

LA ADMISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL VOTO POR INTERNET PARA LOS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO DE LA CIUDAD DE MÉXICO *JURISPRUDENCE ON E-VOTING FOR ABROAD RESIDENTS FROM MEXICO CITY**

Netzaí SANDOVAL BALLESTEROS**

RESUMEN: El texto analiza las sentencias de los tribunales mexicanos en torno al voto electrónico y las compara con los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional alemán. Se argumenta que el e-voto para los residentes en el extranjero encuentra en el principio de universalidad del sufragio un argumento sólido que permite justificar algunas de sus consecuencias negativas en los derechos ciudadanos; concretamente justifica la falta de supervisión directa de los ciudadanos del proceso electoral, cuando se vota por Internet. Sin embargo, se sostiene que este mismo argumento no justificaría la sustitución absoluta del voto presencial. El tema analizado resulta trascendente, pues en el caso particular, el voto por Internet fue una creación de las autoridades electorales que tuvo valor vinculante, pero que carecía de un fundamento específico en ley. Esta peculiaridad nos permite afirmar que el e-voto en México ha sido admitido jurisprudencialmente, antes que legal o parlamentariamente. Se analiza también algunas de las características del voto por Internet para la ciudad de México, como la imposibilidad de emitir un voto en blanco.

Palabras clave: voto por Internet, voto electrónico, Tribunal Electoral, Tribunal Constitucional alemán.

ABSTRACT: The text analyzes the Mexican court judgments around electronic voting and compares the criteria supported by the German Constitutional Court. It is argued that e-voting for abroad residents has a strong argument in the principle of universal suffrage that can justify some of its negative impact on citizens' rights, specifically justifies the lack of direct citizen oversight of the electoral process, when you vote by Internet. However it is argued that this argument does not justify the complete substitution of the vote in person for people living in Mexico City. The issue discussed is important, because in the particular case, e-voting was a creation of the electoral authorities that was binding, but they lacked a specific basis in law. This peculiarity allows us to say that e-voting in Mexico has been admitted by jurisprudence, before legally or congressionally. The text also discusses some of the features of Internet voting for the City of Mexico, as the inability to cast a blank vote.

Keywords: e-voting, Electoral Court, German Constitutional Court.

* Artículo recibido el 9 de enero de 2014 y aceptado el 29 de septiembre de 2014.

** Profesor de derecho constitucional en la Universidad Iberoamericana. Doctorante en derecho en la Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La ponderación de principios como exigencia de razonabilidad en las sentencias de los tribunales: una coincidencia entre las teorías de Viehweg y Dworkin*. III. *La decisión de la Corte Constitucional Federal de Alemania en torno al voto electrónico*. IV. *El principio de universalidad del sufragio como argumento en pro del voto por Internet de los residentes en el extranjero*. V. *El acuerdo del Instituto Electoral del Distrito Federal para establecer el voto por Internet de los residentes en el extranjero*. VI. *La sentencia del Tribunal Electoral del Distrito Federal que revocó el voto por Internet*. VII. *La sentencia definitiva del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que admitió el uso del voto por Internet: la ponderación ausente*. VIII. *La sentencia del Tribunal Electoral del Distrito Federal que eliminó el voto en blanco por Internet*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En 2012, por primera ocasión en la historia de la ciudad de México, se buscó permitir el voto de los residentes en el extranjero a través de Internet. Resulta interesante saber que el acta de emisión de resultados por Internet se levantó a las 18:20 horas del primero de julio (apenas 20 minutos después de cerrada la votación), por lo que los votos vía Internet fueron los primeros que contaron oficialmente en la ciudad de México.

Teóricamente el voto por Internet puede considerarse una forma más de e-voto, por lo que se puede estimar que existían algunos precedentes al respecto. La autoridad electoral local lleva mucho años trabajando en proyectos como la urna electrónica y ha realizado una fuerte tarea de cabildeo entre los legisladores locales para que dichos instrumentos sean admitidos en la legislación local.

México es un país que ha invertido increíbles sumas de dinero en un esfuerzo por legitimar sus elecciones y por ello las autoridades electorales, que tienen a su disposición presupuestos anuales millonarios, han tenido la tentación de “modernizar” los procesos electorales mediante la implementación de nuevas tecnologías.

En la elección del 1 de julio de 2012 para jefe de gobierno del Distrito Federal se empleó el voto por Internet, pero restringido a los ciudadanos residentes en el extranjero. Sin embargo, el voto por Internet resulta una creación de carácter fundamentalmente reglamentario, pues la legislación local no contempla normas específicas, reglas o límites para esta modali-

dad de votación. Ello generó — como era de esperarse — múltiples dudas y debates en torno a su viabilidad así como sobre sus características.

Este trabajo pretende analizar lo que hemos llamado la admisión jurisdiccional del voto por Internet, que respaldó dicha creación reglamentaria y especialmente la argumentación jurídica que se encuentra detrás de esta decisión. Un objetivo central será establecer primero un estándar mínimo para evaluar la argumentación de las sentencias y posteriormente evaluar si las sentencias mexicanas sobre voto por Internet, cumplieron con dicho estándar de razonabilidad. Finalmente estaremos en condiciones de plantear mejoras sustanciales al modelo de voto por Internet, que permitan reformularlo con miras a cumplir en el futuro con el ideal de optimizar los principios en conflicto.

II. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO EXIGENCIA DE RAZONABILIDAD EN LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES: UNA COINCIDENCIA ENTRE LAS TEORÍAS DE VIEHWEG Y DWORKIN

Como ha señalado Manuel Atienza, la relevancia que ha adquirido la argumentación jurídica en tiempos recientes puede relacionarse con la idea de que la Constitución tiene un carácter obligatorio o normativo, es decir que debe encontrarse vigente. A ello contribuyó la creación y cada vez mayor relevancia de los tribunales constitucionales:

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal — legislativo — de derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece, por ello, bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.¹

¹ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 11.

Resulta necesario admitir también que la moderna argumentación jurídica va más allá del mero silogismo lógico. Es decir, no bastaría un silogismo en la sentencia para justificar la decisión que adopta el juez. Creemos que la forma de superar la postura formalista que ve a los jueces como simples aplicadores de las leyes (o de las reglas) pasa por reconocer que la argumentación jurídica moderna debe llevarse además al ámbito de los principios.

Desde nuestra perspectiva, la función que tienen los *topoi* o lugares comunes en la teoría de Theodor Viehweg, pueden ser muy parecida a la de los principios en los que, más tarde, pondrá el acento Dworkin. Exponiendo las teorías de Viehweg, Manuel Atienza señala:

Así pues, la tópica es (de acuerdo con la distinción de Cicerón a que antes se aludía) un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas —de tópicos— que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional, elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. A ello se contraponen el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas.

Por otro lado, los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona. Ahora bien, el problema esencial que se plantea con su uso radica en que los tópicos no están jerarquizados entre sí, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos, que llevarán también a resultados diferentes.²

Se observa que los tópicos pueden entrar en conflicto al ofrecer argumentos para resolver una misma cuestión de formas opuestas (tal como los principios de Dworkin). Otros expertos en la teoría de Viehweg han conceptualizado el papel de los *topoi* señalando:

El hecho de que tales premisas no lleguen a convertirse en auténticos axiomas sobre los que se pudiera asentar un perfecto sistema lógico, obedece al carácter siempre discutible de las proposiciones con que la tópica trabaja.

² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 34.

Ese carácter viene determinado por la permanencia del problema, permanencia ligada a la constante evolución de la vida social, a la necesidad de interpretación inherente a todo lenguaje ordinario y a la prohibición del *non liquet*.

¿De dónde extrae la tópica esas premisas con las que se opera el trabajo jurídico de solución de problemas? Conforme a la teoría de Viehweg, la función principal al respecto la realizan los *topoi*. Dice Viehweg que cuando tropezamos con un problema procedemos de manera tal que tomamos a modo de prueba puntos de vista elegidos más o menos arbitrariamente. Mediante su ponderación se trata de obtener las premisas adecuadas al caso. Si hacemos este proceder, que normalmente no cobra forma explícita, objeto de una investigación atenta, veremos cómo determinados “puntos de vista directivos” encauzan la respectiva orientación. A eso lo llama Viehweg “tópica de primer grado”. La búsqueda de una mayor seguridad lleva a procurarse apoyo en “repertorios de punto de vista” con lo que surgen “catálogos de tópicos”. El proceder que los utiliza recibe la denominación de “tópica de segundo grado”.³

En adelante trataré de mostrar que la idea de *topoi* en Viehweg, tanto en la forma de explicar tal concepto como en su uso dentro de la argumentación jurídica, se asemeja a la idea y la función de los principios de Dworkin.

La distinción de Dworkin entre reglas y principios tiene una importancia que ha sido destacada por la teoría constitucional moderna:

Los principios son clave para entender por una parte el paso del Estado de derecho al Estado constitucional; la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico; la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho; la asunción de una textura siempre abierta en el derecho; la aparición del modelo argumentativo en el derecho en adición al normativo, realista o puramente axiológico; y una aproximación al entendimiento de los nexos entre derecho y moral, sin los complejos de las visiones paleopositivistas.⁴

³ García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 83 y 84.

