

EL VOTO ELECTRÓNICO POR INTERNET EN MÉXICO

Internet electronic voting in Mexico

LUIS GUILLERMO PALACIOS SANABRIA *

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

VALDIVIA, CHILE

* Abogado y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Fermín Toro (Barquisimeto, Venezuela). Docente instructor e investigador de la Universidad Fermín Toro y la Universidad Yacambú (Cabudare, Venezuela). Doctorando/Becario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: lgpalsauft@hotmail.com

Artículo recibido el 6 de marzo de 2018 y aceptado para publicación el 31 de mayo de 2018

RESUMEN: En el presente trabajo fue comentado el fallo SUP-JRC-306/2011 dictado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). Este fallo se pronunció sobre la legalidad y la constitucionalidad de la adopción del voto electrónico y por internet para los ciudadanos de Ciudad de México que se encuentran en el extranjero. En cada uno de los apartados se procuró aplicar las herramientas teóricas y conceptuales sobre conflictos normativos, teniendo en cuenta los principios contrapuestos en el razonamiento desplegado por el Tribunal y algunas consideraciones fácticas inherentes a la praxis electoral.

PALABRAS CLAVE: voto electrónico, sufragio extraterritorial, conflictos constitucionales, universalidad

ABSTRACT: In the present work the ruling SUP-JRC-306/2011 dictated by the Electoral Court of the Judicial Power of the Federation (Mexico) was commented. This ruling ruled on the legality and constitutionality of the adoption of electronic voting and online for citizens of the Ciudad de Mexico who are abroad. In each of the sections we tried to apply the theoretical and conceptual tools on normative conflicts, taking into account the principles against positions in the reasoning deployed by the court and some factual considerations inherent in the electoral practice.

KEYWORDS: electronic vote, extraterritorial suffrage, constitutional conflicts, universality

INTRODUCCIÓN

El sufragio extraterritorial y los medios para su ejercicio son un tema recurrente en la literatura especializada. Esto ocurre por la progresiva adopción de la referida modalidad de sufragio por las legislaciones electorales de los Estados y las consecuencias derivadas de su puesta en práctica. Esta particular forma de expresión de la voluntad del elector trae aparejada algunas complicaciones procedimentales y logísticas que abarcan cada una de las etapas del proceso electoral. Desde la constitución del padrón, la realización de la campaña y hasta la forma de sufragar, están en permanente revisión, dadas las innovaciones que implican en relación o contraste con el voto fronteras adentro.

Así como el proceso y su logística son alterados respecto a la modalidad tradicional también el voto extraterritorial suele tensionar los principios electorales. En el presente comentario, se hará evidente la relación entre la secrecía, la publicidad, la universalidad y la integridad, principios que integran la legislación electoral mexicana y cuya materialización se pone a prueba con la implementación, no solo del sufragio extraterritorial, también de una nueva modalidad para su ejercicio: el voto electrónico a través de internet.

La controversia objeto de resolución por el fallo comentado¹ atiende los requerimientos de actores electorales institucionales y partidistas que, por una parte, alegan en favor del voto electrónico como mecanismo que tiende a favorecer la universalidad del sufragio y deja atrás las dificultades de acceso para el ejercicio del mismo y, por otra, aquellos que objetan su puesta en práctica por comprometer la secrecía, la publicidad y en general la integridad del acto electoral.

Se tratará la controversia señalada e igualmente revisará la conformación del razonamiento judicial expuesto por el Tribunal al favorecer la implementación del voto electrónico por internet para efectos de la elección

1 Fallo SUP-JRC-306/2011 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) conociendo de Juicio de Revisión Constitucional Electoral en contra de la Resolución emitida por el Tribunal Electoral del Distrito Federal al resolver los expedientes TEDF-JEL-048/2011 y TEDF-JEL-049/2011. El fallo puede descargarse en <https://www.sjf.scjn.gob.mx/lus/Electoral/Documentos/Sentencias/SUP-JRC-306-2011.pdf>, fecha de consulta: 19 octubre 2017.

del Distrito Federal en México. Así, se presentarán algunos extractos del fallo, seleccionados para comprender la controversia. Seguidamente serán descritos los supuestos generales de la acción y finalmente se expondrán algunas ideas con relación al conflicto constitucional, la ponderación de principios y un ejercicio resolutivo alternativo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA RELEVANTES PARA LA DISCUSIÓN

“(…) Agrupó los agravios bajo tres grandes temáticas. La primera corresponde a si los actos impugnados lesionan los principios rectores de la función electoral (certeza y objetividad), en relación con las condiciones que debe reunir el voto (libre, secreto y directo), así como la ponderación de principios. El segundo segmento corresponde al exceso en las facultades de la autoridad responsable, en tanto que asume determinaciones con apoyo en atribuciones que no le están conferidas expresamente. Una tercera parte alude a la extensión del periodo para la integración de la lista nominal de electores de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero” (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 27).

