabilidad social del votante, con el propósito de realzar la estima social que ostente el ejercicio del sufragio[84].

Quizás, a los fines de nuestra investigación y en el plano estructural, pueda resultar fructífero comparar la obligatoriedad constitucional del ejercicio del sufragio en el marco de los comicios (proceso electoral), con aquella otra obligación legal de atestiguar en causa judicial. Respecto a la conducta exigida a los ciudadanos propuestos para intervenir en calidad de testigos en los procesos judiciales, también se ha discutido su trascendencia deontológica.

Para un vasto sector doctrinal, existe sobre los testigos un auténtico deber de derecho público para con el Estado, como medio necesario para el ejercicio de su función jurisdiccional, de comparecer y rendir testimonio veraz sobre el conocimiento que se tenga de los hechos que interese a cualquier proceso, sin que haya razones valederas para limitarlo al penal. Ello se deduce de la existencia de la coercibilidad para el cumplimiento mediante sanciones, pudiéndose emplear la fuerza para obtener la efectiva comparecencia del testigo y su incumplimiento constituye un ilícito[85].

En ese sentido, se ha sostenido que comporta una carga pública de prestar colaboración al poder jurisdiccional, siendo un medio indispensable para la actuación de la jurisdicción[86], en la búsqueda o construcción de la verdad procesal[87], siendo ello un fin de interés público, diferenciándola de la mera carga procesal, como imperativo del propio interés, que gobierna la actividad de las partes en el proceso[88]. La inobservancia de dicho deber de derecho público puede aparejar su cumplimiento coactivo, mediante la conducción por la fuerza pública ob torto collo ("traído del cuello") a la presencia del tribunal, además de la imposición de sanciones de índole procesal (multas) y penal por la comisión del delito de desobediencia[89].

Las diferencias y similitudes entre ambas conminaciones están a la vista: por todas las razones antes aludidas no existe un deber de votar a favor del Estado, del pueblo o de la Nación y, por esa razón, el ciudadano no puede ser compelido por la fuerza pública el día del comicio a prestar efectivamente su sufragio (activo), mientras que sí es posible predicar la configuración de deber de atestiguar y su compulsión efectiva para asegurar dicha prestación. Pero la similitud que nos interesa subrayar, pues nos da una pista a los fines de poder fundamentar la obligatoriedad del sufragio a pesar de tratarse de un derecho fundamental, aparece cuando se destaca el aspecto procesal de los comicios, que al igual que un proceso judicial, requiere de prestaciones positivas de comparecencia por parte de los ciudadanos a los fines de alcanzar determinada calidad epistémica del proceso electoral, como proceso jurídico-político.

## **§ 6. La abstención en el ejercicio del derecho fundamental del sufragio (activo), como ilícito atípico expresamente regulado en la Constitución y en la ley, pág. 623**

Llegados hasta este punto de nuestro estudio, en el seno del "sistema jurídico electoral represivo" y bajo el paradigma del "Estado Constitucional de Derecho", sin apelaciones al "Estado-Nación", es necesario solventar los juicios de antijuridicidad y sancionabilidad de la infracción administrativa electoral de no emisión del voto, a los fines de explicar la obligatoriedad del ejercicio del sufragio (activo), sin renunciar a considerar -excluyentemente- que el sufragio (activo y pasivo) constituye un derecho fundamental del ciudadano.

Desde nuestra perspectiva, el derecho fundamental del sufragio (activo y pasivo) no constituye ni un deber, ni una función, ni una carga, ni cualquier otro sustituto funcional semejante a los ensayados por la doctrina y la jurisprudencia relevadas. Sin embargo, existe un margen plausible para sostener su obligatoriedad cuando el no ejercicio de ese poder normativo de votar conferido por la Constitución y la ley, pueda ser calificado como un abuso del derecho fundamental hacia el propio desarrollo del proceso electoral, más precisamente, afectando la noción de "mayoría" de los comicios.

Para fundamentar nuestra postura, es necesario volver a observar al concepto de "elección", entendido como aquel procedimiento de selección característico de la democracia que torna operativa a la voluntad de la mayoría.

Sus dos presupuestos lógicos son, por un lado, la titularidad del derecho fundamental a elegir y ser elegido libremente (sufragio) y, por el otro, la regularidad competencial y procedimental (vigencia) y la autenticidad (validez) del proceso denominado comicios, como marco o contexto necesario para el ejercicio de dicha libertad electoral. En el plano de la vigencia, la competencia fija "quién" decide (la mayoría) y el procedimiento "cómo" se decide (por mayoría).

El abstencionismo y su riesgo de sumación o imitación detenta el poder fáctico de relativizar, afectar o poner en cuestión, precisamente, la noción de "mayoría" a los fines de la competencia y el procedimiento electoral, es decir, ataca al aspecto más formal de los comicios y, de manera refleja, termina afectándolo sustancialmente en su autenticidad a los fines de legitimación política. Ocurre que el carácter mayoritario que pretenda asignarse a la coincidencia de los votos válidamente emitidos en los comicios, que ha padecido un grado significativamente riesgoso de abstención, termina por desdibujar la condición de mayoría y, finalmente, afecta la vigencia y validez de la norma central bifronte denominada "elección".

Aquí se halla un condicionamiento republicano que puede ser utilizado como fundamento sólido para sostener la legitimidad de un juicio de antijuridicidad de la norma primaria administrativa sancionatoria electoral que conmina, de modo general y en abstracto, la mera inactividad abusiva de emitir el sufragio. Adviértase que las razones de incriminación de la conducta de abstenerse de votar no se encuentran en el análisis deóntico unitario del concepto de sufragio (activo) en sí mismo analizado, sino en su relación con el aspecto formal procesal del concepto de comicios, en tanto proceso jurídico político.

La única posibilidad, no exenta totalmente de problemas u objeciones[90], de sostener la antijuridicidad de la conducta de abstención injustificada de ejercer el derecho al sufragio (activo), desde el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, discurre por la figura de la ilicitud atípica, desarrollada por la teoría de los enunciados jurídicos. Según dicha construcción teórica, la existencia de la categoría de los ilícitos atípicos en los ordenamientos jurídicos evolucionados obedece a una necesidad de coherencia (valorativa o justificativa) del sistema jurídico, pues de lo que se trata es de garantizar un ajuste o correspondencia entre la dimensión directiva y la justificativa de las normas. De esta manera, se evita el formalismo extremo en la aplicación del Derecho y se preserva la coherencia interna, material-valorativa (validez) de las decisiones jurídicas, mediante un proceso argumentativo que tiene carácter interpretativo-creador, respetuoso de la coherencia del ordenamiento jurídico[91].

Básicamente, en los ilícitos atípicos se restringe el alcance o ámbito de aplicación de una regla permisiva[92] o de habilitación, a pesar de que la conducta es prima facie subsumible en la misma, porque se constata que dicha aplicación carece de justificación subyacente, produciéndose así una modificación en el status deóntico y, de ese modo, se torna prohibida la conducta[93].

En el plano de la interpretación normativa, las figuras del "abuso del derecho", "fraude de ley" y "desviación de poder", conforman la categoría general de los "ilícitos atípicos" y presentan los siguientes elementos en común, a saber: a) la existencia, prima facie, de una acción conforme a (o permitida por) una regla; b) la producción de un daño o afectación como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño o afectación a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema, y d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos[94].

La única particularidad en el caso de considerar la abstención en el acto de votar como ilícito atípico, es que los momentos constituyente y legislativo, se anticipan y lo han tipificado y previsto expresamente al declarar al sufragio como obligatorio[95], con el propósito de incentivar -mediante la conminación- a la participación ciudadana. Se insiste: la única chance de que el ejercicio de un derecho fundamental se torne ilícito es mediante su abuso o ejercicio irregular[96], por ello la antijuridicidad de la conducta de abstenerse a emitir el voto resulta sustentable en la estructura del abuso del derecho fundamental del sufragio (activo), siendo algo más que una mera desobediencia cívica[97].

Para admitir el fundamento de la norma primaria que obliga a ejercitar regularmente el derecho fundamental del sufragio (activo) como poder normativo, debe admitirse la posibilidad deontológica del abuso de los derechos fundamentales en general[98].

Dicha cuestión ha sido vivamente debatida y resulta especialmente problemática desde la óptica iusgarantista, según la cual existiría una limitación estructural a los sistemas jurídicos, proveniente de la división de poderes y de la propia función jurisdiccional, que impide (o debiera de impedir) el funcionamiento del principio de interdicción del abuso del derecho, cuando el derecho del que se abusa es un derecho fundamental (vida o libertad). La objeción consiste en recordar que los derechos fundamentales son irrenunciables, inalienables, inembargables, imprescriptibles, en una palabra económica, inconmensurables y, precisamente por no

podérselos evaluar, medir o ponderar, es imposible abusar de ellos[99]. No obstante, cabe recordar que los derechos fundamentales, en tanto universales, consisten en derechos basados en justificaciones últimas, en el sentido de que obedecen a principios jurídicos, en sentido estricto. Por ello, es perfectamente posible constatar una situación en donde el ejercicio de un derecho fundamental (por ejemplo: no votar) -prima facie- sea calificada como una conducta lícita, pero, considerando todos los factores (riesgo del abstencionismo, necesidad de preservación de la noción de mayoría en los comicios a los fines de asegurar la calidad epistémica del proceso democrático), modifique su status deóntico y pueda estar prohibida.

