

Constitución y voto electrónico

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

Universitat de València
<ruben.martinez@uv.es>
España

[Resumen] El paulatino establecimiento del voto electrónico ha planteado la necesidad de argumentar la adecuación de su regulación jurídica con los principios y derechos constitucionales, en particular los relacionados con el principio democrático y el derecho al sufragio. Aunque no cuentan con la misma implantación ni posibilidades en la actualidad, existe un símil problemático entre el voto electrónico presencial y el remoto que necesita ser analizado a la luz de la Constitución. El presente artículo realiza un primer acercamiento a las consideraciones constitucionales del voto electrónico, se adentra en la relación con el principio democrático y analiza la principal jurisprudencia emanada de los órganos de control de la constitucionalidad alemán y austríaco en los últimos años.

[Palabras clave] Voto electrónico, tecnología, Constitución, legitimidad democrática, jurisprudencia constitucional.

[Abstract] The gradual establishment of electronic voting need to argue the adequacy of legal regulation with the principles and constitutional rights, particularly those related to the principle of democracy and the right to vote. Although without the same implementation and possibilities at present, there is a problematic analogy between presidential electronic voting and remote electronic voting that needs to be analyzed from the Constitution. This article is a first approach to constitutional considerations of electronic voting and the relationship with the democratic principle, and analyzes the main jurisprudence emanating from the supervisory bodies of the German and Austrian constitutionality in recent years..

[Keyword] Electronic voting, Technology, Constitution, Democratic Legitimacy, Constitutional Jurisprudence
MARTÍNEZ DALMAU, Rubén . «Constitución y Voto Electrónico». En: ELECCIONES, 2013, enero-diciembre, v. 12. n.º 13, pp. 137-159.

[Recibido] 02/10/13 & [Aceptado] 11/11/13

* El presente artículo ha sido realizado en el marco del proyecto R+D del Ministerio Español de Ciencia e Innovación, con el código DER2010-16741.

INTRODUCCIÓN

El voto electrónico no ha sido generalmente objeto de interés explícito de las Constituciones, aunque sin duda se trata de una materia de incumbencia constitucional. La prueba está en que en Europa, en los últimos años, tribunales constitucionales de la importancia del alemán o el austríaco se han ocupado con cierto detalle de casos en los que estaban involucrados procedimientos de votación electrónica. A lo que cabe sumar la implantación constitucional del voto electrónico en los países latinoamericanos, donde está cada vez más presente y en auge.

El objeto de este artículo consiste en demostrar la implicación entre Constitución y voto electrónico. Ello implica el análisis de la relación entre voto electrónico y los fundamentos democráticos de todo texto constitucional como son la participación, las elecciones, la transparencia, etc. Asimismo se busca aportar, en el sentido de la relación anterior, elementos para la explicación del papel del voto electrónico en los procesos de consolidación y avance democrático en América Latina. Por último, se pretende determinar la naturaleza real de las últimas sentencias constitucionales europeas que desarrollan —de manera jurisprudencial y sistematizada— la relación entre Constitución y voto electrónico por primera vez en el viejo continente.

1. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL VOTO ELECTRÓNICO

¿Existe una relación directa entre Constitución y voto electrónico? A primera vista pareciera que no: el voto electrónico no es, por el momento, objeto directo de interés constitucional material en ninguna Constitución del mundo, ni está mayoritariamente difundido en los procedimientos de votación dentro de los sistemas electorales vigentes. De hecho, las Constituciones suelen incorporar pocos criterios formales respecto de las elecciones en beneficio de su delegación en las leyes de desarrollo. La mayor parte de las consideraciones constitucionales se refieren a elementos materiales que se consideran clave en los sistemas electorales como pueden ser la delimitación de circunscripciones, las características del sufragio, el número de escaños, etc. Sin embargo, entre ellos, aún no se ha hecho presente el voto electrónico. Las referencias a la tecnología en las Constituciones suelen ser vagas y están relacionadas con la determinación de derechos, en particular de aquellos que conciernen a la privacidad.

Esta situación no es ninguna novedad. Una radiografía de las implicaciones, en general, de las nuevas tecnologías en las Constituciones, incluso en las más recientes, nos muestra un panorama parco. Las Constituciones no solo suelen usar un lenguaje arcaico de difícil comprensión para los no iniciados —aspecto que, afortunadamente, está cambiando a medida que se democratizan—, sino que las dinámicas globalizadoras y los nuevos retos que deberían encontrar soluciones en el marco constitucional parecen no hacer mella en un contexto contemporáneo, y no actualizado, de instituciones, formas y determinación de derechos. Es como si en pleno siglo XXI necesitáramos el vocabulario y la mayor parte de los contenidos del siglo XIX. El tiempo constitucional transcurre de manera diferente a otros tiempos sociales, incluso legales e infraconstitucionales.

Y ello a pesar de la plena incumbencia material de las nuevas tecnologías de la información respecto de la Constitución, y en particular en nuestro concepto de democracia. Como se ha comentado anteriormente (Martínez Dalmau 2013: 317-321), las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se han conformado como uno de los pilares sobre los que se sustenta la globalización. La forma en que circula la información y la capacidad de interacción que se desprende de su funcionamiento colocan al individuo de la sociedad de la información y del conocimiento ante posibilidades de acción social que hace solo unas décadas requerían, si hubieran sido posibles, de mucho más tiempo e innumerables espacios de convergencia.

Las redes no sustituyen necesariamente a las plazas públicas, pero se consolidan como una más y, en determinados ámbitos, como la principal. Ello es así porque las redes cuentan con características en la interacción que facilitan la información directa e inmediata superando el factor espacio y, por tanto, con una potencialidad que aún es difícil de discernir en todos sus extremos. Si la Constitución es la norma que legitima democráticamente al resto del ordenamiento jurídico, este marco de acción globalizadora de las nuevas tecnologías debería formar parte capital de su interés.

