



CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VOTO Y LA CONTROVERSIA BRASILEÑA SOBRE SU OBLIGATORIEDAD

Felipe Bizinoto Soares de Pádua¹

Resumen: El voto representa el ejercicio de la soberanía popular, las opciones políticas que guían y guiarán a la sociedad. A pesar de su esencialidad política y jurídica, existen controversias sobre qué es, cuál es su naturaleza jurídica y la posibilidad de su opcionalidad en Brasil, donde el sistema actual determina el voto obligatorio. Este artículo tratará de tales controversias, destacando el voto y la (im)posibilidad de ser opcional en el sistema jurídico brasileño.

Palabras clave: Voto; Voto facultativo; Enmienda a la Constitución de Brasil; Sufragio; Derechos políticos.

1. Consideraciones iniciales

Al tratar de la función social de la dogmática jurídica, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 177-194) se ocupa del discurso persuasivo con el objetivo científico de sustituir la creencia por el conocimiento, además de confirmar las teorías utilizadas para reforzar el papel de la dogmática en la toma de decisiones del individuo, la sociedad y las autoridades públicas. Desconociendo el plan efectivo, el discurso democrático resulta ser uno de los grandes vencedores a lo largo de los siglos. XX y XXI.

En las Constituciones de varios países hay disposiciones que se refieren expresamente al Estado Democrático: Brasil (Art. 1), Italia (Art. 1), Portugal (Art. 2), España (Art. 1, 1.), Argentina (Art. 36), Paraguay (Art. 1), Uruguay (Art. 82), Bolivia (Art. 1), China (Art. 1), Ecuador (Art. 1), Kazajstán (Art. 1), Mongolia (Art. 1, 2.).

Cuando se habla de democracia existe una profusión de referencias de ideas, pero aquí cabe destacar (si no la principal) el voto, la idea aportada por Robert A. Dahl (2001, p. 49) de que hay una oportunidad dada a cada miembro de la sociedad de, igualdad y efectivamente, ser escuchado y escuchar a los demás miembros. Un ejemplo de esta oportunidad se presenta en la película *Dark Water*², protagonizada por el actor Mark Ruffalo, que representa a un abogado de un importante bufete de abogados estadounidense que lleva muchos años estudiando detenidamente el tema de los efectos nocivos de un determinado producto en las personas, los animales y la flora. En un determinado momento de la obra, el cuerpo directivo de la oficina

¹ Estudiante de máster en Derecho, Justicia y Desarrollo en el Instituto de Derecho Público de São Paulo (2021). Posgrado en Derecho Constitucional y Proceso Constitucional, en Derecho Registral y Notarial, en Derecho Ambiental, Proceso Ambiental y Sostenibilidad, todos del Instituto de Derecho Público de São Paulo/Escuela de Derecho de Brasil (2019). Graduado en Derecho por la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo (2017). Correo electrónico: bizinoto.felipe@hotmail.com

² Traducido en Brasil como O Preço da Verdade (El Precio de la Verdad).

decide votar si valdría la pena o no continuar con la causa, más aún en vista del aparente retorno económico y la potencial mala reputación en relación a las industrias, y la mayoría se formó en la escena en pro de mantener el patrocinio.

En otra ocasión se ha escrito que el ejercicio democrático que se realiza, principalmente, a través del voto comprende un rasgo objetivo de felicidad, que atribuye a cada titular de derechos políticos más que el respeto de oír y ser oído, la facultad de contribuir para la composición de las decisiones que serán tomadas por el Estado (PÁDUA, 2019, p. 202-208).

Inspirándose en los griegos, especialmente en el régimen político ateniense, los romanos establecieron una idea de plena capacidad jurídica basada en tres *status*: libertad (*status libertatis*), la familia (*status familiae*) y ciudadanía (*status civitatis*). Es importante destacar este último, que comprende una situación que atribuía al hombre la calidad de ciudadano romano (*civis*), teniendo distintas prerrogativas en relación a los no romanos (latinos y peregrinos) (MARKY, 2019, p. 54-55; CRETELLA JÚNIOR, 2004, p. 73; CHAMOUN, 1957, p. 61-65; SCHULZ, 2020, p. 85-86).

Una característica destacada como una de las fuentes de ciudadanía es el nacimiento. Según José Cretella Jr. (2004, p. 74), Thomas Marky (2019, p. 54) y Ebert Chamoun (1957, p. 61), el nacimiento con el propósito de obtener la ciudadanía romana suponía que la madre era ciudadana en el momento del parto. Con ciertas adaptaciones, esta idea de que se requiere cierta consanguinidad persiste en la actualidad, en la identificación del presupuesto de los llamados derechos políticos (aquí incluido el voto), es decir, que la persona tenga una nacionalidad ligada al Estado, específicamente en términos de sangre el llamado *ius sanguinis* (DALLARI, 2013, p. 133-138; SILVA, 2013, p. 327-335).

Sucede que la definición de pueblo (= conjunto de individuos que tienen un vínculo jurídico-político con el Estado) va más allá de la adquisición de la nacionalidad por herencia (*ius sanguinis*) y adopta otra vía, que es la del nacimiento en el territorio estatal (*ius solis*) (DALLARI, 2013, p. 133-138; SILVA, 2013, p. 327-335).

