



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

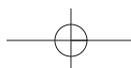
LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA





SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO. 3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL VOTO ELECTRÓNICO REMOTO EN RELACIÓN CON LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL. 3.1. Elementos del voto electrónico remoto. 3.2. Implicaciones para la salvaguardia de las garantías del sufragio. 3.3. Una propuesta de solución. 3.4. ¿Es posible interpretar como derecho fundamental de configuración legal la participación ciudadana en la administración electoral?





Fecha recepción: 15.09.2008
Fecha aceptación: 11.12.2008

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

POR

LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

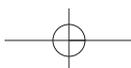
Doctor en Derecho (UNED)

1. INTRODUCCIÓN

«Pero la naturaleza de los hombres sensatos posee en sí misma un común baluarte de defensa que para todo es un bien y una garantía de salvación, sobre todo para las democracias frente a los tiranos. ¿Y cuál es ese baluarte? La desconfianza. Guardadla, aferraos a ella; si la conserváis, nada terrible sufriréis». *Demóstenes, (segunda filípica)*.

El trabajo que presentamos trata sobre el «proceso electoral» como parte del sistema electoral¹. Ahora bien, trata dicho proceso electoral desde una perspectiva distinta a la tradicional. Aquí pretendemos presentar —con mejor o peor acierto— un conjunto de *hechos* que son inherentes a un tipo de tecnologías: la informática y la telemática, aplicadas ambas al proceso electoral. Es preciso, inicialmente, hacer una clara distinción en las tecnologías de voto electrónico. En primer lugar, se sitúan aquellas tecnologías de máquinas de voto electrónico presencial y, en segundo lugar, aquellas otras que se basan en el voto electrónico remoto. Ambas pertenecen a una misma familia, pero se expresan a través de di-

¹ Para un estudio completo y detallado de los temas aquí tan sólo sintetizados puede verse: *Voto electrónico por Internet. Constitución y riesgos para la democracia*, LUIS M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, EDIFOSER, Madrid, 2008.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

versas técnicas operativas que manifiestan finalmente consecuencias prácticas muy distintas. Común a ambas es el hecho de que prescinden de un conjunto de elementos de mediación institucional, elementos (de mediación institucional) fundamentales hasta el momento presente en el paradigma del proceso electoral de naturaleza presencial no mediado por las tecnologías informáticas.

La introducción de la informática en el proceso electoral —más allá de la tabulación de los grandes resultados agregados— es un problema crítico en cualesquiera de las dimensiones operativas del voto electrónico, que genera un reto de excepcional magnitud tanto para el «proceso electoral» como para el régimen electoral en su conjunto. Desde el momento en que la Constitución reconoce el sufragio popular el cómputo de cada voto adquiere rango y dimensión constitucionales. Por ello, tal cómputo exige que las garantías de su contabilización sean, en el *nuevo paradigma*, cuando menos idénticas a las que en el proceso electoral tradicional «material» han venido observándose y desarrollándose en nuestra experiencia y tradición jurídica. Ello exige centrar nuestra atención escrupulosamente sobre el nuevo proceso electoral y sus elementos técnicos constituyentes. El cambio de paradigma que representa el voto electrónico no parece haber despertado excesivas suspicacias, por lo menos, en buena parte de la doctrina. No se aprecia o advierte como una amenaza seria a los principios inspiradores del sistema electoral en su conjunto y, tal vez por ello, en nuestro país no se han producido —por el momento— excesivas preocupaciones ante un fenómeno que se observa lejano. Pensamos, sin embargo, que el voto electrónico en las dos dimensiones operativas en las que se materializa genera importantes problemas de fondo que es preciso identificar convenientemente, para así poder valorar adecuadamente en qué forma y medida desborda los mecanismos jurídicos de garantía pensados y desarrollados históricamente para una específica forma de conducción del proceso electoral y que ya no son válidos en los nuevos marcos del procedimiento electrónico electoral. Lo anterior se manifiesta directamente en la arquitectura institucional de la Administración Electoral y en el modo en el que ésta debe garantizar la «transparencia», la «objetividad» del proceso electoral y asegurar el principio de igualdad, recordando, que tal y como establece el artículo 68.1 de la Constitución Española, las elecciones habrán de realizarse por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la Ley, ley que como declara el artículo 81.1 de la Constitución habrá de ser Ley Orgánica. Ahora bien, sabemos y sobre todo comprendemos cómo la LOREG asegura la transparencia y la objetividad. Y dado que los mecanismos organizacionales de la LOREG son únicos —para todos los participantes del proceso de sufragio— sabemos también de qué modo queda asegurado el principio de igualdad. La libertad de sufragio, esto es, que la expresión del mismo pueda desarrollarse en au-

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

sencia de fuentes de coacción, así como el modo y fórmula de asegurar el secreto del voto, son finalmente el reflejo de técnicas organizativas y procedimentales que aseguran su efectividad; en definitiva, que éstas técnicas son las garantías ambientales —estructurales e instrumentales— de aquellos. O lo que es equivalente, que el marco institucional define los métodos jurídicos mediante los que se garantiza los principios a los que ha de sujetarse el proceso electoral.

Sin embargo, el voto electrónico no es compatible con el marco institucional actualmente vigente; no en igual medida en sus dos dimensiones operativas: voto electrónico presencial y voto electrónico remoto. Cada una de estas manifestaciones incide de un modo diverso sobre la transparencia, objetividad, igualdad, libertad y secreto del sufragio. Y a ello dedicaremos las siguientes páginas introductorias de la nueva materia de estudio. Para ello, el plan del trabajo ha tenido por objetivo mostrar una parte del problema, creemos que la más relevante, que se centra en apreciar cómo las fórmulas institucionales vigentes no son adecuadas para regular la nueva realidad, exponiendo específicamente la inadecuación de la regulación jurídica vigente, la LOREG, con un formato modelo de voto electrónico remoto. De esta forma, el análisis del proceso de sufragio constata cómo las garantías que éste articula quedan «vacías» frente al desempeño de un nuevo modelo que prescinde necesariamente de sistemas de garantías aptos para asegurar los principios anteriormente enumerados a los que debe ajustarse tal proceso de sufragio, sea cual fuere el vehículo por el que se traduzcan finalmente votos en escaños. Admitimos y comprendemos que no es tarea sencilla compatibilizar o traducir mecanismos de garantía institucional entre técnicas de procedimiento radicalmente diversas, como son —en efecto— los sistemas basados absolutamente en el factor de control humano, a otros en los que el factor humano es desplazado —en diverso grado entre el sistema de voto electrónico presencial y el voto electrónico remoto— por sistemas informáticos y telemáticos.

Este desplazamiento es un cambio profundo. En realidad, y como ya hemos avanzado, se trata de un verdadero cambio de paradigma: un nuevo paradigma técnico. Por ello, las citadas garantías de transparencia, objetividad, igualdad, libertad y secreto del sufragio, experimentan igualmente un desplazamiento coherente y simétrico con el cambio señalado, lo que exige *ex novo* residenciar tales garantías a las que ha de ajustarse el sufragio en las nuevas fases de los procedimientos electorales electrónicos. Lo adecuado jurídicamente, a nuestro juicio, es que las nuevas fases, que habrán de articularse progresivamente en nuevas instituciones a las que hacemos referencia y a las que prestaremos atención en el estudio, sean cabalmente reguladas en una norma jurídica especial capaz de conferir coherencia y proporcionar estabilidad a los nuevos procesos que en un futuro puedan ser desarrollados, para lo que sugerimos la creación de una de *lege*

LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

ferenda LODREL (Ley Orgánica del régimen electoral electrónico) que, en principio, debería regular exclusivamente todos aquellos aspectos relacionados con el voto electrónico en sus diversas dimensiones operativas. Tal Ley Orgánica debería regular los nuevos mecanismos institucionales y organizacionales, tanto para definir la tecnología adecuada para este tipo de voto, como para crear el complejo de instituciones, órganos y medios suficientes para poder desarrollar y conducir tal tipo de procedimientos, con idénticas condiciones de garantía que los procesos electorales presenciales ordinarios establecidos normativamente en la LOREG que, en ningún caso, existen razones para sustituir, ya que el voto electrónico, inicialmente, habrá de ser un instrumento complementario del proceso electoral tradicional.

La LOREG debe ser el elemento de contraste contra el que debe reflejarse la norma propuesta a nivel de garantías. Y en la medida en que tales garantías no sean objetivamente idénticas en su traslación intersistemática —o superiores— significaría, sencillamente, que tales tecnologías de voto no se encontrarían maduras para satisfacer las exigencias irrenunciables que requiere el sistema electoral.

La legitimidad de todo el proceso democrático se encuentra en la integridad, pureza, transparencia y neutralidad del proceso electoral, caracteres que hay que preservar a toda costa en cualquier formato concebible de sufragio.

Hasta el presente, el proceso electoral ha sido capaz de asegurar la «integridad y neutralidad» de esa traslación temporal de voluntad y existe conciencia pública de que el proceso satisface los principios a los que se consagra.

La participación ciudadana en el proceso electoral ha sido y es elemento central de esa conciencia pública de transparencia, objetividad e integridad del proceso electoral. La «neutralidad» que asegura esa participación popular y democrática en asunto público de la relevancia de formar parte del —integrarse en el— proceso electoral, así como la judicialización del mismo, aseguran ambos principios una percepción pública de pureza del sistema, que además se compeade adecuadamente con la experiencia práctica de su evolución —sin graves problemas— a lo largo de su no excesivamente larga historia. Pero esa «neutralidad» puede y debe ser pensada como algo más: como una fórmula verdaderamente operativa, práctica y eficaz de separación funcional del *poder electoral* y, por ello, de separación de poderes (vale también funciones) en un Estado social y democrático de derecho, integrado en un entorno marcadamente evolutivo característico del siglo XXI hacia el que se avanza a velocidad uniformemente acelerada. Pero todo ello puede cambiar. La transparencia, la objetividad, la igualdad, el secreto y la libertad, pueden, sino desaparecer, sí dejar de ser evidentes, y la neutralidad del proceso electoral —como fórmula *lato sensu* de separación de

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

poderes (*funciones*)— ser reabsorbida por la *vis atractiva* del poder ejecutivo en el momento en el que la tecnología desplace con pérdida a las instituciones electorales de control clásicas.

La tecnología que nos ocupa crea una forma de «*opacidad técnica*» que no permite examinar, salvo a un número muy reducido de expertos, si los principios por los que debe orientarse estrictamente el proceso de sufragio son realmente satisfechos y en qué medida lo son. Pero, pese a ello, la tecnología no puede evitar —está sencillamente más allá de sus posibilidades— generar graves errores para el proceso democrático.

Los errores, con ser importantes, no son posiblemente suficientes para crear un estado de preocupación legítimo y una razonable alarma sobre las tecnologías empleadas en estos momentos. Los problemas más serios, a nuestro juicio, son aquellos relacionados con el fraude electoral intencional, masivo o limitado, cuyo origen puede situarse previsiblemente en diversas fuentes de producción: gobiernos extranjeros; los propios gobiernos de los estados que emplean éste tipo de sistemas; grupos terroristas; delincuencia organizada; y particulares nacionales y extranjeros. Lo que nos advierte que ésta materia afecta directamente a la *seguridad nacional*. La ruptura de la universalidad de sufragio y las fuentes de discriminación que de ese dato se pueden derivar han de generar igualmente preocupación. La compra-venta del voto (de más fácil instrumentación en los supuestos de voto electrónico remoto), el debilitamiento de la garantía de autenticidad del voto, las nuevas formas de coacción domésticas en el ámbito del voto electrónico remoto, etc. Estas serán, entre otras, algunas de las cuestiones —graves como se puede apreciar— que examinaremos.

El lector tal vez eche en falta modelos de voto electrónico presenciales o remotos. La respuesta a ello es que, *en efecto, no ha sido nuestra intención acumular el estudio de sistemas adoptados en todo el orbe*², sino, por el contrario, centrar nuestra atención en *los problemas teóricos fundamentales que afectan a todos los modelos de voto electrónico, presenciales o remotos*. Los problemas que se estudian en los modelos propuestos son extensibles —salvo en cuestiones de detalle— a la mayoría de los demás. Por una razón, porque los sistemas informáticos no son prácticamente distintos en sus elementos esenciales.

El voto electrónico futuro puede crear las bases para una nueva era de creatividad institucional debido a que las opciones disponibles conducen a experi-

² Para una exposición elemental de la legislación comparada sobre voto electrónico en Europa puede verse: «*Le vote électronique*», Les documents de travail du Sénat. Série Législation Comparée, n.º LC 176, de septiembre de 2007. Recordando que la conclusión de éste documento es que: «*De façon générale, le vote électronique ne paraît pas répondre aux espoirs qu'il a nourris*», p. 8.



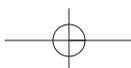
LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

mentar nuevas fórmulas de control y de participación que las tecnologías arrastran consigo. Sin embargo, y como aquí defendemos, es necesario que ese nuevo «*espacio de posibilidades*» se organice con arreglo al respeto escrupuloso de derechos y principios constitucionales vertebradores de un crecimiento racional, organizado, público y garantista de las realidades sujetas a regulación, sin los cuales los riesgos, fácilmente, muy fácilmente, pueden superar a las hipotéticas ventajas de las futuras experiencias técnicas de votación electrónica remota, lo que sería lamentable.

2. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

Definir la estrategia óptima de abordaje de una realidad tan compleja como la que vamos a procurar estudiar exige acertar, por lo menos, en la selección de materiales expositivos, así como en su coordinación de modo que la exposición siga una línea programática que explique convenientemente lo que se pretende mostrar. Nosotros hemos optado por seleccionar una doble metodología de trabajo que transita de lo jurídico a lo técnico —*horizontal*—, pero en la que lo técnico no se desvincula, en ningún momento, de lo jurídico en sus diversas dimensiones. Es decir, existe en nuestro estudio una intencionalidad —*transversal*— de exponer las secciones técnicas en relación con las jurídicas, a efectos de mostrar las implicaciones derivadas de las opciones técnicas que se puedan desarrollar en relación con el voto electrónico remoto como materia de estudio, razón por la que la estructura de comentarios nos ha parecido la más idónea. Este tipo de metodología no es usual — como tampoco lo es el momento hacia el que nos encaminamos en materia de sufragio electrónico— ya que los mundos del *ser* y del *deber ser* viven y caminan por senderos separados y bien delimitados ignorándose mutuamente, lo que da lugar a incomprensiones —por desconocimiento— que en nada benefician a ninguno de los campos de estudio.

Dicho lo anterior, la investigación abordará, en primer lugar, el estudio de ciertos aspectos concretos de la LOREG, fundamentalmente para definir un patrón complejo y formal de exigencias o requisitos orientados claramente a perseguir la realización práctica de unos principios constitucionales en relación con el sufragio. De su estudio se obtendrá lo que podríamos denominar la *anatomía descriptiva* del proceso de voto, tal y como se recoge por la institución electoral regulada en la LOREG lo que nos permitirá, en efecto, descubrir o poner de manifiesto la naturaleza, composición, funciones y caracteres que definen el proceso de sufragio en nuestro derecho positivo. Es en sus procesos donde se residen, exclusivamente, las garantías jurídicas del proceso de sufragio. Una



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

vez puestas de manifiesto sus notas características debemos pensar en su dinámica, —sí— en su *fisiología*, para apreciar cómo el diseño institucional es capaz de producir en su *dinámica procesal* los efectos jurídicos buscados por las normas electorales que definen y regulan el proceso que nos interesa.