Es posible pensar en varios supuestos en los cuales, el ejercicio de derechos fundamentales puede tornarse abusivo o fraudulento, en el sentido de constituir ilicitudes típicas, si se consideran todos los factores del caso. Por ejemplo: la libertad de expresión no comprende el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo y, en tal sentido, el alcance regular del derecho de manifestar libremente opiniones reconoce ese límite[100]. Otra variante la constituye el derecho a huelga, que también puede ser excesivo si es llevado a cabo por un pequeño grupo de trabajadores que por su posición estratégica tiene la capacidad de bloquear la producción de sectores económicos enteros y utilizan la huelga para reivindicar salarios que multiplican significativamente al promedio general que reciben los trabajadores de similar cualificación[101]. Un ejemplo más sería el ejercicio irregular de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y el ejercicio de la defensa en juicio[102]. Por último, también la libertad fundamental de asociarse puede ejercerse de manera abusiva, aspecto que integra la delicada cuestión del control ideológico de los partidos políticos en el Estado Constitucional de Derecho[103].

En todos esos casos una conducta permitida de acuerdo a una regla, que al mismo tiempo constituye una manifestación de un derecho universal, perfora el ámbito de lo habilitado o va más allá de lo tolerado, aun sin lesionar algún otro derecho establecido en reglas.

El derecho al sufragio (activo), en lo relativo a su ejercicio, es decir, a su capacidad de obrar, incluso como manifestación central del derecho de autonomía individual, puede retrovertir su sentido deóntico, si no se lo ejerce en el marco de comicios auténticos e íntegros, pues no desarrollar ese poder normativo de máxima importancia para el sistema representativo, erosiona la calidad epistémica del proceso electoral y priva de legitimidad jurídico-política a su producto, es decir, a los candidatos elegidos.

De este modo, puede integrarse la obligatoriedad del ejercicio del derecho fundamental del sufragio al primer nivel de la norma flanqueante de aseguramiento y ampliación de la participación del electorado, en custodia de la noción de "mayoría", como insumo indispensable para la competencia y el procedimiento de los comicios. Por lo demás, la dimensión social de los derechos fundamentales del ciudadano nos recuerda que la república también establece aspectos sobre los que no se puede dejar de decidir, en pos de asegurar, en última instancia, la igualdad (política) en la exposición de los intereses comprometidos y, con ello, la maximización del valor democrático de la decisión.

A nivel del juicio de sancionabilidad, se debe dar cuenta de la clase de consecuencia jurídica con la cual se debe conminar, en particular y concreto, la incriminación de la conducta omisiva de no votar, una vez consumada la misma. La precisión resulta necesaria y conducente, en virtud de que determinadas abstenciones procesales son consideradas como violación de deberes procesales o desobediencias a citación judicial y se las reprime con pena[104].

Desde la perspectiva de la norma secundaria o de sanción, nuestra tesis explica fluidamente varios aspectos particulares de la obligatoriedad constitucional del sufragio.

En primera instancia, ahora se entiende que la previsión constitucional del artículo 37 de la Constitución Nacional tenga por objetivo primordial estimular la participación mediante la conminación general y abstracta, para exorcizar el temor al abstencionismo, antes que diseñar una estrategia represiva sancionatoria que aplique, eficazmente y efectivamente, multas e inhabilitaciones. Ello da cuenta de los bajos niveles de eficacia de sanción de la norma históricamente registrados.

Así también, no incrimina el abstencionismo, cuando dicho comportamiento masivo del electorado se debe a la proscripción ilegítima de determinadas expresiones u ofertas electorales que afectan el sistema de partidos políticos, dado que en aquel supuesto ya no existe calidad epistémica del proceso electoral democrático susceptible de protección y por esa razón el carácter ilícito de la abstención se disuelve y desaparece, tornándose ilegítima la aplicación de cualquier consecuencia jurídica sancionatoria.

Por último, ya pueden deducirse las razones por las cuales la incriminación solamente debe ser sancionada como infracción administrativa electoral, pues al afectar al insumo de la "mayoría", el peligro abstracto generado por la mera inactividad[105] se despliega sobre la "participación" como norma de flanqueo que protege la norma central bifronte "sufragio/comicios", sintéticamente denominada "elección". En razón de que su cuestionamiento

es hipotético y reflejo, la conminación mediante sanción penal sería desproporcionada.

Por lo demás, la previsión de las sanciones administrativas de aplicación de multa, la inclusión en el Registro de infractores al deber de votar y la inhabilitación para desempeñar funciones o empleos públicos por determinado tiempo, como así también la sanción eventual ante el no pago de la multa en tiempo hábil, consistente en la imposibilidad de realizar gestiones o trámites por un determinado lapso temporal ante organismos estatales de los distintos niveles de gobierno, persigue desvalorar la apatía electoral y constreñir a la participación del elector, como modo de gestionar el temor al abstencionismo.

La idoneidad de la amenaza de sanción para la consecución del efectivo ejercicio del derecho al sufragio, es presumida por la función constituyente y legislativa del ordenamiento jurídico argentino y carece de razones empíricas demostrables.

Sintéticamente, nuestra tesis sostiene que:

- El derecho del sufragio (en cualquiera de sus dimensiones, sean activa o pasiva) es un derecho fundamental del cual es titular todo ciudadano, con independencia de las condiciones y circunstancias que les son exigibles para su ejercicio.
- El concepto de Estado-Nación resulta disruptivo en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho y ha sido utilizado, expresa o tácitamente, para fundamentar la obligatoriedad del ejercicio del sufragio, como deber, función o carga o la combinación ecléctica o, peor aún, yuxtapuestas, de dichas condiciones con la de derecho.
- Sin embargo, aun en clave individualista contractualista y desde el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, es posible sostener la obligatoriedad expresamente prevista en la Constitución y en el Código Nacional Electoral, en cuanto al ejercicio del derecho fundamental del sufragio (activo), si se lo considera como un supuesto de ilicitud atípica (abuso/fraude de ley de derechos fundamentales), en los términos y con los alcances desarrollados por la teoría de los enunciados jurídicos.

La consecuencia jurídica de su infracción solamente puede consistir en sanciones de índole administrativa electoral (no penal), atento a que el contenido de antijuridicidad de la conducta omisiva presenta las características estructurales de la ilicitud atípica.

## § 7. Bibliografía, pág. 633

- AA. VV. (1995), *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, La Ley, Buenos Aires, vol. V.
- AMAYA, J. A. (2016), *Los derechos políticos*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- ANTORAZ, S. (2011), *Abuso procesal y principio de moralidad. Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normativa*, en PEYRANO, J. W. (dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (coords.), *Principios procesales*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. II, ps. 17 a 63.
- ARAGÓN, M. (2007), *Derecho de sufragio: principio y función*, en NOHLEN, D.; ZOVATTO, D.; OROZCO, J. y THOMPSON, J. (eds.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, 2ª ed., FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, México, ps. 162 a 177.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2000), *Ilícitos atípicos*, 1ª ed., Trotta, Madrid.
- BADENI, G. (2004 [a]), *Tratado de Derecho Constitucional*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- BALESTRO FAURE, M. (2011), *El principio que prohíbe el abuso de los derechos procesales*, en PEYRANO, Jorge W. (dir.); BARBERIO, Sergio y GARCÍA SOLÁ, Marcela (coords.), *Principios procesales*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. I, ps. 801 a 881.
- BEITZ, C. R. (2012), *La idea de los derechos humanos*, 1ª ed., trad. de H. O. Seleme y C. A. Fatauros, Marcial Pons, Buenos Aires.
- BERMÚDEZ, H. R. (2000), *El voto obligatorio*, en EKMEKDJIAN, M. Á. y FERREYRA, R. G. (eds.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, ps. 57 a 91.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1993), *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. El derecho constitucional del poder, nueva edición ampliada y actualizada*, Ediar, Buenos Aires, vol. II.
- (1995 [a]), *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, vol. VI.

