

## Volviendo al análisis sobre nuestras dudas razonables sobre el voto electrónico (\*)

Josep María Reniu Vilamala (\*\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Aproximándonos al objeto de estudio.— III. El voto electrónico desde la técnica, el derecho y la ciencia política.— IV. Los “talones de Aquiles” del voto electrónico.— V. Algunas consideraciones finales (aunque no definitivas...).

➔ El voto electrónico debe considerarse como una excelente herramienta complementaria para la mejora estructural de los procesos electorales. Así su implementación debería ser gradual, centrándose inicialmente en aquellos colectivos sociales con mayores dificultades para hacer efectivo su derecho de sufragio.

algo de luz sobre el objeto de estudio, en lo que hace referencia a los malentendidos habituales sobre qué sea el voto electrónico, los porqués de su implantación así como a las reflexiones generales sobre ello desde la técnica, el derecho y la ciencia política.

*a. Malentendido nº1: el voto electrónico es sólo a través de Internet*

El primer malentendido hace referencia a la vinculación automática que se establece entre el voto electrónico y la utilización de Internet como único canal para la emisión del voto. Desde esta concepción, exclusivamente centrada en el voto electrónico remoto, se critican sus efectos negativos en cuanto a la profundización de la *brecha digital*, como mínimo en el corto plazo. Se dirá que el voto electrónico remoto sólo podrá ser empleado por aquellos ciudadanos con acceso a la red y, por lo tanto, con unos niveles socioeconómicos y culturales por encima de la media del conjunto de la población. (1) Dicha afirmación, válida en gran medida para este tipo de voto electrónico, parte de un error. El voto electrónico no sólo se ha desarrollado en sí como una solución remota, sino que también puede tener una configuración local mediante el desarrollo de urnas electrónicas (DRE: *Direct Recording Electronic*), así como también pueden considerarse dentro de este tipo de voto las tecnologías de reconocimiento óptico de caracteres (OCR). (2)

*b. Malentendido nº2: el voto electrónico es sólo para entornos no controlados*

El segundo de los malentendidos, íntimamente vinculado con el anterior, es el que pone el acento en la ausencia de controles y de garantías jurídicas en el momento de la emisión del voto. A partir de la premisa del voto electrónico remoto se critican las altas posibilidades de coacción que puede sufrir el votante al tener que ejercer su derecho de sufragio en un entorno en el que ninguna autoridad electoral vela por sus derechos (*Ta-bla 1*).

**Tabla 1. Modalidades de emisión del voto.**

	Entorno	
	Controlado	No controlado
“Bits”	Urnas electrónicas (DRE)	Voto remoto (Internet)
Papel	Lectores ópticos (OCR)	Voto por correo postal
	Voto tradicional	

Si bien es cierto que la posible coacción es uno de los principales peligros de la votación electrónica remota, (3) este tipo de voto no es el único escenario posible y/o deseable. Así la práctica más habitual es la que aprovecha los *entornos controlados* vinculados a los colegios electorales para la ubicación de urnas electrónicas. Más allá de la estrategia global adoptada (sustitución total del voto tradicional o bien coexistencia de las urnas electrónicas con las urnas tradicionales), lo interesante de la utilización de entornos controlados radica precisamente en el mantenimiento de idénticos o similares procedimientos de identificación y registro del votante.

*c. Malentendido nº3: el voto electrónico es sólo para elecciones políticas*

Si anteriormente considerábamos los equívocos en la definición *teórica* del voto electrónico, en esta ocasión nos hallamos frente a equívocos en su concreción práctica. Probablemente fruto de concepciones democráticas reduccionistas, se ha venido vinculando el voto electrónico única y exclusivamente a los procesos electorales públicos, limitando por tanto el alcance de su desarrollo.

Así las consideraciones sobre la generalización de las TIC en el ámbito político-electoral no pueden limitarse únicamente a procesos públicos vinculantes. Es más, la gran mayoría de los ejercicios mundiales de voto electrónico corresponde no sólo a procesos diferentes, sino que además no revisten de

carácter vinculante. Nos encontramos así con que las pruebas piloto o los experimentos no vinculantes son el principal activo en el total de votaciones electrónicas y, para el caso latinoamericano en general y mexicano en particular, puede afirmarse que los procesos de votación electrónica desarrollados hasta la fecha han destacado por ser privados y vinculantes (4).

Efectivamente el voto electrónico, en cualquiera de sus modalidades, debe entenderse como un mecanismo para la extensión de la cultura democrática en todo el entramado social. Procesos electorales en el seno de instituciones universitarias, asociaciones estudiantiles, asociaciones profesionales, partidos políticos, etc., constituyen espacios especialmente indicados en los que mejorar y facilitar la participación electoral. Si a ello unimos la utilización de dichas soluciones tecnológicas para la realización de consultas ciudadanas, vinculantes o no, conseguiremos avanzar en la profundización de las prácticas democráticas más allá de los procesos electorales institucionales.

*d. ¿Qué motivos justifican la introducción del voto electrónico?*

Tras haber intentado deshacer los principales malentendidos sobre la definición y características del voto electrónico es preciso considerar cuáles sean las razones que están

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### I. Introducción

Una de las principales constataciones respecto de la creciente implementación de los sistemas de voto electrónico es que dichas soluciones tecnológicas aparecen a menudo revestidas de un cierto carácter de *inevitabilidad*. Ciertamente la expansión de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) a todos los ámbitos de la actividad social parecería justificar la imperiosa necesidad de abarcar también el campo de la política y, más concretamente, de los procesos electorales. Bajo esta premisa, junto a la constatación de la existencia de crecientes procesos de desafección y desencanto democráticos, se han venido desarrollando un sinnúmero de iniciativas privadas, públicas e incluso mixtas alrededor de los procesos de informatización del voto. No obstante, persisten algunos malentendidos sobre qué sea o qué suponga la adopción del voto electrónico. En este sentido es preciso fijar la atención en aquellos aspectos potencialmente problemáticos de su implantación, para analizar de manera crítica los *talones de Aquiles* de dichas soluciones tecnológicas.