⁴ Cárdenas, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 100

Dworkin sostiene que además de reglas, existen principios (y políticas, que podrían entenderse como una especie de principios) que han de ser ponderados para su aplicación frente a otros principios y que son precisamente éstos los que permiten solucionar los casos difíciles a los que se enfrentan los juzgadores durante la aplicación del derecho:

La diferencia entre principios y reglas es una distinción lógica. Ambos tipos de estándares apuntan a decisiones particulares acerca de obligaciones legales en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que dan. Las reglas son aplicables en una forma de todo o nada. Si los hechos que una regla estipula se dan, entonces o la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que otorga debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión...⁵

En cambio para Dworkin, los principios poseen la característica de la derrotabilidad, es decir:

no producen consecuencias legales que se sigan automáticamente cuando las condiciones estipuladas se presentan. Decimos que nuestro Derecho respeta el principio de que ninguna persona puede beneficiarse de su propia culpa, pero no queremos decir que la ley nunca permita a una persona beneficiarse de su propia culpa o errores por él cometidos. El caso más notorio es la prescripción positiva...⁶

Dworkin explica que los principios son simplemente razones que argumentan en una dirección, pero no exigen una decisión particular. Esto es así porque puede haber otros principios o políticas estatales que apunten en otra dirección. La aplicación preferente de un principio en un determinado caso no implica que los principios que lo contradecían sean excluidos del sistema jurídico, pues los principios o políticas que se hicieron a un lado, pueden prevalecer a futuro, en una situación diferente. Así los principios tendrían la dimensión de peso que permite tomarlos en consideración al mismo tiempo, pese a ser contradictorios. En cambio cuando dos reglas chocan, una de ellas no puede ser válida. Tanto es así que para

⁵ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 24, Traducción propia.

⁶ *Ibidem*, p. 25, traducción propia.

resolver esas situaciones existen mecanismos especiales para solucionar los conflictos —ley posterior deroga a la anterior, etcétera—.

La distinción entre reglas y principios no es meramente una distinción subjetiva o vaga. Se han destacado diversas características que permitirían reconocerlos:

- Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
- Los principios tienen un contenido normativo más general y antes que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.
- Los principios no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.
- Los principios son normas fundamentales (fundamento de otras normas) y dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
- Los principios no admiten la interpretación literal y no es posible su aplicación por subsunción. Tienen un carácter orientador respecto a las reglas y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación.
- Los principios son habitualmente mencionados (separación de poderes o certeza, por ejemplo) pero no formulados porque en realidad no expresan normas, sino doctrinas jurídicas completas.
- Ni la forma deóntica, ni la forma imperativa (característica de la reglas) se adaptan a la formulación de principios, sino que se trata del reconocimiento de valores jurídicos, políticos o morales que se asumen como preexistentes.
- Los principios son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio).
- Muchos principios son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.
- La estructura lógica de los principios se distingue del de las reglas porque no hay hecho condicionante.⁷

⁷ Véase Cárdenas, Jaime, *Los principios y su...*, *cit.*, pp. 92 y 93.

Algunos autores mexicanos, siguiendo el pensamiento de Manuel Atienza en su obra “El derecho como argumentación”, destacan los elementos básicos del concepto de argumentación:

1. La argumentación es una forma específica de operar el lenguaje, cuyo objeto es defender una tesis mediante el uso de razones. Por supuesto, el lenguaje a través del cual se argumenta no consiste sólo en la articulación de palabras. Las acciones pueden también representarlo; por conducto de ellas es perfectamente factible la formulación de argumentos.
2. La “argumentación” supone siempre un problema y la necesidad de buscarle solución. El problema puede ser de cualquier naturaleza. Lo importante aquí es que en toda argumentación es posible preguntar sobre el problema que la misma intenta resolver.
3. La argumentación puede ser entendida de dos maneras distintas aunque íntimamente vinculadas. Esto se debe a la peculiar ambigüedad del término. Por un lado, la argumentación se refiere a la acción de argumentar, por el otro, al resultado de esa acción, es decir, al argumento o conjunto de argumentos —cuyas unidades esenciales son las premisas, la conclusión y la inferencia— que se producen como consecuencia de ella.
4. La argumentación es una actividad racional en dos sentidos: pretende la consecución de un fin y se halla sujeta a criterios de evaluación.⁸

Si es cierto que la argumentación se encuentra sujeta a criterios de racionalidad, es posible evaluar a partir de la teoría de la argumentación el contenido de las sentencias de los jueces mexicanos. Ése es precisamente el objetivo de este trabajo.

Como queda patente, la descripción de Dworkin sobre los principios se asemeja enormemente a la que corresponde a los *topoi* dentro de la visión de Viehweg. Por ejemplo, ambos autores hacen explícita y destacan la importancia de la ponderación en el proceso de toma de decisión del juez.

Desde nuestro punto de vista, la ausencia o presencia de argumentos que apelen a los principios jurídicos en conflicto nos permite establecer un criterio para evaluar las sentencias (por ejemplo las de los tribunales electorales). Desde este punto de vista estudiaremos las sentencias aquí reseñadas.

⁸ Cicourel Solano, Jaime, “El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación, Manuel Atienza Rodríguez”, *Justicia Electoral*, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, núm. 21, p. 95.

III. LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA EN TORNO AL VOTO ELECTRÓNICO

La sentencia de la Corte Constitucional Federal Alemana, del 3 de marzo de 2009, determinó que la normatividad que admitía el empleo de aparatos electorales o computadoras electorales para las elecciones al Bundestag Alemán y para los representantes de la República Federal Alemana ante el Parlamento Europeo (*Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales*), era incompatible con el artículo 38 en relación al artículo 20 párrafo 1 y párrafo 2 de la Ley Fundamental, en la medida en que no aseguraba ningún control acorde al principio de publicidad de la elección.

Dicha sentencia resulta uno de los precedentes más importantes para valorar la inclusión de sistemas electrónicos dentro de los procesos electorales, si bien este caso no se refiere específicamente a la modalidad del voto a través de Internet.

La sentencia expresa que el empleo de aparatos electorales guiados por ordenador debe ser examinado especialmente en relación a la publicidad de la elección, pues se trata de una condición fundamental para una formación democrática de la voluntad política. La publicidad asegura la comprensión de los procesos electorales y logra con ello la confianza en la elección. En la democracia parlamentaria en la que el poder no se ejerce constantemente de forma inmediata por los ciudadanos, el acto de transferencia de la responsabilidad estatal hacia los parlamentarios exige un control público especial.⁹

La Corte Constitucional Alemana argumenta que sólo si el pueblo en su función de elector, se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia, es decir, que la elección se realice “ante los ojos del público” se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento conforme a la voluntad de los electores. Ello es necesario para la legitimidad democrática de las decisiones estatales. Dado que la elección es un asunto comunitario que interesa a todo el pueblo, el control del proceso electoral debe ser un asunto y tarea del ciudadano. Cada ciudadano debe comprender de manera segura los pasos centrales de la elección sin conocimientos técnicos previos.¹⁰ El requisito de inteligibili-

⁹ Véase Corte Constitucional Federal Alemana, sentencia del 3 de marzo de 2009, 2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07, pfs. 105 y 106.

¹⁰ *Ibidem*, pfs. 108 y 109.

dad de la elección sin conocimientos especiales por parte del ciudadano es un factor central de la decisión de la Corte.

La Corte decidió que un proceso electoral en el que los electores no comprenden de manera confiable, si su voto se registra de manera no adulterada y se incluye en la determinación del resultado, ni son capaces de entender cómo se cuentan y ordenan los votos, excluye del control público elementos procedimentales centrales de la elección. Por ello no satisface los requisitos constitucionales exigibles a una elección.¹¹

También se estableció que la utilización de aparatos electorales que registren el voto electrónicamente y puedan determinar el resultado de forma electrónica, es compatible con la ley fundamental sólo bajo estrictas condiciones, que incluyen la necesidad de que puedan revisarse los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado sin conocimientos técnicos especiales.¹²

Expresamente la sentencia establece que al legislador no se le impide autorizar el uso de aparatos electorales, si se ha asegurado la posibilidad de un control de corrección confiable. Se usa como ejemplo una máquina en la que los votos no se registren sólo en la memoria electrónica, sino que impriman un protocolo de papel visible que pueda ser controlado antes de la emisión del voto definitivo y que sea recolectado para una posible verificación; el uso de controles independientes del registro electrónico; o incluso el uso de un scanner de boletas electorales.¹³

Es por esto que diversos autores han coincidido en que la decisión de la Corte Constitucional Federal Alemana no proscribe el voto electrónico en sí mismo sino que declaró inconstitucional la normatividad que admitía el uso de equipos electorales en unas elecciones específicas, debido a la existencia de una barrera técnica que bloquea el control ciudadano sobre el procesamiento de la voluntad electoral.¹⁴

En relación directa con el tema que ocupa el presente trabajo, la doctora Rosa María Fernández Rivera ha destacado que la Corte Constitucional Alemana consideró en esta sentencia que la única razón por la que

¹¹ *Ibidem*, pfo. 112.

¹² *Ibidem*, pfo. 117 y 118.

¹³ *Ibidem*, pfo. 121.

¹⁴ Véase Téllez Valdés, Julio, "Anotaciones sobre la inconstitucionalidad del voto electrónico en Alemania", *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, enero-junio de 2012, núm. 1, p. 284.

se admitiría una limitación al principio de publicidad sería el respetar otras exigencias constitucionales vinculadas a principios electorales:

Por ejemplo, en el voto por correo, las limitaciones al control público del voto por correo se fundamentan con el objetivo de conseguir la participación electoral más amplia posible y así tener en consideración el principio de generalidad de las elecciones. No obstante, entiende el Tribunal que al utilizar aparatos de votación controlados por ordenador no se aprecian principios constitucionales opuestos que puedan justificar una amplia limitación al principio básico de publicidad de las elecciones.¹⁵

Sobre este tema en particular volveremos en el siguiente apartado.

Por otro lado la sentencia establece que otro tipo de argumentos como la supuesta eliminación de errores de conteo no bastan para justificar la renuncia a cualquier tipo de comprensibilidad del acto electoral. Que el principio del secreto del voto no entra en tensión con el principio de publicidad y controlabilidad del acto electoral y el escrutinio; y que el objetivo de lograr en breve tiempo una representación popular, tampoco justifica limitaciones al principio de la publicidad de la elección.¹⁶

Es a través de estos razonamientos que la Corte Constitucional Alemana estableció que la utilización de los aparatos electorales electrónicos de la empresa Nedap, en el caso específico, lesiona el principio de publicidad de la elección porque no posibilitan un control efectivo de los actos electorales, ni una verificación confiable del resultado.