- COLOMBO, C. J. y KIPER, C. M. (2006), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, vol. IV.
- DALLA VIA, A. R. (2004), *Manual de Derecho Constitucional*, 1ª ed., LexisNexis, Buenos Aires.
- (2013 [b]), *Instituciones de Derecho Político y Constitucional. Derecho Político y Electoral*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, vol. II.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1970), *Teoría general de la prueba judicial*, 1ª ed., Zavalía, Buenos Aires, vol. I.
- FAYT, C. S. (1988), *Derecho Político*, 7ª ed. inalterada, Depalma, Buenos Aires, vol. II.
- (2008), *Sufragio, representación y telepolítica*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ, M. y THOMPSON, J. (2007), *El voto obligatorio*, en NOHLEN, D.; ZOVATTO, D.; OROZCO, J. y THOMPSON, J. (eds.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, 2ª ed., FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Helderberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, México, ps. 253 a 265.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992), *Abuso del derecho*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, L. (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (2007), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 5ª ed., Trotta, Madrid.
- FRAGA, A. G. (2007), comentario a los artículos 426/437, en HIGHTON, E. I. y AREÁN, B. A. (eds.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, vol. 8, ps. 173 a 239.
- GARCÍA ROCA, J. y DALLA VIA, A. R. (2013), *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- GELLI, M. Á. (2008 [a]), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, vol. I.
- GONÇALVEZ FIGUEIREDO, H. R. (2013), *Manual de Derecho Electoral. Principios y reglas. Teoría y práctica del régimen electoral y de los partidos políticos*, 1ª ed., Di Lalla, Buenos Aires.
- (2017), *Manual de Derecho Electoral. Principios y reglas. Teoría y práctica del régimen electoral y de los partidos políticos*, 2ª ed., Di Lalla, Buenos Aires.
- GOZAÍNI, O. A. (2002), *Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, vol. II.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1994), comentario al artículo 1071, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAVALLE COBO, J. E.; SMITH, J. C.; CÁRDENAS, E. J.; BELLUSCIO, A. C. y ZANNONI, E. A. (eds.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 1ª ed. y 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, vol. 5, ps. 52 a 71.
- LINARES, S. (2017), *Democracia participativa epistémica*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- LINARES QUINTANA, S. V. (1976), *Derecho Constitucional e instituciones políticas. Teoría empírica de las instituciones políticas*, 3ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires vol. II.
- (1988), *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 1ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, vol. 8.
- LORENZETTI, R. L. (2014), comentario al artículo 10, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 56 a 65.
- MAENZA, C. (2019), comentario al artículo 36, en GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (eds.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 1ª ed., Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, vol. I, ps. 1057 a 1069.
- MAURINO, A. L. (2001), *Abuso del derecho en el proceso*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- MORELLO, A. M.; SOSA, G. L. y BERIZONCE, R. O. (1993), *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, 2ª ed. reelab. y ampl., Platense-AbeledoPerrot, La Plata-Buenos Aires, vols. V-B.
- MOSSET ITURRASPE, J. (2005), comentario al artículo 1071, en BUERES, A. J. y HIGHTON, E. I. (eds.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, vol. 3A, ps. 117 a 129.
- MYERS GALLARDO, A. y CAVALCANTI, B. (2014), *El voto obligatorio y la participación electoral en México y Brasil*, en Justicia y Sufragio (12), ps. 62 a 69.
- NINO, C. S. (2003), *La constitución de la democracia deliberativa*, 1ª reimp., trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona.
- (2013), *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar igualdad y defender libertades*, 1ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires.

- (2014), *Derecho, moral y política*, 2ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- NOHLEN, D. (2004), *La participación electoral como objeto de estudio*, en TUESTA SOLDEVILLA, F. y REYNA IZAGUIRRE, C. (eds.), *Elecciones* (3), ps. 137 a 157.
- PEDICONE DE VALLS, M. G. (2001), *Derecho Electoral*, 1ª ed., La Rocca, Buenos Aires.
- QUIROGA LAVIÉ, H. (2013), *La obligatoriedad del voto preserva el sistema representativo*, en SAGÜÉS, N. P. y SAGÜÉS, M. S. (eds.), *Summa constitucional. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, vol. II, ps. 1667 a 1674.
- QUIROGA LAVIÉ, H.; BENEDETTI, M. Á. y CENICACELAYA, M. (2009), *Derecho Constitucional argentino*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, vol. I.
- ROVIRA VIÑAS, A. (1983), *El abuso de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Edicions 62, Barcelona.
- SAGÜÉS, N. P. (2001), *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, vol. 1.
- SERRANO, J. L. (2006), *La clasificación de los derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales* (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional, STC 160/1987) (U. d. Navarra, ed.), en *Persona y Derecho*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos (54), ps. 275 a 304.
- SOTO FLORES, A. G. (2013), *El voto obligatorio con sanción: una alternativa para lograr la democracia en México*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México-UNAM*, 63 (260), ps. 493 a 512.
- ZIULU, A. G. (1997), *Derecho Constitucional. Principios y derechos constitucionales*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, vol. I.

## [1]

Entendemos por "sistema jurídico electoral" al conjunto unificado, limitado y complejo de normas electorales (principios y reglas, leyes y sentencias, acordadas y decretos), instituciones, prácticas operativas, ideologías jurídicas, estructuras y funciones que interactúan entre sí y que, al hacerlo, se diferencian de un "entorno" (política, moral, economía, etc.), con el que también se comunican y condicionan, a través de la regulación (programación) de determinadas relaciones sociales. Su codificación opera con la diferencia "lícito/ilícito", mientras que el "sistema político" -por ser eminentemente fáctico- lo hace bajo el binomio "poder/no poder" o "gobierno/oposición". La puja inestable de estas dos codificaciones, según observemos el mundo desde el "sistema jurídico", o bien lo hagamos desde el "sistema político", será un dato constitutivo (no accidental) del fenómeno electoral. Analíticamente, en el plano teórico, es posible diferenciar las actividades jurídicas-políticas "ordinarias o habituales" de las "extraordinarias o eleccionarias", es decir, las conductas vinculadas a la existencia y funcionamiento de los "partidos políticos" insertos en un "sistema de partidos políticos", de aquellas actividades electorales propiamente dichas, dirigidas de modo directo a la obtención de resultados positivos que habiliten el acceso de sus autoridades y candidatos a candidaturas y a los cargos partidarios o públicos, aunque en la práctica dichas dimensiones se entrecruzan desdiferenciándose. Se admite en la doctrina, que la actividad electoral no se restringe únicamente a los períodos de las campañas políticas, sino que exceden dichas temporadas y se fusionan con el quehacer diario de las formaciones político partidarias, siempre con el objetivo incesante de mantener, ampliar y fortalecer su electorado como, así también, formar y capacitar a sus dirigentes. Consecuentemente, "sistema jurídico electoral represivo" es aquel "sistema jurídico electoral" regulador de las conductas -sea cual fuere su autor- conminadas en abstracto mediante la aplicación en concreto de consecuencias jurídicas aflictivas (pena o sanción).

## [2]

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), art. 1º: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho". También, el artículo 16 de la Constitución Nacional.

## [3]

Ferrajoli, 2001, ps. 45/46. El par "persona/ciudadano" que utiliza el citado autor, coincide estructuralmente con el sentido que le asignamos a nuestro binomio "ciudadanía/nacionalidad". Ocurre que la universalización del

término "ciudadanía" ostenta un tenor más jurídico-político, mientras que el término "persona" no logra desembarazarse de su cariz metafísico.

[4]

Beitz, 2012, ps. 135/150. Desde su particular "concepción práctica de derechos humanos", la cual persigue reconstruir la idea de los derechos fundamentales (Human Rights, en su terminología) tal como se encuentra implícita en la práctica discursiva internacional, concibe un modelo de dos niveles -estatal o primario e internacional o secundario- con el objetivo de describir, en términos generales, los roles que los derechos fundamentales o humanos desempeñan en el discurso normativo público de la política global. En lo que nos interesa a los efectos de nuestro estudio, el modelo de Beitz consta de tres elementos, a saber: en primer lugar, considera que el objetivo de los derechos fundamentales es proteger ciertos intereses individuales especialmente importantes en contra de amenazas que de modo predecible son engendradas por la existencia de los Estados; en segundo lugar, el convencimiento que los principales destinatarios de las exigencias contenidas en los derechos fundamentales son los Estados y, en tercer lugar, la aspiración que ante el fracaso de los Estados en la satisfacción de las exigencias contenidas en los derechos fundamentales individuales, la comunidad internacional actúe, procurando su protección, a modo de garantía de esas responsabilidades estatales de primer orden.

[5]

Fioravanti, 2007, p. 41. Los derechos fundamentales, en tanto libertades individuales, sobre-reconocidos por el Estado, pero no creados: no se puede crear aquello que ya existe.

[6]

Fioravanti, 2007, ps. 39/40. En la fórmula liberal-individualista la presunción de libertad encuentra solemne codificación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), art. 5º: "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena". También, el artículo 19 de la Constitución Nacional. Ello equivale a decir que sólo la máxima fuente del Derecho, la ley, con sus clásicos caracteres de generalidad y abstracción, expresión de la voluntad general, puede prohibir e impedir, obligar y ordenar, en una palabra, limitar los derechos y libertades de los ciudadanos.

[7]

Fioravanti (2007, ps. 55/95) indaga acerca de las culturas y doctrinas de las libertades que se manifiestan en las dos grandes revoluciones de finales del setecientos, la francesa (1789) y la norteamericana (1776).