### II. Aproximándonos al objeto de estudio

Antes de proceder a la identificación y discusión de esos puntos débiles del voto electrónico, se hace necesario intentar arrojar

#### DOCTRINA

Volviendo al análisis sobre nuestras dudas razonables sobre el voto electrónico

Josep María Reniu Vilamala..... 1

**NOTA A FALLO** Luces y sombras en la regulación del ejercicio de la abogacía en la Provincia de Buenos Aires

Nicolás Diana..... 5

#### JURISPRUDENCIA

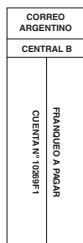
**EJERCICIO PROFESIONAL.** Ley que establece restricciones respecto de abogados que también son contadores. Procedencia de la medida cautelar. Demanda de inconstitucionalidad (SC Buenos Aires)..... 5

**NULIDAD DEL REMATE.** Falta de exhibición del inmueble por parte del martillero. Recha-

zo *in limine* del pedido de nulidad por el juez de grado. Revocación de sentencia. Irregularidad que no es menor. Cantidad de oferentes y suma a obtener en la subasta. Menores habitando la vivienda (CNCCom.)..... 6

**EXPENSAS COMUNES.** Criterio severo para la fijación de intereses. Cumplimiento de obligaciones del consorcista. Trascendencia para la vida del consorcio (CNCiv.)..... 7

**IDENTIDAD DE GÉNERO.** Entidad deportiva condenada a inscribir a una jugadora en la liga de hockey de acuerdo a su identidad de género. Acto constitutivo de violencia institucional. Derecho a tener una vida sin discriminaciones. Respeto a la dignidad. Leyes 26.485 y 26.743. Restricción de derechos de una persona por su orientación sexual. Obligación del Poder Judicial de actuar con urgencia. Carta Olímpica. Práctica del deporte como derecho humano (JFamilia Nro. 3 Chubut)..... 7



# Volviendo al análisis sobre nuestras dudas razonables sobre el voto electrónico

● VIENE DE TAPA

detrás de la adopción de dichos sistemas. En este sentido consideramos que el conjunto de experiencias hasta la fecha pueden agruparse bajo cuatro grandes motivaciones vinculadas con, el desarrollo tecnológico, la profundización en los mecanismos de democracia participativa, la búsqueda de mayor legitimación democrática y, finalmente, la complejidad del proceso electoral.

En el primer caso hacemos referencia a aquellas sociedades en las que se ha producido un elevado desarrollo tecnológico y que, por lo tanto, observan el ámbito electoral como una etapa más en ese crecimiento. Caracterizados por su elevada producción tecnológica, países como Japón o Suecia han iniciado procesos de desarrollo de aplicaciones tecnológicas vinculadas al voto electrónico si bien aún no han incorporado dichas soluciones a sus respectivos sistemas electorales.

En segundo lugar se encuentran aquellos países cuya cultura política democrática está plenamente consolidada y, además, utilizan de manera habitual mecanismos de participación ciudadana para el diseño de políticas públicas. El caso paradigmático en este sentido es Suiza, con elevados índices de voto postal para multitud de consultas y referendos sobre las más diversas cuestiones sociopolíticas. No es raro, entonces, que algunos cantones suizos sean líderes en la adopción de soluciones de voto electrónico remoto para facilitar la participación ciudadana en dichos procesos, así como para seguir profundizando en el ejercicio de estos mecanismos de democracia participativa.

Otra de las razones, no aducidas en este sentido de forma directa pero sí claramente perceptible en su desarrollo, es la que vincula la adopción de las TIC con los procesos de legitimación democrática del sistema político. Si bien esta es una cuestión problemática y que no podríamos abordar aquí, lo cierto es que el análisis de algunos de los países que han adoptado —*migrado completamente, para ser más exactos*— el voto electrónico no destacan precisamente por sus altos niveles de consolidación democrática. Seguramente algunos de los ejemplos paradigmáticos en este sentido sean Venezuela, Brasil y la India, aunque por motivos diferentes. En el caso del subcontinente asiático la estrategia social imperante basada en el sistema de castas hace realmente difícil su clasificación

dentro de los estándares democráticos habituales. Es por ello que, junto con los motivos que a continuación se mencionan respecto de la complejidad del proceso electoral, todo parece indicar que la adopción de un sistema de voto electrónico esté operando también como mecanismo legitimador de las diferentes correlaciones de fuerzas existentes en el país. Claramente más visible dicha orientación es identificable para el caso venezolano, en el que la “revolución bolivariana” (sic) de Hugo Chávez optó no sólo por la migración total al voto electrónico, sino que además incorporó elementos tecnológicos adicionales para —supuestamente— *reforzar la integridad y calidad democrática del proceso y de sus resultados*. (5)

Finalmente, con toda probabilidad la razón más poderosa para justificar los procesos de introducción o migración al voto electrónico sea la última de las citadas. Así, aquellos países cuyos sistemas electorales presentan diferentes grados de complejidad procedimental arguyen la necesidad de *simplificar* el proceso de emisión del voto por parte de los ciudadanos. ¿Y qué tipo de complejidad puede aducirse? Básicamente podríamos establecer dos grandes tipos de dificultades en el proceso electoral: por un lado las problemáticas derivadas de la forma de expresión del voto y, por otro lado, aquellas vinculadas con la *magnitud* del proceso electoral.

Uno de los principales obstáculos potenciales a la participación electoral y, por ende, a la mejora de los procesos democráticos estriba en la opción por una determinada forma de expresión del voto. Así en España, por ejemplo, el acto de la votación es tremendamente sencillo: el votante selecciona una papeleta de la candidatura del partido de su elección, con la inclusión del listado de los candidatos propuestos por dicho partido, de entre tantas papeletas como listas presentadas. Introduce la misma en un sobre opaco y, posteriormente, en la urna transparente. Como puede apreciarse en este ejemplo el votante no precisa de la realización de ningún procedimiento adicional a la selección de la papeleta: no tiene que realizar ninguna marca o anotación en ella, con lo que únicamente debe ser capaz de identificar al partido o coalición de partidos de su elección.

En el otro extremo encontramos aquellos sistemas en los que el votante debe *operar o manipular* la papeleta electoral, sea marcando su elección con una cruz (como en el caso de México y los sistemas electorales mayoritarios), emitiendo un voto de partido y uno de candidato (Alemania) o estableciendo un orden de prelación de todos los candidatos según su preferencia (Irlanda o Australia).