“Esta Sala Superior reconoce que la modalidad de votación por internet es un procedimiento novedoso que está sujeto a los cambiantes avances científicos y tecnológicos, lo cual explica que no existan reglas legales preestablecidas. Todo lo que corresponde a la cuestión informática en materia de comunicación es dinámica, por lo cual los alcances de una disposición legal con el paso de los días pueden ser vetustas o anacrónicas, en forma tal, que a través de la interpretación funcional resulte difícil remontar la evolución vertiginosa en esos campos del saber humano y la técnica” (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 46).

“(…) A diferencia de la legislación federal, no se estatuye de forma expresa que el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, para la elección de Jefe de Gobierno, debe ser postal. En efecto, en la ley electoral del Distrito Federal no se prevé alguna modalidad específica para recabar el voto de los ciudadanos de dicha capital que residan en el extranjero, y seguramente por ello, tampoco regula en mayor medida tal clase de sufragio, por lo que se infiere que el legislador local dio libertad

al Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal para que, con auxilio del señalado Comité, analizara distintas alternativas..." (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 76).

"El tribunal responsable consideró que el acuerdo controvertido era violatorio del principio de certeza, porque no preveía algún mecanismo que permitiera establecer que el emisor del sufragio es el titular del derecho, por lo que, al ser un sistema inseguro, resultaba innecesaria su implementación, máxime que se encuentra previsto el voto postal. Asimismo, estimó injustificada la implementación del internet para buscar un mayor número de votantes, al no ser un mecanismo necesario por afectar en menor medida los principios rectores de la materia electoral, dado que en el acuerdo controvertido no se establecían las razones para descartar el uso de la urna electrónica, que es un sistema de votación de tipo presencial en el que se identifica al elector al momento de sufragar" (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 87-88).

"Si bien en nuestro país, la forma ordinaria de ejercer el sufragio, para elegir a los titulares del poder ejecutivo, así como a los integrantes del poder legislativo, tanto a nivel federal como local, es de forma presencial, en la que el elector sufraga directamente ante una mesa receptora de votos integrada por un grupo de ciudadanos escogidos al azar. Lo cierto es que, la Constitución General de la República no estatuye que necesariamente las elecciones tengan que ser presenciales, de lo que es válido concluir que pueden existir casos excepcionales, como el de los connacionales que residen en el extranjero, en los que el ejercicio del voto no se lleve a cabo de forma presencial, sin que ello se traduzca en una violación al voto universal, libre, directo y secreto" (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 89-90).

"(...) El tribunal responsable estableció que si bien la custodia de los elementos necesarios que se le proporcionan al ciudadano para que pueda emitir su sufragio vía internet es de su exclusiva competencia, la verificación de que es el titular del derecho a votar quien emite el sufragio, si es una obligación del Instituto Electoral del Distrito Federal, autoridad que debe garantizar las condiciones de libertad, secrecía y emisión personal y directa del voto, y que en el procedimiento aprobado, sólo se contemplaba la verificación de la clave de elector y la contraseña proporcionada, las cuales se encontraban asociadas, sin que previera algún mecanismo que permitiera establecer si quien emite el sufragio es el ciudadano titular

del derecho al mismo, como por ejemplo, un lector de datos biométricos, como las huellas dactilares, o la utilización de una cámara web, o cualquier otro análogo que permitiera identificar a la persona que vota, para que inmediatamente después pueda emitir el sufragio” (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 96-97).

“No son idóneos ni proporcionales, al ser excesiva y poco razonable, la exigencia de que los votantes cuenten con los requerimientos técnicos necesarios, esto es, con equipos de cómputo que tengan lectores ópticos o dactilares, para poder emitir su sufragio. El Tribunal Electoral del Distrito Federal no establece cuáles son los datos jurídicos y fácticos que demuestren o desvirtúen la viabilidad y la razonabilidad del sistema de votación por internet y, en forma dogmática, asume que dichos sistemas biométricos o que precisan de fotografías o huellas dactilares (que parecen excesivos o desproporcionados) son infalibles. No se destruye la presunción de validez del acto de autoridad administrativo. Asimismo, tales requerimientos no son necesarios, porque como se mencionó, existen otras medidas de seguridad que resultan razonables y buscan en la mayor medida posible proteger las características del sufragio, pues, en el caso concreto, se parte de la base de que, en principio, sólo quien cuente con la contraseña puede emitir el voto, y esta persona no es otra que el titular del derecho a votar” (Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012; 99).