Ahora bien, llaman la atención, desde una perspectiva comparada de los diferentes sistemas de votación electrónica, cuatro realidades que pueden percibirse con facilidad. En primer lugar, la diferencia en las escalas de implementación entre continentes —situando a la cabeza el americano y siendo aún inci-

piente en el europeo—, e incluso entre países dentro de continentes similares. En segundo lugar, y a la vista de lo anterior, que la profundidad de la presencia del voto electrónico no guarda necesariamente relación con el desarrollo tecnológico del país donde se implementa.

En tercer lugar, que la modernización de los sistemas de votación no es considerada como obligatoria en la administración electoral¹ de la mayor parte de los países europeos, cuyos ensayos siguen siendo incipientes y anecdóticos en algunos casos; mientras que en aquellos países —particularmente los latinoamericanos— donde está vigente el voto electrónico no se prevé en general, salvo también aisladas opiniones, «la vuelta atrás». Por último, que los países donde funciona el sistema de votación electrónica no cuenten necesariamente con Constituciones recientes de las cuales se obtenga el mandato directo de la modernización tecnológica o la necesidad de implicar a la tecnología en los procesos electorales.

Sin embargo, cabe preguntarse si esta ecuación lineal basada en que los países con voto electrónico no cuentan necesariamente con Constituciones recientes que lo prevean y que no existe relación directa entre desarrollo tecnológico, por una parte, y democracia y voto electrónico, por otra, nos lleva ineluctablemente a la conclusión de que el voto electrónico no es materia constitucional. De hecho, un análisis desde los objetivos constitucionales nos dirá que no es así. Si el fin de toda Constitución democrática consiste en legitimar el poder establecido e instituir canales de mayor relación —por lo tanto, de mayor legitimidad— entre la voluntad ciudadana y el poder político, el principio democrático se posiciona como la columna vertebral de la Constitución democrática.

En este ámbito, el voto electrónico puede contar con un desempeño transcendental en aquellos países que decidan avanzar hacia nuevas formas de participación democrática. Por el contrario, para las tesis escépticas, puede ser una amenaza para la propia democracia. Recordemos que no solo se trata del voto electrónico electoral, sino que abarca también otros ámbitos. En particular en el parlamentario donde se han hecho presentes diferentes modalidades de participación electrónica que cuentan además con su propia problemática

¹ A diferencia de otros sectores de la administración pública, como el financiero, por ejemplo.

fundamentada. Por ejemplo, en el caso de los órganos colegiados, nos encontramos ante la necesidad de salvaguardar la conformación democrática de la decisión colectiva basada en la argumentación instantánea, lo que podría dificultar la aplicación de procedimientos remotos de votación salvo que estos incorporen posibilidades suficientes de cierta virtualidad presencial (MARTÍNEZ DALMAU 2012: 229-245). La cuestión, por lo tanto, va más allá de la mera presencia formal del voto electrónico en las Constituciones.

De hecho, existe una relación directa entre objetivos constitucionales democráticos y voto electrónico en particular en ámbitos concretos como la implicación de la tecnología en materia de derechos y la posibilidad de mejorar los índices de calidad de la democracia. Esto conlleva a que ya podamos hablar de ciertas consideraciones constitucionales sobre el voto electrónico aunque, como se ha señalado, no se prevea de forma directa en los textos constitucionales. El hecho de que en los últimos años algunas sentencias de tribunales constitucionales se hayan pronunciado sobre la constitucionalidad del voto electrónico determina esta importancia constitucional.

Lo anterior explica, a su vez, las diferencias continentales sobre la presencia del voto electrónico. En Europa, las transiciones democráticas de buena parte de sus países se realizaron en momentos históricos distintos a los latinoamericanos y, por ende, en condiciones diferentes. Esto es, en el marco de la Constitución del Estado social que de por sí representaba un paradigma propio de legitimidad. En América Latina, los paradigmas de legitimidad han debido transcurrir por otros cauces, fundamentalmente con la recuperación de la confianza del electorado y, en algunos casos —cada vez más—, con la aprobación de Constituciones democráticas. El Estado social es todavía una asignatura pendiente en la mayor parte de los países latinoamericanos.

En este contexto, el voto electrónico ha colaborado en el cumplimiento de dos objetivos destinados a la vigencia de la Constitución. Por un lado, la construcción paulatina de un marco de fiabilidad respecto al mejoramiento de la transparencia e institucionalidad de los procesos electorales, que se ha traducido en particular en la disminución de la percepción del fraude electoral, y en especial con vistas en la necesidad de aumentar la legitimidad de los gobiernos después de experiencias autoritarias o partidocráticas. Por otro lado, la necesidad de disminuir la posibilidad de conflicto violento en sociedades amplia-

mente desiguales que produciría la falta de legitimidad de unas elecciones no transparentes y con graves deficiencias de institucionalidad. Estos cometidos están presentes en los dos países latinoamericanos pioneros en las modalidades electrónicas de votación: Brasil y Venezuela.

Respecto al primero de los objetivos, como afirma Tuesta (2004: 56) en las democracias con bajo nivel de institucionalidad, la ciudadanía exige que la organización de procesos electorales sea limpia y transparente, y que sus resultados sean incuestionables. Por ello los países de la región se han visto obligados a replantear estrategias para mantener y, en lo posible, superar sus propios desempeños en la organización de los procesos electorales.

En el caso brasileño, el fundamento de la implantación progresiva del voto electrónico desde los años noventa del siglo XX —el cual sigue en evolución—, contó en primer lugar con el cumplimiento de las disposiciones constitucionales relacionadas con la soberanía popular y la efectividad del principio democrático (artículos 1.º y 14.º, principalmente, de la Constitución brasileña de 1988). En palabras de Ayres y Bucchianeri (2008):

[...] la Justicia Electoral brasileña, al poner la tecnología nacional al servicio de la mejora de los comicios y, en consecuencia, a favor de la consecución del valor democrático, no ha hecho más que cumplir con los objetivos que figuran en un documento constitucional que, al ser tan generoso con la Democracia, fue llamado Constitución Ciudadana».