En la Constitución brasileña de 1988 (CRFB/1988) consta en el § 2 del Art. 14 que "No pueden registrarse como electores los extranjeros y, durante el período de servicio militar obligatorio, los conscriptos" (BRASIL, 1988). En relación con los incisos I y II del Art. 12 de la misma Carta Política, es posible inferir que el modelo ordinariamente adoptado por Brasil es el del nacimiento en suelo brasileño para la adquisición de la nacionalidad con la consecuente (y potencial) aptitud jurídico-política.

Aquí es importante resaltar que el voto es algo ligado a los derechos políticos, que a su vez están ligados a la nacionalidad. Sucede que son categorías jurídicas diferentes entre sí, y ahora es necesario diferenciar la segunda de la tercera.

La nacionalidad remite al Derecho Romano, se refiere a la compleja posición jurídica de Derecho Público que hace que un determinado sujeto integre la comunidad política de un

determinado Estado (SILVA, 2013, p. 322; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 665). A su vez, los derechos políticos son entendidos como un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas de Derecho Público ordinariamente atribuidas al nacional (=quien tiene la nacionalidad) y que se enfocan en la participación en la formación de la voluntad política estatal (SILVA, 2013, p. 347- 349; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 695)³.

Una importante comprensión general que engloba la nacionalidad y los derechos políticos se trae desde la perspectiva de la teoría de las capacidades desarrollada por Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 135-136), quien enseña que la capacidad política es el género que comprende la nacionalidad y los derechos políticos, es decir, es una universalidad que incluye los derechos públicos subjetivos relacionados con la integración política estatal y la participación en las decisiones del Poder Público.

El voto entra en medio de esta relación por una de las posiciones contenidas en los derechos políticos, el derecho al sufragio. Esencialmente, la cadena lógica es que la nacionalidad da origen al derecho político subjetivo, el cual, a su vez, da origen al derecho al sufragio, de donde proviene el voto.

En cuanto al voto, aún existe una duda relacionada con el cuadro fáctico planteado por Paulo Henrique Soares (2004, p. 107-116), que muestra en un cuadro comparativo la adhesión de varios países del continente americano al voto facultativo en detrimento del voto obligatorio, estando en esta última clase Brasil, que desde 1932 obliga a varios nacionales a asistir a las urnas para participar.

Uno de los debates constantes entre las dos partes sobre el voto (opcional vs. obligatorio) es el de su naturaleza jurídica. De esto precisamente se ocuparán las siguientes líneas, desdoblándose el texto en tres partes: (i) inicialmente, se distinguirán algunos institutos jurídicos derivados de los derechos políticos, a saber, el sufragio y el voto; (ii) se trazará un panorama sobre los fundamentos de las corrientes vinculadas a la calificación jurídica del voto con la consiguiente adopción de una de ellas, exponiendo las críticas de la oposición; y (iii) dado el régimen constitucional de limitaciones materiales, se discutirá la (in)viabilidad de establecer un voto facultativo en Brasil.

2. Derecho subjetivo político: el sufragio y el voto

Se ha afirmado más de una vez que los llamados derechos políticos, los contenidos especialmente en el Art. 14 de la Constitución brasileña de 1988, constituyen un derecho subjetivo de Derecho Público. Antes de entrar en el tema de la diferenciación entre sufragio y

³ Ambas acepciones se advierten en la definición de derecho subjetivo, lo que no excluye la definición desde el punto de vista del Derecho (en sentido) objetivo. Desde este punto de vista, el Derecho Político es el régimen jurídico que disciplina la relación ciudadano-Estado en cuanto al ejercicio de la soberanía, mientras que el Derecho de Nacionalidad es el régimen jurídico que concierne a la relación persona-Estado en cuanto al vínculo jurídico-político entre los polos (MORAES, 2018, p. 318 y p. 345).

voto, es necesario aportar la calificación jurídica de la categoría más amplia, que también orientará todo el desarrollo de este punto e indicará la posición a adoptar para el punto siguiente.

Sistematizando las ideas de Wesley Newcomb Hohfeld (1919, p. 23 y ss.), Giuseppe Lumia (1981, p. 109-121) expone que existen las siguientes posiciones jurídicas subjetivas elementales activas: pretensión (poder exigir la subordinación del interés ajeno al propio), facultad (poder que se vincula con la idea de libertad como ausencia de obstáculos para la realización de algo), poder formativo (facultad del titular de tocar la esfera jurídica de la contraparte y en ella constituir, modificar o extinguir posiciones jurídicas subjetivas) e inmunidad (poder del titular de no ser tocado por el poder formativo de otros). Las posiciones elementales pasivas correlacionadas son, respectivamente, el deber conductual, la ausencia de pretensión, la sujeción y la ausencia de poder formativo.

El conjunto de posiciones jurídicas elementales activas que son de un mismo titular comprende una posición jurídica subjetiva activa compleja: comprende el derecho subjetivo cuando las posiciones pretenden satisfacer el interés de quien es su titular en cuanto se trata de poder funcional (llamado poder-deber o deber-poder) cuando las posiciones jurídicas se vuelven hacia la satisfacción de un interés ajeno (LUMIA, 1981, p. 112-113).