BREVE DESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA

El fallo resuelve el requerimiento de revisión constitucional electoral interpuesto por el Partido de la Revolución Democrática (PRD) contra una Resolución del Tribunal Electoral del Distrito Federal². Dicho mecanismo de control constitucional en sede jurisdiccional electoral se encuentra previsto en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. La Resolución recurrida se pronunció sobre la legalidad de un Acuerdo sancionado por el Consejo General del Instituto Electoral

2 Resolución emitida por el Tribunal Electoral del Distrito Federal al resolver los expedientes TEDF-JEL-048/2011 y TEDF-JEL-049/2011. El fallo puede descargarse en, https://www.transparencia.tecdmx.org.mx/sites/default/files/archivos/.../2011/act_sp_030_11.doc, fecha de consulta: 19 octubre 2017

del Distrito Federal mediante el cual fue aprobada la adopción del voto electrónico por internet para los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero.

El Tribunal *a quo* declaró la nulidad del Acuerdo y en consecuencia sentenció la revocatoria del mismo al considerar la concurrencia de supuestos vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad en la conformación de la voluntad del órgano administrativo electoral y en las eventuales ejecutorias derivadas de la decisión administrativa. Según estimó el Tribunal, el medio electrónico establecido para que los integrantes del cuerpo electoral radicados en el extranjero pudieran sufragar, es decir, a través de internet, no garantizaba los principios constitucionales aplicables a la temática electoral y las características propias del sufragio.

En efecto, la argumentación sostenida por el Tribunal Electoral del Distrito Federal, luego del interesante ejercicio de ponderación a la luz de los principios constitucionales y legales de certeza y seguridad, y la valoración de las características conformadoras del sufragio establecidas en el ordenamiento constitucional mexicano, objetó el Acuerdo confirmando los vicios denunciados por los solicitantes. Igualmente, refutó el ámbito material del mismo por carecer, según criterio del Tribunal, de mecanismos suficientes que den certeza sobre la inviolabilidad e inalterabilidad del sistema, auditorías previas y posteriores suficientes; y las precarias garantías sobre la identidad del titular del derecho al ejercerlo, así como la secrecía y libre expresión de la voluntad.

En contraste, el Tribunal *ad quem*, al conocer en Juicio de Revisión Constitucional, cuyo fallo es objeto del presente comentario, encontró insuficiente la argumentación desplegada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal y ampliamente sólida la validez constitucional del Acuerdo controvertido. En tal sentido, aunque no lo expresa en tales términos, partió por considerar el principio de neutralidad tecnológica, habilitando con ello la atribución discrecional del Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal de definir el medio electrónico a través del cual las comunidades transnacionales pueden manifestar su voluntad electoral. Asimismo, declaró suficientes, necesarias, idóneas y proporcionales las medidas, protocolos y demás procedimientos articuladores del registro, votación, escrutinio y totalización previstos para la particular modalidad de sufragio.

Basado en el carácter innovador de la modalidad de voto propuesta, el complejo flujo migratorio mexicano y la universalidad del derecho al sufragio reconocida por el ordenamiento jurídico electoral del país, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación reconoce a las comunidades transnacionales el carácter de colectivo con dificultades para sufragar. Con ello justifica medidas y mecanismos extraordinarios que faciliten el acto electoral. Especialmente, destaca la ausencia en el ordenamiento constitucional y legal de precisiones sobre cuál es el medio material a través del cual se debe ejercer el sufragio, lo cual según estimó el Tribunal, admite la configuración de medios distintos a los nacionales definidos por la autoridad administrativa electoral. En virtud de las consideraciones expuestas parcialmente, el Tribunal revocó el fallo emitido por el Tribunal Electoral del Distrito Federal y declaró la validez constitucional y legal del Acuerdo y las previsiones técnicas para su efectiva ejecución.

PRESUPUESTOS DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

Es sobre el conflicto constitucional generalmente perfilado en el apartado anterior, que daré cuenta en el presente comentario, considerando especialmente la discusión sobre los principios inherentes al sufragio y sus características conformadoras a la luz de la controversia reseñada.

En los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevén los principios que toda elección debe contener para que se pueda considerar válida. En el artículo 39 se establece, en lo que importa, que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. El artículo 41, párrafo segundo, establece que la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas. En el artículo 99 se señala que todos los actos y resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes federativas para organizar y calificar los comicios podrán ser impugnados ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por su parte, el artículo 116 establece que las constituciones y leyes de los Estados garantizarán que las elecciones de los gobernadores de los Estados se realicen mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, y

que serán principios rectores de las autoridades estatales electorales los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia. Es a partir de las disposiciones constitucionales referidas que se desprenden los elementos fundamentales de una elección democrática en el Estado mexicano. El cumplimiento de dichos elementos es necesario para que una elección se considere producto del ejercicio popular de la soberanía, dentro del sistema jurídico y político perfilado en la Constitución Política de México y en las leyes que conforman el ordenamiento electoral, incluso las estatales, a las cuales se les reconoce rango constitucional, carácter imperativo, de orden público, de obediencia inexcusable y no son renunciables.