La información obtenida de ese modo debe ser suficientemente completa para abordar la fase posterior que consiste en averiguar qué mecanismos *anatómico-informáticos* deben de traducir, *sin pérdida*, la equivalencia de funciones que garanticen el cumplimiento de las mismas finalidades queridas por la norma constitucional y electoral, respectivamente. En ese sentido, y como ya hemos señalado, la LOREG ha de ser considerada como un proceso *matriz o modelo* que define y regula las condiciones esenciales —*necesarias y suficientes*— a las que debe ajustarse cualquier otro proceso que pretenda obtener los mismos resultados finales de naturaleza electoral, no obviamente el modo y forma de llevarlos a cabo. La exposición en esa sección avanza conclusiones necesarias de otras secciones del estudio para señalar que la anatomía del proceso de sufragio remoto, basada en tres grupos de elementos de construcción: ordenadores domésticos, software comercial COTS y redes de comunicaciones IP, son netamente insuficientes para conformar procesos equivalentes de garantías de procedimiento.

La segunda sección expone una serie de estudios empíricos de lo que han sido experiencias fallidas en materia de voto electrónico remoto en España y en los Estados Unidos, y el porqué lo han sido. Este capítulo recibe las dudas surgidas, y aún sin una respuesta clara del primer capítulo, situándolas en un entorno real en el que se analizan las causas por las que no es posible la construcción de procesos equivalentes con las tecnologías hoy disponibles a precios asequibles. El lector podrá observar que no se excluyen *a priori* fórmulas de voto electrónico remoto, siempre que las tecnologías que se empleen para ello sean técnicamente las adecuadas a la naturaleza de las exigencias que deben cumplirse en un proceso riguroso, como es el régimen electoral general.

La tercera sección trata de averiguar cuáles son, precisamente, esas técnicas, mediante el comentario a la Recomendación del Consejo de Ministros sobre las normas legales, operativas y técnicas para el voto electrónico, de 30 de septiembre de 2004, que consideramos de alto interés para nuestro estudio y que declara en su exposición de motivos que los sistemas de voto electrónico tienen que ser —al menos— tan seguros y garantistas como los sistemas presuntamente llamados a complementar, en un primer momento, y a sustituir en un futuro remoto. Esta sección nos permitirá estudiar el derecho comparado —fundamentalmente la legislación norteamericana sobre voto electrónico— y nos proporciona una aproximación a la *nueva matriz* de procesos institucionales, imprescindibles para la recepción inicial de los procesos de sufragio electrónico del futuro.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

La cuarta sección se centra en el estudio de las máquinas de voto. Así expuesto, puede trasladar la impresión al lector de que vamos a estudiar ingenios técnicos de muy alta tecnología y sofisticación. No hay tal, tan sólo se trata de ordenadores personales como los que se tiene habitualmente en los hogares. Llama la atención que no son en absoluto «hitos tecnológicos», sino ordenadores de un nivel tecnológico medio-bajo, dotados de elementos auxiliares para la obtención del voto, poco originales y que, pese a tal simplicidad, dan lugar a vulnerabilidades en muchos casos de imposible solución. El conocimiento, no obstante, de ese conjunto de vulnerabilidades sitúan al observador en el sereno y firme plano de los «hechos», desde el que enjuiciar adecuadamente la debilidad de estas tecnologías en su aplicación al campo del voto electrónico presencial y remoto. Un campo crítico para la seguridad en el que no son admisibles fórmulas ineficientes, inseguras o nativamente inapropiadas a los requisitos a los que se las pretende adaptar.

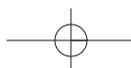
3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL VOTO ELECTRÓNICO REMOTO EN RELACIÓN CON LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LOREG en adelante, es, en palabras de Pérez Royo, toda ella un mecanismo jurídico institucional diseñado para garantizar la integridad y pureza del proceso electoral, así señala el autor: «Prácticamente toda la LOREG no es sino un instrumento para garantizar la libertad de ejercicio del derecho de sufragio, de tal manera que no se produzca una manipulación del mismo y se dé una correspondencia entre la voluntad de la sociedad y la del Estado. De ahí la minuciosidad de la regulación de todo el proceso electoral³».

En efecto, la LOREG (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio) fundamentalmente en sus capítulos I al VI del Título I (que no podemos desarrollar aquí en su análisis individualizado⁴) desarrolla un entramado de procesos jurídicos complejos orientados claramente a garantizar los principios de transparencia, objetividad e igualdad, tal y como establece el artículo 8.1 de la norma que comentamos. Ahora bien, aún cuando la LOREG no los cite expresamente ha de

³ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons (7.ª ed.), Madrid, 2000, p. 624.

⁴ Remitimos al Capítulo I de la Monografía titulada «Voto electrónico por Internet, Constitución y riesgos para la democracia», *op. cit.*



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

asegurarse igualmente el cumplimiento de los principios a los que debe obedecer el sufragio, tal y como se encuentran recogidos, entre otros, en los artículos 23.1 y 68.1 de la CE. Artículo 23.1: Elecciones periódicas (principio de temporalidad del poder; 4 años en los mandatos al Parlamento y al Senado, arts. 68.4 y 69.6 respectivamente)⁵ por sufragio universal. El artículo 68.1 y 69.2 de la CE., respectivamente que hacen referencia al Congreso y al Senado, así como el artículo 140 referente a la Administración Local, establecen que sus respectivos miembros serán elegidos mediante sufragio: universal, igual, libre, directo y secreto. Recordemos, por último, que en virtud del artículo 152 de la CE que regula los supuestos de la organización institucional autonómica, tan sólo se alude a que la formación de las asambleas legislativas serán elegidas por sufragio universal.

Todos los principios brevemente enunciados han de articularse armónicamente en un instrumento jurídico capaz de garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de cada uno de ellos. La formulación abstracta en el texto constitucional de cada uno de estos principios, se corresponde inicialmente con una concepción dogmática de intensa raíz histórica que explica su justificación jurídica, en defensa de los principios que representan en cada caso; y su proceso de evolución histórica nos sirve para comprobar cómo en los diversos estados de tradición jurídica euro-atlántica han sido aplicados tales principios, investigación histórica que no podemos abordar aquí⁶. No obstante lo anterior, sí podemos, en cambio, señalar que la articulación jurídica de todos los principios enumerados ha sido pensada, en su desarrollo institucional, para concentrarse en dos características fundamentales que han definido y definen la estructura institucional del sufragio.

- 1) La estructura organizativo administrativa de base territorial (Supraestatal, Estatal, Provincial (Autonómico) y Municipal).
- 2) La participación humana en el desempeño de la actividad prevista en todas las estructuras institucionales jurídicamente ideadas para el desarrollo del proceso de sufragio.

⁵ En los supuestos de Administración Local, art. 140 de la CE, y de las Comunidades Autónomas, art. 152.1 de la CE, la Constitución guarda silencio en relación con el plazo temporal del mandato. Dato que habrá de integrarse en virtud del contenido del artículo 42.3 de la LO-REG en el que se fijan los mandatos de cuatro años.

⁶ Puede verse J. DABIN, *Doctrina general del Estado-elementos de filosofía política*, UNAM, México, 2003, pp. 222-248. R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, FCE, México, 1998, pp. 1098-1159.



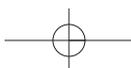
LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

Es decir, el sufragio se ha desarrollado históricamente conforme a la participación humana en todos sus aspectos del procedimiento⁷. Dado que la participación humana siempre ha de estar sujeta a una —con excepción de remotos supuestos de organizaciones pre-políticas nómadas— vinculación territorial, la organización administrativo territorial ha jugado un papel fundamental en la definición y configuración jurídica de las estructuras administrativas de sufragio.

Lo anterior, muy esquemáticamente, aísla dos condiciones esenciales del sufragio —existen otras a las que no vamos a hacer referencia aquí por su menor interés para nuestra investigación— que han caracterizado la elaboración de nuestras instituciones electorales. Podríamos decir que se tratan de condiciones necesarias y suficientes en una configuración de proceso humano de la *información*⁸ electoral. Ahora bien, entre finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI

⁷ Recuerda Aristóteles en la Constitución de Atenas que fue Solón quien dio por primera vez voto a la plebe: «...y lo tercero, con lo que dicen que la plebe alcanzó mayor fuerza, la apelación al tribunal, pues siendo el pueblo dueño del voto, se hace dueño del gobierno». ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, CEPC, Madrid, 2000, p. 64. En el siglo IV a.c., se practicaban en Atenas dos tipos de voto. En la asamblea se votaba mostrando una mano alzada (cheirotonia), voto, pues, no secreto; sin embargo, en los tribunales —no confundir con los tribunales de justicia exclusivamente— el voto se realizaba mediante discos de bronce de pequeño tamaño que se introducían en urnas (psephophoria), voto secreto. M. HERMANN HANSEN, *The Athenian democracy in the age of demosthenes*, Basil Blackwell, Cambridge, USA, 1991, p. 147.

⁸ Como señala Amartya Kumar Sen: «el verdadero alcance de una teoría de la justicia puede entenderse sobre todo por su base de información: qué información se considera —o no— directamente relevante». En el marco del proceso electoral que nos ocupa, el hecho de convocar una amplia red de ciudadanos (neutralidad en su composición determinada por el método de selección de la Mesa electoral), cuyo papel será «procesar la debida administración» del programa de voto, operación, a su vez, supervisada por interventores y apoderados (subconjuntos de interesados y circuitos redundantes de supervisión y control de la información) de las organizaciones políticas en liza, constituye —en su integridad y singularidad— un sistema de información «extenso» a nivel de la organización de la Administración Electoral nacional —número de mesas electorales— e «intenso» por la efectividad del control público en la transparencia del proceso: Mesa a Mesa. La información de procesamiento es: pública; externa; intensa y participativa (interactiva). Los sistemas informáticos —voto electrónico— eliminan toda esta información de procesamiento y, en tal sentido, —suprimen— un tipo de información fundamental y necesaria para obtener la convicción imprescindible —la garantía— de que el proceso ha seguido los trámites rigurosamente establecidos para alcanzar un resultado procesalmente justo (asignando a cada candidatura el número exacto de sufragios realmente contabilizados). La «publicidad», elemento integrante del proceso democrático, exige un tipo de información institucional —diseñado en las etapas que comprende la LOREG— y que se produce en el funcionamiento ordinario de la Administración Electoral y, particularmente, en las mesas electorales. Información que se documenta en el acta de sesión (art. 99.1.LOREG). Y que se reproduce igualmente en el escrutinio general (art. 104.1.LOREG) mediante la extensión de nuevas actas de constitución de las Juntas, etc. En definitiva, tal documentación plasma la información electoral (en sentido amplio) e instituye, de ese modo, el núcleo



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

dos nuevas técnicas de sufragio que son: el voto electrónico presencial, y el voto electrónico remoto, hacen acto de presencia en el panorama de instrumentos que se postulan como herramientas inicialmente válidas para integrarse en los procesos electorales de cualquier Estado. Sobre el voto electrónico presencial se empieza a consolidar una base de experiencia técnica desde una fecha muy reciente, en los Estados Unidos desde el año 2000 hasta el momento actual. Con anterioridad, existe en aquel país una amplia experiencia histórica en voto electro-mecánico, suficientemente extensa para avalar unas conclusiones generales de que tales tecnologías —en general— han garantizado, hasta cierto punto al menos, los principios de: igualdad de sufragio; objetividad en el análisis de resultados —escrutinio— y secreto, en su metodología de funcionamiento.

Todos estos aspectos y precisamente en la tecnología de voto electrónico presencial han cambiado fundamentalmente desde la promulgación y entrada en vigor del Acta HAVA (Help America Vote Act. Public Law 107-252, 107th Congress) el año 2002. Por otra parte, tenemos el voto electrónico remoto. Como su nombre indica la peculiaridad de ésta técnica de sufragio se encuentra fundamentalmente en que no se practica necesariamente el sufragio en ninguna sección electoral territorial convencional, (lo que hace posible teóricamente pensar en la creación de la *circunscripción administrativa virtual electrónica*, como instrumento de definición virtual de nuevos tipos de circunscripciones, de las que no podemos hacer aquí más que una reseña) por una parte y, por otra, que en su esquema procedimental se suprime cualquier figura de control del proceso electoral de naturaleza personal. Es decir, el voto electrónico remoto prescinde completamente de las dos características fundamentales que han caracterizado los modelos institucionales de sufragio convencional: 1) un condicionamiento de base administrativo territorial; y 2) el control del sufragio por los miembros de las mesas electorales.

Como se puede advertir, las técnicas de sufragio electrónico remoto, al prescindir de una concreta dependencia administrativa territorial, exigen pensar en una organización institucional nueva, ya que no le puede ser de aplicación a ésta la estructura técnico-procesal en la que se basa el sufragio presencial. Por otra parte, y en relación con lo anterior, las mesas electorales pierden en el

de la garantía de control sobre la información que van produciendo los diversos elementos orgánicos de la institución. El acceso a tal información es fundamental para asegurar que ésta se ha producido legítimamente. De tal legitimidad procesal se predica finalmente la justicia o no del proceso. A la postre, reclamaciones y protestas no son sino indicios documentados destinados a una investigación posterior por parte de la Administración Electoral competente y revisora de las actuaciones impugnadas en la medida en que así lo prevenga la LOREG. A. KUMAR SEN, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, p. 79.

nuevo paradigma de sufragio su justificación. No tienen ninguna tarea jurídica que satisfacer. Desde esta perspectiva, si las mesas electorales pierden su justificación, la premisa esencial del régimen electoral presencial pierde su objeto y con éste la estructura orgánica que componen las juntas de base territorial (juntas de zona, provincial, de comunidad autónoma y finalmente la central).

Como vemos, la concepción del régimen electoral electrónico remoto tiene consecuencias relevantes para el régimen electoral general. Lo anterior no es igual en los supuestos de voto electrónico presencial. Es decir, inicialmente al menos, la configuración institucional que define y organiza la LOREG podría inicialmente ser compatible con tal técnica de sufragio, siempre y cuando se asegurasen jurídicamente una serie de principios, que en el momento presente no se protegen convenientemente en ningún Estado de los que han hecho uso del voto electrónico presencial, debido al respeto por los Gobiernos de un conjunto de servidumbres técnicas que nosotros denominados, *el problema teórico de la dirección de ajuste*, y que veremos en la última sección de éste artículo. Se trata, no obstante, de un problema de ingeniería institucional, en palabras de Sartori.

El *voto electrónico presencial* no plantea extraordinarios desafíos para la democracia, si bien, plantea retos importantes de orden práctico que por el momento no encuentran una solución que los hagan plenamente respetuosos con las garantías que deben salvaguardar en el régimen electoral, extremo que veremos más adelante. Los problemas irresolubles derivan del *sufragio electrónico remoto*, ya que éste al prescindir completamente de las mediaciones institucionales, traslada completamente la salvaguardia de la *integridad, transparencia y objetividad del proceso* de sufragio a las tecnologías informáticas y telemáticas. Esa traslación *no es inocua*, todo lo contrario, dado que en ella se residencia completamente la pérdida o la erosión intensa de los principios que hacen del sufragio en su versión presencial y personal un instrumento eficiente, seguro y garantista. En ese sentido, es importante tener presentes los siguientes argumentos de orden general en el enjuiciamiento de las políticas en relación con las nuevas tecnologías y, en particular, con el voto electrónico en sus diversas dimensiones operativas: «Las personas —como nos recuerdan Kahnemann, Slovic y Tversky— tienden a confiar en ciertos tipos de razonamientos heurísticos que, al no valorar adecuadamente el fenómeno de la regresión estadística (*regression to the means*), conducen a cometer errores sistémicos en la asignación de probabilidades; dando demasiado peso a las catástrofes recientes o partiendo de una expectativa general insuficientemente ajustada al problema en cuestión⁹. El resul-

⁹ DANIEL KAHNEMANN, PAUL SLOVIC y AMOS TVERSKY (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge University, New York, 1982, pp. 18-19.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

tado de ello es que el manejo popular de riesgos de baja probabilidad suele ser seriamente errado. También hay muestras de que la provisión de información es poco útil cuando la percepción de los riesgos va contra corriente. La gente puede estar acostumbrada a creer que el riesgo es bajo, o puede desear creer que no está sujeta a tal riesgo; y es muy difícil contravenir esas creencias. Si la gente intenta reducir las disonancias cognitivas, si no quiere darse por enterada, las campañas informativas no alterarán sus creencias en absoluto».