Cuando José Afonso da Silva (2013, p. 348), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 695), Luiz Alberto David de Araújo y Vidal Serrano Nunes Jr. (2018, p. 331) mencionan un conjunto de derechos políticos, hablan más precisamente del derecho político subjetivo. Como lo establece el propio Art. 14 CRFB/1988, "La soberanía popular será ejercida por el *sufragio* universal y por el *voto* directo y secreto, con igual valor para todos" (BRASIL, 1988, énfasis nuestro).

Hay dos puntos de vista que se centran en el voto y el sufragio. El primero conduce al entendimiento de Célio Silva Costa (1992, p. 732) y Dalmo de A. Dallari (2013, p. 183), quienes entienden que sufragio es sinónimo de voto. El segundo es de José Afonso da Silva (2013, p. 359-360), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704) y José Celso de Mello Filho (1984, p. 309), para quienes el sufragio tiene un espectro que absorbe el voto, es decir, existe una relación de inmanencia entre uno y otro.

Adherimos a la segunda posición por dos razones: la primera es que el texto constitucional brasileño afirma que la soberanía será ejercida por sufragio y voto, lo que ya muestra al intérprete del Derecho que son categorías distintas. La segunda razón es que la comprensión del sufragio es más amplia que su propia etimología (*sufragio*) y consiste en lo que la doctrina llama derecho a votar y ser votado (SILVA, 2013, p. 352; MELLO FILHO, 1984, p. 309; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704; GUEDES; in CANOTILHO; et al., 2018, p. 727-728; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 334). Por lo tanto, el sufragio comprende el derecho de votar y ser votado, un derecho que tiene una característica activa (= votar) y una característica pasiva (= ser votado).

Según José Afonso da Silva (p. 353-357), que se acompaña de la doctrina (MORAES, 2018, p. 347; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704-708; GUEDES; en CANOTILHO; et. al., 2018, p. 731-732), el sufragio se puede analizar desde dos perspectivas: (a) en cuanto a la extensión, que puede ser (a.1) universal, si existe una concesión ilimitada a los nacionales, o (a.2) restringida, si la concesión se concede a algunos grupos de nacionales debido a la situación específica, en particular de carácter económico; y (B) en términos de igualdad, que puede ser (b.1) igual, si todos los nacionales tienen el mismo derecho a votar y ser votado, o (b.2) desigual, otorgando a determinados grupos de electores el derecho a votar más de una vez.

En el actual sistema constitucional electoral, el sufragio es universal e igualitario, como se desprende del contenido del Art. 14 de la Carta Política, que establece “sufragio universal (...), con igual valor para todos” (BRASIL, 1988).

Por otro lado, está el voto, que es la forma del sufragio en su sentido activo, es decir, el voto es la forma en que se ejerce el sufragio (SILVA, 2013, p. 359; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704; MELLO FILHO, 1984, p. 309; GUEDES; in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727-728; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 334). En cuanto al voto, es importante destacar algunas clasificaciones. Tal catalogación resulta de una lectura cuidadosa del Art. 14, *primer párrafo*, § 1, II y II, CRFB/1988, cuyos fragmentos versan sobre el voto directo, secreto, obligatorio (para determinado grupo de edad), facultativo (para determinados grupos).

Del texto constitucional se extraen cualificaciones duales (SILVA, 2013, p. 361-366; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 704-708; GUEDES; in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727 ss.).): (a) en cuanto a la elección de representante, el voto puede ser directo (= elección directa del representante político) o indirecto (= elección de delegados que elegirán al representante político); (b) en cuanto al secreto de elección, puede ser secreto (= Estado no da conocimiento general de elección individual) o público (= Estado da conocimiento general de elección individual); y (c) en cuanto a la elección obligatoria, el voto puede ser obligatorio (= deber de asistencia y respectiva entrada de firma en el informe) u opcional (= libre asistencia y respectiva entrada de firma en el informe).

Hechos los rasgos distintivos, corresponde ahora profundizar el debate en torno a la calificación jurídica del voto dentro de las abstracciones del más alto nivel jurídico, haciéndonos la siguiente pregunta: ¿el voto es un poder o un deber jurídico?

3. El voto y su naturaleza jurídica

En el ámbito de la Teoría General del Derecho, contrasta el planteamiento de João Alberto Schützer Del Nero (2001, p. 12-13), según el cual la actividad del científico jurídico implica la llamada calificación jurídica, que se desdobra en un momento inicial, de la nomogénesis, en el que observa los datos fácticos para identificarlos con los datos de la

experiencia jurídica, y un momento de aplicación, en el que se ve la norma jurídica, imponiéndose la relación de conformación fáctica al propósito jurídico. Visto este aporte al caso, es importante destacar en este punto la relación entre el voto y las abstracciones jurídicas sistematizadas por Giuseppe Lumia (1981, p. 109-121), esto es, en cuál de los componentes de las posiciones jurídicas encaja: pretensión \Leftrightarrow deber conductual, facultad \Leftrightarrow ausencia de pretensión, poder formativo \Leftrightarrow sujeción, inmunidad \Leftrightarrow falta de poder formativo. La comprensión de la naturaleza jurídica del voto se desarrollará en dos etapas.