En ese sentido, podríamos afirmar que sin la introducción del voto electrónico hubiera sido mucho más compleja la transición hacia un marco de legitimidad electoral como el que hoy en día está vigente en Brasil.

El caso venezolano, a pesar de algunas sombras que pudiera haber en las elecciones presidenciales de 2013, es otro claro ejemplo de los objetivos del voto electrónico en la región. Por un lado, el modelo de democracia participativa instaurado por la Constitución de 1999 incrementó notablemente la actuación del Poder Electoral. Desde las elecciones de relegitimación de los poderes que tuvieron lugar en el año 2000, hasta los referendos sobre las modificaciones constitucionales de enmienda y reforma,² ha necesitado de una actuación constante del Poder Electoral, lo que ha derivado en la presencia cotidiana de este poder en la vida política venezolana, y un esfuerzo notable por mejorar la gestión electoral.

² Incluyendo aquí los procesos de elección en partidos políticos y organizaciones sindicales y, por supuesto, las citas electorales convocadas de forma ordinaria como las elecciones tras la finalización de cada mandato, y de forma extraordinaria como los referendos revocatorios.

Por otro lado, uno de los principales resultados en la mejora de los procesos electorales ha sido el evidente esfuerzo modernizador que ha llevado adelante el Consejo Nacional Electoral de Venezuela, lo que ha incluido la incorporación de nuevas tecnologías electorales. El proceso de automatización e incorporación paulatina del voto electrónico que arrancó en las elecciones de 1998 con la presencia de urnas electrónicas, es el principal ejemplo de este esfuerzo de la organización electoral (Martínez Dalmau 2013b). De hecho, a pesar de algunas reticencias propias de cualquier situación de cambio y polarización, lo cierto es que la automatización de las elecciones a través del voto electrónico ha permitido aumentar la fiabilidad del voto al contar con una automatización susceptible de ser auditada y de generar confianza (GONZÁLEZ, DEL NOGAL & MÜLLER 2011). Esto fue experimentado en la vida política del país en momentos cruciales, por ejemplo, en la propuesta de revocación del mandato del presidente de la República en 2004 (MARTÍNEZ DALMAU 2008) o en el referendo de reforma constitucional de diciembre de 2007 cuando se presentó una mínima diferencia electoral, a favor de la oposición.

Hoy en día existe presencia de voto electrónico con mayor o menor intensidad en buena parte de los países latinoamericanos —como en México, Argentina y Perú—, mientras que en otros se realizan estudios para su consideración e implementación. La tendencia es, en general, a favor del voto electrónico, porque estamos ante una necesidad común: la de ofrecer medios más transparentes y eficaces a favor de una transición hacia una mejor democracia lo que implica, en el caso de que estén presentes Constituciones democráticas, una mejor aplicación de la Constitución.

2. EL VOTO ELECTRÓNICO EN LA TRANSICIÓN HACIA UNA MEJOR DEMOCRACIA

En un primer balance de pros y contras, no se puede dudar de que la economía de recursos como argumento tenga importancia por dos razones. La primera de ellas radica en la significativa inversión que la implementación del sistema de votación electrónica implica desde su etapa inicial, además del presupuesto destinado al mantenimiento de los sistemas de *hardware* y a la actualización del *software*; recursos que bien podrían destinarse a otras necesidades que pue-

den considerarse más perentorias, sobre todo en sociedades con altos índices de desigualdad. La segunda razón, porque las Constituciones no suelen prever este tipo de obligaciones procedimentales, por lo que no se entienden como un mandato constitucional.

Podría decirse, desde la formalidad, que cabe tener en consideración que la modernización de la administración electoral cuenta en forma indirecta con incumbencia constitucional por cuanto el mandato de *eficacia y eficiencia* de la administración pública está presente en la mayor parte de las Constituciones vigentes. No obstante, los argumentos anteriores son más rebatibles a partir de un punto de vista material si analizamos el problema desde un prisma de transformación a medio y largo plazo.

En efecto, pocas dudas caben acerca de que la profundización en la democracia participativa sea uno de los objetivos de las Constituciones democráticas. Más democracia significa mejor Constitución, lo que va de la mano con más consultas ciudadanas: elección y revocación de autoridades, decisión sobre leyes y tratados, iniciativas populares, democratización de partidos políticos y sindicatos, etc. (TUESTA 2004: 56). Estas consultas pueden realizarse por otras vías diferentes al referéndum. La participación política ciudadana en una democracia participativa no puede limitarse a los procedimientos democráticos refrendarios. Sin embargo, la pregunta a través de las urnas es un mecanismo clave en el mantenimiento de la legitimidad de los gobiernos, incluso en la manifestación de la voluntad constituyente democrática que necesitaría, al final y cada vez que se produce de la decisión popular.

A nadie escapa que la democracia exige recursos y medios a disposición tanto de las instituciones como de las sociedades. Se trata de unos costes que, en un proceso emancipatorio, deben entenderse como inversión. En este sentido, el voto electrónico mejora la eficiencia y disminuye a largo plazo los costes electorales; pero, sobre todo, incorpora elementos de rapidez en la toma de decisiones materialmente imposibles en un procedimiento electoral tradicional. Este necesita imprimir y distribuir papeletas, lo que precisa de tiempos más dilatados, dependientes de elementos factuales sujetos a obstáculos accidentales en mayor medida que la gestión electrónica, en especial en los referendos con opciones controladas. La democracia es mejor cuanto más se facilita la participación.