En efecto, las nuevas tecnologías —por el sólo hecho de ser «nuevas»— conducen a representaciones mentales de que en su práctica totalidad no prometen sino expectativas positivas de progreso y bienestar. No se puede negar que esto es, en buena medida, cierto. El problema tal vez se halle en la compleja discriminación de cuándo las tecnologías verdaderamente cumplen tales promesas y cuándo no solamente no satisfacen las expectativas generadas y anheladas, sino que se descubre a la postre que los problemas que generan son mayores que los que supuestamente vendrían a resolver. Ese creemos que es, precisamente, el problema del voto electrónico, y en particular del voto electrónico remoto (una consecuencia natural de la «*racionalidad limitada*»¹⁰ señalada por Herbert A. Simon), en el que la percepción de riesgos es socialmente baja, pero en realidad los riesgos son notablemente altos, como iremos viendo sistemáticamente. Y esto es negativo no sólo por lo que supone directamente, sino y, fundamentalmente, por lo que «*desplaza*» o puede desplazar en su avance de forma casi imperceptible: *la erosión de garantías jurídicas trabajosamente acumuladas en el progreso histórico evolutivo del sistema electoral*.

Lo anterior, es plenamente compatible con la opinión sostenida entre nosotros por Juan Cano Bueso cuando señala que: «la traslación de estas sofisticadas tecnologías al marco de la relación representativa y al proceso político de toma de decisiones debe ser recepcionada críticamente e implantada con las debidas cautelas, so pena de convertir lo que pueden ser válidos elementos instrumentales, en todo caso auxiliares, en mediatizaciones y condicionamientos que terminen por subvertir principios capitales del sistema constitucional de gobierno y el orden de valores ínsito a toda democracia política¹¹». Si estas observaciones

¹⁰ Como señala Simon y buena parte de la escuela económica neo-institucional que aceptan tal premisa: «Como criaturas de racionalidad limitada incapaces de habérselas con el mundo en toda su complejidad, nos formamos una imagen simplificada del mismo y lo vemos desde nuestro punto de vista organizacional particular, esto es, desde los intereses y objetivos de nuestra organización». H. A. SIMON, *Las ciencias de lo artificial*, Comares, Granada, 2006, p. 52. En idéntico sentido: O. E. WILLIAMSON, *Las instituciones económicas del capitalismo*, FCE, México, 1989, p. 10.

¹¹ J. CANO BUESO, «En torno a las transformaciones de la representación política», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie* (Año XXXIV, Núm. 101), mayo-agosto 2001, p. 393.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

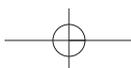
son correctas, la única implantación posible sería la que hace referencia al sufragio electoral electrónico presencial y, en ningún caso, al sufragio electrónico remoto. Como por otra parte también sostiene Miguel Ángel Presno Linera¹², con quien estamos plenamente de acuerdo. Se habrá podido comprobar que cuando hacemos referencia al sufragio electrónico en su versión técnica remota, la expresión remoto tan sólo significa a distancia. Es hora ya de despejar ese concepto expositivo y centrarnos en el instrumento de comunicación al que hacemos expresa referencia: Internet.

3.1. Elementos del voto electrónico remoto

En el voto electrónico remoto participan tres bloques de construcción esenciales. Los ordenadores personales con arquitectura PC propiedad de los titulares del derecho al voto. Estos, ordinariamente, serán unidades domesticas de propósito general, en las cuales —ha de advertirse— prevalece una nota característica fundamental que las hace distintas jurídicamente de las máquinas de voto electrónico situadas en secciones electorales y controladas por funcionarios electorales y es su naturaleza de *máquinas privadas insertas en un proceso público electoral*. En segundo lugar, la interconexión de estas máquinas se efectúa mediante la conocida red Internet (como una inmensa federación de redes de naturalezas públicas y privadas). Desconocer el hecho de que Internet es una concatenación de redes de distinta naturaleza jurídica, en la que los sistemas de encaminamiento de la información, nativamente, enrutan ésta según criterios de optimización y máxima conectividad significa ignorar los riesgos asociados a la técnica operativa sobre la que está diseñada Internet.

Dedicamos en la investigación de la que proviene el artículo una extensa consideración a la naturaleza de la red y, concretamente, a la metodología mediante la cual las máquinas se comunican merced a la familia de protocolos TCP/IP. No podemos aquí abordarlos, pero sí podemos señalar un dato *crucial* que permite reflexionar acerca del tratamiento de ésta información (hacemos obviamente referencia con la expresión información a «*datos de tráfico electoral*», un concepto nuevo y necesario en el marco de los sistemas de voto electrónico re-

¹² En efecto, así sostiene el autor: «Por todo ello, se puede concluir que el voto electrónico de carácter remoto presenta de momento un número demasiado elevado de deficiencias como para que sea un sustituto adecuado a la votación a través del correo postal». M. ÁNGEL PRESNO LINERA, *La globalización del voto electrónico*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2006, p. 17 (<http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.html>).



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

mentos, que precisa de reconocimiento y regulación jurídica específica, como *categoría normativa autónoma*, en la legislación de protección de datos de carácter personal L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, así como en la *de lege ferenda* LODREL que veremos más adelante).

La información —todo tipo de información— que se encamina por Internet —generalmente— emplea una técnica de enrutamiento de datos que busca el camino temporalmente más corto en «tiempo¹³» entre dos puntos cualesquiera de la red. Para ello, en la red se encuentra una enorme infraestructura de *enrutadores, conmutadores, concentradores*, etc., que calculan dinámicamente y en función de la congestión de la red las mejores rutas entre las máquinas (todo el hardware que conforma Internet, un auténtico universo de máquinas de procesamiento y transmisión de datos (datagramas) presentan al usuario final la información de modo *transparente*) que desean comunicarse. Esto significa que las comunicaciones no siguen lo que podríamos denominar una línea recta entre los comunicantes, sino que la comunicación adoptará una forma que dependerá —para cada comunicación— del estado de carga y congestión de la red en cada momento dado.

¿Qué quiere esto decir? Pongamos un ejemplo. En una comunicación TCP/IP entre Madrid y Barcelona, sería posible —*en determinadas condiciones*¹⁴— que la comunicación transitase por redes de Oceanía, del Atlántico, et-

¹³ Otras métricas habitualmente empleadas son: coste de dificultad, distancia como métrica de saltos, ancho de banda, carga de tráfico, retardo, fiabilidad y MTU. TOM SHAUGNESSY, TOBY VELTE, *Manual de CISCO*, Osborne McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 319.

¹⁴ Por externalizar el sufragio debemos entender, en nuestro estudio, hacer posible que una parte del mismo pueda circular por redes de datos externas a la jurisdicción y soberanía nacionales. En tales supuestos, quedarían comprendidas todas las manifestaciones de voto electrónico remoto realizado desde el exterior de nuestras fronteras (asimiladas a formas de voto por correo desde el extranjero, en los supuestos que hemos contemplado anteriormente, así como en los supuestos en los que las fuerzas armadas pudiesen hipotéticamente ejercer su derecho al voto telemáticamente —supuestos análogos a SERVE-). Ahora bien, también habría que conceptuar en tales supuestos aquellos casos en los que, debido a manipulaciones, voluntarias o involuntarias, y congestiones de las redes de transporte de datos, los sufragios electrónicos pudiesen circular por tales redes —aún cuando fuese puntualmente—. Se puede pensar en ataques masivos DoS contra enrutadores centrales, que colapsando estos, obligasen a que el tráfico pudiese circular (redirigirse dinámicamente) por tales redes externas. Esto se podría técnica, y teóricamente, corregir mediante la configuración adecuada (reglas de manejo del datagrama al atravesar la red) e idéntica de la métrica de saltos establecida para el «*acto de sufragio electoral*» en los navegadores que condujesen el proceso de sufragio (supongamos que se permiten, tan sólo, 7 saltos en los registros TTL o TDV (tiempo de vida) de los datagramas con contenido electoral, en vez, de los 128 saltos habituales de Windows 98, o los 32 de Windows 95. Así como, especificando la ruta precisa que seguirán los datagramas, mediante la configuración en las cabeceras IP de los datagramas en el for-

cétera. Una comunicación posterior a la primera —con una demora de minutos— entre idénticos comunicantes, podría transitar por las redes de datos de América del norte, etc., y así, permanentemente, para cada comunicación, e incluso, en una misma comunicación, los protocolos de Internet buscan, en combinación con todo el hardware de la red que sea necesario, la forma más eficiente y rápida de formar *circuitos virtuales* que enlacen los datos de las máquinas que se comunican. De esa forma, cada comunicación optimiza un nuevo conjunto de estados de conexión y se perfecciona la misma. Este método de funcionamiento es el núcleo del procesamiento de la información que efectúa Internet¹⁵. Cuando se desarrolló la red por la comunidad científica reducida que la empleaba (tan sólo unos cientos de investigadores) fue el deseo de sus diseñadores y constructores que fuese lo más eficiente en conseguir comunicaciones, por ello, se define coloquialmente Internet como una red «*promiscua*». Lo que se busca en el funcionamiento de ésta red, y sus especificaciones técnicas hacen posible, es obtener la mayor *conectividad* (el *encaminamiento adaptativo* es la base de la flexibilidad y la robustez del protocolo IP¹⁶). No en cambio la seguridad. Internet no se pensó ni se desarrolló —en ningún sentido— como una red orientada a la seguridad, tal criterio estructural lo comparten los ordenadores personales con arquitectura PC y el software, como examinaremos a continuación.

mato de una —Strict Source Route—, identificando las direcciones IP de los enrutadores (los enrutadores no tienen URL) reservados al proceso electoral a escala territorial nacional o local —que habrá de coincidir con los saltos TTL programados—. El problema se encontraría, fundamentalmente, en estos supuestos, en que las redes se colapsarían con gran facilidad, al limitar extraordinariamente (o de modo absoluto en rigor) el empleo de vías de comunicación que no congestionasen los servicios. También sería necesario modificar —mediante los programas de software electoral apropiados— y, automáticamente, los registros de los navegadores de millones de usuarios, lo que parece prácticamente imposible, y no impediría, además, que gusanos, virus y troyanos alterasen nuevamente tal configuración, haciendo posible la manipulación del sufragio. Las infraestructuras de red se harían muy vulnerables a la seguridad, dado que se prescindiría de la capacidad de enrutamiento dinámico de las redes. Es decir, el proceso electoral electrónico, al controlar las variables del enrutamiento, haría simultáneamente a éstas notablemente más críticas al ser conocidas de antemano por los posibles atacantes, que podrían dirigir y planificar su actividad criminal con mayor precisión, bloqueando los sistemas predeterminados por la Administración Electoral electrónica, Dra. S. FEIT, «TCP/IP», *op. cit.*, pp. 114-132., T. SHAUGHNESSY, TOBY VELTE, *Manual de CISCO*, Osborne McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 129-164.

¹⁵ SIDNIE FEIT, *TCP/IP. Arquitectura, protocolos e implementación, Ipv6 y seguridad de redes IP*, Osborne McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 161-207. TOM SHAUGHNESSY, TOBY VELTE, *op. cit.*, pp. 299-344. WALTER GORALSKI, *Tecnologías ADSL y xDSL*, Osborne McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 71-89 (para obtener mayor bibliografía y estudios más especializados en inglés remitimos a nuestra investigación).

¹⁶ SIDNIE FEIT, *op. cit.*, p. 113.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

Volviendo al sufragio electrónico por Internet, el uso de la red (Web) supone que el sufragio que se envíe entre electores y los servidores de la Administración Electoral, podría salir al exterior del país, para regresar, posteriormente, a las fronteras nacionales de España. En ese proceso de *externalización* del sufragio, el mismo viajaría por redes extranjeras, públicas algunas de ellas, aún cuando la mayoría son privadas. Al transitar por éstas, tales redes *reenvían* los datos que se encuentran en su dominio hasta alcanzar su 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 del «*Inter*» de «*Inter-Net*». Esta característica operativa de Internet debería ser, en rigor, suficiente para prohibir el uso del voto electrónico remoto en redes abiertas como Internet, ya que, como acabamos de resumir, *externaliza* el sufragio electrónico, con lo que ello significa para la salvaguardia de *la integridad del proceso de sufragio*. 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*. Es decir, un Estado no puede responsabilizarse del funcionamiento de redes públicas y privadas extranjeras, debido a que sencillamente es imposible. Y dada tal imposibilidad de dominio de las condiciones técnicas y operativas del sufragio electrónico remoto, con ella debe decaer toda experiencia de sufragio por Internet.

El hecho de que la información electoral sea cifrada, con el objeto de proteger frente a la manipulación del sufragio el contenido de la misma, no deja de *externalizar* el sufragio al exterior de las fronteras nacionales. Lo que podría afectar a millones de sufragios electrónicos que circularan por esas redes internacionales cuya naturaleza, estructura y características serían ignoradas o desconocidas por el Estado, no pudiendo la Administración Electoral electrónica garantizar las condiciones específicas organizativas del sufragio, ya que un componente tan relevante como el que acabamos de considerar no puede ser fiscalizado directa o indirectamente por la misma. Lo anterior, es la razón de fondo por la que los aspectos relacionados con el sufragio electrónico remoto han de ser siempre considerados como *materia que afecta directamente a la seguridad nacional*.

El tercer y último bloque de construcción del sufragio electrónico remoto es el software. La lógica de cualquier ordenador se reside en su software. Independientemente del tipo de actividades al que pueda dedicarse el software, éste formará parte tanto de las máquinas de voto electrónico presencial, como de los ordenadores personales que sean empleados en el voto electrónico por Internet.

En ese ámbito nos encontramos ante tres órdenes de problemas.

- 1) La propia naturaleza de la elaboración del software.
- 2) La protección legal que la legislación dispensa a este tipo de creaciones intelectuales.
- 3) La responsabilidad que en el marco jurídico del sufragio hay que asignar a esta categoría de instrumentos.

A) El software, todo tipo de software, presenta problemas de inseguridad que son *intrínsecos* a su propia naturaleza compleja. Es decir, no existen protocolos de programación (ingeniería del software) que puedan garantizar la inexistencia de fallos importantes en cualquier tipo de aplicación concebible, como concluyen los estudios del código de las Universidades de Berkeley y Johns Hopkins, entre otras¹⁷.