Primero, se puede dividir en dos corrientes más generales. La primera aquí se denominará corriente del voto-deber, cuyos autores son Nelson de Souza Sampaio (1983, p. 180), Sahid Maluf (2003, p. 222) y Alexandre de Moraes (2018, p. 349), para los cuales votar es mucho más la funcionalización de un deber cívico que una opción que se acerca a un poder jurídico. La síntesis yace en la siguiente idea del primer autor citado:

De lo anterior, se puede concluir que el voto tiene, primordialmente, el carácter de una función pública. Como componente del órgano electoral, el elector concurre para integrar otros órganos del Estado también creados por la Constitución. En general, sin embargo, las Constituciones han dejado a la discreción del elector el ejercicio de la función de votar, no estableciendo sanciones para quienes no lo hagan. En este caso, las normas jurídicas sobre el voto pertenecerían a la categoría de normas imperfectas, lo que llevaría a hacer del sufragio un simple deber cívico o moral. Sólo cuando se haga obligatorio, el voto asumiría el verdadero carácter de un deber jurídico. Esta obligación fue establecida por algunos países, menos por los argumentos sobre la naturaleza del voto que por la abstención de muchos votantes, hecho colmado de consecuencias políticas, incluso en el sentido de desvirtuar el sistema democrático. En elecciones con alto porcentaje de abstención, la minoría del electorado podría formar los órganos dirigentes del Estado, es decir, Gobierno y Parlamento (SAMPAIO, 1983, p. 180).

Sahid Maluf también adhiere a la visión del deber cuando trata el voto como una función pública, un deber-poder ejercido debido a su función sociopolítica:

El voto es considerado un derecho individual y, al mismo tiempo, una función social. Como adoctrinó Dugui, el elector, al mismo tiempo que es titular de un derecho, es investido de una función pública. El derecho deriva del poder de voto que asiste a los ciudadanos, respetando las prescripciones legales. (...) El carácter de función social resulta lógicamente de la obligatoriedad de votar (MALUF, 2003, p. 222).

Alexandre de Moraes destaca que votar es el ejercicio de un cargo a la vez activo y pasivo, predominando el segundo, afirmando lo siguiente:

El voto es un derecho público subjetivo, sin por ello dejar de ser una función política y social de la soberanía popular en la democracia representativa. Además, para los mayores de 18 y menores de 70 es un deber, por lo tanto, obligatorio. (...) Así, la naturaleza del voto también se caracteriza por ser un deber sociopolítico, pues el ciudadano tiene el deber de expresar su voluntad, a través del voto, para la elección de gobernantes en un régimen representativo (MORAES, 2018, p. 349).

En resumen, la perspectiva aportada por los tres autores anteriores es en el sentido de que el voto es un poder legal, pero que la ciudadanía (= la elección de representantes) es un deber del ciudadano, más aún en vista de la disposición constitucional que establece que determinado cuadro subjetivo es obligatorio (Art. 14, § 1, I CRFB/1988). Por el hecho de que el voto tiene una función sociopolítica, estaría justificada su imposición, aquí hay un deber de ejercer la ciudadanía, al menos a la hora de elegir a quienes serán los agentes políticos que compondrán la cúpula de las funciones mayoritarias republicanas. (Ejecutivo y Legislativo) (ALMEIDA; LA BRADBURY, 2014, p. 139).

Por otro lado, está la corriente denominada de voto-derecho, que tiene mayor apego a la doctrina, citando a José Afonso da Silva (2013, p. 360-361), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 706-707), Néviton Guedes (in CANOTILHO; et. al., 2018, p. 727-728), Luiz Alberto David Araújo y Vidal Serrano Nunes Jr. (2018, p. 334), por los cuales votar es el ejercicio de una posición jurídica subjetiva activa, aunque la asistencia sea obligatoria, ello no sublima el hecho de que su ejercicio esté dotado de amplia libertad, pudiendo el ciudadano elegir a alguien o no, con sólo depositar la papeleta en la urna o, en la actualidad en Brasil, optando por un "no candidato" en la urna electrónica. Aunque las palabras voto y sufragio se tratan como sinónimos, aplicando la distinción hecha en otro lugar, la tesis de Hans Kelsen resume en parte la visión del voto como un poder legal:

El hecho de que el sufragio sea una función pública a través de la cual se crean órganos esenciales del Estado no es incompatible con su organización como derecho en el sentido técnico del término (KELSEN, 1998a, p. 419).

La crítica a ser realizada a la primera corriente es que la visión a partir de la obligatoriedad de cumplir un rol cívico evalúa el fenómeno jurídico desde afuera, desde la comprensión sociopolítica. Además, ver que el voto es un deber porque es obligatorio es una comprensión parcial del fenómeno total, ya que toda posición jurídica subjetiva activa tiene una función social, como obviamente atañen a lo que FC Pontes de Miranda (2012, p. 65) y ss.) llama relaciones intersubjetivas jurídicamente pertinentes. Es decir: no es por el hecho de que exista una obligación sobre un determinado interés jurídico, que tiene que calificarse como deber.

La propiedad en su acepción más estricta es un derecho subjetivo de Derecho Real, es, como su propio nombre lo indica, una posición jurídica activa, un poder jurídico complejo. Sucede que la Constitución de Brasil determina que este derecho subjetivo de dominio cumplirá su función social (Art. 5º, XXIII). Más aún desde la perspectiva de la propiedad sobre bienes inmuebles, el Art. 182 de la Carta Fundamental Brasileña determina pautas que el propietario debe cumplir (= deberes jurídicos) para que, p. ej., no sufra el aumento progresivo del IPTU (§ 4, II) y, en última instancia, no sea desapropiado (= perder el dominio) (§ 4, III).