Asumiendo que los grados de dificultad varían entre las diferentes formas de expresión del voto mencionadas, lo cierto es que la realización de cualquier tipo de *operación* sobre la papeleta puede provocar en el votante —especialmente en aquellos casos de deficiente capacitación por motivo de la edad

o de la condición socioeconómica del individuo— la comisión de errores que invaliden el voto. Si ello puede ya ser motivo suficiente para la incorporación de soluciones de voto electrónico que permiten la desaparición de dichos errores *físicos*, lo cierto es que aún encuentran mayor justificación en aquellos sistemas electorales en los que el elector puede expresar preferencias entre los candidatos. Así no sólo la reducción de la complejidad en la emisión del voto aparece como elemento justificativo, sino que además la gestión del proceso de recuento y escrutinio de los votos emitidos es asimismo un condicionante de primera magnitud.

Por otro lado hacíamos mención, en segundo lugar, de la complejidad del proceso electoral puede venir condicionada también por la *magnitud* del mismo. Hacemos referencia a aquellos países con un elevado número de consultas electorales coincidentes en el tiempo, un alto número de población o una gran extensión territorial. Quizás uno de los ejemplos más evidentes en lo que se refiere al número de consultas concurrentes sea el norteamericano, donde la capacidad de los condados y los estados de elegir diferentes sistemas de votación así como someter al elector cuestiones a consulta puede dar lugar a la emisión de más de cincuenta votos en un único proceso electoral tal y como sucede habitualmente en California o en otros Estados durante la elección presidencial. Pero además de este factor debe considerarse la complejidad de la gestión del proceso electoral en aquellos países con elevada población, en los que además la extensión territorial y las infraestructuras de comunicación son elementos clave para el normal desempeño de los procesos electorales. Los ejemplos en este sentido son contundentes: Brasil e India sustentan sus procesos de adopción del voto electrónico —entre otros argumentos— en la imperiosa necesidad de simplificar *logísticamente* sus procesos electorales debido al elevado número de votantes y a la dificultad por gestionar dichos procesos en un territorio enorme y deficientemente comunicado. Así, por ejemplo, dos de los principales activos en este sentido son la capacidad de gestionar mayores flujos de votación así como también la drástica reducción del tiempo para el traslado de las actas de escrutinio de cada colegio electoral para la totalización y emisión de los resultados electorales.

### III. El voto electrónico desde la técnica, el derecho y la ciencia política

¿Cómo se perciben los sistemas de votación electrónica desde diferentes puntos de vista? Sin ánimo de hacer un repaso exhaustivo lo cierto es que destacan las diferentes aproximaciones al fenómeno. Desde la aproximación técnica, los defensores del voto electrónico (y las empresas fabricantes de dichas soluciones) tienen a unificar su discurso en torno a tres grandes aspectos: por un lado estos sistemas se configuran como las soluciones indiscutibles para la reducción de los errores en la emisión del voto. En segundo

lugar promocionan el voto electrónico como garante de la máxima seguridad así como el mejor mecanismo para la prevención de los riesgos electorales (léase *fraude electoral*). Finalmente se destaca que la adopción del voto electrónico permite reducir las incertidumbres procedimentales así como supone claramente un ejemplo de modernización del proceso político-electoral. Como corolario de estos argumentos —obviamente no reflejados en esta aproximación— el problema estriba en la aparición y potenciación de un nuevo actor en los procesos electorales: el técnico. Habremos de volver sobre este aspecto, toda vez que se configura como uno de los riesgos con un mayor impacto potencial.

Por otro lado, las aproximaciones jurídicas al voto electrónico adolecen —incluso por parte de sus *defensores*— de un excesivo formalismo procedimental. Si bien es cierto que el principal aspecto que desde el Derecho se considera es la efectiva garantía del sufragio, la realidad muestra cómo desde las aproximaciones jurídicas lo que se produce es una ralentización de los procesos de adopción del voto electrónico, a menudo imponiendo nuevos requisitos jurídicos para su validación. Un ejemplo paradigmático de ello es el trato —radicalmente distinto— dispensado al voto tradicional postal con relación a la posibilidad de implementar el voto electrónico remoto para los residentes en el extranjero. Bajo la premisa de la salvaguardia del secreto del sufragio y de la observancia de todas las garantías electorales procesales, se bloquea la adopción de dicha modalidad de voto electrónico mientras que, en su equivalente tradicional, se admite el ejercicio de un cierto *acto de fe* al emitir un voto desde el extranjero (en las contadas ocasiones en que ello es posible para el caso español).

¿Y cuál debiera ser la aproximación desde la ciencia política? En nuestra opinión, sin oponernos a ello pero tampoco asumiendo el carácter de *evangelizadores del voto electrónico*, creemos que son cuatro los aspectos que deberían guiar el análisis politológico. En primer lugar debe partirse de la consideración del voto electrónico como una herramienta, como un mecanismo adicional a los existentes para la emisión del voto. Su fortaleza estará así condicionada por la capacidad de incorporarlo como un canal más de participación a disposición de todos los electores, a la par que dicho proceso debería realizarse de manera gradual. El segundo argumento tiene que ver con la consideración de las soluciones de voto electrónico como una posibilidad para mejorar los procedimientos de participación política y electoral de determinados colectivos sociales. Se destacan en este ámbito dos grandes colectivos potencialmente protagonistas de la implementación del voto electrónico como son por un lado los residentes en el extranjero, facilitándoles un canal de participación más eficaz que el existente y, por otro lado, los colectivos juveniles, considerando la alta familiaridad funcional de las TIC entre dicho colectivo. Como tercer argumento se destaca desde esta aproxima-

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Una versión previa de parte de este texto se publicó en el artículo “Ocho dudas razonables sobre la necesidad del voto electrónico”, en el número 6 de la revista *Internet, Derecho y Política*, UOC, Barcelona, 2008.

(\*\*) Profesor Titular - Ciencia Política y de la Administración (Facultat de Dret, Universitat de Barcelona).

(1) Las diferentes soluciones vinculadas al voto electrónico remoto se caracterizan por la emisión del voto a través de Internet, independientemente de la plataforma tecnológica que se utilice. Si bien el principal mecanismo es el uso de un ordenador conectado a la red, lo cierto es que el voto remoto también puede ser emitido mediante el uso de teléfonos “inteligentes” o *smartphones*.

(2) En nuestra opinión los sistemas basados en reconocimiento óptico de caracteres (OCR), tales como lectores ópticos de papeletas de votación o versiones específicas de

urnas como la desarrollada por *Demotek* (Euskadi), presentan algunos problemas conceptuales de encaje en el concepto de voto electrónico. Si bien suponen una mejora tecnológica en el escrutinio y recuento de los votos, lo cierto es que la expresión del voto sigue desarrollándose de forma tradicional mediante el marcado o la selección de una papeleta. Ello supone, cuando menos, la ausencia de intermediación tecnológica en la emisión del voto por el elector, con lo que conceptualmente resulta difícil aplicar los mismos criterios de análisis empleados en el estudio de las urnas electrónicas o del voto electrónico remoto.