[8]

En esta línea de argumentación se llega muy cerca de la mistificación hipostática que pasó a la tradición historicista y organicista alemana, ya bien alejada de la republicana francesa y que se inventó el concepto de Volkgeist (el espíritu del pueblo). Bajo aquel entendimiento, la fuente del Derecho no es la ley (como sistematización de la voluntad de los nacidos libres e iguales) sino, antes bien, la costumbre ancestral donde vive ese espíritu del pueblo, sin forma alguna que lo constriña o limite. La Nación (vida) no tanto representa, sino que directamente encarna en sí misma el espíritu del pueblo, lo cual, como es obvio, implica o supone que el pueblo es una entidad que tiene un alma, un espíritu: la Nación es el pueblo hecho persona. El Estado (forma) sólo resulta aceptable cuando no destruya la vida.

[9]

Una investigación específica deberá profundizar las razones por las cuales dicho "escándalo" ha permanecido y permanece oculto, frente a la aparente superación de las formas estatales sexista, racista o confesionales. Los costes de la eliminación del Estado-Nación, que por cierto la globalización económica no elimina, sino que simplemente modifica y amplía, han sido hasta ahora insostenibles para lo que es el núcleo duro del sistema político moderno: el mercado-capital.



**[10]**

Dalla Via (2013 [b], ps. 273/278) advierte la progresiva superación de la identidad entre los conceptos de "ciudadanía" y "nacionalidad" en Europa, a través de fenómenos consolidados y consigna que en América Latina, la disociación de ambos términos todavía opera considerando a la "ciudadanía" como sinónimo de titularidad (sólo) de derechos políticos, mientras que la "nacionalidad" es considerada un atributo de la personalidad referido al vínculo espiritual e indisoluble de una persona con su Estado de origen (sea por el principio de *ius soli* o el de *ius sanguinis*). Para nosotros, la "ciudadanía", como el derecho a tener derecho, es la titularidad predicada universalmente de todos los derechos fundamentales, no sólo los políticos y, en cuanto a la "nacionalidad", afirmaremos que ese "vínculo personal" será un viejo invernadero de pasiones, al decir de Juan Bonilla, será el altar de los vicios privados como terreno simbólico exente del poder estatal, pero jamás se debe integrarlo con el concepto de Estado (y menos con el de Estado-Nación). De otro modo: la patria o la Nación, es un Estado: pero de ánimo y el Estado es la Constitución sin patria.

**[11]**

Por cierto, aquello que se denomina "derecho de autodeterminación" sólo es admisible desde un enfoque republicano a condición de que lo despojemos de una supuesta naturaleza de "derecho fundamental" y de "derecho colectivo". La autodeterminación colectiva es sólo un procedimiento de realización de las autonomías y las autodeterminaciones individuales.

**[12]**

Un primer círculo bibliográfico: Linares Quintana, 1976 y 1988; Fayt, 1988 y 2008; Sagüés, 2001; Bidart Campos, 1993 y 1995 (a); Ziulu, 1997; Bermúdez, 2000; Nino, 2003, 2013 y 2014; Badeni, 2004 (a); Fernández y Thompson, 2007; Aragón, 2007; Gelli, 2008 (a); Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2009; Quiroga Lavié, 2013; Dalla Via, 2004 y 2013 (b); García Roca y Dalla Via, 2013; Soto Flores, 2013, y Maenza, 2019.

**[13]**

CSJN, "Esquivel, Héctor", Fallos: 183:175 (1933); CNE fallo 973/91, "Martín, Patricia s/Queja en autos: «Pieroni, Amadeo R. y otros»" (1991) y fallo 4727/11, "Vázquez, Juan Antonio s/Formulas peticiones" (2011); CSJ de Santa Fe, "Holder, Joel Archie y otros. LE N° 5.964.197. Darragueira 2421. Rosario. Justificación por no haber emitido el voto en las elecciones del 26-11-91 (expte. N° 2047-N-1989) s/Recurso de inconstitucionalidad (concedido por el Tribunal Electoral) (expte. CSJ N° 654, año 1991)", sent. del 29-11-94.

**[14]**

Esta utilización conceptual que consideramos incorrecta a la luz del paradigma del "Estado Constitucional de Derecho", luce patente en aquellas concepciones que absolutizan la obligatoriedad del voto, considerando al sufragio (activo) como un deber o función.

**[15]**

Se distingue el derecho de sufragio "activo" cuyo ejercicio se les reconoce a los ciudadanos electores incluidos debidamente en el padrón electoral, del derecho de sufragio "pasivo" -elegibilidad- cuyo ejercicio se les reconoce a los ciudadanos electores que satisfacen los recaudos constitucionales y legales para ocupar el cargo para el cual se candidatean. Las reglamentaciones de ambas modalidades de ejercicio del sufragio deben observar los principios jurídicos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Las restricciones reglamentarias del derecho de sufragio "activo" son menores en comparación con las del derecho de sufragio "pasivo". Ninguna de las modalidades de ejercicio indicadas pueden ser restringidas de manera general, automática e indiscriminada a los ciudadanos detenidos penalmente.

**[16]**

Fayt (1988, ps. 174/179 y 2008, ps. 18/23), teoriza sobre los requisitos e incapacidades del sufragio y analizando la legislación vigente en Argentina, replica los tres requisitos legales para el ejercicio del sufragio: nacionalidad, edad e inscripción en el padrón electoral. Badeni (2004 [a], ps. 726/730), refiriéndose al voto despliega un tratamiento avalorado e intercalado de las limitaciones relativas a la edad, sexo, analfabetismo, nacionalidad, residencia, ejercicio de ciertas funciones públicas, condiciones económicas, raza y religión, agrupándolas en los tres factores de inmadurez, indignidad e incapacidad política que, a su juicio, pueden generar impedimentos en el ejercicio del voto y su mayor o menor intensidad permitirá conocer el grado de universalidad del sistema electoral. A todo evento, cabe recordar que el artículo 23.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos políticos sólo podrán ser reglamentados en función de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal (Maenza, 2019, ps. 1058/1060).

#### [17]

Badeni, 2004 (a), p. 726, destaca que el voto como acto político individual, presenta dos características esenciales -universalidad e igualdad- y dos características circunstanciales -secreto y obligatoriedad- que no hacen a su esencia democrática.

#### [18]

Fayt, 1988, ps. 156/157 y 2008, p. 5; Badeni, 2004 (a), ps. 724/725; Aragón, 2007, ps. 162/163, y Dalla Via, 2003, p. 13; 2004, p. 335 y 2013 (b), 229, relevan la distinción entre sufragio y voto, la cual se condice con la distinción norma/hecho.

#### [19]

En Argentina, en lo referido a su ejercicio, como derecho público subjetivo de naturaleza política, puede advertirse una progresiva ampliación de la participación electoral en la legislación desde la universalidad proclamada por la Ley Sáenz Peña (1912), seguido por la incorporación del voto femenino (1947), del voto de los nacionales residentes en el exterior (1991), del voto de los detenidos sin condena (2004), del voto de los menores a partir de los 16 años (2012) y del voto de los condenados (2016).

#### [20]

Denominamos "modelo individualista (contractualista)" a aquella forma de fundamentar los derechos fundamentales en el plano teórico doctrinal y en la historia de las constituciones occidentales, que tiende a combinarse con otra aproximación para excluir un tercer modelo que tiende a verificarse de manera más pura. El modelo individualista (contractualista) se basa en el axioma de la preexistencia de la sociedad civil de los individuos respecto del Estado y en la dualidad necesaria, constitutiva no accidental, entre derechos fundamentales y poder. Así los derechos fundamentales son reconocidos (no creados) por el Estado. El poder constituyente es absoluto, fundamental y originario de los individuos para decidir un determinado orden político del Estado. El contrato social es rescindible, bilateral, celebrados entre individuos libres e iguales. El único límite a los derechos fundamentales del individuo lo constituyen aquellos otros derechos fundamentales de los otros miembros de la sociedad. Los individuos confían en la protección de sus derechos fundamentales preestatales a la Constitución, en virtud del poder constituyente que precede a los poderes constituidos. Bajo este modelo la desconfianza se dirige a la función judicial, reposando la confianza en las funciones ejecutivas y legislativas. El riesgo de este modelo es el propietismo (capitalismo salvaje o privatismo económico), mientras que la oportunidad es la libertad (individual).

#### [21]

Por su parte, llamaremos "modelo estatalista" a la forma de fundamentar los derechos fundamentales en el plano teórico doctrinal y en la historia de las constituciones occidentales, que tiende a combinarse con otra aproximación para excluir un tercer modelo que tiende a verificarse de manera más pura. Para el modelo estatalista, la autoridad y existencia del Estado es algo más que un mero instrumento de tutela: Por el contrario,

bajo esta concepción el Estado es la condición necesaria para el surgimiento de los derechos fundamentales, en la inteligencia de que jamás existieron derechos fundamentales sin un Estado que los garantice y preexista. Así, sociedad y Estado son sinónimos, dado que no existe aquella con anterioridad del único y decisivo sometimiento de todos los individuos a la fuerza imperativa y autoritativa del Estado. En este sentido, se desconoce la dualidad entre derechos fundamentales y poder, dado que se generan juntos en la reconstrucción estatalista. El contrato social no es rescindible, es unilateral, celebrado entre sujetos diferentes, el Estado y los individuos. Bajo este modelo la desconfianza se dirige a la función constituyente, en cuanto contrato de garantía, pues en ella advierte un grave peligro para la unidad político estatal. El riesgo de este modelo es el absolutismo o depotismo, mientras que la oportunidad es la estabilidad.