IV. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO COMO ARGUMENTO EN PRO DEL VOTO POR INTERNET DE LOS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

Se ha planteado que el voto no presencial y particularmente el voto por Internet presenta dos problemáticas trascendentes: la imposibilidad de aplicar las garantías de secreto establecidas para el sistema ordinario de

¹⁵ Fernández Riveira, Rosa María, “¿Es inconstitucional el voto electrónico en Alemania?”, en Barrat I Esteve, Jordi y Fernández Riveira, Rosa María (coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Civitas, 2011, pp. 188 y 189.

¹⁶ Corte Constitucional Federal Alemana, sentencia del 3 de marzo de 2009, 2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07, pfs. 127, 128 y 130.

votación presencial en la mesa electoral y la “privatización de la democracia” pues el acto de emisión del voto queda ubicado fuera de la esfera pública.¹⁷

A la primera objeción puede responderse que el voto postal adolece del mismo riesgo e incluso posiblemente en grado superior. Sin embargo, la segunda problemática merece un análisis más profundo.

Hemos puesto de relieve que en la sentencia de la Corte Constitucional Federal Alemana, del 3 de marzo de 2009, expresamente se apuntó que el principio de publicidad de la elección podría ceder únicamente en la medida en que se enfrentara a otros principios de rango constitucional.

Este apartado de nuestro trabajo se propone argumentar que el principio de publicidad que debe regir en términos generales durante cualquier proceso electoral, puede matizarse en la medida en que otros principios se le opongán. En este caso el principio de universalidad del sufragio o bien el propósito o política pública de propiciar una amplia participación ciudadana, ejercerían esa función si se les relaciona con el voto de los residentes en el extranjero.

Ahora bien, como se apuntó en el apartado anterior de este estudio, la Corte Constitucional Alemana expresamente señaló el caso del voto por correo, como un ejemplo en el que puede ceder el principio de publicidad de la elección —así como el control efectivo que supone sobre el resultado— lo que resulta de la mayor importancia para nuestro análisis.

Para garantizar que las personas que se encuentran en el extranjero puedan votar en las elecciones y con ello conseguir la participación electoral más amplia posible —en atención al principio de generalidad de las elecciones, o de universalidad del sufragio— se admite en distintos países el voto postal y ello a consideración de la Corte Constitucional Alemana resultaría justificado pues existe un principio constitucional que justifica la limitación (en los votos postales) del principio de publicidad de las elecciones.

En el caso de la ciudad de México, el voto a través de Internet se admitió únicamente para los residentes en el extranjero y por ello puede argumentarse que el problema de la “privatización de la democracia” o

¹⁷ Sánchez Navarro, Ángel, “El voto no presencial en los informes de la comisión de Venecia y en el del Consejo de Estado sobre la reforma electoral”, en Barrat I Esteve, Jordi y Fernández Riveira, Rosa María (coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Civitas, 2011, pp. 204-209.

de la limitación del principio básico de publicidad, encuentra una justificación razonable en la necesidad de ampliar la participación y en el principio constitucional de generalidad de las elecciones o universalidad del sufragio.

Desde nuestro punto de vista, este argumento que tiene cabida claramente en el caso del voto por Internet de los residentes en el extranjero, pierde solidez cuando se analiza la posibilidad de emplear el voto por Internet para quienes se encuentran en el territorio donde se realizará la elección, porque en ese caso no se estaría respondiendo a una razón constitucional como la universalidad del sufragio. Es decir, el voto por Internet como instrumento generalizado para la totalidad de los electores pierde razón de ser cuando lo que se quiere no es ya ampliar la participación ciudadana, sino únicamente transformarla y “modernizarla” con el uso de nuevas tecnologías.

V. EL ACUERDO DEL INSTITUTO ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL PARA ESTABLECER EL VOTO POR INTERNET DE LOS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

El Instituto Electoral del Distrito Federal (IEDF) emitió el acuerdo ACU-69-11 el 31 de octubre de 2011 mediante el que aprobó los mecanismos para recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, por las vías postal y electrónica en Internet.

El IEDF expresó para aprobar este acuerdo una confianza muy alta en el voto electrónico por Internet para quienes residen en el extranjero. En su considerando 36 sostuvo que “el uso de la tecnología lejos de menoscabar las características del voto puede garantizarlas incluso con índice de igualdad al que presenta una elección *in situ*, pues debe tenerse presente que en todo proceso electivo puede actualizarse la presencia de factores contaminantes aún sin la intervención de la tecnología de la información”. Resulta evidente que el IEDF no se preocupó por consideraciones como la posible *privatización* de las elecciones.

En términos generales el procedimiento consistiría en que el ciudadano ingresa al sistema confirmando una serie de datos personales y solicita una contraseña que es única y se asigna de manera aleatoria, sin conocimiento de ningún funcionario público. El sistema cifrado no permite identificar al ciudadano con la contraseña. Se deben validar los datos

(clave de elector y datos personales) del ciudadano para verificar que se encuentra en la lista nominal de Internet. Si los datos son válidos, para ejercer el voto se emplea un “Enlace de uso único” que se envía al correo electrónico del ciudadano. Una vez que el ciudadano ingresa al “Enlace de uso único” el sistema abre un canal de comunicaciones cifrado, a través del cual obtiene una contraseña de voto electrónico (la cual se genera de manera automática, aleatoria y cifrada) para que únicamente la conozca el ciudadano.

Del 28 de junio al 1 de julio de 2012 a las 18:00 horas,¹⁸ el ciudadano puede ingresar al sistema para votar. Se le solicita la clave de elector (de la credencial para votar) y la contraseña de voto electrónico que debió obtener previamente en el sistema. Se despliega una “Boleta Virtual” en donde el ciudadano puede confirmar o corregir su selección y depositar su voto en la urna virtual. El sistema admite la elección de una opción únicamente. Cuando el ciudadano ejerce su voto, se transporta por Internet a través de un algoritmo cifrado que impiden conocer el sentido del voto. El procedimiento prevé que se emitirá un recibo de voto, que servirá como medio de comprobación de que el voto fue registrado y contado. Los recibos de voto se publicarán en la página www.iedf.org.mx para que los electores puedan comprobar que su recibo está en la lista y por tanto, su voto fue contado.

Uno de los defectos que podrían encontrarse en el acuerdo del Instituto Electoral del Distrito Federal es que no argumentó en torno al cumplimiento de principios comprendidos en los tratados internacionales de derechos humanos para justificar y fundamentar su decisión de admitir el voto por Internet. A este respecto cabe recordar que diversos tratadistas han reiterado que la interpretación y aplicación de los derechos humanos “compromete” a las autoridades de los diferentes poderes del Estado y no solamente a las del Poder Judicial.¹⁹ Puede citarse la opinión del magis-

¹⁸ Se delimitó un periodo de operación de 72 horas previas al inicio de la jornada electoral del 1o. de julio de 2012, por lo que estuvo disponible a partir de las 8:00 horas del 28 de junio a las 18:00 horas del 1o. de julio (tiempo de la ciudad de México). Lo anterior, a efecto de abarcar, al menos, un día hábil para la emisión del voto en todas las zonas horarias del mundo.

¹⁹ Véase, María Ibáñez Rivas, Juana, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 8, 2012, p. 111.

trado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Ernesto Jinesta L:

A partir de los casos “Cabrera García y Montiel Flores c/. México” y “Gelman c/. Uruguay” queda, entonces, dilucidado que “todos los órganos” del Estado, ya no sólo los de carácter jurisdiccional deben ejercer el control de convencionalidad, lo que implica que todos los poderes públicos deben hacerlo, en tanto operadores del Derecho. De otra parte, se aclara que también deben ejercerlo los “órganos vinculados a la administración de justicia”, lo que comprende, obviamente, a los Tribunales Constitucionales no incardinados en la organización judicial y que tienen el carácter y rango de un órgano independiente.²⁰

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL QUE REVOCÓ EL VOTO POR INTERNET

Al resolver los juicios electorales TEDF-JEL-048/2011 promovido por el PRI, PVEM, PT y el TEDF-JEL-049/2011 promovido por el PAN (que fueron acumulados) el Tribunal Electoral del Distrito Federal (TEDF) decidió revocar el acuerdo ACU-69-11 en todo lo relativo al voto por Internet. Sostuvo esta decisión en que el IEDF omitió establecer, describir, detallar o señalar cuáles serían los sistemas, medidas o candados de seguridad, físicos y técnicos que permitan respaldar y avalar la conformación de la lista nominal de Internet, con lo que se afectaba el principio de certeza.

El TEDF advirtió además una afectación a los principios de libertad y secreto del voto porque no se prevé algún mecanismo que permita establecer que quien emite el sufragio es el ciudadano titular del derecho. Entre los instrumentos que el TEDF señala (a manera de ejemplos) para verificar que es el ciudadano quien emite el voto se listaron: lectores de datos biométricos, como las huellas dactilares, o la utilización de una cámara web u otros análogos. Además señala que no se realizaron pruebas para verificar la seguridad del mecanismo y que no se dio intervención a los partidos políticos en la decisión de establecerlo.

²⁰ Jinesta L, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 3.

El TEDF apuntó también que el IEDF planteaba generar una mayor cobertura para el derecho de sufragio activo, pero con sacrificio de los principios rectores de certeza y objetividad en la materia electoral, y las características del voto consistentes en libertad, secrecía y que el mismo fuera emitido de forma directa. Por ello concluyó que no se trataba de un mecanismo necesario, porque no se establecieron razones para descartar el uso de la urna electrónica el cual es de carácter presencial (y permite identificar al elector que se presenta con su credencial), es decir no se trata del mecanismo menos lesivo para los principios involucrados pues se trataría de un mecanismo inseguro. Decidió por tanto que no resultaba necesaria su implementación, considerando que además estaba previsto el voto postal.