En el mismo sentido, el contrato es un negocio mediante el cual las partes ordenan sus

posiciones patrimoniales (PÁDUA, 2020), y la Ley Fundamental determina en su Art. 170, III la función social de la propiedad en relación con el orden económico, destacando el papel del contrato como medio principal de constitución y funcionamiento del mercado. El negocio contractual debe cumplir su función social, que como está escrito en otro texto (PÁDUA, 2020) tiene por finalidad el servicio económico de los contratantes, siempre que el contrato no sea lesivo a los intereses colectivos tutelados por el orden jurídico. El hecho de que exista una función social, que se ocupa más de la imposición de deberes, no significa que el contrato sea un deber.

Además de que la existencia de deberes que impregnan el poder jurídico no convierte la posición central en un deber, se adhiere a la visión de Ingo W. Sarlet de que la obligación está en la asistencia y en el lanzamiento de su firma en el acta de asistencia, exigencias tales que son de carácter formal, y por ello que la sustancia del voto sigue siendo libre, es decir, el acto de votar tiene amplia libertad en el sentido de que no se le impone una opción al ciudadano (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.706-707). En definitiva, el titular del sufragio en su forma activa debe asistir, pero no se le impone elegir un candidato determinado, pudiendo incluso votar en blanco o incluso anular su voto.

Queda la pregunta formulada inicialmente, que corresponde a la segunda etapa del desarrollo. Es la siguiente pregunta: ¿el voto tiene una correspondencia homóloga con qué posición jurídica subjetiva elemental activa?

Profundizando en la teoría hohfeldiana bien esbozada por Giuseppe Lumia (1981, p. 109-121), se destaca un paso antecedente para comprender lo que tiene cada posición jurídica elemental activa. Ellas provienen de la *summa divisio* entre normas primarias y secundarias, pero no la tratada por Hans Kelsen (1998b, p. 48-65), en relación a la existencia o no de sanción, sino el planteamiento de Herbert L. A Hart (2009, p. 118- 128), Norberto Bobbio (2016, p. 175), el ya mencionado Giuseppe Lumia (1981, p. 55-57) y Riccardo Guastini (1998, p. 23-24), quienes enseñan que las normas primarias (o de conducta) son destinadas a disciplinar conductas, mientras que las normas secundarias (o de competencia) se destinan a disciplinar la producción de otras normas.

Según el modelo posicional de Hohfeld-Lumia (LUMIA, 1981, p. 109-121), la pretensión y la facultad derivan de las normas primarias, en tanto implican el ejercicio de conductas en el plano fáctico y, también, de alguna conducta adoptada por la contraparte o en relación a la pretensión (servir al interés dominante) o en relación a la facultad (permitir el ejercicio de la libertad); mientras que la potestad formativa y la inmunidad derivan de normas secundarias, ya que ambas posiciones activas actúan en el plano lógico y, por ello, no necesitan de la coordinación de la contraparte para lograr su finalidad, operando en el plano lógico a través de la creación de normas para el titular de la correspondiente posición pasiva.

Considerando el uso actual de la expresión libertad de voto por José Afonso da Silva

(2013, p. 362), Ingo W. Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 706) y Néviton Guedes (*in LAVABO; et. al.*, 2018, p. 729-730), así como el hecho de que el polo pasivo de la relación establecida en la relación de Derecho Político en la que el titular de la (poder jurídico legal de) voto puede ejercerlo mediante no imposiciones por parte del titular de la correspondiente posición pasiva, la naturaleza jurídica del voto se adecua a la facultad. En otras palabras, el voto es una facultad, una posición jurídica subjetiva elemental activa vinculada al libre ejercicio de alguna conducta sin obstáculos para su realización, siendo este algo a ser realizado la elección entre un candidato, votar en blanco o anular el voto, siendo obligatorio para el ciudadano únicamente su asistencia a las urnas.

4. ¿Constitución brasileña y voto opcional?

Del debate entre voto facultativo y obligatorio deviene la posibilidad de implementar la primera especie en el sistema constitucional brasileño. Cabe señalar que la estructura electoral constitucional de Brasil absorbe ambas especies, pero una de ellos tiene un cierto predominio, como lo establece la propia Carta Federativa:

Art. 14. La soberanía popular será ejercida por el sufragio universal y por el voto directo y secreto, con valor igual para todos, y, en los términos de la ley, mediante:

(...)

§ 1 El alistamiento electoral y *el voto son*:

I - *obligatorios* para los mayores de dieciocho años;

II - *facultativos* para:

a) los analfabetos;

b) los mayores de setenta años;

c) los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años (BRASIL, 1988, énfasis nuestro).

El debate que gira en torno a la obligatoriedad del voto debe verse no frente a la existencia de un modelo institucional jurídico-político que impone el ejercicio del voto (=asistencia a las urnas) a todos, sino a un grupo social más amplio. Según una publicación del medio periodístico Portal EBC (2019), las personas mayores de 70 años constituyen el 15% de la población brasileña, mientras que la Fundação Abrinq (2020) muestra que de los 211 millones de brasileños estimados en 2020, 11.323.451 son adolescentes con edades entre 15 y 17 años, lo que corresponde a aproximadamente el 5% de la población brasileña. De tales datos, se extrae que la pirámide social de edad brasileña muestra que una parte sustancial de los brasileños son ciudadanos con obligatoriedad de asistencia electoral.