Además, si se trata de crear condiciones de igualdad, qué mejor forma de hacerlo que un igual acceso a la tecnología en el marco de su utilización democrática. No es la única solución, pero forma parte de ella. La tecnificación cultural, la creación de una cultura tecnológica igualmente accesible por todos los sectores sociales, ofrece una mayor democratización de la información y de las formas de expresión, y se aproxima a importantes formas actuales de relación social. La reciprocidad entre la Constitución democrática y la transformación social no es lineal, sino dialéctica. La evolución en la primera implica el avance en la segunda. Con dificultad podrán ser realmente efectivas las transiciones hacia mejores democracias si no se evita el fraude, se anula el riesgo de manipulación dolosa en la impresión y contabilización de los sufragios, o se elimina la coacción en votos preensobrados y la compra de votos. Y en sistemas de fraude enquistado, la única forma de avanzar democráticamente es la incorporación de nuevos procedimientos electorales y nuevos controles: es aquí donde hace su aparición el voto electrónico como mecanismo al servicio de la democratización.

Lo anterior no implica que el voto electrónico sea la panacea de todos los males. Desde luego, no lo es. Cuenta con su propia problemática y riesgo particular, cuyas manifestaciones suelen subrayarse ampliamente por la doctrina: el fraude electrónico, las deficiencias electrónicas que pueden traducirse en la pérdida accidental de los resultados, la denominada barrera tecnológica, el voto nulo considerado o no como derecho, etc. (MARTÍNEZ DALMAU 2006). Algunas experiencias de voto electrónico no han sido tan positivas al final como se preveía (BUSANICHE et al. 2008). Pero se trata de un conjunto diferente de problemas que pueden ser mejorados con el proceso de aprendizaje en el que nos hemos adentrado y que van tomando un perfil de solución técnica y jurídica.

La mayor parte de la doctrina asume posiciones intermedias respecto de las posibilidades constitucionales del voto electrónico: no es globalmente constitucional o inconstitucional, sino que asume su constitucionalidad en la medida en que cumple con los parámetros que una Constitución determina y con los objetivos de su cumplimiento. Gálvez y Ruiz (2011), previa revisión de las experiencias comparadas y de la literatura especializada al efecto, han determinado cinco variables sin cuyo cumplimiento el voto electrónico no podría ser aceptado constitucionalmente. Estas son:

SEGURIDAD O FIABILIDAD TÉCNICA

Se refiere a la seguridad de las urnas o comunicaciones electrónicas, a las garantías técnicas precisas que aseguren la autenticidad de los resultados electorales y que se traduce en diseñar y proteger de forma adecuada los canales de emisión, recepción y custodia de los votos para evitar la modificación deliberada de la información y garantizar que los votos se graben de forma fiel, incluso en el caso de accidente que pudiera producir el borrado o modificación de datos.

PRINCIPIOS BÁSICOS DEL SUFRAGIO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADOS

Se trata de los principios de universalidad, libertad, igualdad, personalidad y secreto que no se respetan en toda su plenitud en el voto en papel, por lo que su garantía en el voto electrónico parece imprescindible para mejorar la situación existente.

INTEGRACIÓN ARMÓNICA EN EL RÉGIMEN ELECTORAL

El voto electrónico no es una pieza independiente del régimen electoral que pueda contemplarse de forma aislada, sino que se inserta en un contexto normativo determinado en el que debe integrarse de la forma más armónica posible y mantenga, de esta manera, la coherencia del ordenamiento jurídico.

CONSENSO O ACEPTACIÓN POR PARTE DE LOS IMPLICADOS

Para poder introducir el voto electrónico es necesario contar con la aceptación de todos o la mayor parte de los sujetos afectados, específicamente partidos políticos y electores. El voto electrónico no puede convertirse *ab initio* en un factor de confrontación política porque, si ello ocurriera, el fracaso del voto electrónico estaría asegurado. En esta línea, los electores deben considerar el voto electrónico como próximo, fiable y comprensible.

LIMITACIÓN DE COSTES

El coste del voto electrónico debe ser socialmente asumible y proporcional al fin que persigue, y no se debe poder lograr el objetivo perseguido, con estándares de calidad parecida, pero por vías menos costosas en términos económicos, teniendo en cuenta la primera inversión en máquinas electrónicas y en formación.

Cabe considerar que la mayor parte de los problemas propios del voto electrónico presencial se agudizan cuando nos referimos a un entorno no controlado: el conocido generalmente como voto por Internet, aunque hablando con precisión sería un voto electrónico remoto porque el uso de una u otra red cambia de acuerdo con el sistema utilizado. Las experiencias, como la de Noruega (BARRAT 2012) son todavía pocas; pero los problemas teóricos que se plantean siguen sin contar con remedios claros que solucionen los problemas de constitucionalidad que, como hemos visto, pueden ensombrecer algunos aspectos del voto electrónico en entorno controlado. En el caso del voto remoto se acrecientan algunos de los problemas ya planteados, y requiere para un correcto análisis de soluciones válidas a las cuestiones de fiabilidad, seguridad y conocimiento que ya hemos comentado.

Las posturas más escépticas dudan, en general, de la posibilidad de que el voto a través de la red pueda llegar a ser constitucional. De acuerdo con Gálvez (2009), esta modalidad plantea graves problemas para la integridad de la mayoría de los principios del sufragio. Es difícil garantizar que el voto lo emita realmente el elector y no otra persona por él; que lo haga en un ambiente de plena libertad, sin coacción de ningún tipo; y que el sentido de su voto vaya a permanecer en secreto, sin poder ser espionado o desvelado por nadie.

Además, cabe citar la pérdida de control de la votación por parte de los electores (miembros de mesas electorales) y de los militantes de los partidos (interventores) en beneficio de los profesionales de la informática. El autor introduce algunos elementos sociológicos, desde luego menores en importancia, como «el menoscabo del rito de las elecciones, que tanta importancia tiene como factor de integración de la comunidad» (GÁLVEZ 2009: 263).