A pesar de que existieron otros agravios hechos valer por los partidos que impugnaron, el TEDF consideró que no necesitaba estudiarlos exhaustivamente al encontrar fundados algunos que le permitían revocar el acuerdo en todo lo referente al voto por Internet.

VII. LA SENTENCIA DEFINITIVA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN QUE ADMITIÓ EL USO DEL VOTO POR INTERNET: LA PONDERACIÓN AUSENTE

Al resolver el Juicio de Revisión Constitucional Electoral identificado con el expediente SUP-JRC-306/2011, promovido por el PRD en contra de la decisión del TEDF, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) llegó a una decisión trascendental, bajo la ponencia del magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar.

El TEPJF emite algunos señalamientos cuestionables en su sentencia. Por ejemplo en su considerando tercero apunta que la Sala Superior reconoce que la modalidad de votación por Internet es un procedimiento novedoso que está sujeto a los cambiantes avances científicos y tecnológicos, lo que explicaría que no existan reglas legales preestablecidas.

Para respaldar la opinión del TEPJF podría usarse como ejemplo la implementación de avances tecnológicos similares en el campo de las transacciones financieras. En las operaciones bancarias, en realidad la práctica suele llevarse a cabo primero y solamente a posterioridad se crean normas que pretenden regular, limitar o garantizar ciertos derechos. Sin embargo, el ejemplo pone de manifiesto una de las deficiencias en la argumentación

del TEPJF. A diferencia de lo que ocurre en las relaciones y contratos entre los bancos y sus clientes, que se mueven en el ámbito de la “autonomía de la voluntad” y donde existen casi siempre intereses privados en juego, en el derecho electoral existe un interés público que no puede ser obviado y el IEDF debe ser entendido como una autoridad limitada a ejercer las facultades expresas que le conceden las leyes (y en todo caso las implícitas que se derivan de éstas), pero no como un sujeto libre. Es decir, hay que tener presente que el aforismo “lo que no está prohibido, está permitido” aplica solamente a los particulares y no a las autoridades del Estado.

Aplicando estrictamente el precedente del TEPJF contenido en esta sentencia, el IEDF podría ordenar el uso del voto por Internet para todos los electores (residentes o no), a pesar de que no existe ninguna disposición en la ley de la materia que establezca las características, límites o principios que resulten aplicables al voto por Internet. Simplemente la autoridad estaría modificando la naturaleza del ejercicio del voto al “privatizarlo” —como ha señalado el doctor Sánchez Navarro— sin que las leyes locales contemplen una sola disposición específicamente referida al voto por Internet.

Ahora bien, el TEPJF considera en su sentencia que en lo relativo a la seguridad de la lista nominal de electores del Distrito Federal residentes en el extranjero la normatividad aplicable (artículos 128, incisos a), d), e) y f); 317, pfo. 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; y los acuerdos emitidos por el IEDF, así como el convenio firmado con el IFE para la elaboración de la lista nominal de electores del Distrito Federal residentes en el extranjero) sí establece medidas de seguridad.

Señala que será responsabilidad del Instituto Federal Electoral (IFE) su conformación. El IEDF verifica las solicitudes y determina su procedencia. Una vez validadas las solicitudes el IEDF notifica su decisión al IFE para que esta última autoridad incluya a los ciudadanos que hayan cumplido con los requisitos, en la lista nominal de electores del Distrito Federal residentes en el extranjero y realice la baja de manera temporal de la lista nominal de electores (que se utilizará en las casillas ordinarias en el D. F.). Finalmente el IEDF valida que cada uno de los ciudadanos inscritos se encuentre en la lista correcta, es decir, aquellos que eligieron como método de votación la vía postal y aquellos que eligieron el voto electrónico. Dado que durante todo el procedimiento las dos autoridades electorales colaboran en la integración de la lista nominal de electores del

Distrito Federal residentes en el extranjero para que resulte debidamente conformada la Sala Superior concluye que la normativa que prevé el voto de los ciudadanos del Distrito Federal en el extranjero sí cumple con los sistemas, medidas o candados de seguridad, físicos y técnicos que permiten respaldar y avalar la conformación de la lista. Con ello rechazó uno de los argumentos utilizados por el TEDF para revocar el voto por Internet.

El TEPJF encontró también justificado que el IEDF hubiera aprobado acuerdos para implementar el voto por Internet y posteriormente se ordenaran los simulacros necesarios. Además encuentra suficiente garantía el que se encuentre previstas: pruebas funcionales, de desempeño y pruebas de estrés del sistema de voto, y se realizará una auditoría informática al sistema de voto por Internet que abarcará la revisión de la configuración de la infraestructura de cómputo y comunicaciones, código fuente, base de datos, flujos de operación, mecanismos y rutinas de seguridad así como documentación técnica del sistema.

El TEPJF señaló adicionalmente que los partidos políticos sí tuvieron participación en el proceso de aprobación del voto por Internet, toda vez que estos institutos están representados en el Comité Encargado de Coordinar las Actividades Tendientes a Recabar el Voto de los Ciudadanos del Distrito Federal que Residen en el Extranjero y sí estuvieron en aptitud de intervenir durante el procedimiento en el que se aprobaron los mecanismos para recabar el voto de dichos ciudadanos, y de hecho varios lo hicieron.

Un argumento relevante de la sentencia analizada es la apelación al principio de universalidad del sufragio. En el considerando IV, sección B. 2 el TEPJF establece que el voto por Internet de los residentes en el extranjero resulta necesario porque ayuda a extender la cobertura del electorado en el exterior ya que permite que un mayor número de capitalinos vote para la elección de Jefe de Gobierno en 2012, con lo que se atiende al principio de universalidad del voto. Se considera también un instrumento idóneo y proporcional.

El TEPJF realiza una fuerte consideración al revisar los argumentos del TEDF (cuya sentencia está revocando) al decidir expresamente que los lectores de datos biométricos, como las huellas dactilares o la utilización de una cámara web, son mecanismos que no resultan idóneos, necesarios ni proporcionales, en el caso del voto por Internet. Sustenta ello al señalar que sería excesivo y poco razonable exigir a los votantes requerimientos

técnicos como lectores ópticos o dactilares para poder emitir su sufragio, además de que los mismos tampoco son infalibles. Se argumenta que no son necesarios porque el sistema cuenta con medidas de seguridad razonables que buscan proteger las características del sufragio, pues en principio sólo quien cuenta con la contraseña puede emitir el voto y esta persona es el titular del derecho a votar.

El TEPJF también realiza consideraciones en torno a los mecanismos presenciales para la emisión del voto de los residentes en el extranjero, como la posibilidad de instalar urnas electrónicas. El TEDF había empleado como argumento para revocar el acuerdo del IEDF, la omisión en apuntar las razones por las que se descartó la urna electrónica para los residentes en el extranjero. El TEPJF responde que no existe razón alguna por la que deba privilegiarse el sistema de urna electrónica.

El TEPJF argumenta que la ponderación de principios realizada por el TEDF en la que sostuvo que el voto por Internet vulneraba el principio de certeza y que dicha vulneración no era necesaria en aras de privilegiar la universalidad del voto (pues existía la opción del voto postal) resulta errónea pues se hizo partiendo de premisas equivocadas.

Un problema conceptual y de definiciones también se presentó en el caso. Los partidos que impugnaron el uso del voto por Internet consideraban que cuando el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal hacía referencia al empleo de sistemas electrónicos de votación se refería únicamente a la opción de urna electrónica y lo ejemplificaron con el artículo 362. El TEPJF en plenitud de jurisdicción respondió a dicho agravio, considerando que el voto por Internet también cabía dentro de dicha definición y que por tanto el IEDF podía, en ejercicio de su autonomía, aprobar el uso del voto por Internet.

Los impugnantes también señalaron la ausencia de base legal para el empleo del voto por Internet. El TEPJF, nuevamente en plenitud de jurisdicción, decidió que si bien no existen disposiciones legales pormenorizadas, específicas o acabadas, el legislador dejaba la reglamentación y consecuente desarrollo operativo a la autoridad administrativa local.

A pesar de la decisión de la Sala Superior del TEPJF, cabe precisar que dentro de las leyes electorales (tanto procesal como sustantiva) en ningún momento se hace la menor referencia a la posibilidad de implementar el voto por Internet, ni a exigencias mínimas que podrían ser exigibles a este sistema, como sí ocurre en el caso de la urna electrónica (a la que

se hace referencia en múltiples ocasiones y se establecen estándares mínimos que debe cumplir). Si bien doctrinalmente se puede compartir la afirmación de que la expresión *voto electrónico* incluye muchos mecanismos diferentes y que uno de ellos puede ser el de voto por Internet, al hacer referencia a lo que las autoridades pueden implementar sin disposición legal exactamente aplicable, la interpretación debería ser más cautelosa.

Los impugnantes reclamaban la imposibilidad de verificar la lista nominal de electores que votarían por Internet, pero el TEPJF decidió que en realidad sí cuentan con vías para verificar la adecuada integración del listado pues participan (tanto en el IFE como en el IEDF) en los órganos que la supervisan.

También se argumentó que el voto por Internet carecía de medidas y controles de seguridad suficientes a lo que el TEPJF respondió que en realidad sí se cuenta con diversos candados de seguridad, razonables y suficientes para garantizar los principios de legalidad y certeza.

El TEPJF decidió reconocer la validez del acuerdo ACU- 69-11 del IEDF, así como el anexo denominado “Procedimiento de votación electrónica por Internet”, los cuales fueron aprobados por el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, en su sesión del treinta y uno de octubre de dos mil once.