Dichos principios, inventariados por el Tribunal son, entre otros, las elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral. La observancia de estos principios en un proceso electoral se traducirá en el cumplimiento de los preceptos constitucionales antes mencionados y al mismo tiempo la satisfacción de los extremos legales consagrados en el ordenamiento electoral, el cual se encuentra irradiado por los principios aplicables al proceso electoral y al ejercicio del sufragio. Es en el contexto normativo parcialmente detallado, que surge el conflicto constitucional expuesto en el fallo aquí comentado y pretendidamente resuelto por la autoridad jurisdiccional electoral, quien declaró la armonía del Acuerdo sancionado por la administración electoral con las disposiciones y principios constitucionales destacados.

En efecto, el instrumento normativo de naturaleza administrativa que, según los proponentes del juicio electoral primigenio atentó contra la armonía del ordenamiento jurídico político-electoral, es un Acuerdo sancionado por el Instituto Electoral del Distrito Federal a través del cual se adoptó, conforme a la universalidad del derecho al sufragio, el voto electrónico por internet para los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero. La tensión normativa o el conflicto, es claramente delimitada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal que, al conocer de un medio de impugnación, a través de un interesante ejercicio de ponderación, considera gravemente afectado el principio de publicidad y las características propias del sufragio formuladas en el texto constitucional.

Así las cosas, la incorporación al ordenamiento del Acuerdo es controvertida, en virtud de específicas normas, y hace presuponer la existencia de un conflicto que, como se detallará en los apartados subsiguientes, es esencialmente entre principios. Aun así, es necesario mejorar la idea general del conflicto en particular a partir de los presupuestos de conflictos normativos desarrollados por la doctrina y procurar relacionar la caracterización conceptual con las ideas explanadas respecto a la confrontación de normas. Atendiendo la idea expuesta por Bobbio³, para que ocurra un conflicto normativo deben concurrir los siguientes elementos: a) la incompatibilidad entre dos normas; b) que las dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento; c) que las dos normas tengan el mismo ámbito de validez.

En consecuencia, del desarrollo previo, debe considerarse que, estamos ante la incompatibilidad del principio de publicidad y secrecía del sufragio frente a la universalidad, aunque las razones serán expuestas en los apartados siguientes, suficiente es destacar que la adopción del voto por internet en las condiciones explicadas tiende a concretar favorablemente la universalidad, al ampliar el cuerpo electoral y extender los lazos nacionales a las comunidades de expatriados. Sin embargo, en los términos de la norma contenida en el artículo 14 del Acuerdo, la puesta en práctica de la nueva modalidad de sufragio afecta la publicidad de los actos electorales y la única excepción de la publicidad que es la secrecía al momento de sufragar. Esto en virtud de las condiciones técnicas aprobadas para la ejecución del acto electoral a través de internet.

Con relación a la segunda condición, que las dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento, refiere el conflicto a principios constitucionales a partir de normas derivadas de dispositivos constitucionales, adicionalmente, por tratarse de la legislación electoral, aunque en niveles diferenciados (federal y estatal) ésta tiene rango constitucional, tal como fue comentado inicialmente. Entonces, tenemos un mismo ordenamiento, una misma área de especialidad y una misma posición jerárquica, respecto a la norma, mas no respecto al instrumento normativo. Por último, en las condiciones de Bobbio, se precisa el mismo ámbito de validez, el cual, respecto al conflicto aquí explicado, estamos hablando de un ordenamiento estatal desarrollado conforme a las disposiciones de la Constitución federal en materia de organización político - electoral.

3 BOBBIO (1987) p. 269.

Finalmente, al anticipar que estamos frente a un conflicto entre principios, es importante señalar conforme a la distinción propuesta por Alchourron y Bulygin, citada por Ratti⁴, que los principios de los que se trata son implícitos y explícitos, primero, porque algunos de ellos no están, por lo menos no directamente, formulados por la autoridad normativa y segundo porque su progresiva construcción, contenido y estado actual son deducciones a partir de un conjunto finito de normas, lo cual no difiere de la actuación desplegada por el operador de justicia en el presente caso, especialmente cuando plantea la viabilidad del voto por internet pese a la falta de regulación explícita o cuando detalla a partir de consideraciones dogmáticas y políticas las implicaciones de la universalidad o la publicidad. Ciertamente, principios como la universalidad, la secrecía y la personalización del sufragio encuentran dispositivos normativos que los consagran, pero éstos son de una generalidad extrema.

CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

Reconocida la validez constitucional y legal del Acuerdo ACU-69-11 sancionado por el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal y de su complemento o anexo de carácter procedimental denominado "Procedimiento de votación electrónica por Internet", es necesario advertir que el ejercicio interpretativo desplegado por la autoridad judicial especializada pudiera considerarse excesivo e invadir espacios reservados a la potestad legislativa. Esto en virtud de la admisión del voto por internet, aunque tal modalidad no se encuentra detallada en el ordenamiento jurídico electoral. Pese al silencio de la norma, el Tribunal quizás movido por la creciente tendencia a la automatización del sufragio, asume que la no especificación del medio para sufragar habilita a la administración electoral para definirlo al amparo de la amplitud dada a la idea de "voto electrónico". Igualmente, motivo de observación es la crítica y posterior revocatoria de la ponderación de principios desarrollada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal⁵. Al pronunciarse sobre la ponderación, se limitó a considerar como erróneas las conclusiones de dicho Tribunal sin contra argumentar ni considerar la constelación de

4 RATTI (2013) p. 153

5 Fallo SUP-JRC-306/2011, 2012: 103

principios constitucionales y legales afectados o limitados por la adopción del voto por internet.

Complementariamente es necesario destacar que un emblemático fallo de la Corte Constitucional alemana⁶ y un reciente desarrollo de la doctrina especializada, ha encontrado varias dificultades asociadas al voto electrónico. Por una parte, el denunciado fenómeno de privatización de la elección⁷, cuestión que pugna con el principio de publicidad del acto electoral y por otra parte las dudas razonables, claramente expuestas en el desarrollo del fallo objeto de revisión, sobre la secrecía, la identidad del elector y la libre manifestación de voluntad. Estas últimas objeciones no son resueltas por el Tribunal y puede considerarse insuficiente su apuesta argumentativa, centrada respecto a tales puntos, en apelar a la existencia del voto postal cuyas objeciones son similares y una genérica presunción sobre la identidad del votante.

Ahora bien, al destacar el conflicto entre principios que subyace a la discusión planteada en las dos instancias y sobre el cual poco o nada dice el Tribunal Superior, es fundamental para el presente abordaje la comprensión de la idea de principios. Dworkin sostiene que además de reglas, existen principios⁸ y políticas⁹, los principios terminan siendo entendidos por el autor como razones que argumentan en una dirección específica, aunque no exigen una decisión particular, en razón de la coexistencia de otros principios que tienden a otra dirección y que pueden prevalecer en situaciones posteriores¹⁰. En el caso objeto del presente comentario, pugnan en virtud de la decisión administrativa y la fórmula constitucional de sufragio, el principio de universalidad del voto doctrinariamente entendido como la más amplia integración del cuerpo electoral y la idea de un elector, un voto, con su consecuente vinculación con el principio de igualdad. Por otra parte, es igualmente controvertido en razón del

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

7 SÁNCHEZ NAVARRO (2011) pp. 204-209.

8 Dworkin define Principios como un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

9 Dworkin, con relación a directriz o política pública, comenta: el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad.

10 DWORKIN (1997) p. 24

conflicto el principio de publicidad de los actos electorales, que implica garantizar el acceso del elector a cada una de las etapas del proceso por sí mismo o por intermedio de la actividad de control que ejercen los partidos políticos y, por último, los principios de seguridad y certeza aplicables al ámbito electoral, especialmente sensibles respecto a la automatización del sufragio.

En una de sus consideraciones, el propio tribunal establece que el ordenamiento jurídico no está compuesto exclusivamente por reglas (normas provistas de una estructura condicional hipotética, con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada, cuya forma de aplicarla es la subsunción), sino también por principios, que son mandatos de optimización, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. En el caso mexicano, el constituyente estableció en el artículo 41 de la Constitución que son las organizaciones con fines políticos, un instrumento clave para la promoción de la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación nacional y hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público, conforme a los principios, programas e ideas que postulan las organizaciones, mediante el sufragio universal, libre, directo y secreto.

Sin perjuicio de la señalada ausencia de ponderación contra argumentativa, el tratamiento dado por el juzgador a la controversia resultó en la consideración de principios contenidos en la Constitución Política mexicana y la legislación electoral, ambos instrumentos a criterio del Tribunal inciden en la conformación de la voluntad de la administración electoral al sancionar el Acuerdo impugnado y las consecuencias materiales de su implementación. Esta deriva principista permite afirmar la existencia en el caso comentado de un conflicto constitucional entre principios. Conflicto que suele ser común en el contexto del Estado constitucional de derecho, en virtud de la pluralidad de valores incorporados al orden constitucional contemporáneo. Según estima Guastini, cualquier legislación cargada de obligaciones para los ciudadanos destinada a la concreción de algún principio constitucional, suele convertirse en una limitación de otros derechos y en consecuencia entra en conflicto con otro u otros principios constitucionales¹¹.