(3) La relevancia de una posible coacción en el ejercicio del voto electrónico remoto puede ser reducida con la habilitación de un sistema que permita la emisión de múltiples votos por parte del mismo ciudadano, siendo así que únicamente el último de estos será el que efectivamente se computará. Como medida adicional también

puede permitirse la anulación del voto remoto mediante el voto en persona durante la jornada de votación, mecanismos ambos utilizados con éxito en Estonia. (Véase el estudio de MADISE, Ülle - MARTENS, Taarvi, “E-voting in Estonia 2005. The first practice of country-wide binding Internet voting in the world”, en Robert Krimmer (Edit.), *Electronic voting 2006. GI Lecture Notes on Informatics*, Bonn, 2006, ps. 15-26).

(4) Para el caso español se pueden identificar más de 20 ejercicios de voto electrónico, con la peculiaridad que en el ámbito político todos los casos corresponden a pruebas piloto: desde las experiencias de 1995 y 2003 vinculadas a las elecciones autonómicas catalanas, pasando por el Referéndum sobre el Tratado de la Unión Europea en 2005 y finalizando en las elecciones autonómicas gallegas de 2006. Es en el ámbito privado en el que sí encontramos experiencias vinculantes bajo la forma

de consultas ciudadanas (con los casos de Madrid y de la reforma de la Diagonal como principales ejemplos) hasta procesos vinculantes en entornos profesionales, como el Consejo Asesor de la Guardia Civil, el Athletic Club de Bilbao, el Consejo General de la Notaría o la Universidad del País Vasco, entre otros.

(5) Nos estamos refiriendo a los terminales de identificación y validación previa del votante (popularmente conocidos como “captahuellas”), en el mismo colegio electoral, basados en la captación de la huella dactilar y su validación contra la base de datos de la autoridad electoral. Los detalles relativos a su adopción y su funcionamiento han sido ampliamente criticados, así como la —cuando menos— dudosa gestión partidista de la vinculación entre los datos personales del votante y su participación o no en los procesos electorales venezolanos.



ción que las soluciones de voto electrónico pueden, efectivamente, contribuir a la reducción —e incluso desaparición— de prácticas electorales fraudulentas, si bien ello deberá ir acompañado de otras medidas que no únicamente tienen que ver con los elementos tecnológicos. No obstante lo dicho, lo cierto es que el criterio central desde nuestro punto de vista reside en la constatación de si dichos sistemas aportan algún valor añadido en términos políticos y sociales. O lo que es lo mismo, tal y como hemos señalado en otras ocasiones, si realmente se trata de procesos de innovación antes que un simple maquillaje tecnológico (6).

#### IV. Los “talones de Aquiles” del voto electrónico

Una vez discutidas las bases del análisis, nuestro interés se centra en aproximarnos a los principales puntos críticos de la implementación de sistemas de voto electrónico, entendidos como potenciales *talones de Aquiles* que, en este caso, se nos antojan demasiados para su resolución en un único caso por lo que realmente aparecen como riesgos reales.

##### a. La conveniencia político-electoral y los efectos del optimismo tecnológico

Tal y como ya hemos comentado anteriormente al respecto de los motivos que justifican la migración a sistemas de voto electrónico, uno de los elementos que para el caso español muestran su escasa conveniencia —pero también en una gran mayoría de sistemas electorales mayoritarios— es el relativo a la simplicidad del proceso. Estaremos de acuerdo en que seleccionar una papeleta (de lista o de candidato, es indiferente) o bien marcar únicamente una opción con una cruz no supone un grado de complejidad que justifique todo lo que conlleva la introducción del voto electrónico. A ello debe unirse que, por lo general, los responsables de los procesos decisionales suelen albergar una cierta percepción *ingenua*: su optimismo tecnológico les lleva a afirmar que estas soluciones —en términos generales— son fiables en un 100%, por lo que el simple recurso a la utilización de las TIC debería generar satisfacción y confianza a partes iguales. Obviamente la realidad no siempre se corresponde con estos postulados optimistas, siendo así que no sólo los problemas tecnológicos son múltiples y variados sino que además esta ingenuidad lleva a dificultar —cuando no impedir— cualquier tipo de auditoría técnica por parte de los actores sociales y políticos.

##### b. La supuesta reducción de los costes económicos generales

En contra de lo que habitualmente se mantiene respecto del ahorro económico que supone la implementación del voto electrónico, los datos muestran una difícil aceptación de este postulado. Cualquiera que sea el tipo de voto electrónico seleccionado, lo cierto es que en su fase inicial el dispendio económico puede llegar a superar con creces el monto destinado a la gestión de los procesos de vo-

tación tradicionales. Si bien la opción por el voto remoto aparece como la más económica de las soluciones, no debe olvidarse que son precisas acciones de mantenimiento, actualización y mejora del *software* de votación, máxime cuando las exigencias de seguridad se incrementan exponencialmente con relación a las urnas electrónicas. Si la opción es dotarse de terminales de votación, no sólo deben considerarse los gastos mencionados sino que, además, deberemos contemplar la adquisición de dichas máquinas. (7)

Por otro lado, y con relación a los DRE, debe tenerse presente un factor adicional que encarece más, si cabe, todo el proceso. En aras de generar suficiente *confianza* entre el electorado, se recomienda de forma generalizada la adopción de un sistema de *recibos de votación verificados por el votante* (VVPB). (8) Si bien esta medida es altamente deseable y recomendable, no es menos cierto que contraviene los argumentos de los promotores del voto electrónico como ejercicio de *responsabilidad medioambiental*: aunque la reducción en el uso ingente de papel sería una realidad, la necesidad de dotar a los DRE de generadores de VVPB supone también un incremento considerable en ese capítulo, además del incremento en los costes generales de cada una de las urnas electrónicas. Finalmente, y común a todos los mecanismos de voto electrónico, el debate sobre la propiedad intelectual del *software* abre un campo de batalla sin cuartel entre los defensores del código abierto y del código propietario que obstaculiza económicamente la correcta valoración del proceso de adquisición y amortización de dichos productos tecnológicos.