En vista de la información anterior, se puede concluir en este punto que el debate entre voto obligatorio y opcional involucra a la mayoría de la población brasileña en la actualidad.

En cuanto a la (im)posibilidad de instituir el voto opcional en Brasil, el ordenamiento jurídico brasileño está dotado de un grado superior cuya principal característica es su rigidez en cuanto al proceso de reforma constitucional, que actualmente se da a través de Enmiendas a la

Constitución, cuyo Art. 60 es entendido como dotado de tres bloques de limitaciones a la exteriorización del Poder de Reforma (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 125-126; SILVA, 2013, p. 67-70). Para este artículo, cabe exponer las llamadas limitaciones materiales, contenidas esencialmente en el Art. 60, § 4 de la Constitución. Se utiliza la terminología de F.C. Pontes de Miranda (1972, p. 80) sobre los delineamientos o contornos jurídicos: son limitaciones los contornos establecidos por el ordenamiento jurídico, especialmente por el orden legal, mientras que restricciones son contornos derivados de la voluntad plasmada en actos jurídicos, particularmente en los asuntos jurídicos. De ahí el uso de la expresión limitaciones materiales.

¿Y qué son las limitaciones materiales? Son un conjunto de cualidades que debe reunir el poder de reforma en relación con aspectos de contenido contra los que no puede atentar la PEC, pues constituyen el núcleo material que da identidad a la Constitución (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 132); BARROSO, 2015, p. 194; SILVA, 2013). Se ceñirá a los límites materiales expresos, más conocidos como cláusulas pétreas, específicamente en uno de los cuatro que son las siguientes:

Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:
§ 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:
I - la forma federativa de Estado;
II - el voto directo, secreto, universal y periódico;
III - la separación de los poderes;
IV - derechos y garantías individuales (BRASIL, 1988).

Hay mención expresa del voto como cláusula pétrea, es decir, no puede haber abolición del voto directo, secreto, universal y periódico por parte del Poder de Reforma, y los actos que se oponen al límite sustancial están cargados de inconstitucionalidad material y pueden (en realidad, deben) ser objeto de una medida judicial específica, el control de constitucionalidad.

En principio, el lector del enunciado jurídico transcrito podría concluir que es imposible cambiar el texto del Art. 14, § 1 de la CRFB/1988 y posibilitar la opcionalidad del voto (en realidad, de asistir a las urnas). Sucede que esta lectura es descuidada, ya que en el contenido del texto nada menciona sobre el carácter obligatorio del voto, es decir, el voto facultativo sería inviable si en el inciso III del § 4 del Art. 60 CRFB/1988 constara el voto directo, secreto, universal, periódico y obligatorio.

Lo que permite el campo hermenéutico jurídico es que la disposición (Art. 60, § 4, III) sea comprendida en su individualidad e inserta en el sistema. En lo individual, el mencionado inciso III no se refiere a la obligatoriedad, y lo que allí no consta está fuera del campo intangible establecido por la limitación material. De manera sistemática, el mismo inciso III muestra que la Asamblea Constituyente no incluyó la obligatoriedad como parte de la cláusula pétrea en vista de que él mismo de forma originaria confirmó dos hipótesis de registro electoral y voto: en el

inciso I hay una norma general (= destinada a una clase de personas) que hace obligatorio el registro electoral y el voto para los mayores de dieciocho años, mientras que en el inciso II hay una norma general (= destinada a una clase de personas) que instituye como facultativo el registro electoral y el voto para los analfabetos, los mayores de setenta años y aquellos mayores de dieciséis y menores de dieciocho.

Además, como muestran los estudios realizados por Paulo Henrique Soares (2004, p. 114-116), existe una tendencia de arrastre: como la asistencia es obligatoria y el voto en sí es opcional, esta última hipótesis arrastra a la primera hacia la opcionalidad, esto es, la asistencia a las urnas tiende cada vez más a seguir al propio voto en cuanto a la libertad del ciudadano para ir o no a ejercer su elección.

Algunas Propuestas de Enmienda a la Constitución merecen ser destacadas, aunque hayan sido archivadas por la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía (CCJ) del Senado Federal. La primera es la PEC 61/2016, en cuya justificación hubo varios argumentos sobre la libertad de elección, pero dos merecen atención: el primero es que la insatisfacción del ciudadano puede manifestarse a través de la inasistencia, es decir, "la abstención del proceso electoral, la no asistencia del elector a la sección de votación, debe ser reconocida como parte integrante del libre ejercicio del derecho al voto" (BRASIL, 2016). El segundo argumento no versa sobre el voto en sí, sino sobre el registro electoral, que es una forma de fiscalización por parte del Estado en relación a la situación del ciudadano en el aspecto electoral, constando en la PEC que

Creemos necesario, sin embargo, mantener la obligatoriedad del registro electoral (...). El registro electoral obligatorio aumenta el grado de libertad de los electores, manteniendo abiertas las posibilidades de asistencia y no asistencia hasta el día de la votación (BRASIL, 2016, np).