B) La protección legal que dispensa la Ley de Propiedad Intelectual¹⁸, RDL 1/1996, de 12 de abril, no facilita adecuadamente los procesos imprescindibles de ingeniería inversa para determinar la naturaleza, estructura, calidad y contenido del «*software electoral*». Razón por la que en el marco jurídico del sufragio electrónico, presencial y remoto, se precisa la creación de una categoría que armonice las exigencias de un concepto que proponemos de «*software electoral*» y que definimos provisionalmente como: «*aquel que de cualquier modo o forma participa o se encuentra integrado en cualquier tipo de máquina de voto electrónico o periférico destinado al funcionamiento de las máquinas de voto electrónico, sea cual fuere el sistema de carga empleado para su introducción en la máquina y con independencia del sistema de almacenamiento que lo contenga*». Una vez definido el concepto básico y amplio de «*software electoral*» y, en relación con la Ley de Protección Intelectual, RDL 1/1996, de 12 de abril, se deberían de llevar a cabo una serie de reformas en el Título VII del Libro I: «Programas de ordenador» como la definición, por ejemplo, del concepto de «ingeniería inversa», que puede definirse siguiendo a Fernández Masía como: «todas aquellas operaciones que son necesarias para que se pueda tomar conocimiento de las ideas subyacentes en el programa de ordenador». En nuestra legislación existen tres disposiciones —recuerda el autor— que tratan de este tema, los artículos 100.3, 100.5 y 100.6 de la LPI. El artículo

¹⁷ CHRIS KARLOF y otros, *Source Code Review of the Sequoia Voting System*, University of California. Berkeley, July 20, 2007, p. 82. ARIEL J. FELDMAN y otros, *Source Code Review of the Diebold Voting System*, University of California, Berkeley, July, 20, 2007, p. 65. DAN S. WALLACH y otros, *Source Code Review of the Hart InterCivic Voting System*, University of California. Berkeley, p. 88 (para una referencia detallada de estos estudios remitimos al capítulo «máquinas de voto» de nuestra investigación principal).

¹⁸ No interesa para nuestro trabajo, en estos momentos, el estudio de cuestiones atinentes a las leyes de protección industrial.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

100 contempla los procesos de «ingeniería inversa» con fines *concretos* de obtener la información necesaria para la *interoperabilidad*, con las limitaciones contempladas en las letras a), b) y c) del citado artículo.

Consideramos necesario añadir un nuevo número, el *5bis*, al artículo 100 de la LPI, en el que con base en las *finalidades* de inspección, control de funcionalidad y adecuación, todos aquellos programas que formen parte del concepto de «software electoral» deberán poder ser sometidos, mediante los procedimientos técnicos pertinentes (su descompilación) a la inspección pública y privada determinada por las normas electorales que sobre el particular se desarrollen (indudablemente tales normas serían una de *lege ferenda* LODREL y normas posteriores de desarrollo reglamentario).

C) Por último, y en el ámbito del voto electrónico remoto y presencial, se precisa reconfigurar jurídicamente la responsabilidad civil y, en su caso penal, de los fabricantes de software en relación con el «*software electoral*» que pretenda formar parte del concepto considerado en la letra anterior. Es decir, y como ha recordado recientemente la Comisión de Ciencia y Tecnología de la House of Lords Británica, en su recomendación de 24 de julio de 2007, Capítulo 8.º, «sumario de conclusiones y recomendaciones», epígrafe 8.15: «*se recomienda que a nivel de la Comunidad Europea se introduzca el principio de responsabilidad, cuando la negligencia en la elaboración de estos productos pueda ser demostrada*¹⁹». Obviamente, la demostración requiere una regulación que, por lo menos, en materia electoral, haga jurídicamente posible la inspección y estudio del código que forma este tipo de software.

Los elementos muy brevemente considerados ponen de manifiesto la naturaleza estrictamente técnica en la que se articula el sufragio electrónico remoto y, al mismo tiempo, permite comprender por qué la infraestructura institucional que diseña y regula normativamente la LOREG en modo alguno puede servir instrumentalmente como vehículo de control de un hipotético proceso de sufragio electoral electrónico puro.

3.2. Implicaciones para la salvaguardia de las garantías del sufragio

Como acabamos de señalar, podemos apreciar una inadecuación intensa entre la norma que regula en nuestro país el régimen electoral general, pensada originariamente para un proceso estrictamente compuesto por procesos institu-

¹⁹ «*Personal Internet Security*», Science and Technology Committee, House of Lords, 5th Report of Session 2006-2007, Volume I Report, y II Evidence, London, U.K. 24 July 2007, p. 82 (Vol I).

LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

cionales que tan sólo pueden ser desarrollados y desempeñados por seres humanos, y el concepto de voto electrónico remoto, en el que por el contrario tales procesos institucionales carecen de significado y son de imposible aplicación al esquema técnico que hemos delineado en sus trazos más gruesos.

Lo anterior advierte que no es posible adecuar la LOREG a los procesos de sufragio electrónicos remotos. Inicialmente, se puede pensar en añadir un Título adicional a la LOREG en el que pudiesen regularse tales técnicas de sufragio. Ahora bien, dada la naturaleza extraordinariamente compleja y exigente que habrá de suponer un proceso como el que venimos considerando, el método que nos parece más respetuoso con el derecho fundamental al voto, es mediante la regulación de este tipo de manifestaciones técnicas de sufragio en el marco de la regulación normativa de una Ley Orgánica del Régimen Electoral Electrónico (LODREL). Indudablemente, se trataría, de una regulación que conviviría con la LOREG dado que no estimamos, en ningún sentido razonable, la supresión de ésta última que sirve razonablemente bien a los objetivos que se propone regular en el ámbito del sufragio presencial. No existe en materia de voto electrónico por Internet un modelo guía al que pudieran adaptarse las diversas variantes de este tipo de procesos, pero se dispone, en cambio, del modelo institucional que regula la LOREG, el cual ha sido capaz de organizar los elementos que integran el régimen procesal del Capítulo VI del Título I, de forma que las condiciones anteriormente enumeradas son plenamente satisfechas.

Una norma como la propuesta LODREL debe integrar todos los aspectos de naturaleza electoral, directos y periféricos con vocación de unidad, aspectos que consideramos con detalle en la sección tercera del artículo. No obstante lo anterior, y aún si fuese posible alcanzar la capacidad operativa para ordenar una regulación constitucionalmente adecuada a las exigencias que establece nuestra norma fundamental, persistiría un problema importante, *fundamental diríamos*, que ningún sistema electrónico tiene la capacidad de sustituir: *la neutralidad* que proporciona y garantiza la composición orgánica personal de las mesas electorales contra el fraude. Uno de los factores más relevantes de la Administración Electoral presencial es su capacidad de *resistencia contra el fraude y la manipulación electoral*. Es extraordinariamente difícil lograr un fraude masivo, ya que la forma de selección y composición de las mesas impide la práctica totalidad de tentativas de fraude y, de llegar éste a consumarse, afectará previsiblemente a mesas electorales aisladas. En el voto electrónico remoto el fraude puede ser masivo, ya que en él *no existen controles reales de verificación* de la pureza del sufragio, sino tan sólo *procesos virtuales de adecuación y emulación* que pueden ser con relativa facilidad burlados.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

Uno de los grandes problemas que han venido produciéndose y poniéndose de manifiesto en la doctrina técnica especializada a lo largo de los últimos años en los Estados Unidos, es la certeza de que cuando los fraudes electorales electrónicos están bien concebidos técnicamente (correcta planificación y adecuada ejecución) éstos pueden *no ser descubiertos en años, o no ser descubiertos jamás*, como estudiamos detenidamente en la sección máquinas de voto (en la investigación principal). Lo anterior, representa una fuente de inestabilidad y desconfianza grave en el proceso de sufragio electrónico, para el que no existe ninguna respuesta técnica apropiada y la experiencia hasta ahora disponible es prácticamente inexistente²⁰. Ahora bien, en materia de voto electrónico presencial sí existe actualmente una experiencia, que veremos más adelante, debidamente documentada en diversos estudios de las más importantes Universidades que se han ocupado activamente del tema, y que es fruto de la inseguridad de las máquinas de voto electrónico, es decir, la implantación de las tecnologías de voto electrónico presencial han demostrado, en su conjunto, ser tecnologías vulnerables a una variedad de *debilidades estructurales* que han originado una erosión en la confianza pública hacia tales tecnologías. Confianza difícil de restaurar, si no se modifica la perspectiva de análisis con la que puede ser abordado jurídicamente éste grave problema para la democracia.

3.3. Una propuesta de solución

Visto lo anterior, podemos contemplar, inicialmente, al menos tres opciones en el modo de considerar el fenómeno que estudiamos. La primera, consistiría en prohibir la admisión de modalidades de voto electrónico remoto en el régimen

²⁰ No ha de olvidarse, en el contexto que se estudia, que las fuentes posibles de inestabilidad son excepcionalmente amplias, es llamativo, y no parece haber concitado la atención general, el hecho de que existe una extensa bibliografía de venta en las principales librerías —sección de informática— titulada habitualmente de «hackers». La mayor parte de editoriales prestigiosas, Anaya, OsborneMcGraw-Hill, Prentice Hall, etc., comercializan diversos e instructivos manuales destinados a la formación, uso y manejo de herramientas software destinadas a intervenir e interceptar comunicaciones electrónicas, traspasar cortafuegos, introducirse en redes y ordenadores corporativos, obtener acceso ilícito a ordenadores personales, romper claves de acceso, etc. Acciones, todas ellas, delictivas y tipificadas en los vigentes códigos penales, sin embargo, y por razones poco comprensibles tal bibliografía disfruta de un notable éxito comercial, estando destinada al desarrollo de actividades ilícitas. El hecho de que se comercializara un manual titulado «cómo pinchar el teléfono a su vecino», crearía alguna conmoción, y podría conducir a instar de la autoridad judicial la retirada (secuestro) de una publicación semejante; sin embargo, estos manuales se venden —sin licencia de armas— y sin ningún tipo de control. Este dato debe llamar la atención sobre un hecho tan «normal», como que un gran número de ciudadanos (no sólo en España, desde luego) disponen de las herramientas, la técnica y los conocimientos suficientes para dañar gravemente las comunicaciones electrónicas, circunstancia inédita en cualquier otra técnica de comunicaciones.

electoral general. La segunda, desarrollar la legislación orgánica apropiada para la regulación normativa del fenómeno y, la tercera, podría consistir en reconocer como derecho fundamental de configuración legal la participación ciudadana en la Administración Electoral como reflejo específico del derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, contemplado en el art. 23 de la CE. En nuestra opinión, reconocer como derecho fundamental *la necesidad básica aludida* (Müller),²¹ expresión a su vez de la reivindicación del principio democrático (art. 1.1 de la CE) que es inherente a la dignidad de la persona, y cuya tutela y respeto viene exigida por el art. 10.1 de la CE., para ser cauce esencial del libre y efectivo (art. 9.2 de la CE.) desarrollo de la personalidad, *puede constituir el único método jurídico constitucional que impida la desaparición del órgano al que hemos venido haciendo referencia*, la Mesa electoral, como instrumento en el que se articula fundamentalmente la participación ciudadana (art. 23 de la CE) junto con los partidos políticos (art. 6 de la CE) en el asunto público esencial para el funcionamiento de la democracia, a través de un sistema electoral *neutral*. Como señalara Mackenzie²²: «no hay ningún sistema de organización de las elecciones que sea perfecto, pero muchos son francamente erróneos» y la idea que anima todo este estudio es precisamente no incurrir en uno verdaderamente erróneo.

3.4. *¿Es posible interpretar como derecho fundamental de configuración legal la participación ciudadana en la administración electoral?*²³

Existen argumentos que deben ser cuidadosamente meditados en el rico debate que se avecina y del que no podemos aquí si no dar breve noticia. Argumentos que deben ser analizados —a nuestro juicio— en el contexto temporal e histórico interpretativo al que nos dirigimos, que no es otro que el de un cambio de paradigma²⁴ del sufragio propio del siglo XXI y, en ese sentido, es preciso si-

²¹ Como señala Friedrich Müller: «Los derechos fundamentales se muestran en la práctica como prescripciones muy intensamente determinadas por la realidad». FRIEDRICH MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 209.

²² W. J. MACKENZIE, *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 185.

²³ Este epígrafe ensaya una alternativa de interpretación, motivada exclusivamente por la posibilidad real de que en un futuro próximo la estructura institucional de participación ciudadana pueda desaparecer de las futuras normas que regulen el régimen electoral general. Si se logra despertar una corriente de opinión jurídica que defienda tal participación, como única forma de garantizar la neutralidad de ésta institución, el autor se dará por recompensado.

²⁴ Como nos recuerda acertadamente Kuhn: «Las revoluciones políticas se inician por medio de un sentimiento cada vez mayor, restringido frecuentemente a una fracción de la comunidad po-

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

tuar los datos sujetos a interpretación. Queremos, en primer lugar, señalar que la regulación normativa de la vigente LOREG es, en nuestra opinión, plenamente respetuosa y consistente con la naturaleza del Estado *social* y democrático de derecho que propugna nuestra Constitución.

En el Estado social (art. 1.1 de la CE) la participación activa ciudadana redistribuye el poder político entre los ciudadanos que forman parte de la organización política estatal y, en tal sentido, la distribución del poder en que consisten finalmente las diversas técnicas de participación ciudadana en los asuntos públicos son elementos integrantes de ese modelo de Estado social, que los poderes públicos están llamados a promover activamente (art. 9.2 de la CE), en lo que autores, como Benjamín Barber, han denominado «*democracia fuerte*»²⁵.

lítica, de que las instituciones existentes han cesado de satisfacer adecuadamente los problemas planteados por el medio ambiente que han contribuido a crear. De manera muy similar, las revoluciones científicas se inician con un sentimiento creciente, también a menudo restringido a una estrecha subdivisión de la comunidad científica, de que un paradigma existente ha dejado de funcionar adecuadamente a la exploración de un aspecto de la naturaleza hacia el cual, el mismo paradigma había previamente mostrado el camino [...] Las revoluciones políticas tienden a cambiar las instituciones políticas en modos que esas mismas instituciones prohíben. Por consiguiente, su éxito exige el abandono parcial de un conjunto de instituciones en favor de otro y, mientras tanto la sociedad no es gobernada completamente por ninguna institución. Inicialmente, es la crisis sola la que atenúa el papel de las instituciones políticas, del mismo modo, como hemos visto ya que atenúa el papel de las instituciones políticas [...] En número creciente, los individuos se alejan cada vez más de la vida política, se comportan cada vez de forma más excéntrica en su interior. Luego, al hacerse más profunda la crisis, muchos de esos individuos se comprometen con alguna proposición concreta para la reconstrucción de la sociedad en una nueva estructura institucional. En este punto la sociedad se divide en campos o partidos enfrentados, uno de los cuales trata de defender el cuadro de instituciones antiguas, mientras que los otros se esfuerzan en establecer las nuevas». T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México 1987, pp. 149-151. Curiosamente, el instrumento —la interconexión telemática— es previo a la revolución y la precipita debido a la versatilidad de las fórmulas de participación que hace posibles. La insatisfacción de la que nos habla Kuhn se traslada desde el pensamiento de aquellos que ven un modelo agotado a otro utópico y posible, que se presenta de una forma no conscientemente buscada — como señalara con mucha razón Hayek (F. A. HAYEK, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión editorial, Madrid, 1959, p. 58) pero que es pensado en una fase posterior como el elemento que puede resolver los motivos de la insatisfacción de las antiguas instituciones, en este caso participativas. Ese nuevo pensamiento comienza a avanzar en dos frentes al menos, contra el antiguo modelo que se ve amenazador del nuevo modelo naciente y, por ello, necesario de protección extra; y, en su avance, en el modo de articular las posibles soluciones que ha de superar finalmente el modelo institucional al que viene a reemplazar.