Si se debieran realizar críticas a la decisión del TEPJF posiblemente éstas deban consistir en que el órgano jurisdiccional es un tanto laxo en su interpretación de la ley para admitir el voto por Internet, pese a que esta posibilidad no está establecida en la ley de forma específica. Por otro lado el TEPJF critica y revoca la ponderación de principios realizada por el TEDE, pero es muy escaso en una contra-argumentación en torno a la ponderación de principios que se ven afectados. Parecería que el TEPJF considera que el voto por Internet no afecta ni limita algún principio de la materia electoral, en mayor medida de lo que se puede afectar durante una elección ordinaria y presencial.

Ello es incorrecto. Como hemos señalado en este trabajo, tanto la Corte Constitucional alemana,²¹ como la doctrina (que habla de la “privatización” de la elección)²² han señalado que el voto electrónico limita el

²¹ Véase Corte Constitucional Federal Alemana, sentencia del 3 de marzo de 2009, 2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07.

²² Véase Sánchez Navarro, Ángel, “El voto no presencial...”, *cit.*

principio de publicidad de la elección y con ello restringe la supervisión ciudadana sobre el proceso electoral. Además el voto por Internet sí genera mayor posibilidad para la coacción y violación del secreto del voto, que durante una elección presencial. Ello no es reconocido por el TEPJF y por ello no ofrece respuestas convincentes en estos temas clave. Por eso, nuestra crítica a la sentencia del TEPJF resulta fundamentada claramente tanto en la jurisprudencia alemana, como en la doctrina española.

Desde nuestro punto de vista, la restricción o afectación a la publicidad de la elección en el caso del voto desde el extranjero resulta justificada debido a la necesidad de garantizar la universalidad del sufragio y la mayor participación posible de los ciudadanos. Sin embargo esto no es sostenido —ni siquiera analizado— por el TEPJF.

También resultarían viables mecanismos para aumentar las garantías contra la coacción del voto por Internet, así como para incrementar la seguridad de su secrecía. Inspirados en el derecho comparado, específicamente como el caso de Estonia, podemos encontrar la solución del voto múltiple, que no exige mayores requerimientos técnicos o de infraestructura a los ciudadanos. En todo caso se exige un mayor esfuerzo a los institutos electorales que deben poseer sistemas más complejos capaces de recibir el voto de un mismo ciudadano en varias ocasiones, siempre eliminando el anterior para que solamente el último voto se considere válido. Así, en caso de que una persona resulte presionada para emitir su voto en un determinado sentido, podrá contar con una ventana de tiempo para modificarlo posteriormente. Esto último tampoco es apuntado por el TEPJF.

Queda claro que el TEPJF falla al omitir una argumentación clave: la ponderación de principios que entran en conflicto en el caso concreto.

Al analizar lo que podríamos denominar “colisión” de principios, es indispensable recordar como acertadamente señala Zagrebelsky, que “[l]a pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre articulación, sino una prudencia en su ponderación”.²³ A la misma conclusión llega el doctor Jaime Cárdenas cuando señala que “Los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solu-

²³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid-Torino, Trotta, 2009, p. 125.

ción de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto”.²⁴

De acuerdo con el propio Zagrebelsky tal vez la premisa más importante que debe tener presente el juez al momento de analizar y justificar su decisión al nivel de los principios, sea la regla de la “optimización” posible de todos los principios.²⁵ Evidentemente el TEPJF no intenta realizar dicha optimización porque no encuentra los principios en conflicto.

Zagrebelsky parece oponerse a la concepción de Robert Alexy quien buscó crear una fórmula matemática para la ponderación de principios.²⁶ Sin embargo, admite la regla de optimización que muy bien puede coincidir con la definición de Alexy que caracterizaba a los principios precisamente como mandatos de optimización.²⁷

Siguiendo varios de los planteamientos de Alexy, realizaremos un intento de ponderación de los principios en conflicto, en el caso concreto.

El caso implicaba la colisión entre el principio de universalidad del sufragio (al que se daría primacía al admitir el voto por Internet para residentes en el extranjero) y por el otro lado los principios de publicidad de la elección,²⁸ así como de secrecía y libertad del sufragio (a los que se daría primacía si se declaraba inconstitucional la opción del voto por Internet planteada por el IEDF).

Alexy plantea que en la ponderación debe tomarse en cuenta la certeza empírica sobre las consecuencias de optar por uno u otro principio. Por eso integra esta variable dentro de su fórmula de peso.²⁹ Cuando estudiamos el caso desde esa visión, resulta que al menos en cuanto al principio de secrecía y libertad del sufragio no existe plena certeza sobre las “premisas empíricas” que llevarían a su afectación; esto es, no es posible demostrar empíricamente que los partidos o algún otro actor coaccionaría

²⁴ Cárdenas, Jaime, *Los principios y su...*, cit., p. 95.

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, cit., p. 125.

²⁶ Atendiendo a la dimensión de peso que desde Dworkin se les atribuye. Véase *Supra*, p. 5.

²⁷ Para una exposición sobre la teoría de Alexy en castellano véase Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2003, núm. 26, pp. 225-238.

²⁸ O de supervisión ciudadana sobre el proceso electoral, como lo explicita la Corte Constitucional alemana.

²⁹ Véase Bernal Pulido, Carlos, *Estructura y límites...*, cit., p. 229.

o violaría realmente la secrecía del voto de los residentes en el extranjero. En otras palabras, no podríamos calificar como imposible que los partidos destinen personal a supervisar el momento en que el ciudadano emite su voto, pero resulta una consecuencia muy poco probable (desde el punto de vista empírico) sobre todo si tomamos en cuenta que los partidos tendrían que movilizar recursos en el extranjero para poder coaccionar el voto (en el caso concreto). Según la terminología de Alexy esto podría calificarse como “no evidentemente falso”, es decir la menor gradación de certeza empírica (a la que Alexy asigna un valor de 2-2 es decir de $\frac{1}{4}$ aunque nosotros no consideramos que la traducción matemática de la ponderación resulte en mayor objetividad). En cambio al permitir que se emita un voto por Internet, existe la certeza empírica de que se potenciará la universalidad del sufragio, aunque el posible acceso limitado a equipos de cómputo y a la red pueda llevarnos a calificar la certeza empírica de esta opción como plausible (lo que Alexy traduce en 2^{-1} , es decir $\frac{1}{2}$).³⁰ Podríamos afirmar que la satisfacción del principio de universalidad resulta mayor a la afectación del principio de secrecía y libertad del sufragio, en el caso concreto.

Aquí valdría la pena resaltar que se pone de manifiesto que si el caso es distinto, la ponderación de principios se ve alterada. Por ejemplo, si el caso concreto implicara evaluar un sistema de voto por Internet, que se pretendiera aplicar a los residentes en el Distrito Federal (y no exclusivamente para quienes viven en el extranjero) la probabilidad de que los partidos pudieran violentar la secrecía del voto aumenta considerablemente y por tanto la ponderación aquí propuesta tendría que modificarse.

Antes de ponderar el principio de universalidad del sufragio frente al principio de publicidad (y por tanto de inteligibilidad) de la elección, conviene destacar que la jornada electoral —tanto en su modalidad presencial, postal o vía Internet— puede dividirse en dos momentos perfectamente claros:

i. Emisión del voto de los ciudadanos.

³⁰ Cabe mencionar que la alternativa del voto postal no resulta mejor en este apartado, pues dicho sistema de emisión del voto implica todavía mayores afectaciones (afectación intensa en terminología de Alexy) al principio de secrecía y libertad del sufragio, pues además de permitir coacción al momento de su emisión, el secreto puede violarse de manera sencilla durante la transmisión hasta México.

D. R.© 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 142, pp. 275-312

ii. Escrutinio y cómputo de los votos.

Es natural que el momento en que los ciudadanos emiten su voto individual deba caracterizarse —por la secrecía, mientras que el escrutinio y cómputo de los votos debería ser, como ha señalado la Corte Constitucional alemana— un proceso abierto a la supervisión y al control público.

Ahora bien, si se opta por admitir el voto por Internet para residentes en el extranjero (en la modalidad propuesta por el IEDF), puede considerarse que existe una afectación intensa (Alexy la traduciría en 2², es decir 4) al principio de publicidad de la elección.

Esta calificación se justifica en el hecho de que el procedimiento aprobado por el IEDF sustrae de la supervisión ciudadana, i) el momento en el que el ciudadano emite su voto y, ii) el escrutinio de los votos. Es decir, si bien el ciudadano que reside en el extranjero emite su voto por medios electrónicos, el escrutinio podría realizarse manualmente en público (contando voto por voto) y con la presencia de ciudadanos insaculados. En cambio (en la modalidad aprobada por el IEDF) el conteo de votos es confiado a un sistema informático que los ciudadanos no entienden. Tampoco se les capacita para supervisarlo. Los ciudadanos se limitan a presionar un botón y observar en la pantalla los votos sumados por la máquina, con un programa propiedad de la empresa Scytl, con sede en Cataluña. Tanto la emisión del voto, como el conteo y suma de votos se confían a una máquina. Por eso la llamada “privatización” de la democracia, sobre la que la que algunos doctrinarios ya han alertado,³¹ se está llevando a un grado extremo en el Distrito Federal.

Por el otro lado existe una satisfacción media del principio de universalidad del sufragio, pues en caso de declarar inconstitucional el voto por Internet, los ciudadanos del Distrito Federal ya cuentan con el voto postal, que resulta además una alternativa menos gravosa para el principio que aquí ponderamos. Es decir, los ciudadanos que desean emitir su voto en el extranjero pueden hacerlo vía postal (por lo que se satisface plenamente el principio de universalidad) y en ese caso la afectación al principio de publicidad de la elección resulta solamente media (traducida por Alexy en 2¹, o sea 2) porque si bien el ciudadano vota en secreto en su casa, “privatizando” el instante i) de la elección, el cómputo de los votos que hemos des-

³¹ Sánchez Navarro, Ángel, “El voto no presencial...”, *cit.*

tacado como un momento ii) dentro de la jornada, sigue siendo un proceso público y comprensible para todo observador sin una capacitación especial o técnica. En el voto postal, cualquier ciudadano u observador electoral puede presenciar y entender la forma en que se cuentan los votos recibidos por vía postal; en cambio en el voto por Internet, esto no ocurre.