La segunda propuesta hecha es la PEC 18/2017, que adhirió a la corriente de que el voto es una libertad, así como Brasil necesita unirse a la creciente lista de países que tienen Constituciones cuyos textos originales ya incluían o fueron modificados para incluir la opcionalidad del voto (BRASIL, 2017). En el mismo sentido, la justificación de la PEC 18/2017 fue más directa respecto al mantenimiento de la obligatoriedad del registro electoral para los mayores de dieciocho años: "pese a tornar el voto facultativo, mantiene la obligatoriedad del registro electoral, con el alcance de cuantificación y registro del electorado nacional y no hacer de la necesidad de registro un desincentivo para el ejercicio del derecho al voto" (BRASIL, 2017).

Una dificultad planteada por Luzia Helena Herrmann de Oliveira (1999, p. 149-151) es que Brasil tiene un vasto campo empírico del cual la autora extrajo conclusiones de que el voto opcional no conduciría a una mejora en la elección electoral, así como retirar la obligatoriedad de la asistencia -lo que ella llama obligatoriedad de voto- tendría un potencial efecto

desequilibrante tanto desde el punto de vista de que la legitimidad democrática se sustentaría en una cantidad mucho menor de votos, así como tornaría más deficitario un sistema electoral y partidario en boga, lo que produciría un debilitamiento del estímulo a los distintos factores individuales que animan a los ciudadanos a acudir a las urnas a elegir.

La conclusión parcial hecha aquí es que el problema del cambio de obligatorio a opcional no es jurídico, y sí más arraigado en la cultura política brasileña. Como destaca Luís R. Barroso (2015, p. 482-501), Brasil es una democracia reciente y cuya cultura acumulada a lo largo de su historia constituyó estructuras frágiles para la convivencia democrática, exigiéndose de todos la "voluntad de democracia". Ahora bajo la mirada de Norberto Bobbio (2019, p. 35-68), Steven Levitsky y Daniel Ziblatt (2018, p. 76 y s.), el régimen democrático instituye mecanismos de autoconservación, p. ej., tolerancia mutua entre oposición y gobierno, la actuación de manera que no se quiera extrapolar la propia célula democrática (ej. discursos antidemocráticos).

Según una exposición basada en los estudios de Luzia Helena Herrmann de Oliveira (1999, p. 149-151), el voto obligatorio en Brasil puede ser pensado como algo más allá de un deber sociopolítico o cívico, sino como un mecanismo de preservación del régimen político en boga, que podría evitar un ataque contra las tramas políticas brasileñas, especialmente al elegir agentes políticos en los "Poderes" mayoritarios (Ejecutivo y Legislativo) que resistan a cualquier antidemocracia discursiva y conductual (ejerciendo el freno y contrapeso de Montesquieu).

En este punto, podría estar la cuestión de cuándo el pueblo brasileño estará apto para efectivamente hacer del voto una facultad en su sentido legal, desvinculada de la obligatoriedad de la asistencia a las urnas. Siendo Brasil hipercomplejo, con una pluralidad de complicaciones sociales, económicas, culturales, étnicas y jurídicas, el tiempo dará la respuesta a este momento de cambio e implementación, pero el ahora y su futuro muestran una abrumadora aculturación política que recae sobre el pueblo brasileño, siendo necesaria la adopción de etapas o pasos paulatinamente concretados: un primero en relación a la educación, que la misma Constitución de 1988 establece que es un derecho de todos y tiene como finalidad el desarrollo personal y político (Art. 205), un segundo paso sería utilizar este marco educativo preparatorio para consolidar las reglas democráticas y fortalecer sus instrumentos de autoconservación (cambios en el sistema electoral partidario, por ejemplo), y finalmente la implementación del voto opcional, etapa final que representa lo ya recorrido.

5. Conclusiones

Comprender el voto presupone la simultánea distinción y proximidad en la acepción subjetiva de derechos políticos y derechos de nacionalidad. La primera categoría efectiva es un derecho subjetivo de Derecho Público atribuido al nacional y en relación con la participación en

la formación de la voluntad política estatal, mientras que la nacionalidad es un derecho subjetivo de Derecho Público atribuido a un determinado sujeto sobre la base y finalidad de integrarlo a una determinada comunidad política estatal.

Dando otro paso coyuntural, dentro del derecho subjetivo político, se identifican dos posiciones jurídicas básicas de gran referencia, a saber, el sufragio y el voto, que, a pesar de la etimología de la primera palabra, son distintas. La explicación del primero lleva a la del segundo, y así es que el sufragio comprende el derecho a votar y ser votado, un derecho que tiene un carácter activo (= votar) y un carácter pasivo (= ser votado), esto es, el sufragio tiene una característica activa, que corresponde al voto, y una pasiva, que corresponde al poder de concurrir al ámbito político electoral.

Otro grado de profundización implicó el análisis de la naturaleza jurídica del voto, con las corrientes que esencialmente valoran la preponderancia. Si bien la corriente del voto-deber parte de la idea de ser un deber cívico, se adhiere a la corriente del voto-derecho, y así el carácter cívico es extrajurídico, de carácter sociopolítico, así como en vista del hecho de que la obligatoriedad que la primera visión trata no es de votar en sí, sino de asistir a las urnas, pudiendo muy bien el ciudadano elegir un candidato, votar en blanco o incluso anular su voto. Además, dentro de las posiciones jurídicas activas del modelo Hohfeld-Lumia, se destaca el voto como una facultad, y así la libertad de hacer algo radica en el hecho que el ciudadano tiene la libre opción entre votar por un candidato, votar en blanco o anular el voto, siendo obligatorio para el ciudadano únicamente su asistencia a las urnas.