No parecen argumentos difícilmente rebatibles: la garantía de la personalidad del votante a través de diferentes mecanismos de seguridad, como certificados electrónicos y claves personales, no es cuestionado en otros ámbitos públicos,³ por lo que tampoco debería serlo en el marco de la administración electoral. Los sistemas electrónicos de votación implican la utilización de aparatos técnicos en operaciones electorales, y por lo tanto debe preverse un proceso de certificación que, si bien se asemeja en líneas generales al utilizado en otros sectores industriales, debe forzosamente incluir ciertos matices (BARRAT 2007). Asimismo la presencia de los interventores de partidos y ob-

³ Nuevamente, por ejemplo, en el marco de la administración financiera.

servadores en general, aunque diferente, no desaparece simplemente a causa del voto electrónico, puesto que el depósito manual del voto en la urna es una fase más de un procedimiento electoral complejo que cuenta con muchas más aristas en su desarrollo.

Ninguna garantía es por naturaleza absoluta y el voto presencial manual no garantiza que no haya existido previamente una opción determinada por un tercero y preensobrada utilizando, además, el material electoral que se reparte a domicilio. Este último responde a uno de los mecanismos más conocidos en la compra de votos. De hecho, solo el voto electrónico presencial en entorno controlado podría evitar este tipo de fraude electoral al eliminar los sobres y, por lo tanto, las papeletas preensobradas. Lo mismo puede aducirse respecto a la coacción, porque esta no se produce solo en el centro de votación sino en el marco personal del elector, por lo que —como se ha demostrado desde la sociología electoral— ha sido una constante en el comportamiento electoral durante siglos.⁴ Se trata de situaciones sociológicas que cuentan en esencia con la misma problemática en el caso del voto manual y del voto electrónico remoto.

Como hemos adelantado, uno de los elementos coadyuvantes a la transparencia del sufragio es la observación electoral, que en el marco del voto electrónico es cercada por una problemática particular. De acuerdo con Jordi Barrat (2012), la observación electoral lleva implícito el requisito de la transparencia como forma independiente de verificar que los votos han sido correctamente procesados, y en este sentido los dispositivos informáticos utilizados en el caso del voto electrónico pueden comportar ciertos problemas: este, ciertamente, es más difícil de observar porque no podemos usar la simple visión para ello. La introducción de tecnologías electrónicas de votación exige diferenciar entre aquellos trámites que pueden ser observados según las pautas tradicionales de control de aquellos otros que, por su carácter informático, necesitan tanto la participación de personas con conocimientos especializados como la adaptación de los plazos en los que se desarrolla la observación. Es cierto que en el caso del voto electrónico remoto, en particular, estas dificultades se agudizan; pero ello no significa que no puedan buscarse soluciones satisfactorias y generalmente aceptadas, con la vista puesta en objetivos superiores.

⁴ Por ejemplo, para el caso español (VARELA 2001).

Más serio parece el argumento de la seguridad que, desde luego, en Internet no está plenamente solucionado. Aunque, como se ha hecho referencia, el uso de ordenadores personales puede estar certificado por la firma digital, el recorrido de la decisión a través de la red es aun vulnerable por parte de diferentes elementos externos. Para González de la Garza (2009), el uso de Internet supone que el sufragio que se envíe entre los electores y los servidores de la administración electoral podría salir del país para regresar posteriormente a este. En el proceso de *externalización*, el sufragio viajaría por redes extranjeras, públicas algunas de ellas, aun cuando la mayoría es de origen privado. Al transitar por estas, reenvían los datos que se encuentran en su dominio hasta alcanzar el objetivo final. Una vez que la información electoral (datos de tráfico electoral) llega a su destino, habrá podido ser retransmitida por decenas de ordenadores intermedios que son parte de la red. En ese sentido, González de la Garza sostiene que:

Esa característica operativa de Internet debería ser, en rigor, suficiente para prohibir el uso del voto electrónico remoto en redes abiertas como Internet [...]. Un Estado serio y responsable no puede incurrir, pensamos, en tal arbitrariedad ya que lo que él mismo debe garantizar, en primer lugar, es la efectiva seguridad e integridad del proceso de sufragio, y el dominio absoluto de las condiciones que garanticen tal integridad (2009: 179).

Aunque se trata de una posibilidad más remota que real, puesto que los actuales sistemas de encriptamiento se desarrollan a favor del uso seguro de la red⁵ y es factible pensar en redes cerradas y particulares que no cuenten con vulnerabilidad desde el exterior que pudiera adjudicarse a Internet, lo cierto es que este argumento toca en la llaga de un posible déficit de constitucionalidad: la probable falta de confianza del elector en el sistema. Se trata de un elemento psicológico y de formación, cuyo estudio correspondería con más propiedad a la teoría de la legitimidad que al análisis jurídico-político, que no cuenta con solución fácil, y que es un problema común en los sistemas de votación electrónica presenciales y remotos.

Pero ello no solo afecta a esta modalidad electrónica: que el elector confíe o no en la limpieza de las elecciones y en la relevancia de su voto, no depende

⁵ Suele traerse a colación ejemplos de la administración financiera como el pago de impuestos o de las transacciones comerciales.

(solo) del carácter manual o electrónico del voto, sino además de un conglomerado de factores relacionados con el procedimiento, las formas de control, la capacidad de auditoría del voto, entre otros. Si obedeciera exclusivamente al carácter manual o electrónico, no existirían dudas ni impugnaciones durante la celebración de cualquier votación realizada de acuerdo con los estándares tradicionales lo que, como se puede observar con claridad en cualquier proceso electoral, no suele ocurrir.

Ahora bien, qué duda cabe de que la naturaleza electrónica del voto es un factor relativamente novedoso, y que solo con la práctica irá librándose de los miedos que corresponden a cualquier novedad. De hecho, el elemento confianza es el centro en torno al cual han argumentado las decisiones jurisprudenciales más conocidas sobre las debilidades de legitimidad constitucional con que, por el momento, cuenta el voto electrónico. Decisiones que analizamos en adelante en su núcleo fundamentador más relevante.

3. CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES FRENTE AL VOTO ELECTRÓNICO

No es habitual que los procedimientos de votación, en general, lleguen ante las cortes constitucionales por la sencilla razón de que operan de acuerdo con fórmulas tradicionales ampliamente contrastadas, y escasamente son sujetos de innovaciones. Estos procedimientos solo son de interés del máximo intérprete constitucional cuando pueden afectar al derecho del sufragio o cuando atentan contra contenidos principistas de la Constitución. Es el caso de dos sentencias dadas en los últimos años que han constituido las primeras decisiones tribunales constitucionales sobre los procedimientos electrónicos en un continente como el europeo donde, como hemos mencionado, el voto electrónico no está implantado de forma general ni uniforme, sino que en el mejor de los casos es incipiente. Las dos decisiones se han dado en el marco de tribunales constitucionales ampliamente reconocidos. Se trata de la sentencia del 3 de marzo de 2009 del Tribunal Constitucional alemán (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07), y la sentencia del 13 de diciembre de 2011 del Tribunal Constitucional austríaco (G10/11, V 6/11-10).⁶

⁶ Un resumen de ambas sentencias puede verse en Fernández Riveira (2013).

El caso alemán tuvo lugar respecto a las elecciones de la Cámara baja (Bundestag) alemana que se realizaron en 2005.⁷ Alrededor de dos millones de electores de cinco Estados federados votaron a través de un sistema de voto electrónico producido por la compañía holandesa Nedap y distribuido por una empresa alemana. No era el primer intento: desde la década de 1950, Alemania ha buscado el reemplazo del tradicional conteo manual de sufragios a través de aparatos electorales. Para ello, la legislación electoral había sufrido modificaciones dos años antes de las elecciones. El Tribunal Constitucional alemán llegó a la conclusión de que el uso de máquinas de votación tal y como se había establecido en las elecciones referidas no eran constitucionales porque violaban los principios constitucionales del sufragio determinados en los artículos 20.º y 38.º de la Ley Fundamental de Bonn (LFB), en particular el de publicidad, que lo extrae el Tribunal de forma tácita del texto constitucional puesto que no se prevé de manera expresa. La modalidad de voto electrónico empleada no garantizó este principio de publicidad de las elecciones, por el cual el ciudadano debe tener pleno control de los pasos del procedimiento electoral y de sus resultados.

Como puede observarse, se subraya en la sentencia un problema clave: la fiabilidad. La falta de existencia de un comprobante físico fue decisiva en la medida del Tribunal, porque actuaba en menoscabo de la fiabilidad del proceso electoral. En palabras del propio Tribunal, en la sentencia aludida:

Los votos fueron registrados exclusivamente por una memoria electrónica. Ni el elector ni las juntas electorales o los ciudadanos presentes en el local electoral pudieron verificar si el voto emitido fue registrado auténticamente por el aparato electoral. Por medio del indicador en la unidad las juntas electorales solo podían reconocer si el aparato electoral registraba un voto, pero no sobre si los votos fueron registrados por los aparatos electorales sin modificaciones de contenido. Los aparatos no tenían previsto la posibilidad de un registro de los votos independiente del módulo de memoria de votos, que le permitiese a cada elector la verificación de su votación (§155).

A ello cabe añadir que las dificultades de comprensión por parte de los votantes, las medidas compensatorias como certificaciones y auditorías previas, no serían suficientes ante la pérdida de control por parte de los ciudadanos, y ningún argumento cuenta con el peso suficiente para que estas dificultades puedan

⁷ La traducción al castellano de la sentencia está disponible en Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cuarta época, vol. 1, n.º 6, 2010, pp. 509-545.

considerarse excepciones constitucionalmente admitidas (BARRAT 2009: 4-6). Como afirma Pérez Corti (2010), la inconstitucionalidad no se pronuncia en relación con el denominado «voto electrónico» ni con respecto de las «computadoras electorales» o «urnas electrónicas», sino que se refiere directamente a cuestiones de índole reglamentarias y operativas concernientes al poder de policía electoral reglamentario y de ejecución, al que no siempre se le presta la atención que su importancia merece. De hecho, incoherentemente con la decisión finalmente tomada, el Tribunal no ordenó la repetición de las elecciones. Las consecuencias prácticas electorales fueron calificadas de marginales, puesto que no había indicios de funcionamiento incorrecto ni de manipulación, por lo que determinó la prevalencia del mantenimiento de la representación popular frente a los errores electorales constatados.

En el caso austríaco, la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de diciembre 2011 también incidió en que el problema de los vicios de inconstitucionalidad no aparece materialmente con el voto electrónico, sino con su instrumentación (FERNÁNDEZ RIVEIRA 2013). En esa ocasión se trataba de unas elecciones públicas, pero sectoriales: las de representantes al Sindicato de Estudiantes, corporación de Derecho Público de afiliación obligatoria en el sector, que tuvieron lugar en 2009. La legislación, que no fue declarada inconstitucional por el Tribunal, determinaba un procedimiento de sufragio que permitía que el elector eligiera entre el voto electrónico o la papeleta tradicional. Pero la reglamentación para usar el voto electrónico, tal y como se había instrumentalizado en la normativa de desarrollo, era inconstitucional a entender del Tribunal Constitucional por tres razones principales:

En primer lugar, no se podía asegurar que el voto y el votante no pudieran ser identificados, bien por la Comisión electoral organizadora de las elecciones, bien por quien tuviera posteriormente acceso a los datos, lo que podía atentar contra el secreto del voto;

En segundo lugar, no quedaba relegada suficientemente la amenaza de intrusión ilegítima en el *software* de terceras personas, los conocidos como *hackers*, con fines maliciosos y con voluntad de alterar la decisión democráticamente tomada; y,

en tercer lugar solo técnicos suficientemente preparados podían supervisar el código fuente, lo que mermaba la transparencia y la fiabilidad del voto al disminuir la capacidad de observación electoral por parte de la ciudadanía en general, puesto que esta preparación no está al alcance de todos ciudadanos.