**[22]**

Entendemos al abstencionismo como la renuncia voluntaria a ejercer el derecho fundamental de sufragio (activo) u omisión de participación electoral, sin que ello implique necesariamente abandonar las restantes dimensiones posibles de la participación política mediante otras acciones ciudadanas convencionales o no convencionales, según se las ejercite dentro o fuera de las instituciones políticas establecidas. Como fenómeno político y social, se constituye en objeto de estudio, análisis y evaluación, de la ciencia política y su medición se realiza a través de la estadística electoral. Es difícil determinar e interpretar los factores que lo motivan o explican, dado su multiplicidad y complejidad, pudiéndoselos agrupar en estructurales, contingentes, intrínsecos al derecho electoral y relativos al sistema político. Por lo demás, los distintos tipos de abstencionismo son: técnico, coyuntural y fundamentalista.

**[23]**

En nuestra concepción, el término comicios refiere al marco o contexto, presupuesto y necesario, de regularidad competencial y procedimental (vigencia) y autenticidad o genuinidad (validez) para el ejercicio del sufragio. En una primera acepción y antiguamente, el comitium era el lugar de reunión del pueblo o de las asambleas del pueblo romano, en número de tres: los comicios, centuriados y tributos. En una segunda acepción, ya en el siglo XIX, se refiere a las reuniones de electores para el nombramiento de los miembros de asambleas deliberantes. Finalmente, el uso más extendido es como sinónimo de elecciones, como proceso electoral, es decir, como aquel conjunto de acciones, operativas, logísticas, administrativas y jurisdiccionales previas, concomitantes y posteriores al acto comicial, que se efectúan en el período de tiempo que transcurre desde la convocatoria de las elecciones hasta la proclamación de candidatos y la publicación de los resultados definitivos.

**[24]**

Bermúdez (2000, p. 87), apunta que carece de sentido considerar derecho renunciabile o irrenunciabile al sufragio, pues no se renuncia cuando no se concurre a votar, sólo se resuelve ejercerlo o no ejercerlo en cada oportunidad. El ejercicio o su abstención constituyen la faz positiva y la faz negativa del derecho al sufragio.

**[25]**

Linares Quintana, 1976, p. 149 y 1988, p. 71, con cita de Condorcet y Rousseau. Soto Flores, 2013, p. 497.

**[26]**

Linares Quintana, 1976, p. 150 y 1988, p. 72 y Fayt, 1988, p. 158 y 2008, p. 6. En las doctrinas de la soberanía nacional, del positivismo jurídico o de la contraprestación, se advierte la preeminencia del Estado sobre el ciudadano, en tanto el derecho al sufragio se reconoce como gracia o débito de éste a aquél.

**[27]**

Linares Quintana, 1976, p. 150 y 1988, p. 72; Bermúdez, 2000, ps. 63/64, con cita de Toulemon y Aberg Cobo; Fernández y Thompson, 2007, p. 254, con cita de Radbruch, y Dalla Via, 2004, p. 335 y 2013 (b), p. 229.

**[28]**

Fayt, 1988, ps. 166/167 y 2008, ps. 15/16.

**[29]**

Ziulu (1997, p. 195) caracteriza a los derechos políticos como aquellos que vinculan especialmente al ciudadano con el Estado.

**[30]**

Bidart Campos (1995 [a], p. 271) y Bermúdez (2000, ps. 85/91) critican la obligatoriedad de voto y su consagración constitucional en Argentina, basado en lo que entiendo como filosofía libertaria de nuestra Constitución Nacional y en la comparación con la faz negativa del sufragio como derecho público subjetivo. Por otra parte, Aragón (2007, p. 163) destaca que el derecho de sufragio ha de estar acompañado de otras libertades, sin las cuales no puede hablarse con propiedad de sufragio libre. Así, señala a las libertades de expresión, asociación, reunión y manifestación, junto a la libertad de presentación de candidaturas, acompañada de los principios de libre concurrencia entre ellas y de libre desarrollo de la campaña electoral. Maenza (2019, p. 1062) consigna que el principal argumento en contra de la obligatoriedad deviene del principio liberal de la libertad individual y desde ese punto de vista, el voto obligatorio se describe como paternalista o perfeccionista por imposición de un ideal de virtud cívica.

**[31]**

Fernández y Thompson (2007, ps. 255 y 259) matizan el uso equivalente entre los términos de "deber" y "obligación", dado que entre esas situaciones jurídicas pasivas distinguen entre el deber (público) impuesto en interés general o de la colectividad y la obligación (privada) y carga (pública) que tiende a servir al interés de un sujeto concreto y se establece a favor de un tercero que ostenta el poder de exigirla.

**[32]**

Nino (2013, ps. 195/198) acerca de la teoría del beneficiario o los derechos como reflejo de las obligaciones, en la concepción de Joseph Raz, al sostenerse que la razón para imponer una obligación es la existencia de un derecho.

**[33]**

Fernández y Thompson, 2007, p. 259.

**[34]**

Constituye una curiosidad la excepción contemplada expresamente en el inciso b, artículo 12 del Código Electoral Nacional, dado que considera exento del deber de votar a los electores que el día de la elección se encuentren a más de quinientos (500) kilómetros del lugar donde deban votar y justifiquen que el alejamiento obedece a motivos razonables. La característica y la amplitud de la excepción contemplada legalmente, desmerece la condición de deber relativa a la obligatoriedad de emitir el voto, pues resulta extraño o llamativo que el ciudadano pueda eximirse del cumplimiento de un deber jurídico con la sencilla traslación espacial de su persona y la mera enunciación de motivos que sean considerados admisibles bajo el criterio de razonabilidad.

**[35]**

Fioravanti (2007, ps. 118/119) agrega que se intuye así, entre otras cosas, cómo tal concepción estatalista del derecho al voto facilitó la permanencia, a lo largo del siglo XIX, de sistemas electorales de tipo censitario. A su juicio, en el fondo permanece el trauma revolucionario y jacobino de la democracia directa y del sufragio universal, que se asocia a la responsabilidad de haber destruido toda forma mínima de unidad y estabilidad

política.

**[36]**

Fioravanti (2007, ps. 50/51), al ubicar el Estado-Nación por sobre los derechos fundamentales, el modelo estatalista despliega su argumento más efectista, que reza: "jamás existieron libertades y democracia, sin Estado. Los individuos que deciden someterse a la autoridad del Estado dejan de ser, precisamente por esa decisión y sólo a partir de ese momento, descompuesta en multitud y se convierten en pueblo o nación. En la lógica estatalista, semejante entidad colectiva, no es pensable antes o fuera del Estado".

**[37]**

Pedicone de Valls (2001, ps. 101/103) sostiene que la significación técnico-jurídica de la obligatoriedad reside en la tesis que equipara como sinónimo al ejercicio del derecho político de votar con el deber cívico de hacerlo.

**[38]**

Linares Quintana, 1976, p. 151 y 1988, p. 73; Sagüés, 2001, ps. 414/415, y Badeni, 2004 (a), ps. 731/732. Por su parte Bermúdez (2000, ps. 73/78) releva la discusión, en relación del sufragio obligatorio, en las Cámaras de Diputados y de Senadores del Proyecto de Sáenz Peña a principios del siglo XX.

**[39]**

Quiroga Lavié, 2013, p. 1667.

**[40]**

Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2009, ps. 249/250.

**[41]**

Nohlen (2004, p. 142) en ocasión de estudiar las distinciones dicotómicas extrínsecas sobre la participación electoral, se refiere a los diversos entendimientos de la participación como derecho y como función. Así señala que, la participación como derecho se abre como posibilidad ante los ciudadanos y esa libertad de ejercicio inherente a todo derecho incluye, automáticamente, la posibilidad de su no ejercicio, mientras que, en un sentido funcional, el carácter voluntario del voto como derecho pasa a un segundo plano para imponerse su carácter de compromiso, de deber de ciudadano.

**[42]**

Badeni, 2004 (a), ps. 724/726.

**[43]**

Fayt, 1988, p. 154, nota 1 y 2008, p. 2, nota 1, con cita de Jean Dabin, advierte el riesgo de la mistificación hipostática de las nociones de Nación y de pueblo.

**[44]**

Fayt, 1988, p. 158 y 2008, ps. 6/7, con cita de Biscaretti, Hauriou, Duguit y Carré de Malberg.

**[45]**

Fayt, 1988, ps. 158/165 y 2008, ps. 8/13, profundizando en las posturas clásicas de Hauriou, Duguit, Carré de Malberg y Jellinek.

[46]

Badeni, 2004, p. 732.