Podemos concluir que el procedimiento que usó el IEDF para operar el voto por Internet desde el extranjero debió ser declarado inconstitucional³² ya que en una ponderación de principios, el TEPJF debió darle primacía —en el caso concreto— al principio de publicidad y supervisión ciudadana, frente al principio de universalidad del sufragio.³³

Sin embargo, esta ponderación únicamente resulta aplicable para el procedimiento concreto que aprobó el IEDF. Una alternativa para el IEDF podría ser confiarle a un programa informático solamente la emisión del voto desde el extranjero —momento i) — pero realizar el escrutinio y cómputo de los votos —momento ii) — en la modalidad tradicional a cargo de los ciudadanos en una mesa directiva de casilla abierta a la supervisión y control de los observadores. En tal caso hipotético, la privatización del instante i) se justifica, y el voto por Internet resultaría constitucional, a condición de no privatizar el instante ii).

Siguiendo la terminología usada por Riccardo Guastini, podemos decir que en el caso concreto el TEPJF decidió “acantonar” los principios de publicidad de la elección, así como de secrecía y libertad del voto, mientras que “aplicó” el principio de universalidad del sufragio.³⁴ Lamentablemente el TEPJF realiza esta operación sin una adecuada argumentación jurídica, pues omite el proceso de ponderación de principios. Por ello aquí hemos propuesto una posible argumentación que podría ser retomada por dicho tribunal para suplir sus deficiencias en futuras sentencias.

³² Esto no significa que respaldemos la sentencia del TEDE, pues dicha resolución también omitió realizar la ponderación de principios que realmente estaban en conflicto —ni siquiera menciona el principio de publicidad—. Dicha ponderación resultaba a nuestro juicio el elemento central de la legitimidad de la decisión jurisdiccional.

³³ Como hemos señalado, la inconstitucionalidad provendría de la afectación intensa del procedimiento del IEDF al principio de publicidad, pero no así, de la afectación —que hemos calificado de solamente media— al principio de secrecía del voto.

³⁴ Véase Guastini, Riccardo, “Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra del Tribunal Constitucional, año 2, núm. 08, agosto 2007.

VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL QUE ELIMINÓ EL VOTO EN BLANCO DEL VOTO POR INTERNET

El 14 de marzo de 2012, el TEDF emitió una nueva sentencia en el expediente TEDF-JEL-004/2012, mediante la que resolvió el Juicio Electoral promovido por el PRI en contra del Acuerdo identificado con la clave ACU-17-12, emitido por el Consejo General del IEDF, el veinticinco de enero de dos mil doce, por el que se aprueban los diseños y modelos de una boleta electoral virtual, dos actas electorales y dos documentos electorales auxiliares para recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno en el Proceso Electoral Ordinario 2011-2012, vía electrónica por Internet.

Para desarrollar este apartado resulta necesario realizar una aclaración conceptual. En muchos países del mundo se suele entender por voto blanco aquel en el que el ciudadano demuestra su voluntad de no elegir a alguno de los partidos que se presentan a las elecciones, tradicionalmente introduciendo un sobre vacío o con una hoja en blanco en la urna (España es un ejemplo de ello). En cambio se considera voto nulo aquel en el que el ciudadano realiza alguna marca, tachadura o escribe leyendas. En general un voto nulo puede considerarse una especie de error del ciudadano, es decir, un voto que no se contabiliza para algún candidato aunque sí se introdujo la papeleta de algún partido.

En México el voto blanco en realidad es poco conocido. Esto es así porque en nuestro país no se emplean sobres y tampoco es posible —legalmente— introducir una boleta diferente a la aprobada y producida por la autoridad electoral. Es decir no podrían existir hojas en blanco dentro de la urna. Incluso el sustraer boletas de la casilla es considerado un delito, por lo que el ciudadano no podría retirarse teóricamente de la casilla sin haber depositado su boleta. La única opción que tiene el ciudadano para demostrar algún tipo de rechazo a las opciones políticas que se presentan es el voto nulo. Sin embargo no es completamente claro si el voto nulo se debe a un error del ciudadano (que no entendió la forma de marcar la boleta) o a una voluntad expresa de rechazar a los partidos que concurren a las elecciones.

En la elección del 1o. de julio de 2012, el voto por Internet de los residentes en el extranjero, hizo imposible que se emitieran tanto votos blancos como votos nulos.

Esto se debe a una criticable decisión del TEDF que decidió eliminar la opción del voto blanco. De por sí, los sistemas electrónicos de votación suelen hacer imposible el voto nulo. Incluso esto se llega a plantear como una virtud del voto electrónico. Pero el IEDF había decidido incluir una casilla denominada “ninguno” que permitiría al ciudadano emitir un voto en blanco.

El TEDF se ve obligado a analizar a profundidad el apartado de procedencia en el caso, porque la decisión de incluir el recuadro ninguno se tomó en un acuerdo anterior al ACU-17-12 del 25 de enero de 2012. En realidad desde el 25 de noviembre de 2011, mediante el ACU-69-11, el IEDF había decidido incluir la opción “ninguno” en la boleta virtual y el partido político no impugnó dicha decisión. Derivado de esto, en realidad se trataba de un acto consentido, pues no se cuestionó la decisión en el momento oportuno.

Sin embargo, el TEDF decide entrar al fondo del asunto pues argumentó que el ACU-69-11 establecía que los “formatos” de boleta virtual se aprobarían con posterioridad. Por lo tanto:

la alusión de que el Consejo General del Instituto en cita, aprobaría la boleta virtual que se usaría para que los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, permite afirmar que la misma era susceptible de ser cuestionada al momento en que se aprobara su diseño, toda vez que la misma en atención a las atribuciones con las que cuenta el órgano máximo de dirección de la autoridad administrativa electoral local, las cuales puede ejercer con amplia discrecionalidad, podría haber modificado el modelo de boleta prediseñado, incluyendo o suprimiendo elementos en la misma, lo que generó la expectativa en los actores políticos de que los referidos elementos en el anexo del ACU-69-11 denominado “Procedimiento de votación electrónica por Internet”, no eran definitivos y por ende, podrían impugnarse con posterioridad.

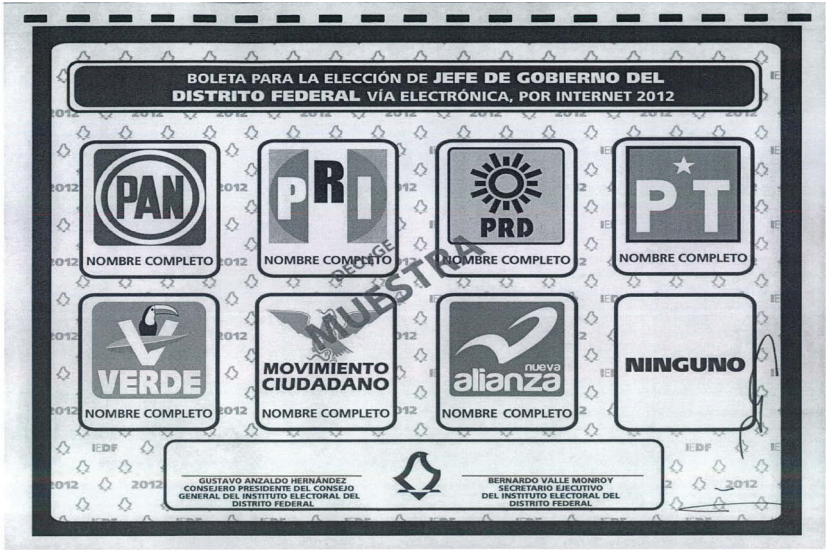
Se trata de un argumento bastante endeble que pone de relieve la discrecionalidad con la que actúa el TEDF, al decidir estudiar en el fondo un acto que a todas luces fue derivado de la aprobación de actos o acuerdos anteriores.

Ahora bien, para solicitar que el TEDF eliminara la posibilidad de que el ciudadano eligiera la opción “ninguno”, dentro de la boleta electoral, el partido impugnante —PRI— argumentó que el Consejo General del IEDF no puede ir más allá de lo establecido en el código electoral local siendo que el artículo 302, fracción VIII, de dicho ordenamiento legal, prescribe que la boleta electoral contendrá en el caso de la elección de jefe de gobierno un solo espacio por cada partido político.

A pesar de ello, el IEDF decidió agregar un espacio con la leyenda “ninguno”, lo que generaría incertidumbre a los ciudadanos, candidatos contendientes y a los partidos políticos participantes, al no garantizar la certeza y efectividad del sufragio; adicionalmente señaló que la decisión del IEDF transgredía el principio de legalidad electoral previsto en el artículo 3o., último párrafo del código electoral local, al no ajustarse a lo previsto en la ley, en tanto que la fracción VIII, del artículo 302, de dicho ordenamiento, establece que las boletas para las elecciones populares en el caso de la elección de jefe de gobierno, contendrán un espacio por cada partido político; que el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal al haber aprobado el modelo de la boleta virtual para los ciudadanos residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno en la modalidad de Internet en los términos que lo llevó a cabo, transgredió el principio de jerarquía normativa, al pretender establecer más elementos que los previstos en la norma superior, en específico el artículo 302, del código electoral local, por lo que según su dicho creó supuestos normativos distintos a los previstos en la ley (ver el considerando cuarto).