11 GUASTINI (2007) p. 636.

Atendiendo la caracterización propuesta por el citado autor y aplicando sus criterios al caso objeto del presente comentario, las normas controvertidas y a las cuales se les atribuyen los principios expuestos emanan del mismo momento y acto, es decir, tienen su origen en la norma fundamental del Estado mexicano nacida del acto constituyente. Igualmente, estamos frente a normas contenidas en un mismo estatuto jurídico y con la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho, es decir, los principios y las características del sufragio se encuentran establecidos en la Constitución, instrumento que se encuentra en la cúspide de la jerarquía normativa mexicana. La tercera característica propuesta por Guastini es que se trate de un conflicto en concreto, siendo ésta una característica evidente en el tratamiento resolutorio del caso, pues la articulación de los instrumentos jurídicos concretiza u operativiza los principios, en este caso los aplicables a la materia electoral siendo que las normas contrapuestas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles en el caso concreto (voto por internet, universalidad vs. publicidad del acto electoral, secrecía, libre voluntad). Finalmente, el autor refiere que estos conflictos son, en su categorización, parcial-bilaterales entendidos como el acatamiento de una norma supone la violación parcial de otra norma.

HERRAMIENTAS Y ESTRATEGIAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

En el apartado anterior, fue anticipada al contextualizar el conflicto constitucional y la insuficiencia contra argumentativa, una herramienta para la solución del conflicto entre principios constitucionales, que de hecho fue utilizada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal quien conoció primigeniamente la causa. Esta herramienta es la ponderación, una técnica comúnmente utilizada en la práctica constitucional cuando de conflictos entre principios se trata, consistente en la definición y establecimiento por parte del operador de justicia de una jerarquía axiológica móvil entre los principios en pugna¹². Dicha jerarquización entendida como una relación de valores, permitirá determinar conforme al análisis de las consecuencias y el grado de optimización del mandato cuál de los principios contingentemente tiene mayor peso o importancia.

12 MARTÍNEZ ZORRILLA (2009) p. 155

En palabras de Martínez, el desarrollo de la técnica de ponderación tiende a dibujar la idea de una balanza sobre la cual son puestos y pesados los elementos en conflicto, esta sola idea pareciera dejar a un criterio técnico y objetivo la adopción del principio que será aplicado para la resolución de la controversia, omitiendo en muchos casos que es el operador jurídico quien está llamado a determinar la jerarquía axiológica móvil. Implica hacer prevalecer uno de los elementos en conflicto, sin procurar armonizarlos o cohesionarlos¹³, sin embargo, esta práctica es objetada permanentemente por la doctrina especializada y aplicada de forma inconsistente por los tribunales, tal como ocurrió en el fallo aquí analizado.

En efecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por una parte, y tal como fue advertido en el apartado anterior, se limitó a declarar la ponderación realizada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal como errónea e insuficiente, sin embargo, no extendió argumentos sobre tal declaración. Procedió en ejercicio de la jurisdicción plena aplicada al caso, al análisis de los razonamientos mediante los cuales se pretendió la impugnación del Acuerdo objeto de la controversia. En tal despliegue, recurrentemente declaró la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los supuestos inherentes al voto electrónico por internet acordados por el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, haciéndose extrañar el medio de contraste, es decir, la manifestación a través de la argumentación de los valores o elementos contra fácticos y que en virtud del mayor o menor peso respecto a la optimización resultaran sus determinaciones.

En tal sentido, genera particular interés que el tribunal omitiera abordar en la discusión, la consideración de prácticas electorales comparadas a los fines de precisar la experiencia en otras latitudes, lo cual permitiría contrastar aspectos de naturaleza normativa y técnica, sobre seguridad y protección de las características propias del sufragio en el ámbito de la innovación tecnológica. Igualmente, la mirada excesivamente genérica al fenómeno migratorio y la ausencia de mención a las estimaciones de participación electoral de los residentes en el extranjero, en el ámbito de registro y efectivo ejercicio del sufragio lo cual permitiría verificar si tensionar la secrecía y el principio de publicidad satisface por lo menos la legítima pretensión universalista de la administración electoral. En los mismos términos, omite tratar el asunto de la privatización del voto, evidenciado en

13 GUASTINI (2007) p. 636

la concesión de etapas del acto electoral a sujetos privados que, tal como fue comentado previamente, suelen sustraer del control del electorado etapas claves del proceso, que exigen publicidad y transparencia.

La ponderación es concebida como un mecanismo para dar respuesta a problemas de colisión o conflictos normativos y puede asemejarse a los criterios clásicos de resolución para antinomias. Pero, así como tales criterios clásicos no resultan de consideraciones discrecionales o arbitrarias, pues suelen sustentarse sobre ideas o nociones generales de justicia, situación similar ocurre con la ponderación al pretender que las preferencias establecidas entre los elementos en conflicto respondan a parámetros de corrección o justicia. Esto último exige, conforme a los criterios conformadores de la teoría general de la ponderación, la especial consideración, además de los elementos conceptuales y metodológicos, los aspectos normativos asociados con la corrección de las decisiones que permitan precisar los criterios para alcanzar resultados axiológicamente adecuados¹⁴.