[47]

La Cámara Nacional Electoral, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha replicado que "El sufragio universal «hace a la substancia del Estado Constitucional contemporáneo»" (cf. Fallos: 325:524, voto de los jueces Fayt y Petracchi) y tiene "carácter funcional [en tanto es] ejercicio en interés no del ciudadano individualmente considerado sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral (Fallos: 310:819, considerando 10)" (cf. Fallos, voto cit. y fallos CNE 4026/08) (considerando 3°, fallo CNE 4887/12).

[48]

Bidart Campos (1992, ps. 257/258) traduce la expresión "legitimidad de origen", propia del lenguaje politológico tradicional, en "legitimidad del proceso electoral como única legitimidad en el acceso al título gubernativo", identificándola con la legitimidad del sistema todo, que radica una de sus bases primarias en la regla de juego que erige al electorado activo en actor protagónico de la selección y del recambio de quienes mandan.

[49]

Linares Quintana, 1976, p. 152 y 1988, p. 75. Por su parte, Fayt, 1988, ps. 165/166 y 2008, ps. 13/15, pasa revista de estas posturas en la doctrina constitucional nacional, relevando las opiniones de Joaquín V. González, Rafael Bielsa y Juan A. González Calderón. A ello, debemos agregar la jurisprudencia nacional existente en la materia, a saber: CSJN, "Esquivel, Héctor", Fallos: 183:175 (1933); CNE fallo 973/91, "Martín, Patricia s/Queja en autos: «Pieroní, Amadeo R. y otros»" (1991) y fallo 4727/11, "Vázquez, Juan Antonio s/Formulas peticiones" (2011); CSJ de Santa Fe, "Holder, Joel Archie y otros. LE N° 5.964.197. Darragueira 2421. Rosario. Justificación por no haber emitido el voto en las elecciones del 26-11-91 (expte. N° 2047-N-1989) s/Recurso de inconstitucionalidad (concedido por el Tribunal Electoral) (expte. CSJ N° 654, año 1991)", sent. del 29-11-94.

[50]

Bermúdez (2000, ps. 62/63) y Quiroga Lavié (2013, ps. 1667 y 1674) en ocasión de comentar el precedente de la Cámara Nacional Electoral en el fallo 973/91, "Martín, Patricia s/Queja en autos: «Pieroní, Amadeo R. y otros»" (1991). En dicho precedente la Cámara Nacional Electoral descarta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sea óbice para la obligatoriedad del sufragio, que encuentra fundamento en que corresponde al orden público, de conformidad a lo prescrito en el artículo 12 del Pacto.

[51]

CSJN, Fallos: 183:175. Suscriben el fallo los Sres. jueces Repetto, Lavalle, Sagarna, Pera y Linares.

[52]

Bermúdez (2000, ps. 60/62) formula tres críticas a la fundamentación del fallo que merecen ser consignadas. En primer lugar, considera que la aseveración que el derecho a votar arraigue en el principio de soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno, conforme lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución Nacional, no es equivalente a sostener que de estos principios se deduce necesariamente la atribución del Congreso a compeler a los ciudadanos a su ejercicio. En segundo lugar, cuestiona el argumento basado en la necesidad del voto obligatorio para asegurar la designación de las autoridades de la Nación y la subsistencia del Estado, pues con igual criterio se debería prohibir y castigar el voto en blanco. En tercer lugar, la comparación con el derecho a aprender y con la obligatoriedad de la instrucción primaria, no la considera válida, ya que por medio de ella el Estado está ejerciendo la tutela de los menores de edad, que no son los sujetos de la obligación a votar, de lo contrario, a su entender, se estaría asimilando a todos los ciudadanos a una situación de minoridad y de tutoría del Estado.

**[53]**

CNE fallo 973/91. Suscriben el fallo los Sres. jueces Orlandi, Rocca y Munné.

**[54]**

CSJ de Santa Fe, "LE N° 5.964.197. Darragueira 2421. Rosario. Justificación por no haber emitido el voto en las elecciones del 26-11-91 (expte. N° 2047-N-1989) s/Recurso de inconstitucionalidad (concedido por el Tribunal Electoral) (expte. CSJ N° 654, año 1991)", sent. del 29-11-94. Suscriben el fallo los Sres. jueces Álvarez, Barraguirre, Carbone, Falistocco y Ulla.

**[55]**

Considerando 6°.

**[56]**

Considerando 7°.

**[57]**

Voto del juez Álvarez.

**[58]**

Voto del juez Falistocco.

**[59]**

Voto del juez Barraguirre, con cita de Nino.

**[60]**

CNE fallo 4727/11. Suscriben el fallo los Sres. jueces Munné, Corcuera y Dalla Via.

**[61]**

Considerandos 3° y 10.

**[62]**

Considerandos 5° y 6°.

**[63]**

Considerando 7°.

**[64]**

Considerando 9°.

**[65]**

Considerando 12. También su desarrollo en Dalla Via, 2013 (b), ps. 232/243 y 329/333. En tanto Maenza (2019, ps. 1062/1063) recuerda que al contemplar el sufragio (activo) obligatorio la posibilidad de abstención,

consistente en la emisión del voto en blanco, la Comisión Europea de Derechos Humanos dictaminó que la obligación de votar no contradice el artículo 9° de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos -en relación con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión- y el artículo 3° del Protocolo adicional 1, que establece el derecho a elecciones libres.

**[66]**

Dalla Via (2013 [b], ps. 230/232, 329/330) consigna que la obligatoriedad del voto en América Latina es un deber del bienestar general y suele justificarse en determinados contextos históricos, en democracias jóvenes y no consolidadas, por resultar eficaz para elevar las tasas de participación o mantenerla en ciertos niveles; o bien se conecta con la calidad epistémica de la democracia, en tanto proceso en el cual la participación de los interesados hace que sus intereses deban ser tomados necesariamente en cuenta en las decisiones. Recuerda que para Nino el sufragio obligatorio es un paternalismo tolerable en cuanto mejora las posibilidades de una decisión colectiva correcta.

**[67]**

Linares (2017, ps. 102/110) ensaya una ordenación de los ideales regulativos de la democracia deliberativa en función de dos variables: a) por su carácter constitutivo o epistémico, y b) por el grado de perfección o idealización de las condiciones que postulan. A los fines de ejemplificar las cuatro categorías que surgen de las posibles combinaciones, enuncia las ideas de Habermas (1996), Nino (1984), Martí (2006) y Estlund (2008), consignando sus complejidades y evoluciones.

**[68]**

Nino (2014, ps. 181/194) acerca de su concepción "dialogante" de la democracia dirigida a generar una dinámica de interacción con una mayor tendencia hacia un consenso imparcial que otros procedimientos de decisión.

**[69]**

Nino (2003, ps. 131, 202, 214/222) requiere asegurar la mayor participación política electoral posible, dado que, desde su concepción, el proceso democrático es el modo epistémico más confiable para determinar esos principios de moral intersubjetiva siempre que aquellos afectados por las decisiones participen de forma directa y reflexiva. Por ello, el fin debe ser el de lograr la participación completa, de otro modo, la calidad epistémica del proceso democrático permanecerá débil y la Constitución democrática será invariablemente una "Constitución de la pobreza". Nino (2013, p. 248), en el artículo 23 de su proyecto de Constitución del Centro de Estudios Internacionales, propone: "...El voto del pueblo será universal, sin más distinción que la edad según lo establezca la ley orgánica electoral, secreto y obligatorio..." Maenza, 2019, ps. 1061/1062, apunta que los defensores de la democracia deliberativa argumentan que el voto obligatorio es necesario para la igualdad política y la legitimidad del sistema democrático.

**[70]**

Linares Quintana (1976, p. 151 y 1988, p. 73) critica la opinión ecléctica que propugna la doble condición de derecho y deber del sufragio, al considerar dicho intento como inaceptable, desde que no es posible que algo sea al mismo tiempo facultad y obligación. Bermúdez (2000, ps. 89/90), en ocasión de analizar el texto del artículo 37 de la Constitución Nacional, sostiene que la inclusión del sufragio dentro de los denominados derechos políticos con la característica de obligatorio, constituye una contradicción lógica, en tanto, se concibe un "derecho obligatorio". A su criterio, el término "derecho" se aplica a conductas facultativas cuya ejecución no puede ser prohibida o irrazonablemente restringida, como así tampoco exigida coactivamente. Fernández y Thompson (2007, p. 255, nota 3, con cita de López Guerra) explicitan la paradoja entre derecho y deber y sus consecuencias sobre el voto obligatorio, al afirmar que la configuración del sufragio como un derecho impide que sea considerado como un deber exigible jurídicamente, esto es, no cabe la penalización jurídica de la abstención.



[71]

Linares Quintana (1988, p. 82) sostiene que en el plano del juicio de sancionabilidad, no puede soslayarse que la amenaza de aplicación efectiva de la consecuencia jurídica correspondiente por omitir sufragar sin justificación válida, se ha caracterizado por su escaso nivel de eficacia de sanción. En la historia electoral del siglo XX, máxime considerando las discontinuidades institucionales padecidas, la consecuencia represiva por no emitir el sufragio era levísima y en la práctica únicamente tuvo proyección sobre los empleados públicos. En la actualidad y a partir del refuerzo de la obligatoriedad del voto que importa su consagración constitucional, los órganos jurisdiccionales competentes intentan optimizar la eficacia de sanción ante los incumplimientos injustificados detectados en el registro de infractores.