Lo que se puede ver frente a la distinción entre voto y asistencia es que el debate que impregna el campo jurídico-político brasileño no es sobre la obligatoriedad del voto en sí misma, sino sobre su asistencia, existiendo investigaciones comparadas que muestran una fuerte tendencia en las Constituciones a instituir originalmente o a través de reforma constitucional la opcionalidad del voto (= asistencia y, desde siempre, del voto mismo). Este movimiento a favor del voto facultativo se refleja en Propuestas de Enmienda a la Constitución, entre las cuales se destacan dos, las PEC 61/2016 y 18/2017, que fueron tramitadas en el Senado Federal (y fueron archivadas), evidenciando la adopción de una vía intermedia entre obligatorio y facultativo: se mantiene la obligatoriedad del registro electoral, pero deja a criterio del ciudadano acudir a las urnas y, en consecuencia, votar.

Considerando que los arts. 14 y 60 de la Constitución hacen mención expresa de los caracteres del voto (directo, secreto, universal, periódico y obligatorio) es que la duda surgió frente a la segunda disposición constitucional que enuncia en su § 4 los límites o limitaciones materiales al Poder de Reforma, las llamadas cláusulas pétreas. La viabilidad de llevar a cabo una reforma sin violar una cláusula pétrea (Art. 60, § 4, II de la CRFB/1988) se justifica desde dos perspectivas: individualmente, el texto que establece la cláusula pétrea habla de voto directo, secreto, universal y periódico, nada tratando de obligatorio, y lo que allí no consta está

fuera del campo intangible establecido por la limitación material; y sistemáticamente, el mismo inciso III del Art. 60, § 4 muestra que la Asamblea Constituyente no incluyó la obligatoriedad como cláusula pétrea en vista de que ella misma originalmente afirmaba hipótesis de opcionalidad y obligatoriedad del registro electoral y del voto.

El debate sobre la implementación del voto facultativo, en efecto, tiene un sustento legal, pues toca el Derecho (aún más el Derecho Constitucional), pero su verdadero debate debe hacerse en el plano cultural y político, indagándose si en una democracia brasileña reciente y con tantos contrastes problemáticos sería posible permitir que el ciudadano elija ir (o no) a las urnas, más aún frente a estudios que muestran que la obligatoriedad sirve como uno de los instrumentos para proteger las (frágiles) tramas democráticas brasileñas.

Referencias

ALMEIDA, Leonardo; LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. O voto obrigatório em contraposto à liberdade individual no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**. PUC Minas Serro. Serro, n. 9, p. 126-151, Jan.-Jun./2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 16. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Barueri: Edipro, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 jul. 2021.

BRASIL. SENADO FEDERAL. [(PEC 61/2016)]. **Proposta de Emenda à Constituição n. 61, de 2016**. Brasília (DF), [2016]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127446>. Acesso em 06 jul. 2021.

RASIL. SENADO FEDERAL. [(PEC 18/2017)]. **Proposta de Emenda à Constituição n. 18, de 2017**. Brasília (DF), [2017]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129157>. Acesso em 06 jul. 2021.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988: princípios de interpretação jurídica em geral e princípios de interpretação constitucional em especial**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de

Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **População estimada pelo IBGE segundo faixas etárias**. São Paulo, [2020] Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/populacao/1048-populacao-estimada-pelo-ibge-segundo-faixas-etarias?filters=1,1623>. Acesso em 06 jul. 2021.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: A. Giuffrè, 1998.

GUEDES, Néviton. Comentários ao artigo 14. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. New Haven: Yale University Presse, 1919.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998b.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto**. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1981.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 9. ed. São Paulo: YK, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Luzia Helena Herrmann de. Voto obrigatório e equidade: um estudo de caso. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo, v. 13, n. 4, p. 144-152, Dez./1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/QbMM4QKLbZ4pm9YH5Mxv6WK/?lang=pt>. Acesso em 06 jul. 2021.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. A felicidade pública e o devido procedimento de elaboração normativa. **Revista de Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, a. 3, p. 201-222, Jan.-Jun./2019. Disponível em: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/65>. Acesso em 03 jul. 2021.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Contrato. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, v. 26, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/1011>. Acesso em 02 jul. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: tomo I**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTAL EBC. **Pessoas acima dos 70 anos representam cerca de 15% dos brasileiros**. São Paulo, [2019] Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-brasil/2019/10/pessoas-acima-dos-70-anos-representam-cerca-de-15-dos-brasileiros>. Acesso em 05 jul. 2021.

SAMPAIO, Nelson de Souza. Eleições e sistemas eleitorais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília (DF), v. 20, n. 78, p. 173-192, Abr.-Jun./1983. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496810>. Acesso em 05 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MTIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHULZ, Fritz. **Princípios do Direito Romano: aulas de Fritz Schulz**. Tradução de Josué Modesto Passos. São João da Boa Vista: Filomática Sorocabana, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Paulo Henrique. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília (DF), v. 41, n. 161, p. 107-116, Jan.-Mar./2004.