##### c. ¿Genera más y mejor participación electoral?

No tendríamos demasiados problemas para identificar uno de los principales argumentos repetidos hasta la saciedad por los ciberoptimistas defensores a ultranza del voto electrónico: TIC = más y mejor participación. No sólo no es cierta dicha afirmación en ninguna de sus dos vertientes —mejora cuantitativa y cualitativa de la participación—, sino que además su reiteración provoca un efecto negativo tras la constatación empírica que la introducción del voto electrónico no afecta la participación en mayor medida que lo que suponen inclemencias meteorológicas durante la jornada de votación.

Afirmar (gratuitamente) que la participación experimentará dichas mejoras es, simple y llanamente, desconocer los mecanismos que condicionan la acción humana. Esto es, la participación política y electoral está condicionada por múltiples factores (por ejemplo, el desarrollo socioeconómico o la modernización; la estructura institucional o el contexto político; los recursos grupales y la movilización; las características socioeconómicas individuales; las actitudes políticas; la percepción de la importancia del proceso electoral, etc.) entre los que la forma —tradicional o electrónica— de expresión del voto apenas

tiene relevancia (9). Así no cabe esperar que la incorporación de un *añadido tecnológico* modifique radicalmente las pautas de comportamiento político de los ciudadanos, ni en el sentido de adquirir mayor información sobre el proceso ni, por supuesto, en participar más. Pero es que los datos, por otro lado, nos permiten argumentar en dirección contraria: en aquellos casos —como el español— donde la implantación del voto electrónico en el ámbito público se ha visto casi en exclusiva limitada a innumerables pruebas piloto, el resultado en términos participativos es simple y llanamente pobre. No sólo no se ha conseguido motivar a los ciudadanos para que tomaran parte en dichas iniciativas, sino que, además, la ausencia de efectos vinculantes ha ido generando un *poso* de cansancio, frustración y desinterés que llegó a sus cotas máximas en la prueba piloto previa al referéndum sobre el tratado de la Unión Europea. (10)

##### d. El problema de eliminación de los votos nulos

Otra de las grandes virtudes presentadas por todos los sistemas de voto electrónico es la eliminación total y absoluta de los votos nulos. Tomando como premisa la definición del voto nulo como aquel voto causado por un error del votante al seleccionar su opción política, una de las potencialidades de los sistemas de voto electrónico es el hecho que se diseñan para alertar y guiar al votante durante el proceso de votación. Se evita así la realización de marcas incorrectas que invaliden la selección del recuadro correspondiente o, en otros casos, la selección de un número superior o inferior de candidatos según lo establecido en la norma electoral correspondiente.

Estas actuaciones, aceptables y deseables en tanto eliminan aquellos votos nulos *inconscientes* e inciden en la reducción de las controversias y la manipulación electoral resultan contraproducentes para otro tipo de votos nulos: el voto nulo consciente. (11) Efectivamente existe una variante en el comportamiento electoral que se fundamenta en el rechazo fehaciente de cualquier candidatura y, es más, en la crítica contra el proceso mismo de la elección. Si bien pudiera pensarse en el voto en blanco como vehículo de transmisión de dicho descontento, lo cierto es que la interpretación que pueda darse al voto en blanco difiere en función de los diferentes sistemas electorales. (12)

No obstante lo señalado, el voto nulo consciente implica dos grandes elementos que no pueden obviarse al considerar un proceso de introducción del voto electrónico: por un lado este tipo de voto supone la voluntad del elector de *tomar parte* en el proceso participativo, más allá de la calificación personal que cada uno pueda otorgar al hecho de anular su voto. En segundo lugar, el voto nulo consciente es además la expresión de un descontento, de una crítica política meditada y asumida por el elector, que decide mostrar su rechazo a las candidaturas, al funcionamiento del sistema político o a sus actores protagónicos. (13)

Los ejemplos de votos nulos masivos en las elecciones autonómicas en Euskadi como crítica a la ilegalización de *Batasuna* o en las elecciones argentinas en las que se criticó duramente la gestión del expresidente Menem son ejemplos contundentes de la importancia de esta variante en la expresión del voto. En resumidas cuentas, lo anterior pone de relieve que con la desaparición del voto nulo estamos cercenando uno de los elementos que constituyen el libre ejercicio democrático del derecho de sufragio, sin mayor argumentación que la dificultad técnica de diseñar un mecanismo que permita ejercerlo con plena normalidad.

##### e. La persistente brecha democrática

Probablemente la temática vinculada al voto electrónico que mayor atención ha suscitado entre sociólogos y politólogos sea la relativa a la accesibilidad del conjunto de ciudadanos a las TIC. Los trabajos de Norris son el principal referente, aunque la generalización de dicha temática de análisis es ya muy fecunda, por lo que aquí no nos vamos a detener en su exposición (14). Lo que nos interesa destacar es la evolución analítica desde la consideración de la brecha digital hasta la brecha democrática: de las consideraciones sobre el acceso a la tecnología por parte de sociedades subdesarrolladas (*brecha digital*) hemos pasado a una definición más amplia de dicho concepto en el que no sólo se toma en consideración la dicotomía norte-sur, sino que dentro de cada sociedad existen fracturas de género, entre el medio urbano y el rural, según el *status* socioeconómico, el nivel formativo, la alfabetización digital, entre otros (15). El debate se sitúa así en términos de la capacidad inclusiva que tengan las diferentes soluciones tecnológicas a emplear. La constatación que la decisión, por ejemplo, relativa a una migración completa al voto electrónico remoto pudiera dejar fuera del proceso electoral democrático a una mayoría de la ciudadanía pone en entredicho la viabilidad de estos sistemas. Ello supone la obligatoriedad de tomar en consideración no sólo viabilidad de la solución tecnológica *en sí misma*, sino muy especialmente la capacidad del conjunto de la sociedad —y en especial aquellos colectivos más desfavorecidos— para acceder a su utilización. Las conclusiones a este dilema vendrán, obviamente, de la mano de algunas recetas que no por repetidas han dejado de tener valor: procesos de alfabetización digital, extensión de las infraestructuras tecnológicas y campañas de pedagogía política.

##### f. La seguridad y las garantías del sufragio

El debate sobre la seguridad del voto electrónico es uno de los elementos que, inevitablemente, deben abordarse al considerar su implantación, sea cual sea el alcance del mismo (16). Aunque desde nuestra posición parecería que no podemos aventurarnos a reali-

CONTINÚA EN PÁGINA 4

#### { NOTAS }

(6) RENU, Josep M<sup>a</sup>, “¿Innovar o “maquillar”? La incorporación de las TICs a los procesos políticos”, en *International Review of Information Ethics*, 2012.