Ahora bien, al reiterar el conflicto entre principios que subyace a la discusión planteada en las dos instancias y sobre el cual poco o nada dice el Tribunal superior, es fundamental para el presente abordaje la ponderación de los principios que entran en conflicto. Así, tal como afirma Zagrebelsky, el amplio catálogo de principios que conforman el ordenamiento jurídico y la ausencia de alguna forma de jerarquización entre ellos, complica su efectiva articulación lógica y aplicación, siendo solo posible la prudencia en su ponderación¹⁵. Esto último, en palabras de Jaime Cárdenas, se entiende como la imposibilidad de resolver los conflictos entre principios a través de los modos clásicos de solución de antinomias, la solución radica en la ponderación a partir de la detenida valoración del caso concreto¹⁶.

Asumiendo los principios tal como los caracteriza Alexy¹⁷, es decir, como mandatos de optimización e instrumentalizando los planteamientos teóricos del citado autor, se afirma que el caso implicaba la colisión entre la universalidad del derecho al sufragio, el cual sería presumiblemente

14 MARTÍNEZ ZORRILLA (2007) pp. 233-237.

15 ZAGREBELSKY (2009) p. 125.

16 CÁRDENAS (2002) p. 100

17 BERNAL PULIDO (2003) pp. 225-238.

satisfecho al admitir el voto por internet para los residentes en el extranjero y los principios de publicidad, secrecía y libre voluntad del elector, los cuales resultarían reivindicados con la declaratoria de inconstitucionalidad del Acuerdo. Según la fórmula de ponderación de Alexy, el juzgador debe procurar a través de la reflexión fundada la construcción de las consecuencias derivadas al favorecer uno u otro principio, siendo ésta una variable importante dentro de su fórmula de peso. En el caso objeto de estudio, con relación al principio de secrecía y libre voluntad, no es posible considerar como plena la certeza según la cual los partidos podrían en una eventual elección adelantar mecanismos que coaccionen al elector o concretar claras ofensas al secreto inherente al sufragio. Esto especialmente al tener en cuenta el contexto de sufragio extraterritorial, lo cual obligaría a un despliegue logístico de la maquinaria partidista que ya suele ser insuficiente en el ámbito nacional. Esto último hace poco probable empíricamente la afectación, lo cual en la terminología de Alexy es considerado como “no evidentemente falso” ubicándose en la menor gradación de certeza empírica.

Con relación a la admisión del voto por internet, es claro y en consecuencia probable empíricamente que dicha política amplía la universalidad del sufragio, incluyendo a los connacionales radicados en el extranjero en el cuerpo electoral a través de su inscripción en el padrón electoral respectivo. Sin embargo, tal modalidad también se afecta en virtud de factores limitantes, tales como el analfabetismo tecnológico, el costo para el elector de los equipos y el acceso a internet. La consideración de lo reseñado, en palabras de Alexy, supone una certeza empírica plausible. En contraste, la satisfacción de la universalidad tiene mayor peso que la lesión a los principios de secrecía y libre voluntad del elector.

Al ponderar la universalidad del sufragio frente al principio de publicidad del acto electoral, en el contexto de adopción del sufragio extraterritorial a través del voto electrónico por internet, el segundo padece una afectación intensa. Esto al considerar las normas procedimentales diseñadas y sancionadas por el Instituto Electoral del Distrito Federal. En efecto, al votar bajo la modalidad aprobada, parece garantizada la secrecía del voto como la única excepción admitida al principio de publicidad, sin embargo, los actos posteriores carecen de la materialidad de tal principio al sustraer del debido control de la ciudadanía la etapa de escrutinio y totalización, las cuales quedan en mano de los administradores del software informático.

Tal como afirma Sandoval Ballesteros¹⁸, citando a Guastini, en el caso objeto de estudio parece que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de su práctica resolutoria decidió “acantonar” el principio de publicidad, secrecía y libre voluntad del elector y aplicó la universalidad del sufragio para llegar a su determinación. Esto en referencia a la aplicación de un principio sobre otro u otros, siendo acantonado el que resulta menospreciado en razón de las circunstancias propias del caso, aunque dicho principio o principios no son declarados nulos, abrogados o invalidados y son susceptibles de ser aplicados cuando surja una nueva controversia¹⁹.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo fue comentado el fallo SUP-JRC-306/2011 dictado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). En cada uno de los apartados se procuró aplicar las herramientas teóricas y conceptuales sobre conflictos normativos. Por ello, en una primera parte fueron destacados los fragmentos del fallo relevantes para la discusión. Esta discusión se centró en un aspecto específico de la controversia constitucional estudiada, el principio de universalidad del sufragio frente a los principios de publicidad, secrecía y libre voluntad del elector. La contradicción entre los principios se analizó a la luz de la adopción del voto electrónico por internet para los ciudadanos del Distrito Federal radicados en el extranjero. Este específico propósito de análisis fue precisado en la breve descripción, como complemento articulador de las ideas que derivan de la secuencia de fragmento transcritos.