Se trata de debilidades que imposibilitan jurídicamente cierta adecuación de la normativa de desarrollo al principio democrático, pero que dejan salvada la constitucionalidad del voto electrónico globalmente considerado.

Se puede observar que las dos decisiones no censuran —no habría razón para hacerlo— al voto electrónico como mecanismo de votación, sino que, como no podría ser de otra manera, lo condicionan a los requisitos constitucionales. A pesar de que la voz de alarma sonó cuando se dieron a conocer ambas sentencias constitucionales con cierta algarabía por parte de las posturas más escépticas, lo cierto es que, como afirma Fernández Riveira (2013: 5-6) los dos fallos convergen en una serie de aspectos comunes: el voto electrónico como herramienta en los procesos electorales se encuentra en construcción; su uso es perfectamente compatible con los principios constitucionales electorales generalmente exigibles en un gobierno democrático, y no caben decisiones generales, sino que habrá que analizar el tipo concreto de voto electrónico, cómo se ha diseñado y cómo se ha utilizado y ejecutado, para decidir acerca de su uso.

Las dos sentencias tratan, en definitiva, sobre el avance en el marco de las posibilidades coyunturales del voto electrónico, necesariamente limitado por la contingencia, pero que no pueden perder de vista el objetivo estratégico de su función en la transición hacia una mejor democracia. Se trata de entender el voto electrónico incorporado en la estrategia de aplicación de la Constitución en el marco de sus posibilidades.

4. CONCLUSIÓN: EL VOTO ELECTRÓNICO EN SU COYUNTURA

Como se ha comentado anteriormente (MARTÍNEZ DALMAU 2013: 331-332), la modernización tecnológica en el marco de la globalización es

ineludible. Mantener viejas soluciones para los nuevos problemas no producirá otro efecto que el más pernicioso: debilitar el sistema jurídico democrático y crear una situación de injusticia general que, en el mejor de los casos, dejará para la posterioridad la resolución de los problemas planteados. Pero en el caso del voto electrónico, no se trata solo de que el futuro sea ineludible, sino que sin la modernización tecnológica de los mecanismos de participación estos quedarán mermados, lo que actuaría en detrimento de los avances democráticos que nuestras sociedades pueden estar dispuestas a experimentar.

Como hemos visto, el fundamento de buena parte de las críticas escépticas respecto al voto electrónico se cimenta en la inexistencia de fórmulas físicas para demostrar cuál ha sido la voluntad real del elector en caso de problemas con la mesa. Ello puede subsanarse con la introducción de un rastro físico, aunque sea a modo de comprobante, es decir, para hacer posible la auditoría material posterior sobre la decisión reflejada en un documento físico. En el transcurso de estas situaciones complejas, que no se dan en todos los casos,⁸ parece coyunturalmente importante la necesidad de que el voto electrónico deje un rastro de papel y que este sea depositado en un recipiente, puesto que es justo la constancia de que los votos físicos son susceptibles de ser auditados lo que ofrece garantía democrática a las elecciones, mientras que esta auditoría puede ser cuestionada cuando existen solo votos puramente electrónicos, sin comprobante físico.

Los juristas se plantean, en estos casos, cuál es la naturaleza jurídica del papel depositado en el recipiente, es decir, si es o no propiamente el voto material. También se plantean qué puede ocurrir cuando el elector manifiesta haber optado por una opción diferente de la que a continuación es señalada en el papel que emite la máquina electoral. La primera cuestión cuenta con más soluciones que la segunda. La diferencia entre el voto electrónico presencial y la urna electrónica es el valor jurídico de la decisión del elector, que es la opción electrónicamente validada en el primero de los casos, y la papeleta inserta en la urna electrónica, en el segundo. Por lo tanto, en el procedimiento de votación electrónica con rastro de papel, el voto realmente válido —es decir, el que cuenta con naturaleza jurídica de sufragio— es la opción electrónica. El rastro en papel es un justificante de haber emitido esa opción, y su único valor

⁸ Un ejemplo interesante es el ensayo de voto por Internet realizado en Noruega (BARRAT 2012).

político es el de posibilitar la auditoría física posterior (MARTÍNEZ DALMAU 2006; GARCÍA SORIANO 2008: 103).

En estos momentos, si no hay recibos en papel se hace imposible la auditoría del voto por parte de cualquier ciudadano que no posea cierta pericia informática, que es el caso de la mayor parte de la población. Parece, por lo tanto, conveniente en la implantación paulatina del voto electrónico. Se trata de una medida coyuntural, que no determina en ningún caso que el voto electrónico sin comprobante físico no pueda ser transparente y objeto de auditoría democrática. Sin este comprobante, como afirma Barrat, un individuo no tendría ya un control personal y directo sobre el proceso, de tal forma que su confianza dependerá mediatamente de los datos proporcionados por terceras personas, normalmente un selecto grupo de expertos especializados en estas materias.

La ciudadanía habría delegado su tarea de control y, por lo tanto, la confianza del ciudadano deberá ser establecida a través de medios diferentes a los hasta ahora contemplados. Los ciudadanos medios deberán decidir hasta qué punto tal metodología especializada de observación electoral es suficientemente independiente, transparente y plural como para confiar en ella (BARRAT 2012: 338-339). La emancipación de los comprobantes en papel dependerá, finalmente, de la confianza depositada en terceros que sean capaces de observar técnicamente con criterios de pluralidad y objetividad el uso y trámite del voto electrónico; o de formarse por sí mismos en la especialidad técnica que les permita este tipo de observación no tradicional.⁹

Pero la comprensión técnica de los elementos más complejos será, en un futuro, mucho más cercana de lo que puede ser en la actualidad. Existirán condiciones propicias para ello a medida que la población se incorpore en un conocimiento que no será solo necesario para el campo electoral, sino para otros muchos ámbitos de actividad social, individual o colectiva. Una gran parte de la población no sabía leer ni escribir hace cien años, y los procedimientos electorales debían prever estas situaciones que se producían con habitualidad; hoy en día son excepciones.