[72]

Bermúdez (2000, p. 77) recuerda la intervención de uno de los artífices centrales de la consagración legal del voto universal, igual, secreto y obligatorio, junto con Sáenz Peña e Irigoyen, el ministro del Interior Indalecio Gómez, cuando ante los senadores sostenía que "La abstención no tiene otro remedio que el voto obligatorio".

[73]

AA. VV., 1995, ps. 4363/4737, intervenciones de los convencionales Guerrero, Marcolini, Bava, Cullen, Prieto, La Porta, Ortiz Pellegrini, Aguirra, Vázquez, Colombo, Rosatti, Maqueda y Alfonsín, por una parte, y de los convencionales Battagion, Caballero Martín, Natale, Albamonte, Saravia Toledo y Llano, por otra. Bermúdez (2000, ps. 78/79) resume las posturas, a favor y en contra, de la inclusión de la obligatoriedad del voto en el texto constitucional.

[74]

Aragón, 2007, ps. 170/173.

[75]

Badeni (2004 [a], p. 726) predica del voto dos características democráticas esenciales -universalidad e igualdad- y dos características circunstanciales -secreto y obligatoriedad- que no hace a su esencia democrática.

[76]

Bidart Campos (1995, ps. 228/230), equiparando los términos "obligación", "deber" y "débito", considera que el deber público del voto o del ejercicio del sufragio integra la nómina de las obligaciones constitucionales junto con el deber implícito de respeto y fidelidad a la Constitución, a las leyes, a las autoridades del gobierno federal y los deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 32.1. En sentido contrario, Bermúdez (2000, p. 84) rechaza expresamente la equiparación de la obligatoriedad del voto con otras obligaciones impuestas por la Constitución Nacional en pos de la subsistencia del Estado, tales como los deberes de armarse en defensa de la patria (tributo de sangre) y el pago de los impuestos (tributo pecuniario).

[77]

Bermúdez, 2000, p. 87.

[78]

Gonçalvez Figueiredo, 2013, ps. 55/56 y 2017, ps. 57/58 y Amaya, 2016, ps. 13/26.

[79]

Para infringir la falta de no emisión del voto cuya sanción es la de multa y prohibición de ejercer empleos públicos durante 3 años, conforme el artículo 125, CEN, se requiere revestir el carácter de elector con la condición etaria suficiente (mayor de 18 años hasta los 70 años de edad). Mediante la Ley de Ciudadanía Argentina (ley 26.774), promulgada el 1-11-2012, se habilitó el ejercicio del derecho de sufragio a partir de los 16 años de edad, sin efectuar especificaciones respecto de su obligatoriedad. Sin embargo, no figuran en el registro de infractores al "deber" de votar, conforme el artículo 18, CEN, circunstancia que lo torna voluntario en la práctica al no ser sancionable. A nuestro criterio, la ley adolece de una redacción deficiente, pues en su art. 1° modificatorio del art. 7° de la ley 346, al expresar que "...los argentinos que hubiesen cumplido la edad de dieciséis (16) años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República", aparenta dotar de la titularidad del derecho fundamental al sufragio a los menores de 16 años, a pesar de que en realidad habilita su ejercicio al modificar una condición etaria. La titularidad (capacidad de derecho) de todo derecho fundamental en el seno de un "Estado Constitucional de Derecho", es ostentada por la universalidad de la noción de "ciudadanía" (derecho a tener derecho), mientras que el ejercicio (capacidad de obrar) sólo afecta al uso de dicha facultad.

#### [80]

Bidart Campos (1993, ps. 60/61) desde su perspectiva personal, expresamente considera que, habiendo transcurrido un lapso suficiente desde la instauración legal de la obligatoriedad del voto, sería mejor ensayar un régimen de voto voluntario. En similar sentido (Linares Quintana, 1988, p. 82) sostiene que, en las actuales condiciones del país, en que el abstencionismo electoral ha dejado de constituir un problema serio, creemos que la supresión de la obligatoriedad (entonces sólo legal) del voto, carecería de mayor trascendencia institucional, que no produciría una modificación sustancial en el porcentaje de la concurrencia a los comicios y que tampoco influiría decisivamente en los resultados electorales. Así, considera que la concurrencia de la ciudadanía a las urnas, más que ser la consecuencia del temor a una sanción, debe resultar del cumplimiento de un deber de moral cívica resultado de convencimiento íntimo y espontáneo del elector, fruto de una adecuada educación moral y cívica: la educación para la libertad; al mismo tiempo que de la garantía por parte del Estado de la pureza del sufragio, así como de la seguridad de que los partidos políticos cumplen con el principio democrático tanto externa como internamente y eligen a los mejores como dirigentes y candidatos a cargos públicos. O sea, que la función electoral no solamente impone deberes a los ciudadanos, sino también al Estado y a los partidos políticos (Bermúdez, 2000, ps. 80/84).

#### [81]

Pedicone de Valls (2001, p. 103, con cita de Lijphart [1994]) alega que se ha comprobado que los países donde el voto es voluntario, tienden a presentar niveles de abstención superiores que aquellos en donde es obligatorio. Por su parte, Soto Flores (2013, ps. 500/501), en referencia al ordenamiento jurídico mexicano y en base a consideraciones de índole económica, consistentes en el cálculo de la suma total de recursos públicos destinados a todos los partidos políticos y a las instituciones electorales divididos por el número de votantes, considera que el voto obligatorio con sanción garantizará mayor afluencia de participación ciudadana, dado que -a su juicio- la mayor afluencia reducirá el costo del voto, pero no ofrece estudios empíricos que avalen la eficiencia de la norma que instaura la obligatoriedad del sufragio. Por otro lado, Myers Gallardo y Cavalcanti (2014, p. 68), con escuetas alusiones a episodios electorales en México y Brasil y sin referencias estadísticas sólidas, afirman que el voto obligatorio tiene bastante efectividad en el aumento de los niveles de participación, aunque inmediatamente relativizan dicha aseveración indicando que los incrementos dependen de la movilización de los no votantes y el rigor y efectividad de la ley.

#### [82]

Fernández y Thompson (2007, ps. 259/260) en relación con Latinoamérica. Gelli (2008 [a], p. 329) también pone en cuestión la idoneidad de la obligatoriedad constitucional del sufragio y advierte sobre los problemas de ineficacia de sanción de la norma, al señalar que también puede impugnarse la razonabilidad de someter a proceso a los infractores para luego imponer multas irrisorias a un gran número de ciudadanos que no cumplieron con la obligación de sufragar, sobrecargando el trabajo judicial. García Roca y Dalla Via (2013, p. 70) constatan que la concepción del sufragio como derecho fundamental es mayoritaria en Europa, mientras que en

América Latina se lo suele considerar como un deber u obligación, a excepción de Colombia, Nicaragua y Venezuela.

**[83]**

Nohlen (2004, ps. 144/145 y 155) constata que no existe ninguna relación causal unilineal entre un único factor y el nivel de participación electoral.

**[84]**

Linares, 2017, ps. 283/293.

**[85]**

Devis Echandía, 1970, ps. 50/51; Morelo, Sosa y Berizonce, 1993, p. 144, y Arazi, 2004, p. 452.

**[86]**

Colombo y Kiper, 2006, p. 300.

**[87]**

Arazi (2004, p. 386), aunque reconoce que la búsqueda de la verdad debe ceder frente a otros valores como la privacidad, la obtención de la prueba por medios lícitos, el secreto profesional, industrial, etcétera.

**[88]**

Fraga, 2007, ps. 178/179.

**[89]**

Morelo, Sosa y Berizonce, 1993, p. 144 y Gozaíni, 2002, p. 453.

**[90]**

Rovira Viñas (1983, ps. 181/186) y Serrano (2006, ps. 302/304), con matices, se muestran contrarios a la admisibilidad de la figura del abuso del derecho en relación con los derechos fundamentales.

**[91]**

Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 126.

**[92]**

La expresión "regla permisiva" es utilizada por la teoría de los enunciados jurídicos y debe ser entendida aquí en el sentido más amplio posible, sin que presuponga una prohibición o mandato general y abstracto previo a la cual la permisión se contraponga. La aclaración es procedente, si se considera que en Derecho Penal y Administrativo sancionatorio la constante general es la licitud del comportamiento, máxime cuando se ejerce un derecho fundamental, por lo que puede ser entendida como una incorrección referirse a reglas permisivas sin una incriminación de prohibición o mandato previo.