(7) Un interesante e ilustrativo ejercicio para tomar conciencia sobre qué estamos hablando es comparar el coste económico de la organización logística de unas elecciones en España o México, por poner dos ejemplos, con sólo el coste de adquisición de urnas electrónicas de diferentes proveedores para todas y cada uno de los colegios electorales. Al resultado final de dicho cómputo añádanse los costes derivados de la capacitación de los funcionarios de casilla, sus viáticos durante la jornada electoral, los gastos de desplazamiento de las urnas electrónicas y, finalmente, la infraestructura de comunicaciones para permitir igualmente la llegada de los datos a los centros de cómputo.

(8) Al hablar de recibos de votación verificados por el

votante es obligada la referencia a su principal defensora: Rebecca Mercuri. Sus alegatos a favor de los VVPB son ya un elemento indisoluble al debate sobre la implementación del voto electrónico en general y de los DRE en particular: MERCURI, Rebecca, “Facts About Voter Verified Paper Ballots”, 2004. <http://www.notablessoftware.com/Papers/VVPBfacts.pdf>

(9) ANDUIZA, Eva - BOSCH, Agustí, “Comportamiento político y electoral”, Ariel, Barcelona, 2004.

(10) La citada prueba piloto voto remoto organizada por el Ministerio del Interior con el concurso de Indra Sistemas S.A. se desarrolló en un municipio de cada provincia española (52 provincias), con un total 1.974.992 potenciales votantes. Tras dos semanas de votación la participación arrojó la cifra de 10.543 votos, esto es, el 0.54% del total.

(11) No se nos escapa que uno de los mecanismos más

habituales para la disputa electoral es la interpretación de los supuestos votos nulos o válidos en determinados sistemas electorales basados en la realización de algún tipo de marca en la papeleta electoral. Tal y como hemos señalado, en este sentido los efectos benéficos del voto electrónico son evidentes, pero ello no invalida en absoluto la necesidad de contemplar el voto nulo como forma igual y democráticamente aceptable de expresar la voluntad política.

(12) En algunos sistemas electorales el voto en blanco se computa para el establecimiento de la barrera electoral que habrá de superar las diferentes candidaturas para el acceso al reparto de los escaños —como en el caso español, situado en el 3% de los votos válidos en cada circunscripción—, mientras que en otros el voto en blanco no afecta en forma alguna al reparto de los escaños.

(13) Establecer las posibles motivaciones detrás de la emisión de un voto nulo consciente es tarea quizás tan complicada como intentar hallar las razones que llevan a un ciudadano a emitir un voto válido. Como se ha señalado anteriormente, las razones de la participación política son poliédricas, incluyendo factores personales, de contexto, culturales, etc.

(14) NORRIS, Pippa, “Digital divide? Engagement, Information Poverty and the Internet Worldwide”, Cambridge University Press, 2001.

(15) BARBER, Benjamin, “¿Hasta qué punto son democráticas las nuevas tecnologías de telecomunicación?”, en *Internet, Derecho y Política*, n<sup>o</sup> 3, 2006. <http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/barber.html>

(16) Desde que el equipo de Aviell Rubin destapara los tremendos errores de programación de las urnas electrónicas de la firma *Diebold*, lo cierto es que la literatura

## ● VIENE DE PÁGINA 3

zar análisis concienzudos de dicha dimensión debiendo únicamente realizar un *acto de fe* ante su supuesta seguridad, sí podemos no obstante alertar sobre la incapacidad de garantizar la completa seguridad en el proceso de emisión del voto, su encriptado, transmisión y cómputo. Esta situación arroja, como mínimo, una derivada especialmente relevante desde el punto de vista politológico: el peligroso —por excesivo— peso que puedan tener los expertos tecnológicos en la futura implementación del voto electrónico en tanto que sucedáneos de los indispensables controles ciudadanos.

En cuanto a las garantías del sufragio, íntimamente vinculadas en gran medida a la seguridad de los sistemas de votación, debemos señalar que las principales cuestiones hacen referencia al carácter libre del sufragio, su igualdad y universalidad así como a su carácter secreto. En lo que concierne a la libertad del voto, las dudas aparecen esencialmente al considerar la utilización de soluciones de voto electrónico remoto en un entorno no controlado, en el cual la coacción al votante difícilmente puede ser detectada ni mucho menos neutralizada. (17) En lo concerniente al sufragio igual y universal, dejando de lado la anteriormente tratada brecha democrática, aparece una consideración relevante: la dificultad para garantizar —en algunos casos— la presentación equitativa de las candidaturas. (18) La presentación de las candidaturas de forma equitativa es una condición especialmente relevante si consideramos que la utilización del voto electrónico permite incluir con mayor facilidad imágenes de los candidatos contendientes así como también archivos multimedia, aunque este extremo no nos consta que se haya tomado aún en consideración por ningún ordenamiento electoral.

Finalmente debiera considerarse además las dificultades que conlleva el uso del voto electrónico para garantizar el anonimato del votante con el objetivo de hacer imposible cualquier atisbo de trazabilidad o vinculación entre su identidad y el sentido de su voto. Aunque ello se encuentra de lleno en el ámbito genérico de la seguridad de los sistemas de votación electrónica, no es menos cierto que en la implementación de algunas de estas soluciones se han añadido procesos de identificación y registro que pueden atentar contra el secreto de la participación electoral, así como ser objeto de un uso dudoso de los datos personales, como en el comentado caso venezolano.

#### *g. La necesaria verificabilidad individual y colectiva*

Si bien algunos sistemas electorales no incluyen medidas de verificabilidad o auditoría individual por parte del elector, en algunos, como el español, el ciudadano puede permanecer toda la jornada de votación frente a la urna desde el momento en que se constituye

el colegio electoral hasta que finaliza la votación y el recuento de los votos (19). Como es fácil de imaginar, esta sencilla posibilidad cuenta con el enorme potencial de generar confianza en el elector, puesto que le permite constatar —sin la necesidad de ningún tipo de conocimiento especializado previo— que el voto que depositó no ha sido eliminado de la urna, que todos y cada uno de los votos (incluido el suyo) son extraídos de la urna para su cómputo, y que éste se realiza correctamente.