²⁵ En efecto, diseñar instituciones que sean realmente populares, pero que a su vez sean deliberativas y estén dotadas de razonabilidad, es obviamente el objetivo primario de la democracia fuerte, como señala el autor. Hay que añadir que Barber afirma que: «En las democracias representativas como la de los Estados Unidos, los ciudadanos se definen como personas jurídicas y



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

Debilitar, restringir o limitar cualquier fórmula de participación es sustraer, simultáneamente, esa capacidad operativa de redistribución del poder político y ello afecta tanto a la participación en órganos e instituciones de control del proceso democrático, como sería expresamente el régimen electoral, o en el marco de la justicia a través de los jurados, como expondremos seguidamente con el matiz que se dirá.

Podemos recordar con Böckenforde²⁶ que, en efecto, la teoría de los derechos fundamentales del Estado social promueven a la participación en instituciones estatales que sirven a la realización de los derechos fundamentales, teoría (de los derechos fundamentales) que al no estar fijada respecto de la comprensión de los derechos fundamentales de libertad puede anudarse —entre otras— a la teoría institucional de los derechos fundamentales y desarrollar o transformar ésta en concordancia con el Estado social que indudablemente es nota característica de nuestra Constitución. Lo indicado, por lo demás, es también compatible con el concepto de *ductilidad constitucional* postulado por Zagrebelsky, en el sentido de que: «la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integridad y al mismo tiempo no hacerse incompatible su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el *metavalor* que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)»²⁷. Los derechos fundamentales conceptuados como instituciones²⁸ pueden entenderse, también, como una solución tentativa y apropiada, inicialmente, para eludir el problema

como partes autónomas de un acuerdo soberano. Sus identidades cívicas no les enlazan entre sí, sino que los enlazan de manera individual con el gobierno, en primer lugar como partes soberanas de un contrato y en segundo como sujetos o beneficiarios. El ciudadano es un ciudadano exclusivamente en virtud de su relación con el gobierno, del que es tanto autor como objeto. Sus relaciones con los conciudadanos son completamente privadas, no existiendo en ellas nada que se pueda denominar público. Este carácter privado nos ayuda a comprender las tremendas anomias que han privado prácticamente de toda participación política a las democracias en Occidente y que a la vez ha hecho a la democracia representativa hostil a la idea de vínculos comunitarios entre ciudadanos». B. BARBER, *Democracia fuerte, política participativa para una nueva época*, Almuzara, Córdoba, 2004, pp. 293-296.

²⁶ E. W. BÖCKENFORDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Verlagsgesellschaft, Badem-Badem, 1993, p. 64.

²⁷ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Trotta (3.ª edic.) Madrid, 1999, p. 14.

²⁸ En el marco de la sociología jurídica, ver: B. GUY PETERS, *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*, Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 76 y ss.



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

básico de las *inconsistencias en la adopción de preferencias políticas sustantivas* identificado por Arrow, al combinar las preferencias políticas individuales en preferencias políticas sociales, si bien se encuentran precedentes en Condorcet (1785), C.L. Dogson (1876) o Nanson (1882), el cual, y por primera vez, identificó la «*paradoja de la votación*»²⁹. En efecto, al tratar los derechos fundamentales como instituciones, éstas provén a su contenido, al menos temporalmente, de una serie de restricciones unánimemente aceptadas o, al menos, no cuestionadas severamente, que permiten transformar las preferencias sociales políticas en decisiones normativas fundamentales que conformarán, posteriormente, las cartas de derechos fundamentales de los textos constitucionales. Lo anterior no es óbice a que, una vez situados en el plano jurídico, estos derechos pueden ser objeto de interpretación por un circuito dogmático restringido por pautas bien definidas de interpretación netamente jurídica, con independencia de ser éstos (los derechos) comprendidos como principios o como reglas³⁰. La *estabilidad* obtenida en virtud de la estrategia institucional enunciada favorece igualmente entender los derechos fundamentales, como especificación normativa de los derechos humanos, como genuinas *funciones de estatus*, idea sostenida, a nuestro juicio correctamente, por John R. Searle³¹.

No obstante lo anterior, parece existir falta de acuerdo doctrinal de que, en efecto, nos hallemos ante una manifestación cualificada de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos³², contemplada *en abstracto* en el ar-

²⁹ AMARTYA K. SEN, *Elección colectiva y bienestar social*, Alianza Universidad, Madrid, 1970. p. 57.

³⁰ Puede verse sobre la distinción dogmática y en castellano: MARTÍN BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003. pp. 47-64.

³¹ Trabajo actualmente en elaboración por el profesor de Berkeley, en comunicación personal.

³² En este sentido, señalan Jorge de Esteban y Pedro J. González Trevijano: «Ésta participación directa y no profesionalizada en el proceso electoral, disfruta pues, de la ventaja de la participación democrática de los ciudadanos en las operaciones electorales, aunque también sufre el inconveniente de toda organización no profesional». JORGE DE ESTEBAN y PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 535. También recordamos el comentario de Luis Aguiar de Luque y María Dolores González de Ayala quienes señalan, en relación con el art. 23.1 de la CE: «la interpretación del art. 23.1 no puede desconocer que dicho precepto es una proyección del principio democrático que el constituyente consagra en los artículos 1.1 y 9.2, y una naturalización del principio de soberanía popular que aparece igualmente en el artículo 1 del texto constitucional. Así lo ha constatado el propio Tribunal Constitucional al declarar que los derechos del artículo 23: «encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrado en el artículo 1 de la Constitución» (STC 71/1989, de 20 de abril). L. AGUIAR

título 23 de la CE desde una interpretación restrictiva —que es la que sostiene nuestro TC— y que no es aquí la que nos interesa. Desde una perspectiva, en cambio, —expansiva— o *evolutiva* en expresión de Carlo Lavagna³³, que no parece —por otra parte— incompatible con el principio interpretativo *de mayor efectividad de los derechos fundamentales*, en el sentido de que las normas deben ser interpretadas de la manera más favorable para la efectividad del derecho fundamental (*de acuerdo con la teoría de los valores institucional, que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto y no sólo en supuestos dudosos, como señala entre nosotros A.E. Pérez Luño*³⁴). En el caso que nos ocupa del *principio democrático* (art. 1.1 y 9.2 de la CE) y de su corolario, el *derecho de participación en los asuntos públicos*, contemplado a través de los arts. 9.2 y 23 de la CE— como sostiene interpretativamente nuestro alto tribunal en su STC 1/1989, de 16 de Enero (RTC, 1989) FJ-3.º, entre otras³⁵:

«la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental [...] La interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de alguna res dubia o de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales».

Se trataría, en virtud de lo anterior —y en nuestra opinión— del ejercicio de un derecho fundamental del que tan sólo son titulares los españoles, tal y como establece el art. 13.2 de la CE, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (arts. 176 y 177 del Capítulo I. del Título III de la LOREG). Tal forma de participación se traduce, en su vertiente orgánica (lo que implica la integración simultánea en el órgano) en el acceso en condiciones de igualdad a una función pública *sui generis*, la *función* electoral, y a un cargo público «especial» en los supuestos de Presidente de Mesa y vocales, al margen del

DE LUQUE y M.^a DOLORES GONZÁLEZ DE AYALA (comentarios al art. 23.1 de la CE), en: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Dir. Oscar Alzaga Villaamil, t. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 650-661.

³³ C. LAVAGNA, *Instituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1976, pp. 18 y ss.

³⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos (7.ª edic.) Madrid 2001, pp. 315-316.

³⁵ STC 69/1984, de 11 de junio (RTC 1984, 69) FJ 2 y 3; STC 17/1985, de 9 de febrero (RTC 1985, 17) FJ 4; STC 117/1987, de 8 de julio (RTC 1987, 117) FJ 2; STC 7/1989, de 19 de enero (RTC 1989,7) FJ 4; STC 119/1990, de 21 de junio (RTC 1990, 119) FJ 4.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

resto de órganos también componentes de la Administración Electoral como la Junta electoral Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, según recoge el art. 8.1 LOREG, aún cuando lo anterior hay que considerarlo en conexión, no sólo con los cargos públicos representados por el Presidente y vocales de las mesas, sino también con los supuestos de Apoderados e Interventores, que vienen a desempeñar el control por parte de los partidos políticos en las tareas electorales a ellos asignadas por la LOREG. En el supuesto de los Apoderados e Interventores, su participación es facultativa y no obligatoria (a diferencia de Presidente y vocales y sus correspondientes sustitutos), pero en el caso de aceptación del cargo, indudablemente, el titular adquiere una serie de funciones de control disciplinadas por la LOREG³⁶ y, en tal medida, desempeñan funciones de control público cuya responsabilidad —caso de producirse— les será exigida como si se tratase de genuinos cargos públicos (art. 135.1 LOREG).

Como sabemos, los requisitos exigidos a Presidente, vocales, apoderados e interventores de las mesas lo serán con arreglo a las leyes, requisito que, en éste supuesto, la Constitución exige que se regule mediante Ley Orgánica (art. 81.1 de la CE; «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos funda-

³⁶ Como señala Javier Ballarín Iribarren: «En definitiva los interventores no son miembros de las Mesas, pero despliegan en las operaciones electorales, una fiscalización desde el interior de ellas, cuya actuación precisamente intervienen. Si al igual que Presidente y Adjuntos (vocales, añadimos nosotros) firman las actas, listas, etc., no es tanto para acreditar la veracidad o autenticidad de lo que en ellas se contiene, cuando para expresar la conformidad de sus candidaturas con ese contenido, con el desarrollo de las operaciones electorales [Acaso, la facultad más importante de los interventores sea, sin embargo, la de formular reclamaciones y protestas contra el escrutinio (art. 97.2) que deben ser resueltas por mayoría de la Mesa y se consignaran en el acta de sesión (art. 99.1). Esas reclamaciones y protestas sirven para reservar el derecho de la candidatura para posteriormente reclamar, en el momento del escrutinio general, contra el mismo vicio o irregularidad, así como para fundamentar en ellos el recurso contencioso electoral, además de para conservar las pruebas de la irregularidad en determinados casos]». M. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, (3.ª edic. ampliada), Civitas, Madrid, 2001, pp. 744-753. Hay que completar lo anterior con lo dispuesto en la normativa autonómica para la que, en diversas leyes electorales autonómicas, los interventores «sí» forman parte, son miembros, de las mesas electorales. Así, por ejemplo, el art. 38 de la Ley Electoral de Andalucía, el art. 32 de la Ley Electoral de Aragón, etc. E. ARNALDO ALCUBILLA y M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, *Código Electoral*, vol. I (2.ª edic.) Abella, 1995, p. 358. En cualquier caso, la supresión de las mesas eliminaría el control jurídico de los interventores y apoderados sobre la regularidad del proceso de votación, perdiendo simultáneamente los mecanismos previstos por la ley electoral para desarrollar y ejercer su fiscalización por Mesa electoral. No se prevé, en el derecho comparado, la fiscalización de una máquina de voto electrónico presencial por interventores y apoderados y, en los supuestos de voto electrónico remoto por Internet, la idea es aún más irrealizable. Sencillamente no es posible.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

mentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de autonomía y el régimen electoral general []»).

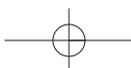
Una supresión de la interpretación de este derecho fundamental a la participación de los ciudadanos en tan cualificado asunto público, como sería formar parte —en condiciones de igualdad— del mecanismo procesal —e institucional— en que consiste el «proceso» electoral general (como una parte central del sistema electoral), contravendría la tarea de impulso y fomento que corresponde a los poderes públicos de remoción o supresión de los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del ejercicio de sus derechos y la promoción de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, tal y como establece el art. 9.2 de la CE. Facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política es una tarea que, en efecto, corresponde promover y no limitar o restringir a los poderes públicos.

Esta idea de «participación pública», como miembros de la institución electoral, que es garantía simultánea de neutralidad, descentralización, limpieza del procedimiento y control público, no es inconsistente interpretativamente con la institución del jurado³⁷, contemplada por la CE, en su art. 125. Y, entre ambas instituciones, puede establecerse un vínculo de semejanza de procesos públicos en los que la participación directa en ambas administraciones, la Administración Electoral y la Administración de Justicia, suponen dos actividades parcialmente emparentadas y manifestaciones cualificadas del derecho fundamental establecido en el art. 23.1 y 2 de la CE —en tal sentido se pronuncian Santamaría Pastor³⁸, Aguiar de Luque y González de Ayala³⁹, entre otros publi-

³⁷ Como recordara justamente Alexis de Tocqueville: «el jurado es, ante todo, una institución política; ha de considerarse como uno de los actos de soberanía popular». ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza Universidad, Madrid, 1995, p. 257.

³⁸ «El principio de participación está plasmado genéricamente en el apartado segundo del capital artículo 9 (Corresponde a los poderes públicos...facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social); directriz ésta de la que el art. 23.1 es su versión subjetivada. Su eficacia, por lo tanto, juega primariamente en el ámbito de la integración democrática de los cuerpos representativos y de las fórmulas de democracia directa: pero el hecho es que la propia Constitución insta posteriormente en esta misma regla al tratar de cada una de estas instituciones autoriza a sentar la tesis de que el ámbito del derecho no se agota en el terreno indicado, extendiéndose a las modalidades de participación que legislativamente se establezcan en la función judicial y en la organización administrativa, una y otra plenamente incluíbles en la expresión «asuntos públicos» de que habla este artículo». JUAN ANTONIO SANTAMARÍA PASTOR (comentario al art. 23 de la CE), en *op. cit.*, p. 513.

³⁹ «En suma, pues, frente a la posición restrictiva del TC en este punto, entendemos que el derecho de participación directa que consagra el primer párrafo del artículo 23.1 ha de proyectar su eficacia (y lo que es más importante sus garantías) a todos aquellos mecanismos y modalidades



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

cistas-. Si bien, los miembros de la institución electoral desarrollan una actividad de control *política* moderadora, razón, pensamos, que apoya una específica y genuina manifestación del poder popular distinta, en éste caso, a la institución del jurado⁴⁰, cuya actividad es de naturaleza estrictamente jurisdiccional. En fin, se trata de la traducción jurídica de dos virtudes cívicas *diferenciadas* sin las que una democracia de ciudadanos no puede prosperar. Expresión, como señala Maihofer, del «*principio de participación*, el principio de la mayor participación y co-decisión posibles de todos los ciudadanos por igual en los asuntos públicos de su comunidad»⁴¹.

Como señala con acierto Santolaya⁴²: «los ciudadanos —componentes de las mesas, añadimos nosotros— se encargan en definitiva, de las operaciones claves y más delicadas de todo el proceso, las que en definitiva lo califican de democrático. En este sentido es muy importante recalcar que, en el sistema español, no está encomendada a órgano oficial alguno dependiente de las Administraciones Públicas o Poder del Estado ni a sujetos directamente ligados con los contendientes electorales, sino que son los propios electores, mediante sorteo, los que asumen el *derecho-deber* de controlar las fases más significativas del proceso electoral».

No pensamos pues, que sea procedente en ningún sentido conducir procesos electorales que desconozcan la arquitectura institucional vigente, dado que ello supondría desconocer las garantías que establece la LOREG, así como restringir el contenido esencial de un derecho fundamental como es el con-

de participación directa del ciudadano en los procesos de decisión de los poderes públicos que la Constitución diseña, de acuerdo en todo caso con el desarrollo legislativo de que hayan sido objeto tales institutos. Pensemos principalmente en el derecho de audiencia de los ciudadanos que prevé el art 105.a) de la Constitución y en el derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado (art. 125 CE.)». L. AGUIAR DE LUQUE y M.ª DOLORES GONZÁLEZ DE AYALA (comentarios al art. 23.1 de la CE) en *op. cit.*, p. 657.