**[93]**

Atienza y Ruiz Manero (2000, ps. 28/29, 58/59 y 125), para quienes esta retroversión del status deóntico (el paso de lo "permitido" a lo "prohibido"), tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo, en el que se distinguen

dos mecanismos de ampliación del campo de lo ilícito: 1) la analogía que parte de la existencia de una laguna normativa en el nivel de reglas, y que puede ser analogía legis (semejanza del caso no regulado con otros a los cuales se le aplica la regla prohibitiva) o analogía iuri (generación de una nueva regla prohibitiva exigida directamente por el balance entre principios cuando no hay reglas prohibitivas aplicables a casos semejantes), y 2) aquello que nos interesa, la figura de los ilícitos atípicos, en cuyo supuesto existe una laguna axiológica, pues la conducta prima facie está permitida por una regla regulativa, pero el cambio de status deóntico se produce por la incoherencia que la subsunción del caso en dicha regla produce al balancear los principios aplicables al caso, operación ésta que exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso. Así los ilícitos atípicos surgen de la fricción material o de coherencia entre reglas y principios y, por ello, es posible calificarlo como una cuestión netamente vinculada a la validez de la norma.

**[94]**

Atienza y Ruiz Manero, 2000, ps. 126/128.

**[95]**

Desde el punto de vista institucional, el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder son mecanismos judiciales, en donde el momento jurisdiccional corrige el ejercicio de un derecho o de un poder normativo de apariencia lícita, por invocación de principios.

**[96]**

Atienza y Ruiz Manero (2000, ps. 86/88, con cita de Taruffo [1997]), apuntan que los supuestos de abuso del proceso, llevados a cabo mediante acciones abusivas o fraudulentas que persigan dañar el propio desarrollo del proceso, proporcionan un buen banco de ejemplos de acciones que cabe calificar a la vez como abusivas y fraudulentas. Por ejemplo: la presentación de una demanda dirigida no a obtener un pronunciamiento judicial, sino a inducir a la parte contraria a transigir, aceptando condiciones inicuas, o bien, el uso de acciones procesales con finalidades exclusivamente dilatorias. La calificación de acciones de este género como abusivas apunta preferentemente a que se ha ido más allá del alcance justificado del derecho de defensa en juicio (el cual no incluye acciones sin otra finalidad reconocible que la de perjudicar extraprocesalmente a la otra parte o las puramente dilatorias); su calificación como fraudulentas apunta a que este daño extraprocesal a la otra parte o al propio desarrollo del proceso se ha llevado a cabo usando alguno de los poderes normativos que las partes tienen en el proceso.

**[97]**

Atienza y Ruiz Manero (2000, p. 127) indican que existe una zona de solapamiento entre el abuso del derecho y el fraude de ley. Eso se debe a que la idea de tener un derecho hace referencia a cuatro posibles modalidades jurídicas: derechos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades. El fraude de ley se puede cometer únicamente mediante el uso de poderes normativos y ello es lo que explica que en el caso de los derechos que consisten, básicamente, en poderes normativos, como ocurre en general con las facultades procesales, la idea de abuso del derecho y la de fraude de ley se confundan.

**[98]**

En la doctrina nacional del Derecho Privado, todos los estudios limitan el análisis del abuso del derecho, a los derechos subjetivos, sin extender su viabilidad en los derechos fundamentales. A modo de muestra: Fernández Sessarego (1992, ps. 21/27) caracteriza preliminarmente al abuso del derecho como un límite impuesto al ejercicio del derecho subjetivo; Mosset Iturraspe (2005, ps. 117/129) inicialmente se refiere a la noción de derecho subjetivo, dado que -a su criterio- sobre ella gira la cuestión. Al referirse a las perspectivas de la figura del abuso del derecho frente al ssiglo XXI, omite toda referencia a los derechos fundamentales. Lorenzetti (2014, ps. 56/62) considera que el abuso del derecho ha sido elevado, por el nuevo Código Civil argentino, a la categoría de principio general que actúa como un límite interno al ejercicio de los derechos, pero no se aplica a las libertades genéricas, aunque presenta como novedad de la legislación privada vigente, su aplicación en el

campo de los derechos de incidencia colectiva y a las situaciones abusivas en los contratos de consumo. Kemelmajer de Carlucci (1994, p. 54) destaca la interpretación restrictiva de la teoría del abuso del derecho. Balestro Faure (2011, ps. 805 y 877) sólo analiza el abuso de derechos subjetivos en general y, en particular, a los derechos subjetivos públicos procesales. Cabe recordar que las dos consecuencias jurídicas de la declaración de ejercicio abusivo del derecho subjetivo, son la obligación de cesar la conducta ilícita y la de indemnizar o reparar el daño causado.

#### **[99]**

Rovira Viñas (1983, ps. 181/186) se preocupa por la necesidad de limitar la figura del abuso de derechos fundamentales en el momento judicial, dados los rasgos conservadores de los operadores judiciales con la consecuente tendencia a la restricción de derechos. Por su parte, Serrano (2006, ps. 302/304) coincide con el riesgo de la restricción de los derechos fundamentales, pero no lo adjudica -en primer término- al momento interpretativo, sino a la inconmensurabilidad de los derechos fundamentales.

#### **[100]**

Atienza y Ruiz Manero (2000, ps. 29/31) recuerdan el famoso caso "Friedmann" (STC de 11-11-91), en el cual el Tribunal Constitucional español hizo lugar al amparo presentado por Violeta Friedmann, basado en que las declaraciones realizadas a la revista Tiempo por León Degrelle, un exjefe de las SS, en las cuales negaba el holocausto judío, anhelaba la llegada de un nuevo Führer, consideraba a Mengele un médico normal, entre otras manifestaciones de similar tenor, significaban un atentado contra su derecho al honor, dado que toda su familia había muerto gaseada, por orden del doctor Mengele, en el campo de exterminio de Auschwitz.

#### **[101]**

Atienza y Ruiz Manero (2000, ps. 27/28 y 64/66, nota 14) ofrecen el ejemplo del ejercicio del derecho de huelga, concluyendo que puede haber situaciones en las que quepa un uso no justificado -esto es, un abuso- de reglas que constituyan una concreción de derechos fundamentales.

#### **[102]**

Atienza y Ruiz Manero (2000, ps. 86/88, con cita de Taruffo [1997]), apuntan que los supuestos de abuso del proceso, llevados a cabo mediante acciones abusivas o fraudulentas que persigan dañar el propio desarrollo del proceso, proporcionan un buen banco de ejemplos de acciones que cabe calificar a la vez como abusivas y fraudulentas. Por ejemplo: la presentación de una demanda dirigida no a obtener un pronunciamiento judicial, sino a inducir a la parte contraria a transigir, aceptando condiciones inicuas o bien, el uso de acciones procesales con finalidades exclusivamente dilatorias. La calificación de acciones de este género como abusivas apunta preferentemente a que se ha ido más allá del alcance justificado del derecho de defensa en juicio (el cual no incluye acciones sin otra finalidad reconocible que la de perjudicar extraprocesalmente a la otra parte o las puramente dilatorias); su calificación como fraudulentas apunta a que este daño extraprocesal a la otra parte o al propio desarrollo del proceso se ha llevado a cabo usando alguno de los poderes normativos que las partes tienen en el proceso. Resulta claro, entonces, que pueden verificarse abusos de facultades que las partes tienen en el proceso, las cuales pueden considerarse como concreciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en la doctrina procesal argentina, respecto del abuso del derecho en el proceso, se elude vincularlo con el abuso de derechos fundamentales. Mientras que Maurino (2001, p. 9) considera que la figura del abuso del proceso nace del principio de moralidad que puede traducirse en un principio derivado. Pero no vincula la cuestión al ejercicio abusivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En similar línea Antoraz (2011, ps. 27/30) distinguiéndolo de un acto ilícito, califica al abuso del proceso como el ejercicio desviado de una facultad legal adicionándole la producción de un daño o perjuicio a un sujeto.

#### **[103]**

CSJN, "Partido Obrero" (1962) (Fallos: 253:133; 171:103), considerando 8°; "Partido Nuevo Triunfo" (2009) (Fallos: 332:433), considerando 12, del voto del juez Fayt y CNE 3423/05, considerando 6°. El carácter relativo

de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino ha sido señalado por la Corte en numerosos precedentes (Fallos: 136:161; 142:80; 191:139; 191:197, entre muchos otros). Por su lado Gelli (2008 [a], ps. 532/533) sostiene que el artículo 38 de la Ley Suprema asegura la libertad y funcionamiento de los "partidos políticos", dentro del respeto por la Constitución. Ello supone, implícitamente, que no habría libertad para constituir un "partido político" contrario a sus disposiciones, sus principios y valores. A su criterio, el punto remite la cuestión crucial del llamado "partido político" "antisistema", cuya existencia pone en peligro a la "democracia" misma pero cuya prohibición deja en entredicho al sistema liberal.

**[104]**

Así lo dispone el artículo 243 del Código Penal argentino, al establecer que "Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año". Creus y Boumpadre, 2007 (b), ps. 246/248; Romero Villanueva, 2012, ps. 1045/1046 y Aboso, 2014, ps. 1202/1204.

**[105]**

El artículo 125 del CEN establece en su segundo párrafo que "Será causa suficiente para la aplicación de la multa, la constatación objetiva de la omisión no justificada". Dicha expresión sólo puede condecirse con el tenor de las infracciones administrativas, pues de lo contrario sería pasible de la objeción de inconstitucionalidad por violación al principio de culpabilidad.