Pues bien, al considerar los mecanismos de verificabilidad y/o auditoría individual en el voto electrónico nos encontramos con dificultades según el entorno sea controlado o no. En el primer caso de urnas electrónicas en entornos controlados todo parece indicar que la única medida posible para generar confianza de manera equiparable es la introducción de los recibos de papel verificados por el votante. Aunque ello no es suficiente, habida cuenta de la necesidad de confirmar la correcta transmisión de los datos almacenados por las urnas incluso habiéndose certificado la congruencia de los datos almacenados respecto de los recibos de votación depositados en la urna. Y no lo es por dos razones: en primer lugar, porque como ya se ha señalado anteriormente los recibos de votación deben tener un carácter meramente temporal durante el período inicial de introducción de las urnas electrónicas. En segundo lugar, porque dicho proceso de verificación debería venir soportado por la posibilidad de realizar auditorías de cada una de las urnas electrónicas, por parte de personal competente técnicamente. No obstante el panorama es aún peor si hacemos referencia al voto remoto en entornos no controlados, donde ni siquiera podemos contar con los VVPB, sino que, a lo sumo, obtendremos un código alfanumérico que supuestamente nos permitirá posteriormente comprobar si nuestro voto ha sido recibido por el sistema pero en ningún caso nos ofrecerá información sobre el sentido del voto ni sobre su correcto cómputo. (20)

En cuanto a la verificación o auditoría colectiva, siguiendo el mismo esquema, deberíamos contemplar la realización de procesos de congruencia entre los datos computados por las urnas electrónicas y los recibos de votación depositados por los electores en las urnas tradicionales. Este sistema no puede aplicarse, obviamente, a todo el conjunto de urnas electrónicas sino que debe basarse en un proceso de “catas”, con una selección aleatoria de las urnas a auditar, que sea además representativo del total de colegios electorales y urnas electrónicas. No obstante lo recomendable de esta medida, debe tenerse presente que su carácter es limitado en el tiempo, por lo que en un plazo relativamente breve (entre 3 y 5 procesos electorales) debería reconsiderarse.

En este sentido parece razonable incluir otras medidas que, estratégicamente, doten también de mayor confianza al proceso de votación electrónica y que, a diferencia de las catas, tienen vigencia indefinida. Por un

lado el establecimiento de protocolos claros y transparentes para la realización de auditorías técnicas de la solución de voto electrónico a emplear. Las autoridades electorales deberían permitir la libre realización de dichas auditorías por parte de los colectivos de ciudadanos que así lo solicitaran, tuvieran o no vinculación partidista concreta.

Debiera, por lo tanto, permitirse el acceso al código-fuente y a la inspección de todo el proceso de fabricación de las urnas electrónicas o de preparación de la plataforma remota de votación, así como también exigir a dichos colectivos el seguimiento de un protocolo de auditoría previamente establecido. (21) Finalmente, por otro lado, debe considerarse la consolidación y desarrollo de una medida que se está revelando como de excepcional relevancia en el proceso de generalización de las diferentes aplicaciones de voto electrónico: los procesos de certificación. Así las claves de dicho proceso se sitúan en cuáles agencias —públicas o privadas— deban tomar parte en dichos procesos, qué aspectos deban ser objeto de certificación, qué duración temporal deba tener dicha certificación o, finalmente, qué difusión deban darse a los resultados obtenidos. (22)

Obviamente de la solución que se dé a estos interrogantes dependerá en gran medida la fiabilidad de las soluciones de voto electrónico y, más importante aún, su aceptación por parte de los ciudadanos.

#### *h. Sobre la aceptación ciudadana*

La penúltima de esta lista de riesgos o *talones de Aquiles* del voto electrónico es, a la vez, fuente de algunas certezas posteriores. Como hemos señalado en repetidas ocasiones, los estudios y discusiones teóricas sobre la implementación de soluciones tecnológicas de voto electrónico adolecen hasta la fecha de suficientes estudios sociológicos centrados en las percepciones ciudadanas. (23) A partir de los datos generados en diferentes procesos de voto electrónico, hemos podido constatar dos grandes conclusiones que deberían tenerse presentes al implementar dichas soluciones.

Por un lado se confirman unos elevados grados de aceptación del voto electrónico, sea cual sea la solución concreta que vaya a implementarse, situándose por encima del 85%. No obstante, al mismo tiempo que lo aceptan también se muestran algo más reticentes a su utilización en elecciones políticas

vinculantes, con valores entre el 75 y el 80%. Nuestra lectura de estos datos se centra en la necesidad de implementar dichas soluciones tecnológicas bajo criterios de gradualidad y, más importante aún, coexistencia con la forma tradicional de expresión del voto.

Esa coexistencia es, precisamente, la que se pone de relieve en la otra conclusión de nuestros estudios sociológicos: en aquellos procesos en los que el votante contaba con la posibilidad de elegir el canal mediante el cual emitir su voto —electrónico o tradicional— la justificación de su opción fue sorprendente. Inicialmente nuestra hipótesis era que la gran mayoría de los votantes justificarían su decisión con base en su percepción de una insuficiente seguridad en el proceso de votación e incluso un cierto sentimiento de *tecnofobia*. (24) Sin embargo, contra-intuitivamente constatamos que estos votantes optaron mayoritariamente por usar el voto tradicional, debido a lo que hemos dado en denominar la *liturgia democrática*. El acto de votar es percibido así como una parte del proceso de socialización democrática, con lo que el votante puede *sentirse parte* de la comunidad política. Lo relevante de dicha afirmación es que, lejos de ser un argumento trivial propio de ciudadanos iletrados o ignorantes, deviene en prueba fehaciente que la política nunca podrá ser confinada a un mundo virtual.

#### *i. ¿Cómo observaremos la elección?*

Finalmente nos queda por abordar la problemática vinculada a la labor de observación electoral. Si bien ya nos hemos referido a los problemas derivados de la auditoría individual y colectiva, en esta ocasión queremos plantear los problemas que se suscitan en el intento de observar una elección. Sea como apoderados o interventores partidistas o sea como observadores electorales internacionales, la utilización del voto electrónico suscita no pocos problemas de gestión de dicho proceso. En el caso del voto electrónico remoto, ya se ha señalado que es imposible diseñar este tipo de actividad, toda vez que la ausencia de control del entorno hace inviable por definición cualquier labor de observación. No es así en el caso de la votación electrónica en entornos controlados, donde sí puede establecerse un mecanismo —aunque con importantes limitaciones— para la observación. La *tabla 2* refleja las principales amenazas que pueden detectarse en ese contexto y las potenciales soluciones —o como mínimo las tareas— que podría realizar el observador electoral.