⁴⁰ Es cierto, no obstante, que encontrándonos ante derechos políticos fundamentales, estos necesariamente son derechos constitucionales de configuración legal y como señala Luis María Díez-Picazo: «El artículo 23.1 de la CE protege así, como derecho fundamental el derecho de voto en todo tipo de comicios de naturaleza política, pero no condiciona las características del sistema electoral. A decir verdad, el art. 23.1 CE sólo exige que las elecciones sean libres y por sufragio universal [...] Ello deja, al menos desde el punto de vista de los derechos fundamentales, un amplísimo margen de apreciación al legislador a la hora de diseñar el sistema electoral». L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 344-345.

⁴¹ BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 267.

⁴² PABLO SANTOLAYA MACHETTI, *Manual de Procedimiento Electoral* (4.ª edic.), Ministerio del Interior (Secretaría General Técnica) Madrid, 1999, p. 82 (las cursivas son nuestras).

templado por el art. 23 de la CE, en relación con la composición ciudadana de las mesas electorales, «*órgano primario de la Administración Electoral*», como señalara Mackenzie⁴³.

En otras palabras, es cierto que el derecho fundamental contenido en el artículo 23 de la CE es un derecho fundamental de configuración legal⁴⁴ en su dimensión de sufragio activo, derecho que se objetiviza en la Ley Orgánica del régimen electoral general, tal y como establece el art. 81.1 de la CE. Tal objetivación compleja coordina y armoniza, en el régimen electoral general, las piezas que establece el artículo 23.1 de la CE, «principio de libertad de elecciones, elecciones periódicas y sufragio universal» junto con los que se contienen —duplicados— en los artículos 68.1 y 69.2 de la CE: «sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en los términos que establezca la Ley (»Orgánica«, como se encarga de precisar el art. 69.2 para el Senado que es interpretativamente extensible al art. 68.1 de la CE), repertorio de condiciones de sufragio que también se recogen en el art. 140 de la CE para las elecciones en el plano de la administración local, y en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas mediante el art. 152 de la CE si bien, y en éste último supuesto como ya vimos, tan sólo se exige «sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional...», aún cuando igualmente son de aplicación los principios anteriormente enumerados y objetivados en la LOREG. La articulación de los principios considerados en la Ley Orgánica del régimen electoral general se organizan —aparentemente— como una garantía institucional del sistema electoral general, en su conjunto, si bien y a nuestro juicio se tratan más bien de garantías de organización y procedimiento. Recordemos, no obstante, algunos aspectos importantes de la distinción doctrinal entre ambas técnicas de garantía. Como señalara Stern, en relación con el artículo 38.1 de la LFB⁴⁵, pero

⁴³ L. M. CAZORLA PRIETO *et al.*, *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 433.

⁴⁴ Derecho que para su interpretación (conforme establece el art. 10.2 de la CE) habrá de tenerse en consideración el protocolo adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, artículo 3, Derecho a elecciones libres: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo».

⁴⁵ Artículo 38 de la LFB, de 23 de mayo de 1949; (1) Los diputados de la Dieta Federal Alemana se eligen por medio de unas elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. Son representantes del pueblo en su conjunto, no vinculados a mandatos e instrucciones y sujetos únicamente a su conciencia. (2) Son electores quienes hayan cumplido la edad de dieciocho años; son elegibles todos aquellos que hayan alcanzado la mayoría de edad. (3) La ley desarrollará lo establecido en el presente artículo.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

en interpretación también extensible *mutatis mutandis* al artículo 81.1 de la CE. La Constitución española ha configurado los principios de derecho electoral como *derecho constitucional objetivo* en una interpretación conjunta de los artículos 140, 68.1 y 23 de la CE como señala el TC en su sentencia 38/1983, de 16 de Mayo, [FJ 2.º]:

[...] porque si bien —en un primer análisis— la expresión «régimen electoral general» puede suscitar la duda, pronto se despeja, si la interpretación se la hace arrancar de los arts. 140, 68.1 y 23.1 de la Constitución. Y es que el artículo 140 (al igual que el art. 68.1) reserva a la Ley el régimen de las elecciones locales, en los procesos que dice, Ley que por la misma exigencia del art. 23.1 y la precisión que hace el art. 81.1 entendido en relación con los arts. 68.1 y 140, ha de ser una Ley Orgánica. Se reserva así a la Ley —a Ley Orgánica— el régimen electoral general, tanto de las elecciones que tienen en los artículos 67 al 70 sus líneas constitucionales como de las elecciones que las tienen en el art. 140. El contenido de la Ley Orgánica no se ciñe así al solo desarrollo de art. 23.1, sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral, pues el art. 81 ha comprendido en la reserva de la Ley Orgánica el régimen electoral general, ampliando lo que en virtud de otra reserva (la del desarrollo de los derechos fundamentales), corresponde también a la Ley Orgánica.

En efecto, tal intelección permite discriminar el derecho público subjetivo del ciudadano elector de la vertiente objetiva en la que éste se materializa. Son derechos, como señala Stern, del *status activus*, derechos similares a los derechos fundamentales⁴⁶ que, como argumenta Alexy, son hitos de tal discusión las propuestas de Häberle de un *status activus processualis*, que ha de referirse al «aspecto jurídico procesal» de la libertad iusfundamental, el «*due process fundamental*» y a la tesis de Hesse, según la cual «*a menudo, la organización o el procedimiento (resultan ser) un medio —posiblemente el único existente— para producir el resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar eficazmente los derechos fundamentales en vista de la problemática moderna*»⁴⁷. En tal sentido, señalaba I. de Otto: «el aspecto esencial de los derechos fundamentales es el *status activus*, esto es, la participación, y en concreto el *status activus processualis*, la participación en los procesos en el plano político-público y en el económico social, porque es a través de esa participación como se hacen efectivos los derechos y resulta posible la función de igualación y socialización de los mismos que es propia del Estado social. Se propone, por tanto, examinar en cada dere-

⁴⁶ K. STERN, *Derecho del Estado de la república federal alemana*, CEC, Madrid, 1987, pp. 574-575.

⁴⁷ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pp. 454-455.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

cho cómo la garantía de libertad requiere garantía procesal de participación en los procesos decisorios que le afecten⁴⁸».

Como pone de manifiesto Häberle: «La libertad individual necesita de las relaciones vitales garantizadas institucionalmente, de la dimensión institucional de los derechos fundamentales así como de los complejos normativos que enriquecen a estos. Estos complejos normativos le dan a los derechos fundamentales orientación y medida, seguridad y protección, contenido y tareas. La espontaneidad del individuo resulta ineficaz sin complejos normativos, en espacios jurídicamente vacíos⁴⁹»

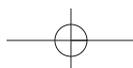
Como señala Bastida, entre nosotros: «En la actualidad la garantía institucional es tomada como una técnica que objetiva la libertad y la juridifica convirtiendo su contenido no en la abstracta protección de un *agere licere* o de una protección de poder público, sino en la ordenación normativa de una determinada realidad [...] Pero, sobre todo, dota de eficacia normativa informadora de todo el ordenamiento jurídico a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (efecto de irradiación) y le impone a los poderes públicos la ordenación de aquella realidad en los términos constitucionalmente previstos cumpliendo un deber positivo de protección [...] Las modernas garantías institucionales son normas sobre procesos y organización a las que no puede sustraerse el legislador. Allí donde hay una garantía institucional se impone al Estado una estructura normativa o institucional que encarne la dimensión objetiva de un derecho fundamental y en la que debe encuadrarse el disfrute de su dimensión subjetiva⁵⁰. En opinión de Baño León: «no puede sostenerse la radical separación entre derecho fundamental (absoluto) y garantía institucional; más bien las nociones de derecho subjetivo y garantía institucional se entrelazan y confunden en los derechos fundamentales⁵¹». Debemos recordar, también, la crítica de Galeotti —citada por Lucas Verdú— a la teoría de las garantías institucionales: «Las llamadas garantías institucionales implican una concepción taumatúrgica de la Constitución. No se trata, como en la garantía constitucional en sentido técnico-jurídi-

⁴⁸ I. DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art 53.1 de la Constitución», en: L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 169.

⁴⁹ P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 99.

⁵⁰ F. BASTIDA FREIJEDO *et al.*, *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 115.

⁵¹ J. M. BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 8, n.º 24), septiembrediciembre 1988, p.169.



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

co, de salvaguardar a la Constitución del peligro de posibles violaciones. La Constitución no es el objeto de la garantía institucional porque se la considera como instrumento. Es el instituto o principio asegurados, el término de la garantía. Son dos puntos de vista antitéticos. En la teoría de las garantías institucionales domina una concepción idílica de la Constitución: basta la inserción de un principio o institución en el texto constitucional para considerarlo garantizado de modo irrefragable. En cambio, el concepto técnico-jurídico, de garantías constitucionales se concibe conforme a un concepto crítico, en la medida en que se tiene en cuenta su inestabilidad y se advierte el peligro latente de su violación»⁵².

Ahora bien, y como argumenta Alexy: «El artículo 38.1 de la LFB confiere al individuo un derecho subjetivo a votar. Es imposible votar si se carece de toda organización. Por lo tanto, el artículo 38.1 confiere al individuo un derecho frente al Estado a que éste posibilite las elecciones a través de su organización. Como la Ley Fundamental no prescribe ningún determinado sistema electoral, y como en la configuración del derecho electoral hay que tener en cuenta principios electorales que entran en colisión, el legislador tiene un margen de acción nada despreciable pero, no todo queda liberado a su discreción. Las competencias del individuo particular —que, en virtud del artículo 38, párrafo 1, de la LF el Estado tiene que crear a través de la legislación ordinaria y a cuya existencia el individuo tiene derecho subjetivo con fuerza constitucional— *constituye una parte esencial de su estatus activo*, en el sentido clásico de Jellinek⁵³». Dicho lo anterior, la jurisprudencia constitucional parece orientarse claramente por conceptuar como garantía de organización y procedimiento el desarrollo del artículo 23 de la CE. Tal y como establece la STC 131/1990, de 17 de julio de 1990, [F] 2.º], donde señala nuestro TC:

»[...] la interpretación de determinados preceptos de la Ley electoral —en particular del art. 113 LOREG—, que establece los términos de los posibles fallos a dictar por la Sala Contencioso-Administrativa en recursos electorales sobrepasa el plano de la legalidad ordinaria y adquiere relevancia constitucional, puesto que afecta, en la mayor parte de los supuestos, a los derechos fundamentales que la Constitución garantiza en su art. 23. De esta forma, podría hablarse del carácter constitucionalmente exigido de los requisitos del procedimiento electoral, cuyo cumplimiento o incumplimiento y la interpretación que de los mismos se haga trasciende la legalidad ordinaria y supone el respeto o la eventual infracción del art. 23 de la Constitución.»

⁵² P. LUCAS VERDÚ, *op. cit.*, p. 677.

⁵³ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 464.

En análogo sentido se pronuncia la STC 167/1991, de 19 de julio de 1991, [FJ 2.º]:

«Un problema cabe decir ya, que no es sólo, como cree el Ministerio Fiscal, “de legalidad”, pues cualquier controversia, y la presente lo es, que verse sobre el sentido y alcance del sufragio en las elecciones afecta también, directamente, al derecho reconocido en el art. 23 de la Constitución.»

Continuando con la exposición de Bastida éste autor indica que: «Las garantías de organización y procedimiento se integran en el contenido del derecho fundamental en cuestión —en el supuesto que aquí consideramos en el artículo 23 de la CE señalamos nosotros— e incluso pueden generar derechos subjetivos de su titular cuya lesión lo es también del propio derecho fundamental (...). Su fin no es asegurar la fundamentalidad o la juridicidad del derecho fundamental, sino su objeto mismo creando procesos u órganos cuya función es hacer posible la realización efectiva de sus expectativas de conducta y perseguir la mayor optimización posible de la libertad⁵⁴». Lo que coincide con lo que se señaló al comienzo de este apartado en relación con el *principio interpretativo de la mayor efectividad de los derechos fundamentales*, cuyo origen, nos recuerda Kägi, se debe a Thoma, y que éste formuló del siguiente modo: «*que de las varias interpretaciones de una norma de Derecho fundamental compatibles con su texto, historia dogmática y antecedentes, siempre debe darse preferencia a aquella interpretación que despliega al máximo la efectividad jurídica de la norma correspondiente*»⁵⁵.

El artículo 81.1 de la CE crea una reserva de Ley Orgánica a un procedimiento en el marco del régimen electoral general. Ello es claro, además, de la interpretación que hace el propio TC, en la STC 72/1984., de 14 de junio de 1984, [FJ 4.º]:

«La primera pregunta se debe contestar diciendo que para que una Ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quienes pueden elegir, a quienes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial. Utilizando una nomenclatura que es cara a nuestra Constitución puede decirse que existe un contenido esencial de la Ley Electoral, que no se cumple cuando el legislador se limita a establecer incompatibilidades de Diputados y Senadores, sino cuando regula las antes referidas materias.»

⁵⁴ F. BASTIDA FREIJEDO *et al.*, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁵ W. KÄGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 180.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

El Tribunal Constitucional hace referencia al «proceso electoral», siendo los elementos básicamente enumerados por la STC el contenido esencial de la Ley reguladora del sistema electoral. Contenido esencial que es, en nuestra opinión, equivalente a proceso de sufragio que se ve integrado por los criterios organizativos formales y materiales desde un punto de vista procedimental, argumento que no es incompatible con el preámbulo de la LOREG⁵⁶. Para nosotros, lo relevante es, en particular, «el proceso concreto de votación» y los elementos constitutivos que lo integran, ya que son precisamente aquellos los que transforman los principios generales abstractos —no dotados de concreción— en reglas específicas de obligado cumplimiento, que materializan y garantizan (dan cauce y expresión) simultáneamente el respeto de tales principios, es decir, los aspectos anteriormente enumerados que forman el núcleo central de la normativa referente al proceso de sufragio. En particular, y por ejemplo, la «libertad» como principio al que debe someterse el «proceso de voto» depende en muy buena medida de la «composición de las mesas electorales», de su *neutralidad* y de las *garantías de publicidad de las que se rodee el proceso de voto*. En análogo sentido, podemos pronunciarnos en relación con el principio del «secreto del sufragio», inherentemente conectado tanto a un proceso público de garantía del mismo, como a la elección de técnicas indubitadas que lo produzcan y aseguren sin espacio teórico a la duda o a la suspicacia (fundada en elementos racionales).

La participación, pues, de ciudadanos *legos* en el proceso de voto adquiere —a nuestro juicio— una importancia más sustancial de lo que cabe inicialmente pensar, ya que es una garantía funcional de «*independencia*» del proceso de sufragio. Y, por lo tanto, forma parte de ese contenido esencial de la Ley electoral. Lo que significaría que la limitación o supresión de las mesas electorales no permitiría la realización efectiva de los principios electorales que debe respetar la Ley electoral, de los que son «contenido esencial» la organización y existencia de las

⁵⁶ Es importante recordar lo que establece el preámbulo de la LOREG y, en concreto, el Título I, que abarca, bajo el epígrafe: «*Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo*», un conjunto de capítulos que se refieren, en primer lugar, al desarrollo directo del artículo 23 de la Constitución, como son los capítulos primero y segundo, que regulan el derecho de sufragio activo y pasivo. En segundo término, regula materias que son contenido primario del régimen electoral, como algunos aspectos de procedimiento electoral [...]. El preámbulo, como observamos, considera materia primaria del régimen electoral algunos aspectos de procedimiento electoral entre los que se encuentra, obviamente, los aspectos procesales básicos de constitución de las mesas electorales y, necesariamente, el escrutinio de las mismas como mínimo, ya que se trata de un órgano primario de cuyo funcionamiento depende, lógicamente, los demás órganos periféricos con respecto al mismo. Es decir, el proceso electoral no puede prescindir en absoluto de las mesas electorales, sin éstas carece por completo de sentido *lógico institucional* todo el proceso de sufragio.

mismas, como instrumentos que garantizan la integridad y pureza del proceso de sufragio. Supresión que afecta, obviamente, a la manifestación subjetiva del derecho de participación —contenido en el art. 23 de la CE.— dado que pone en peligro, limita o restringe indebidamente la optimización posible de la libertad de participación que queda así debilitada.