El TEDF resolvió el caso sosteniendo que “el acuerdo impugnado vulnera el principio de legalidad electoral, toda vez que el Consejo responsable a pesar de utilizar como fundamento de su determinación el contenido del artículo 302 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales, tanto en la parte considerativa como en el anexo que forma parte integrante de este, incluyó como un elemento de la boleta electoral virtual un recuadro con la opción “ninguno”, sin establecer de manera expresa las razones o motivos para incluir dicha opción.”

Diseño de boleta que había sido aprobado por el IEDF y fue revocado por el TEDF



El TEDF argumenta que el IEDF transgredió los límites de su facultad reglamentaria, al rebasar el contenido del parámetro legal establecido en el artículo 302 del código electoral del Distrito Federal, pues adicionó un supuesto normativo que excede la disposición que pretende desarrollar. Por ello sostiene que se conculcan los principios de jerarquía normativa y de legalidad electoral.

Además, el TEDF sostiene que el IEDF estaba otorgando la posibilidad de anular su voto, pero argumenta que la legislación electoral no concede al ciudadano un derecho específico a anular su voto y dicha posibilidad tampoco se encuentra consignada expresamente en la boleta electoral, sino que se trata de una posibilidad fáctica el día de la jornada electoral.

Así el TEDF afirma que se viola el principio de legalidad, si se otorga al ciudadano residente en el extranjero una posibilidad no consignada de manera expresa en el ordenamiento electoral. También sostiene que la opción del recuadro “ninguno” se contrapone a la finalidad del voto en el extranjero pues sostiene que el legislador del Distrito Federal aprobó di-

cha modalidad de votación para integrar a los ciudadanos en un ejercicio de participación en la vida política de la ciudad y expresamente argumenta “sin que pueda concebirse que dicho esfuerzo legislativo tuviera como una de sus finalidades otorgar la posibilidad de que el ciudadano residente en el extranjero anule su voto”.

También emplea como argumento el que una reforma del año 2003 derogó del código electoral local la disposición que contemplaba “un espacio para voto en blanco”. A su juicio esto significaría que fue voluntad del órgano legislativo local (Asamblea Legislativa del Distrito Federal) suprimir de la boleta electoral “cualquier” opción que de manera expresa no se dirigiera al otorgamiento del voto a favor de alguno de los partidos o candidatos contendientes.


Uno de los argumentos que puede compartirse en la sentencia del TEDF consisten en que el vocablo “ninguno” en la boleta virtual generaría la impresión de que se trata de un voto en blanco, pero sería realmente contabilizado por la autoridad electoral como un “voto nulo”, de conformidad con las actas de la elección.

Si bien es cierto que la traducción de la opción “ninguno” en un voto nulo resulta inadecuada, en todo caso el TEDF pudo haber ordenado que se modificara la boleta virtual para expresar claramente la opción de “voto nulo” y hacerlo coincidir así con las actas electorales.

Adicionalmente el TEDF sostiene que “la función primordial del voto es elegir a un candidato” sin que se pueda otorgar de manera expresa al ciudadano la opción de no elegir a alguno de los contendientes como lo intentó el IEDF en el diseño de la boleta electoral virtual.

El TEDF intenta un argumento *ad absurdum* al apuntar que si se admitiera la posibilidad de que el ciudadano no elija a alguna de las opciones que concurren a las elecciones, resultaría factible que el resultado electoral fuese que no se eligiera a un candidato contendiente, con la “nociva consecuencia” de que no se pudiera constituir alguno de los poderes públicos en la fecha legalmente establecida para ello.

Formato de acta de escrutinio y cómputo aprobada por el IEDEF, que fue modificada derivado de la resolución del TEDF



ACTA DEL PROCESO DE EMISIÓN DE RESULTADOS DE LA VOTACIÓN PARA LA ELECCIÓN DE JEFE DE GOBIERNO VÍA ELECTRÓNICA, POR INTERNET 2012

A01EXE

SE LEVANTA LA PRESENTE ACTA CON FUNDAMENTO EN LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 14, FRACCIÓN II; 21 FRACCIÓN I, 25 PRIMER, SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFO, 35, FRACCIONES I INCISO A), XXIV Y XXV; 110, 112 EN LO CONDUCENTE; 114 EN LO CONDUCENTE; 115 EN LO CONDUCENTE; DEL CÓDIGO DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL DISTRITO FEDERAL Y PROCEDIMIENTO DE VOTACIÓN ELECTRÓNICA POR INTERNET APROBADO MEDIANTE ACUERDO ACU-AB-11 DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL, EL 31 DE OCTUBRE 2011.

INSTALACIÓN

EN EL DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS _____ HORAS DEL 1 DE JULIO DE 2012, EN HUIZACHES 25, COL. RANCHO LOS COLORINES, DELEGACIÓN TLALPÁN C.P. 14386, DOMICILIO DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL, SE REUNIERON LOS SIGUIENTES FUNCIONARIOS PARA EMITIR LOS RESULTADOS DE LA VOTACIÓN EMITIDA DESDE EL EXTRANJERO, PARA LA ELECCIÓN DE JEFE DE GOBIERNO, POR INTERNET.

FUNCIONARIO 1	nombre _____	firma _____	
FUNCIONARIO 2	nombre _____	firma _____	
FUNCIONARIO 3	nombre _____	firma _____	

PROCESO DE EMISIÓN DE RESULTADOS

NÚMERO DE CIUDADANOS REGISTRADOS EN LA LISTA NOMINAL DE ELECTORES DEL DISTRITO FEDERAL RESIDENTES EN EL EXTRANJERO QUE EMITIERON SU VOTO POR INTERNET.

CON NÚMERO _____ CON LETRA _____

LA EMISIÓN DE RESULTADOS INICIÓ A LAS:

CON NÚMERO _____ CON LETRA _____

RESULTADOS DE LA VOTACIÓN

		NOMBRES		FIRMAS	
CON NÚMERO	CON LETRA	INSTALACIÓN	COMPUTO	CENSO	
PAM					
PRI					
PSD					
PRD					
PT					
VERDE					
MOVIMIENTO					
ALIANZA					
VOTOS NULOS					

DEO JEFE MUESTRA

TOTAL DE VOTOS DE LA ELECCIÓN DE JEFE DE GOBIERNO REGISTRADOS POR INTERNET	CON NÚMERO _____	CON LETRA _____
--	------------------	-----------------

INCIDENTES

MARQUE CON UNA X SI HUBO INCIDENTES DURANTE LA INSTALACIÓN Y/O PROCESO DE EMISIÓN DE RESULTADOS EN CASO AFIRMATIVO, SE REGISTRARON EN ACTA(S) DE INCIDENTES, MISMA(S) QUE SE ANEXIA(N) A LA PRESENTE.

ANTE EL NÚMERO ESCRITOS DE INCIDENTES Y/O PROTESTAS QUE PRESENTE O REPRESENTAN LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y COALICIONES

Partido 1	Partido 2	Partido 3	Partido 4	Partido 5	Partido 6	Partido 7	Partido 8
Número _____	Número _____	Número _____	Número _____	Número _____	Número _____	Número _____	Número _____

FUNCIONARIOS DE LA MESA

FUNCIONARIO 1	nombre _____	firma _____	
FUNCIONARIO 2	nombre _____	firma _____	
FUNCIONARIO 3	nombre _____	firma _____	

UNA VEZ LLENADA Y FIRMADA, DESPRENDE Y ENTREGA COPIA DEL ACTA, A LOS REPRESENTANTES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS ACREDITADOS ANTE LA MESA DIRECTIVA DE CABELLA. (COPROMOVE A LA LETRADA A PIE DE PÁGINA)

ORIGINAL EJEMPLAR PARA EL EXPEDIENTE DE LA ELECCIÓN JEFE DE GOBIERNO POR INTERNET ORIGINAL TAMANO REAL 28 X 43 cm.

HORA DE CLAUSURA: _____
 HORA DE INICIO: _____

El TEDF expresa aquí más que un argumento jurídico, una ideología política que se encuentra detrás de su sentencia. Al órgano jurisdiccional de la ciudad de México le parece grave que los poderes públicos del Estado no puedan funcionar, o se encuentren con poca legitimación ciudadana y para ello le resulta razonable limitar la libertad popular de expresarse. Resultaría así preferible silenciar a los ciudadanos que correr el riesgo de que un órgano público se vea imposibilitado para ejercer el poder sobre los gobernados. Existe aquí la clásica apelación a la *razón de Estado* que otorga primacía a la supervivencia de las estructuras gubernamentales que caracterizan al Estado-burgués, antes que a los derechos fundamentales de las personas.

José Saramago planteó en su libro *Ensayo sobre la lucidez* el caso hipotético en el que la población de un país decide emitir masivamente votos en blanco. Lo que expresa la sentencia del TEDF es el sentimiento que Saramago reflejaba en las autoridades imaginarias de su libro: un miedo irrefrenable hacia los ciudadanos y al ejercicio de su libertad. Quienes ejercen el poder —como los magistrados del TEDF— están dispuestos a restringir las libertades públicas si con ello pueden garantizar lo que ellos consideran el interés superior: la conservación de su poder. Lo que para Saramago y muchos millones de personas es hoy solamente un sueño, resulta una verdadera pesadilla para los jueces electorales de la ciudad de México.

Muchas voces en todo el mundo expresan en la actualidad un profundo rechazo hacia la democracia representativa (por ejemplo, movimientos como *Occupy* en Estados Unidos, los indignados en España, los estudiantes chilenos). La sentencia del TEDF implica que quienes piensan así, carecen de medios democráticos para expresarse. Son sentimientos ilegales.

Desde nuestro punto de vista es claro que esta decisión implica un retroceso democrático que limita las posibilidades de los ciudadanos para expresar su desacuerdo con las candidaturas, los partidos o el sistema representativo en su conjunto. La democracia debería conservar siempre una tendencia para ampliar las vías y ámbitos de expresión ciudadana. En el caso concreto, el sistema electoral del Distrito Federal en realidad restringió la posibilidad de los ciudadanos para expresarse el día de las elecciones.