A los fines de precisar el conflicto constitucional, se utilizó la caracterización de los conflictos normativos propuesta por Bobbio, procurando encuadrar los aspectos delineados por el despliegue argumentativo del tribunal y una revisión de los instrumentos y las normas controvertidas. Lugo del referido ejercicio, considerando la clasificación de los principios, se estableció que los sometidos a control y ponderación son unos explícitos y otros implícitos, atendiendo la distinción de Alchourron y

18 SANDOVAL BALLESTEROS (2015) p. 299.

19 Cfr. GUASTINI (2007) p. 637.

Bulygin citada por Ratti. Para luego pasar a discutir el conflicto constitucional concreto en el marco de algunas consideraciones teóricas sobre los conflictos entre principios y breves aproximaciones a la implicación de los principios contrapuestos en la práctica electoral.

Es a partir del apartado anterior que fue posible anticipar las herramientas y estrategias de solución. A través de la ponderación, conforme a las no uniformes recomendaciones de la doctrina es posible determinar la efectividad de los mandatos de optimización, esto exige un proceso previo de jerarquización axiológica que permitirá al operador de justicia ponderar o pesar los valores de los supuestos normativos y determinar las consecuencias fácticas derivadas de inclinarse por uno u otro principio. Con relación a este punto, fue reiterado en el comentario el insuficiente manejo de la técnica ponderativa, más al precisar que el tribunal que conoció de manera primigenia la causa desarrollo un interesante ejercicio de ponderación atendiendo los principios señalados. El superior omitió tal tarea, aunque para la resolución de las objeciones expuestas por las partes, generó resultados ponderativos pronunciándose sobre la idoneidad, necesidad, proporcionalidad y viabilidad de varios aspectos. Esto último, no es claro en virtud de la falta de argumentos y en algunos casos parece exceder las atribuciones de control del tribunal.

Dada la crítica anterior y como cierre del comentario, se presenta un ejercicio de ponderación atendiendo los aspectos normativos, teóricos y fácticos del caso. En virtud del ejercicio ponderativo, se concluye que al votar bajo la modalidad aprobada, parece garantizada la secrecía del voto como la única excepción admitida al principio de publicidad, sin embargo, los actos posteriores carecen de la materialidad de tal principio al sustraer del debido control de la ciudadanía la etapa de escrutinio y totalización, las cuales quedan en mano de los administradores del software informático, siendo éste un fenómeno que recientemente la doctrina electoral estudia con preocupación y ha denominado “la privatización del voto”, cuestión que representa una excesiva carga para el principio de publicidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERNAL PULIDO, Carlos (2003): "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa*, n° 26, pp. 225-238. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf, fecha de consulta: 21 julio 2017.

BOBBIO, Norberto (1987): *Teoría General del Derecho* (Bogotá, Editorial Temis).

CÁRDENAS, Jaime (2002): "Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial", en VEGA Gómez, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas) pp. 85-105.

DWORKIN, Ronald (1977), *Taking rights seriously* (Massachusetts, Harvard University Press).

GUASTINI, Riccardo (2007): "Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales", *Palestra del Tribunal Constitucional*, vol. 2 n° 8, pp. 631-637. Disponible en: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.pdf, fecha de consulta: 22 noviembre 2017.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2009): *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa* (Madrid, Marcial Pons).

RATTI, Giovanni (2013): *El Gobierno de las Normas* (Madrid, Marcial Pons).

SANDOVAL BALLESTEROS, Netzaí (2015): "La admisión jurisprudencial del voto por internet para los residentes en el extranjero de la Ciudad de México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 142, pp. 275-312. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/download/4921/6272>, fecha de consulta: 19 noviembre 2017.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (2011): "El voto no presencial en los informes de la Comisión de Venecia y en el del Consejo de Estado sobre la reforma electoral", en BARRAT I ESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María

(Coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (Madrid, Civitas) pp. 204-209.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2009): *El derecho dúctil* (Trad. Marina Gascón, Madrid-Torino, Trotta).

JURISPRUDENCIA CITADA

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

Fallo SUP-JRC-306/2011 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México).

Resolución emitida por el Tribunal Electoral del Distrito Federal al resolver los expedientes TEDF-JEL-048/2011 y TEDF-JEL-049/2011.