Ahora bien, si el derecho de participación en la Administración Electoral puede considerarse como un derecho fundamental de configuración legal⁵⁷ —manifestación y reflejo, como ya se ha señalado, del artículo 23 de la CE—, el legislador, al intervenir en la concreción delimitadora del objeto y contenido del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, ha desarrollado éste de modo que el ciudadano-elector, en el marco jurídico del régimen electoral general establecido por la LOREG, posee una *potestad* genérica a tal categoría específica de participación que se articula a través de formar parte —como elector— del censo electoral, condición de ejercicio del derecho-deber que forma parte de su *status* en el marco de la regulación institucional⁵⁸ (arts. 2.2 y 31.1 de la LOREG-⁵⁹). No obstante lo anterior, la potestad de formar parte de la Mesa electoral puede ser considerada, jurídicamente, como «una mera expectativa de derecho» (una potestad establecida por la norma electoral de acceso a una competencia regulada por ésta) a formar parte del órgano en que consiste la Mesa electoral, ya que queda sujeta su concreción a que el método procesal de

⁵⁷ Como recuerda Pulido, las normas que prescriben derechos a organización y procedimiento, que se adscriben a las libertades y a los derechos democráticos, tienen también una estructura similar a las normas de derechos prestacionales en sentido estricto. Estas normas imponen al legislador la obligación de crear sistemas de normas para la obtención de un resultado (*es decir, agregamos nosotros, configuran jurídicamente una institución como la administración electoral*). Mediante dichos sistemas de normas se trata de diseñar organizaciones burocráticas, establecer procedimientos, asignar recursos y fijar directivas de interpretación para la obtención de una finalidad. Su finalidad consiste en el aseguramiento del ejercicio efectivo de las libertades y de los derechos políticos. Al igual que las normas de prestación, las de organización y procedimiento tampoco pueden ser entendidas como normas definitivas, sino como normas y posiciones iusfundamentales provistas de validez *prima facie*. CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2005, p. 394.

⁵⁸ Recordemos que los Presidentes y Vocales de las mesas, con arreglo al artículo 27.3 de la LOREG incurrirán en causa de inelegibilidad para el cargo si, con arreglo al artículo 6.2 de la misma norma, se encuentran en alguna de las situaciones descritas en las letras a) y b) del citado artículo. Circunstancia que habría de apreciar la Administración de oficio, ya que con arreglo al artículo 37 de la LOREG, tales datos penales deberían ser conocidos tanto por la Junta Electoral de Zona, como por la Administración municipal.

⁵⁹ Del que surgen acciones jurídicas para exigir la rectificación del mismo y la restitución del derecho en los supuestos en los que el elector se vea privado del mismo, artículos 38.3 y 40, respectivamente, de la LOREG.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

selección (el azar, art. 26.2 de la LOREG) de sus miembros componentes determine quién, de entre los ciudadanos-electores censados en la sección correspondiente y legalmente habilitados (menores de 65 años y que sepan leer y escribir, amén de las especialidades para el Presidente), finalmente serán designados por la norma electoral (método de nombramiento al ejercicio de la competencia, arts. 26.3 y 27.1 de la LOREG) para desempeñar la función, como derecho-deber (deber genérico inicialmente que se transforma en obligación mediante el acto administrativo de *ascertamento* en que consiste la designación por sorteo público), en la que consiste participar en la Mesa electoral en los supuestos de Presidente, vocales y sus suplentes. No existe, pues, un derecho público subjetivo a participar *directamente* en la Administración Electoral y, por extensión, en la Mesa electoral, sino tan sólo una expectativa normativa (como potestad genérica) de derecho al cargo.

Una vez que la concreción se consolida, titulares y suplentes transforman la expectativa de derecho en la actualización del derecho al cargo y desempeñan la competencia a ellos asignada por la legislación Orgánica electoral, en el marco de una relación de sujeción especial⁶⁰ en tanto que situación de libertad limitada, en la que el afectado en una buena medida ha de plegarse a lo que en cada caso reclamen los objetivos propios de la Administración⁶¹.

La supresión de las mesas electorales, por diversos sistemas tecnológicos, podría —además— trasladar a administraciones no independientes el control del proceso electoral, como veremos en otra sección, y la pérdida de control público de tan delicada fase en el proceso democrático de sufragio, lo que es equivalente a una pérdida de control público en la confianza del desarrollo transparente y legítimo del sistema de votación, circunstancia ya experimentada en otros países como los Estados Unidos (ver el comentario al artículo 29 de la Recomendación del Consejo de Ministros sobre el voto electrónico, de 30 de septiembre de 2004, donde analizamos algunos casos de interés en tribunales de circuito en relación con los problemas de escrutinio de las máquinas de voto en su dimensión de conflicto con la *decimocuarta enmienda* de la Constitución de los Estados Unidos). Es evidente, pues, que a diferencia de la integración de los ciudadanos en los procesos electorales manuales, *neutrales, la tecnología no es*

⁶⁰ El momento temporal de concreción de la facultad y expectativa en derecho-deber se produce en el acto de constitución de la Mesa (art. 80 de la LOREG). Presidente y vocales adquieren la condición jurídica de miembros de la misma y, simultáneamente, decaen en sus expectativas de derecho las de los suplentes no incorporados al órgano.

⁶¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 66.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

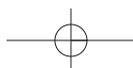
neutral. La tecnología es, exactamente, lo que se pretenda que sea, ya que es meramente instrumental como señalara correctamente Carl Schmitt⁶². Como no lo son, en ningún sentido, los ciudadanos⁶³ que participan democráticamente en el proceso de votación y en su concreta fase de escrutinio del voto.

Lo anterior no debe verse como desconfianza en la tecnología —a nivel general—, al contrario, el problema es que la tecnología carece de principios informadores axiológicos, de una concepción ética, de moralidad, únicamente predicable de los sujetos humanos que la crean. No es ni buena ni mala, es lo que se pretenda que sea. Su neutralidad no se presume, se «*construye*» y tal construcción es una tarea muy compleja y no exenta de numerosos problemas que se irán exponiendo más adelante. Como argumenta Ulrich Beck: «El desconocimiento de las consecuencias y la ausencia de responsabilidad forman parte del programa de desarrollo de la ciencia»⁶⁴ lo que afecta a concretos resultados plasmados por la técnica.

⁶² La neutralidad de la técnica —señalaba Schmitt— presenta un aspecto nuevo. La técnica es un instrumento, un arma y, precisamente por estar al servicio de todos, no es neutra. La técnica no puede por sí misma ejercer sobre el espíritu una acción determinante, ni hacerle adoptar una actitud neutral. Todos los órdenes de civilización, todos los pueblos, todas las religiones, la guerra como la paz, pueden recurrir a la técnica para forjarse sus armas. Y como el instrumento y las armas prestan cada día mayores servicios, todo autoriza a pensar que cada día serán usados con mayor frecuencia. Un progreso técnico no entraña necesariamente un progreso de orden metafísico, moral o económico. Si todavía hay muchos de nuestros semejantes que esperan de la perfección técnica un progreso de orden moral, es porque confunden de una manera mística la técnica y la moral, y porque imaginan ingenuamente que este poderoso medio no ha de servir más que para el bienestar social, su propia razón de ser, que serán siempre dueños de ese temible medio de combate que la técnica pone en sus manos y que el poder que de ella nace les será siempre favorable. Pero, desgraciadamente, la técnica nunca vuelve su mirada hacia el lado de la civilización. «La época de la neutralidad y despolitización», en: C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada 2006, pp. 107-108.

⁶³ Los ordenadores carecen de libre albedrío o autodeterminación, como sí la poseen los seres humanos. Las máquinas son deterministas, tan sólo «siguen planes» veloz y eficientemente en la mayoría de los supuestos; cualquier tipo de planes, por lo que quien tiene la capacidad de definir y programar los planes (el software) determina exactamente la conducta de la máquina —lo que la máquina hará—. Existe una corriente general de pensamiento —desde luego confusa e incorrecta— que opina que los ordenadores son «neutrales» (como una especie de cualidad intrínseca). Esto es un error fundamental. Son tan neutrales como nosotros estipulemos que lo sean. Su ductilidad es una de sus mejores cualidades, su adaptabilidad; son herramientas instrumentales de gran versatilidad, pero no hay nada en ellos que les permita corregir sus errores o su actividad intencional previamente programada. Esa es la razón de su extremadamente fácil contaminación por virus informáticos, gusanos, troyanos, rootkits, etc., que obligan a la máquina a seguir nuevos cursos de acción contra el deseo y voluntad de los legítimos titulares de las mismas, sin que el ordenador experimente el menor «rubor». Como es propio —por otra parte— de una herramienta, por sofisticada que ésta sea.

⁶⁴ U. BECK, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 241.



VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

Pero tras los argumentos señalados no se oculta a nadie que subyace la crítica que sostuviera Constant⁶⁵ a la pérdida de parcelas de participación política en la democracia contemporánea quien señalaba que: «El peligro de la libertad moderna consiste en que, absorbidos por el disfrute de nuestra independencia privada y por la búsqueda de nuestros intereses particulares, renunciemos con demasiada facilidad a nuestro derecho de participación en el poder político. Los depositarios de la autoridad nos animan a ello continuamente! Están completamente dispuestos a ahorrarnos cualquier preocupación, excepto la de obedecer y pagar! [...] elegir con discernimiento, resistir con energía, sortear las trampas, desafiar las amenazas, resistir noblemente la seducción» ¿No son esas, precisamente, las virtudes que precisa un pueblo para preservar su capacidad —ya muy menguada— de ejercer una forma de participación y control político en los asuntos públicos, de los cuales él es el teórico titular y principal interesado y beneficiado? Si la respuesta que se ofrece a esa pregunta es afirmativa, podría situarse en la línea que sostuviera Carl J. Friedrich cuando señalara: «...de todas las formas de Estado y de Constitución, la Democracia es la que más depende del nacionalismo o, si se quiere, del patriotismo. La Democracia tiene que reclamar en proporciones muy considerables el ofrecimiento del individuo e incluso su disposición al sacrificio, ya que sin ellos no puede existir. Como en la Democracia el individuo está incluido continuamente en las tareas estatales, hay que fomentar naturalmente, el interés hacia esta comunidad. Es humano, por naturaleza, eludirse y decir: Qué me importa eso, esto puede hacerlo otro. En la Democracia hay que oponerse a esto con la mayor intensidad⁶⁶». Es de interés precisar que la expresión «nacionalismo» ha de entenderse como concepto político

⁶⁵ B. CONSTANT, *Escritos Políticos*, CEC, Madrid, 1989, pp. 282-283. La participación en funciones de control, discontinuo o esporádico (en los supuestos de referéndum) pero normativamente regulada, es una forma de participación democrática pública necesitada de protección. Su pérdida es una pérdida de control regular del proceso de formación de la voluntad del Estado y una restricción, por tanto, de una «órbita» de poder que, en el caso que nos ocupa, garantiza la neutralidad del proceso electoral. Existen otros argumentos —entendemos que más débiles— sobre la participación, como los sostenidos por Waldron y Feinberg, relacionados con la percepción de un tratamiento justo en los procesos de participación más relacionados con el honor, la denigración y el insulto al excluir a estos —los ciudadanos— del proceso. Si bien tales líneas de investigación encuentran justificación y encaje en los textos constitucionales (en nuestro ordenamiento a través del art 18.1 de la CE), nos parecen menos relevantes tales argumentos que las razones aducidas para proteger la neutralidad del proceso electoral como institución democrática de relevancia constitucional. Sobre los argumentos de Waldron y Feinberg: J. WALDRON, *Derecho y desacuerdo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 284.

⁶⁶ C. J. FRIEDRICH, *La Democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos (2.ª edic.), Madrid, 1966, p. 117.

estrechamente ligado a la unificación administrativa del Estado, como recuerda David Held: «Pues el proceso mediante el cual se formaron las identidades nacionales fue a menudo el resultado tanto del resultado de las luchas por la ciudadanía en las nuevas comunidades políticas como de las emprendidas por las élites y los gobiernos para crear una nueva identidad que legitimara las acciones del Estado. En otras palabras, la construcción de la identidad nacional formó parte del proyecto de aglomerar a la gente dentro del marco de un territorio delimitado con el propósito de afirmar o aumentar el poder del Estado»⁶⁷.

Debemos, por último, recordar como señala Häberle, que: «El «pueblo» no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) «emana» el día de las elecciones, las cuales transmiten legitimación democrática como tales. En tanto magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente ni es menos legitimador en las interpretaciones del proceso constitucional: «como» partido político, opinión científica, grupo de interés, o bien, como ciudadanos, su competencia material para la interpretación constitucional es un derecho ciudadano en el sentido del artículo 33, inciso 1, de la Ley Federal de Bonn. Así vistos, los derechos fundamentales son una pieza de la base legitimadora democrática para la interpretación constitucional que está abierta no sólo en cuanto a sus resultados sino también respecto del círculo de los que participan en ella»⁶⁸.

En virtud de lo anterior, tanto la participación en el proceso electoral, como la participación en la institución del jurado, fundamentalmente, sitúan al ciudadano en el marco del *status activus processualis* —como se recordó anteriormente— y sostiene Häberle y, por lo tanto, se sitúa a éste (al ciudadano) dentro de la teoría de la interpretación amplia de la Constitución que propugna el autor citado y que explica con las siguientes palabras: «La tesis es la siguiente: en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución. Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menos *realiter*, un asunto de una «sociedad cerrada»: la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participan materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituido por ésta [...] El concepto de interpretación aquí utilizado —prosigue Häberle— requiere una explicación. Dicho concepto

⁶⁷ D. HELD, *La democracia y el orden global*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 81.

⁶⁸ P. HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, pp. 158-159.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

dice: quien «vive» la norma, también la interpreta. Toda actualización de la Constitución (por cualquiera) es, cuando menos, un pedazo de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se entiende por «interpretación» una actividad que está encaminada, consciente e inconscientemente, a la comprensión y explicación de una norma (un texto). La utilización de un concepto de interpretación así definido también tiene sentido, ya que la cuestión del método, por ejemplo, solamente puede plantearse ahí donde se interpreta de manera consciente. Sin embargo, un examen realista del surgimiento de la interpretación constitucional puede requerir un concepto de interpretación más amplio, para el cual los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública, son «fuerzas productivas de la interpretación», es decir, intérpretes de la Constitución en sentido amplio. Estos intérpretes actúan al menos como «intérpretes previos»; la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de última instancia» (a reserva de la fuerza normativa de los votos de la minoría). Si se quiere, se trata de la democratización de la interpretación constitucional, en la medida en que la teoría de la interpretación tenga que obtener respaldo en la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación de la Constitución sin los ciudadanos activos y los poderes públicos citados. Todo el que vive en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma es intérprete de la misma de manera indirecta, e incluso directa. El destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta»⁶⁹. En sentido coincidente con lo anterior, señala Schneider: «Peter Häberle tiene toda la razón cuando habla de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales». Los órganos estatales, incluso los mismos tribunales constitucionales, no tienen en absoluto el monopolio de la interpretación jurídico-constitucional. La pluralidad y complejidad de la interpretación de la Constitución no es, desde luego, sólo un postulado de la democracia, sino sobre todo consecuencia metodológica del carácter materialmente abierto del Derecho Constitucional»⁷⁰.