El TEDF ignora que su interpretación está vinculada por disposiciones como el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos que refleja el principio *pro personae* definiendo que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Por lo anterior, se debió realizar una interpretación que potenciara las libertades y derechos ciudadanos. Si las decisiones del IEDF al añadir características a las boletas electorales permiten potenciar los derechos ciudadanos, se debe optar por esta posibilidad. Además es relevante destacar que la transición de boletas de papel a boletas electrónicas estaría significando una restricción, de hecho, para los derechos político electorales, pues los ciudadanos mexicanos estarían perdiendo la oportunidad de anular su voto. La posibilidad que a cambio ofreció el IEDF, en el sentido de permitir un voto en blanco (mediante la casilla “ninguno”) también fue eliminada con esta sentencia.

La decisión del TEDF contribuye a la creación de una falacia en el imaginario social, consistente en que los ciudadanos se encuentran conformes con las opciones políticas que se presentan a las elecciones. Pero dicha falacia está fundamentada únicamente en restricciones técnicas y no posee sustento en la realidad, pues la práctica electoral mexicana demuestra que tradicionalmente existe un alto grado de votos nulos en las elecciones presenciales.

Adicionalmente puede decirse que desde hace años las boletas electorales contienen elementos adicionales a los dispuestos en el artículo 302 del código electoral local. Esto se realiza para dotar de mayor seguridad a la emisión del voto. Por ejemplo se introducen marcas de agua e incluso elementos invisibles para el ojo humano, para garantizar que las boletas no pueden falsificarse. Es evidente que estos elementos no restringen, sino que potencian los derechos político electorales de los ciudadanos por lo que resulta constitucional su incorporación. Lo mismo debió considerarse respecto de la casilla “ninguno”.

Tal vez lo que debió incorporar el IEDF, para no usar elementos poco conocidos en el sistema electoral mexicano, fue una casilla con la leyenda “voto nulo”, pues el voto blanco es poco conocido en nuestro país. Sin embargo, lo ideal sería realmente que ambas opciones fueran viables para el ciudadano tanto en la elección presencial, como en la elección vía Internet. Para ejemplificar la confusión, resulta muy interesante observar que el IEDF, a pesar de plantear en la boleta la opción de “ninguno”

consideraba que los votos que eligieran dicha opción debían sumarse en las actas —y por tanto para todo efecto legal, ser considerados— como “votos nulos”. En el resto del mundo es bien claro que un voto blanco no es un voto nulo, sino un grupo de votantes que deben contabilizarse de forma independiente. En México esto no ocurre, pues hasta la fecha no se otorga la posibilidad de emitir un voto en blanco.

Hay que resaltar que el TEDF no genera una argumentación que permita saber por qué razón prefiere limitar el principio de libertad del ciudadano y dar primacía al principio de legalidad. Ni siquiera reconoce la existencia de la colisión de principios.

IX. CONCLUSIONES

En la ponderación de principios que realizamos en el presente trabajo concluimos que el procedimiento empleado para el voto vía Internet desde el extranjero (de los ciudadanos del Distrito Federal) resultaba inconstitucional. Ello debido a la afectación intensa que implica al principio de publicidad de la elección y a la satisfacción solamente media del principio de universalidad del sufragio.

Sin embargo, dicha conclusión se alteraría si el procedimiento de voto por Internet cambiara. Hemos propuesto que el voto por Internet confíe a la máquina el momento del sufragio individual y de transmisión del voto hasta México; pero evite “privatizar” el momento de escrutinio y cómputo de los votos. Es decir, los votos recibidos vía Internet podrían contarse manualmente por los ciudadanos (tal como ocurre con los votos recibidos vía postal). En esta nueva hipótesis el principio de universalidad del sufragio sí bastaría para justificar la constitucionalidad del “voto por Internet” pues la afectación al principio de publicidad resultaría solamente leve.

La principal debilidad del sistema de voto por Internet implementado en la ciudad de México deriva de su creación prácticamente por vía reglamentaria, pues el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal no otorgan normas pormenorizadas o acabadas al respecto. En los hechos, el COIPEDF no menciona en ninguna ocasión la posibilidad de emitir el voto por Internet, sino que en el artículo 57 establece la posibilidad de admitir el voto de los residentes en el extranjero en torno a la elección de jefe de gobierno. Por otra parte, el artículo 303 particularmente y una gran cantidad de otros artículos mencionan el uso

de “medios electrónicos”, “instrumentos electrónicos” o la posibilidad de implementar el “voto electrónico” pero casi siempre queda claro que el legislador local tenía en mente específicamente el empleo de urnas electrónicas, pues por citar solamente un ejemplo el artículo 328 del COIPEDF señala que “los lugares en donde se instalen las casillas en que se utilicen instrumentos electrónicos para el ejercicio del voto, cuenten con tomacorriente y sean techados; y durante el día cuenten con iluminación adecuada”.

Es evidente que el legislador local estableció estas disposiciones pensando en garantizar la funcionalidad de la “urna electrónica” y no en la opción de implementar el voto por Internet. Dado que el TEPJF validó la decisión del IEDF en el sentido de implementar el voto por Internet careciendo de normas legales que lo limitaran o contemplaran expresamente, podría caerse en la tentación de implementarlo para una próxima elección en su conjunto (y no solamente para los residentes en el extranjero), haciendo uso de las amplias facultades reglamentarias del IEDF.

Desde nuestro punto de vista, el uso del voto por Internet para los residentes en el extranjero posee unas virtudes innegables, pero que pierden su sentido y justificación constitucional cuando se piensa en implementarlo para una elección en su totalidad, incluidos los residentes en el país.

Una de las mejoras que resultan indispensables en el voto por Internet de la ciudad de México, destinado a residentes en el extranjero, se inspira en el modelo del voto por Internet aplicado en Estonia. Ahí se utiliza una solución de “múltiples votos” pues en caso de coacción para emitir el voto, la persona puede volver a votar después (teóricamente una vez fuera del control de quien ejerce la coacción) y siempre el nuevo voto eliminará el voto anterior. De esta forma se otorga la oportunidad de votar durante una ventana de tiempo amplia, las veces que así se decida, pero únicamente el último voto se contabiliza.

La naturaleza pública de la elección y particularmente del escrutinio, fue el argumento central de la Corte Constitucional Federal Alemana, para concluir que la modalidad de voto electrónico empleada en 2006 resultaba inconstitucional.

Es probable que el voto por Internet no resulte tan “chocante” en México, precisamente porque tradicionalmente se ha realizado un escrutinio cerrado, en el que si bien participan ciudadanos seleccionados aleatoriamente y representantes de los partidos en contienda, el resto de personas

debemos confiar en la buena actuación de un pequeño grupo de personas (en las elecciones de 2012, en el ámbito federal la cifra es de 18 personas y 17 en las elecciones del Distrito Federal) que son esencialmente los que pueden supervisar el escrutinio de los votos en cada centro de votación (o empleando el término legal, en cada mesa directiva de casilla).

Se pueden adicionar los observadores electorales, pero para actuar como tal se debe seguir un proceso de autorización ante la autoridad electoral, tomar cursos y registrarse con meses de anticipación a la jornada. Además no en todas las elecciones existen observadores y en las que se cuenta con su presencia, tampoco logran cubrir la totalidad de mesas electorales que se instalan a lo largo y ancho del territorio mexicano.

Así pues, en un país acostumbrado a un proceso cerrado de escrutinio, el voto electrónico no resulta tan diferente a la forma tradicional del voto en papel.

En el proceso de creación del voto por Internet para la ciudad de México, es posible identificar un momento crítico, consistente en la última sentencia del TEDF al respecto, mediante la que decidió eliminar la posibilidad de emitir votos blancos y votos nulos a través de Internet. Lamentablemente esta decisión no fue impugnada por los partidos políticos en contienda (pues resultó favorable a sus intereses de legitimación de sus representantes) por lo que el TEPJF no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto. Es claro que el TEDF decidió limitar la libertad de expresión de los ciudadanos que no se encuentran inconformes con los partidos y la democracia representativa en México. Esta decisión basada esencialmente en consideraciones ideológicas resulta criticable pues se opone a la ampliación de las libertades fundamentales de los ciudadanos.

Si el voto por Internet tiene futuro, debe contemplar al menos las mismas posibilidades que otorga el voto presencial. En el caso de México ello consiste en por lo menos incluir la posibilidad de anular el voto, aunque actualmente no se contemple el voto en blanco.

En los hechos, los ciudadanos lograron hacer lo que el TEDF no quería permitirles, es decir, anular su voto si así lo decidían. El TEDF informó que se emitieron por Internet 2 mil 639 votos de ciudadanos radicados en el extranjero, pero siete ciudadanos no eligieron partido político alguno y por ello se levantó un acta incidental, para contabilizarlos como votos nulos.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, en ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, México, núm. 26, 2003.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- CICOUREL SOLANO, Jaime, “El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación, Manuel Atienza Rodríguez”, *Justicia Electoral*, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, núm. 21, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María, “¿Es inconstitucional el voto electrónico en Alemania?”, en BARRAT I ESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Madrid, Civitas, 2011.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- GUASTINI, Riccardo, “Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *Revista Mensual de Jurisprudencia*, Lima, Palestra del Tribunal Constitucional, año 2, núm. 08, agosto de 2007.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel, “El voto no presencial en los informes de la comisión de Venecia y en el del Consejo de Estado sobre la reforma electoral”, en BARRAT I ESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Civitas, 2011.
- TÉLLEZ VALDÉS, Julio, “Anotaciones sobre la inconstitucionalidad del voto electrónico en Alemania”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*,

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, enero-junio de 2012, núm. 1.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid-Turín, Trotta, 2009.