⁹ Lo que, por cierto, no es una novedad en los procedimientos electorales, que prevén en determinados casos, por ejemplo, el voto asistido, que consiste en el acompañamiento de la persona con discapacidad visual por un tercero de su confianza a la hora de proceder al sufragio.

Como afirma Reniu (2008) algunas medidas dotarán de confianza al proceso de votación electrónica, como el establecimiento de protocolos claros y transparentes para la realización de auditorías técnicas. Las autoridades electorales deberán permitir la libre realización de dichas auditorías por parte de los colectivos de ciudadanos que así lo soliciten, tuvieran o no vinculación partidista concreta. En ese sentido, según Reniu, debería:

[...] permitirse el acceso al código fuente y a la inspección de todo el proceso de fabricación de las urnas electrónicas o de preparación de la plataforma remota de votación, así como también exigirse a dichos colectivos el seguimiento de un protocolo de auditoría previamente establecido (2008: 42).

El acceso al código fuente concede virtualmente a toda persona que se prepare para ello la capacidad de observar la limpieza de las elecciones y, con ello, el cumplimiento cabal con los preceptos constitucionales.

Finalmente, no es posible dar por terminadas estas consideraciones sobre la relación entre voto electrónico y Constitución sin tener en cuenta un elemento sustantivo en ella: la posibilidad de que la Constitución prevea sistemas de votación electrónica en la integralidad del derecho al sufragio con todas sus garantías y, con ello, avance en el marco de la modernización tecnológica, como se ha hecho en otros ámbitos como la protección de derechos por las amenazas en la informática o las garantías de privacidad. No cabe duda que la Constitución que avance en este diseño será no solo pionera, sino portadora de realidades que facilitarán la toma de decisiones democráticas y ayudarán, por lo tanto, a un mejor gobierno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, Carlos & María Claudia BUCCHIANERI

2008 «La informatización del proceso electoral brasileño: tecnología al servicio de la democracia». En *Elecciones*, vol. 7, n.º 8, pp. 13-23.

BARRAT I ESTEVE, Jordi

2007 «Los procesos de certificación de los sistemas electrónicos de votación». En *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 4, pp. 157-192.

2009 «Observación electoral y voto electrónico». En *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 39, pp. 1-12.

2012 «El control democrático del voto electrónico. A propósito de las novedades del sistema noruego de voto por internet». En NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (coord.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 335-341.

BUSANICHE, Beatriz et al.

2008 *Voto electrónico. Los riesgos de una ilusión*. Buenos Aires: Vía Libre.

FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María

2013 «Argumentos de dos tribunales constitucionales en materia de voto electrónico: Alemania y Austria». *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 13, pp. 1-27.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis

2009 «Aproximación al voto electrónico presencial: estado de la cuestión y recomendaciones para su implantación». En *Teoría y realidad constitucional*, n.º 23, pp. 257-270.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis & José RUIZ GONZÁLEZ

2011 «El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral». En *Revista de Derecho Político*, n.º 81, pp. 253-274.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta

2008 «Aspectos jurídicos del voto electrónico y las garantías de la integridad del proceso electoral». En *Elecciones*, vol. 7, n.º 8, pp. 87-110.

GONZÁLEZ, José; DEL NOGAL, José & Roger MÜLLER

2011 «Venezuela: el voto electrónico. Auditorías y legitimidad del sistema automatizado de votación». En *Espacio Abierto*, vol. 21, n.º 2, pp. 305-321.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, Luis Miguel

2009 «Voto electrónico por Internet y riesgos para la democracia». En *Revista de Derecho Político*, n.º 74, pp. 163-209.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén

2006 *Voto electrónico, democracia y participación*. Caracas: Vadell Hermanos.

2008 «Observación electoral internacional y voto electrónico: el caso de Vene-

- zuela». En AA.VV., *Observación electoral internacional. Sentido, actores y retos*. Valencia: Ediciones del CEPS.
- 2012 «Aspectos diferenciales del uso del voto electrónico en los procesos electorales y en los órganos colegiados». En *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 25, pp. 229-245.
- 2013a «Constitucionalismo y democracia ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación». En NOGUERA, Albert (coord.), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 317-332.
- 2013b «Polarización política, administración electoral y voto electrónico en Venezuela». En *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 13, pp. 1-23.
- PÉREZ CORTI, José
- 2010 «Los principios generales del Derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico». En *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. En Cuarta época, vol. 1, n.º 6, pp. 547-568.
- RENIU VILAMALA, Josep
- 2008 «Ocho dudas razonables sobre la necesidad del voto electrónico». En *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 6, pp. 32-44.
- TUESTA SOLDEVILLA, Fernando
- 2004 «El voto electrónico». En *Elecciones*, n.º 3, pp. 55-80.
- VARELA ORTEGA, José (dir.)
- 2001 *El poder de la influencia. Geografía del caciquismo en España (1875-1923)*. Madrid: Marcial Pons.

[Sobre el autor]

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

Es profesor titular de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia y licenciado en Ciencias Políticas por la UNED. Diplomado en Derecho Constitucional de la Academia Internacional de Derecho Constitucional y diplomado de Estudios Avanzados en Ciencias Políticas por la UNED. Realizó estudios postdoctorales en la Universidad Federico II de Nápoles. Dirige el Diploma en Observación y Asistencia Electoral y Observación Electoral Internacional de la Universitat de València. Forma parte del grupo de investigación sobre voto electrónico (<http://evol2.wordpress.com/>). Dirige «Democracia +, grupo interuniversitario de investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo», y el grupo de investigación sobre nuevas tecnologías y constitucionalismo democrático de la Universitat de València.