Con arreglo a lo anterior —y sin desconocer la crítica de Böckenforde a la teoría de Häberle⁷¹— los ciudadanos efectivamente *integran un circuito de interpretación de la Constitución* a través de la vertiente objetiva del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales. Entendidos estos con Kelsen como los que dan a su poseedor la facultad de intervenir en la formación de la voluntad del

⁶⁹ P. HÄBERLE, *op. cit.*, pp. 150-151.

⁷⁰ H. P. SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991, pp. 61-62.

⁷¹ En relación con la «hipotética disolución de la Constitución como norma», como argumenta el autor. Vid. E. W. BÖCKENFORDE, *op. cit.*, pp. 24-25.

Estado, y recordando que, como la voluntad del Estado sólo se expresa a sí misma en la creación y ejecución de normas jurídicas, la característica esencial de un derecho político es que concede al individuo la posibilidad jurídica de participar en la *creación o ejecución* de los preceptos de derecho⁷². El ejercicio del derecho fundamental de participación en el «proceso de votación» *interpreta* —en cuanto aplicación de la Ley Orgánica Electoral— el sentido de la misma y, derivadamente, el de la Constitución, ya que la LOREG concretiza los principios nucleares del régimen electoral y *desde esa perspectiva de análisis, participar puede asimilarse a interpretar*. No sería posible desarrollar tal tarea de interpretación sin la correspondiente participación jurídicamente garantizada, razón de la que puede inferirse la importancia y relevancia constitucional de promover la misma (art. 9.2 de la CE) como una función (asunto) pública de la importancia señalada. La participación de los ciudadanos en la *institución electoral*⁷³ estaría com-

⁷² H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 279 (las cursivas son nuestras).

⁷³ El régimen electoral, desde una perspectiva de análisis institucional, tiene por objeto estabilizar el acceso del pluralismo político, a través de mecanismos capaces de articular, pacíficamente, la concurrencia del mismo al proceso de selección que produce la sociedad política por medio de la institución electoral. De lo anterior se deriva —pensamos— que la metodología idónea de interpretación de tal institución, sea mediante la teoría institucional de los derechos fundamentales, lo que no significa que tal teoría sea la más apta para interpretar otras áreas de regulación del ordenamiento constitucional. Pero la presencia de una institución —sobre la que es pacífica la opinión de que se trata de tal— aconseja una interpretación conforme a su naturaleza característica. Recordemos que los derechos fundamentales tienen para ésta teoría —como señala Böckenforde— el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Se despliegan y realizan en regulaciones normativas de tipo institucional que están guiadas por la idea de ordenación del derecho fundamental, y que como tales acuñan las circunstancias vitales a las que se aplican, asumiéndolas y confiriéndoles relevancia normativa. Con arreglo a lo anterior y continuando con la argumentación de Böckenforde, éste nos recuerda que en la medida en que la garantía institucional tiende a la concreta conformación de la libertad en ordenaciones sociales, instituciones, relaciones jurídicas y circunstancias vitales configuradas, produce dos tendencias aparentemente opuestas, pero de hecho correlacionadas. Una es la tendencia a la intangibilidad de las situaciones [...] o de las regulaciones de legalidad ordinaria en presencia. Una vez existentes, éstas se presentan, aunque de forma contingente en su relación con el derecho fundamental, sencillamente como realización o «conformación institucional» objetivamente dada o incluso objetivamente necesaria, y por eso participan —de forma global o limitada al llamado contenido nuclear— de la resistencia reforzada del derecho fundamental, de su inviolabilidad por el legislador.— Esto, como hemos tratado de explicar, es lo que sucede con el «proceso de votación» como elemento integrante del régimen electoral que forma parte del contenido esencial del derecho de participación como señala nuestro TC-. La otra tendencia —concluye Böckenforde— es la trabazón de la libertad subjetiva del titular individual de derecho fundamental en ordenamientos-marco institucionales relativos a tales derechos, en circunstancias vitales jurídicamente

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

prendida, conforme a tal interpretación, en el «*espectro central de aplicaciones*» (John Rawls⁷⁴) que se deriva del *principio democrático* (art. 1.1 de la CE) que impregna, o debería impregnar, el contenido de la Constitución y que se desprende objetivamente de una intelección progresiva y conjunta de los artículos citados de nuestra norma fundamental.

La configuración como derecho fundamental de configuración legal de la participación ciudadana directamente en la Administración Electoral, no necesariamente garantizaría la pervivencia de las mesas electorales como órganos específicos de participación ciudadana ya que, lo que el derecho fundamental garantizaría sería, tan sólo, la participación en la Administración Electoral, pero no las formas concretas de la regulación del ejercicio del derecho que quedarían reservadas al legislador orgánico. Hay que agregar, en este sentido, que previamente sería preciso determinar el modelo dogmático construible a partir de la definición abstracta de tal derecho, lo que exigirá determinar, con anterioridad, el contenido del derecho mediante la identificación del ámbito de la realidad al que se dirige; determinar igualmente qué ha de entenderse por participar directamente en la Administración Electoral, fijar los contenidos del derecho, etc. Tareas no emprendidas, desde el momento en que no se ha percibido la necesidad de reconocer una exigencia específica dado que el marco en el que se ha desarrollado hasta el presente la participación política no imaginaba la desaparición, en un momento histórico dado, de las mesas electorales, de las juntas electorales, sino de toda la Administración de base personal y territorial consagrada en la LOREG.

El gobierno y el parlamento gubernamental pueden *deformar* la neutralidad e independencia del régimen electoral, suprimiendo el órgano que hace a estas garantías posibles, reales y efectivas. La «absoluta independencia» respecto de cualquier poder o candidatura, es una peculiaridad sin parangón de la Mesa electoral, que no encuentra equivalente en la dimensión del voto electrónico y, cuya supresión, arrastra consigo las garantías que el proceso electoral exige para ser considerado justo. Un órgano perteneciente a la Administración Electoral — con una distribución de funciones adecuada al órgano, en feliz expresión de Zippelius⁷⁵— de extracción popular y genuinamente democrático que funcionalmente —no técnicamente— encarna una garantía eficaz de «separación de

configuradas, y en otras cosas semejantes, dado que éstos pertenecen al «contenido» de la libertad institucional. E. W. BÖCKENFORDE. *op. cit.*, pp. 53-56.

⁷⁴ Sobre el concepto de «espectro central de aplicaciones» ver: J. RAWLS, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 334.

⁷⁵ R. ZIPPELIUS, *Teoría general del Estado*, Porrúa-UNAM (2.ª edic.) México, 1989, p. 294.

poderes». Si se admite la tesis de que la participación ciudadana en el organismo de autodeterminación interna de la voluntad del Estado (L. Von Stein⁷⁶), es decir, en la Administración Electoral, en el caso que nos ocupa (*uti socius, uti cives*, E. García de Enterría y T. Ramón Fernández⁷⁷) constituye funcionalmente una genuina forma de control del poder —de separación de poderes en la expresión clásica—. Tal idea podría ser consistente con la línea de pensamiento que proviene de Ortolan, Barante, Saint-Girons o Hauriou⁷⁸ y que en nuestro país sostiene Jorge de Esteban⁷⁹, de que «*el poder electoral*» puede ser considerado un *cuarto poder* «*lato sensu*». Sin embargo, la idea que mantenemos no hace expresa referencia a la participación electoral activa tradicional, que es la que mantiene entre nosotros J. de Esteban, y que damos por supuesta, sino que además, y como *un plus*, la participación en la Administración Electoral debe formar parte, también, del *status activus processualis*, como ya se ha señalado. La participación orgánica en la Administración Electoral como fórmula de control popular, como incisión normativa de la sociedad en la estructura constitucional, en expresión de Manuel García-Pelayo⁸⁰. Para Kaufmann:⁸¹ «la democracia tiene que ser conformada por el pueblo. La democracia soporta tener a su cabeza personalidades mediocres, pero no resiste el comportamiento pasivo del pueblo. Ya Pericles, el abuelo de la democracia, había hablado de la *democracia activa*, que debe practicarse y exige la mayoría de edad política y la conciencia de responsabilidad de los ciudadanos. La democracia del Estado de derecho no es una

⁷⁶ L. VON STEIN, *Movimientos sociales y monarquía*, CEC, Madrid, 1981, p. 52.

⁷⁷ Los autores, y en materia de participación ciudadana en la Administración institucional, recuerdan que: «La «inserción de legos» de simples ciudadanos (aunque normalmente extraídos del círculo de interesados), es aquí una manera de arraigar un poder entre los interesados reales a cuya gestión dicho poder está destinado, de llevar al seno de la organización la voz de quienes son los interesados directos. Sólo un caso existe en el ordenamiento —nos recuerdan los autores— en el que los órganos decisivos genuinos están íntegramente compuestos por ciudadanos: la mesa electoral». EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 7.ª edic., Civitas, Madrid, 2000, pp. 89-90.

⁷⁸ Hauriou consideraba el poder de sufragio como un poder de asentimiento, es decir, en la operación que consiste en aceptar o rechazar una proposición hecha o una decisión adoptada por otro poder. M. HAURIOU, *Principios de derecho público y constitucional*, Comares, Granada, 2003, pp. 423-424.

⁷⁹ J. DE ESTEBAN, *Tratado de Derecho Constitucional-I*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, pp. 214-215.

⁸⁰ M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 1995, p. 122 (las cursivas son nuestras).

⁸¹ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.ª edic., 2002, pp. 516-517, EDISOFER, Madrid, 2008.

VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

realidad substancial que pueda poseerse permanentemente, no es un estado donde pueda descansarse una vez alcanzado. Democracia y Estado de derecho son algo procesal, que tiene que ser constantemente formado, como tarea continua». Para que la estructura *procesal* señalada por Kaufmann, y en la materia que nos ocupa, pueda actualizar sus potenciales de control se precisa la *conservación de las instituciones que hacen posible la participación*. Lo contrario sería, en forma analógica, equivalente a una forma de opinión pública sin público, o a cualquier otra equiparación auto-contradictoria. Una exigencia, finalmente por lo demás, claramente derivada de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE) como fundamento específico de la paz social. Si situamos la perspectiva de análisis en la *función* llamada a desempeñar por el proceso electoral, que no es otra que proporcionar *legitimidad y estabilidad* al proceso democrático.

Title:

ELECTRONIC VOTING BY INTERNET AND RISKS FOR THE DEMOCRACY (I).

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. STRUCTURE OF THE ARTICLE. 3. GENERAL CONSIDERATIONS ON THE ELECTRONIC REMOTE VOTE IN RELATIONSHIP WITH THE ORGANIC LAW OF THE ELECTORAL GENERAL REGIME. 3.1. Elements of the electronic remote vote. 3.2. Implications for the safeguard of the guarantees of the vote. 3.3. A proposal of solution. 3.4. ¿It its possible to interpreting as fundamental right of legal setup the civic participation in the electoral administration?

Palabras clave:

Voto electrónico; voto electrónico mediante Internet; derecho de participación política; democracia electrónica; software electoral; administración electoral; mesa electoral; datos de tráfico electoral; neutralidad del sistema electoral; seguridad del sistema electoral; fraude electoral electrónico; sufragio electrónico; censo electoral electrónico; máquinas de voto; discriminación electoral; desigualdad electoral; secreto del voto; dirección de ajuste; circunscripción electoral; circunscripción virtual electrónica; proceso electoral; separación de poderes; propiedad intelectual; protección de datos; garantía institucional; robo de votos; alteración de votos; venta del voto; compra venta del voto; coacción electoral; suplantación de identidad; elecciones libres.



LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

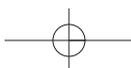
Key words:

Electronic vote; electronic vote by Internet; right of political participation; democracy; electronic democracy; electoral software; electoral administration; polling station; data of electoral traffic; neutrality of electoral system; electoral system security; electoral electronic fraud; electronic voting; electronic electoral census; vote machines; electoral discrimination; electoral inequality; secrete of the vote; wrap address; electoral district; electronic virtual district; electoral process; separation of powers; intellectual property; data protection; institutional guarantee; robbery of votes; alteration of votes; sale of the vote; sale and purchase of the vote; electoral coercion; supplant of identity; free elections.

Resumen:

El objeto de este trabajo es poner de manifiesto la inadecuación que existe entre los sistemas de voto presencial y manual, y las fórmulas de voto electrónico remoto o mediante Internet. Del estudio de ambas técnicas, completamente distintas, surgen importantes problemas en relación con el modo y forma de preservar las garantías jurídicas entre las dos estrategias de sufragio electoral. El proceso electoral convencional ha garantizado históricamente, con efectividad, el respeto de un conjunto de importantes exigencias amparadas por la Constitución: libertad de sufragio; igualdad de voto; y secreto, entre otros principios relevantes. El problema que estudiamos es determinar cómo pueden garantizarse estos principios mediante el uso de tecnologías propietarias, que además no han alcanzado el grado de madurez técnica imprescindible para asegurar tales principios, al menos con tanta efectividad, si no más, que la alcanzada en el marco del sufragio presencial y manual.

De la inadecuación entre ambas técnicas, surgen problemas de discriminación, pérdida del voto, concentración del poder por parte de los Gobiernos. Es decir, efectos de la pérdida de seguridad, eficiencia y neutralidad del proceso de voto. La participación de los ciudadanos en la Administración Electoral, como expresión de una fórmula cualificada de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, puede desaparecer, con el perjuicio que tal medida representaría para la limitación de tal derecho fundamental, que además es el fundamento del funcionamiento neutral y eficiente de la Administración Electoral. Una pérdida doble del derecho de participación, que en el marco jurídico del sufragio se transforma en derecho a controlar la pureza e integridad del proceso electoral.





VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET Y RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA (I)

Abstract:

The object of this work is to show the purpose of adequateness that exist between the systems of actual and manual vote, and the formulas of remote electronic vote or by means of Internet. From the study of both techniques, completely different, important problems arise in connection with the mode and shape of preserving the juridical guarantees between the two strategies of electoral suffrage. The conventional electoral process has guaranteed historically, with effectiveness, the respect of an important set of exigencies protected by the Constitution: freedom of suffrage; vote equality; and secret ballot, among other excellent principles. The problem which we studied is to determine how these principles can be guaranteed by means of the use of proprietary technologies that in addition, have not reached the degree of technical maturity essential to assure such principles, with as much effectiveness, if not more, than the reached one within the framework of the actual and manual suffrage.

From the purpose of adaptation between both techniques, discrimination problems arise: loss of the vote; concentration of the power on the part of the Governments. That is to say, effects of the lost of security, efficiency and neutrality of the vote process. The participation of the citizens in the Electoral Administration, like expression of a qualified formula of participation of the citizens in the subjects public, can disappear, with the damage that such measurement would represent for the limitation of so fundamental right, that in addition, it is the foundation of the neutral and efficient operation of the Electoral Administration. A double lost of the right to participation, that within the juridical framework of the suffrage it is transformed also into right to control the purity and integrity of the electoral process.