**Tabla 2. Problemas potenciales en la e-observación electoral.**

Proceso	Amenazas	Tareas del Observador
Configuración de la urna electrónica	A1: Software erróneo A2: Virus/Troyanos	T1: Comprobación del proceso de entrega de las terminales T2: ¿Es el terminal correcto? T3: ¿Contiene el software correcto? T4: ¿Se permite el acceso no autorizado a la red? T5: ¿Quién opera la urna?

#### { NOTAS }

sobre seguridad y voto electrónico no ha hecho más que crecer. Véanse RUBIN, Aviel D., “Brave New Ballot. The Battle to Safeguard Democracy in the Age of Electronic Voting”, Morgan Road Books, New York, 2006; ALVAREZ, R. Michael - HALL, Thad E., “Point, Click & Vote. The Future of Internet Voting”, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2004; WALDMAN DELOZIER, Abbe - KARP, Vickie (Eds.), “Hacked! High Tech Election Theft in America”, Truth Enterprises Publishing, Austin, 2006.

(17) Aunque anteriormente ya hemos hecho referencia a la solución adoptada en el caso del voto electrónico remoto en Estonia, lo cierto es que esa misma situación también se da en el ejercicio del voto postal: no tenemos ninguna garantía que el elector ha sido (o no) condicionado para la elección de una determinada opción política.

(18) Un ejemplo ilustrativo de lo señalado es la elección local en la ciudad de Barcelona en mayo de 2007: compitieron un total de 25 candidaturas, todas las cuales contaron con sus respectivos 25 candidatos de lista. En un sistema como el español podría establecerse, como posibilidad, un mecanismo de menús emergentes (*pop-up's*) a partir de la selección del logo o identificador del partido seleccionado.

(19) No sucede así en ordenamientos electorales como el mexicano o el venezolano, sólo por citar dos ejemplos latinoamericanos, probablemente debido al temor que una presencia masiva de electores pudiera conllevar para el mantenimiento del orden público.

(20) Una versión de este sistema de verificación es el utilizado por *ScytI*, publicándose con posterioridad a la jornada de votación un listado de los códigos alfanuméri-

cos procesados por el sistema de votación. La dificultad de este procedimiento es que dicho listado, además de no ofrecer ninguna garantía del correcto procesamiento de los votos emitidos puede ser, además, fácilmente corrompido.

(21) No estamos haciendo referencia a ningún tipo de limitación o condicionante del proceso de auditoría, sino que básicamente pensamos en la necesidad de establecer una pauta de comportamiento (o deontológica, si se prefiere así) que establezca tanto la libertad de actuación de los auditores como las cláusulas de confidencialidad respecto del código fuente o el procedimiento para la difusión pública de los resultados de las auditorías técnicas.

(22) BARRAT, Jordi, “Los procesos de certificación de los sistemas electrónicos de votación”, en *Revista Ge-*

*neral de Derecho Constitucional*, nº 4, 2007.

(23) RENU, Josep M<sup>a</sup>, “Improving citizen participation through the use of electronic voting”, Ayuntamiento de Madrid, 2005. También del mismo autor, “Los ciudadanos frente al voto electrónico: elementos para una evaluación sociopolítica comparada”, en Josep M<sup>a</sup> Reniu et. al.: *Voto electrónico. Estudio comparado en una aproximación jurídico-política (desafíos y posibilidades)*, FUNDAp, Querétaro, 2007, ps. 67-113.

(24) Una muestra de dicha reticencia al uso de las TIC es el comportamiento de algunos ciudadanos de mayor edad en España que ni tan siquiera utilizan los cajeros automáticos de las entidades bancarias. Prefieren ir personalmente cada mes para retirar sus pensiones, manteniendo así el contacto personal con el cajero.



Proceso	Amenazas	Tareas del Observador
Emisión del voto	A3: Observación desde la distancia A4: Filmación del voto A5: Uso de los VVPB para demostrar el voto a terceros	T6: ¿Existe una cabina de votación o paneles protectores? T7: Dicha cabina/paneles, ¿impiden la observación de la emisión del voto por parte de un tercero? T8: ¿Existen o se permiten cámaras de foto/vídeo en el recinto? T9: Comprobar si el VVPB incluye datos personales T10: ¿Puede un votante abandonar el colegio con el VVPB?
Escrutinio y totalización	A6: Manipulación de los resultados A7: Deficiencias en la transmisión de los resultados	T11: ¿Imprime la urna una "traza de papel"? T12: ¿Se realizan "catas" de congruencia? T13: ¿Se conecta en algún momento la urna a la red? T5: ¿Quién opera la urna?

Como puede verse, los principales problemas se vinculan con la posible manipulación de las urnas electrónicas en todas las fases del proceso electoral. Así en la fase pre-electoral la principal amenaza es la introducción de virus o *software* erróneo con objeto de modificar los patrones de comportamiento esperables (y potencialmente verificados) de las urnas. En la fase de emisión del voto los problemas se circunscriben esencialmente a la posible coacción al votante, bien sea por la ubicación de las DRE o bien sea por la posible manipulación de los VVPB en caso de existir. Finalmente, la fase post-electoral

o de recuento puede presentar problemas asimismo de manipulación de los resultados, en el colegio o durante su transmisión a los centros de totalización. En cualquier caso es preciso llamar la atención sobre la aparición de un nuevo actor en el proceso, fuera del alcance y control de las autoridades electorales y de las normativas reguladoras de los procesos electorales; y que no es otro que el "técnico". Efectivamente, en diferentes procesos electorales observados se ha podido constatar el peligro potencial —y efectivo— que supone la incorporación de un nuevo actor interviniente en el proceso electoral que,

ante cualquier eventualidad, se convierte en el "desfacedor de entuertos" tecnológicos. La presencia y capacidad operativa de este "técnico" en un contexto de votación electrónica presencial debería, como mínimo, llevarnos a reflexionar sobre los problemas de una posible dejación de funciones en aras de la supuesta neutralidad tecnológica, que como sabemos dista mucho de ser efectiva.

**V. Algunas consideraciones finales (aunque no definitivas...)**

No pretendemos cerrar estas reflexiones con una larga recapitulación de lo analizado, pero sí creemos que hay algunos elementos que merecen ser reiterados por cuanto resumen en gran medida nuestro posicionamiento frente a la implementación del voto electrónico.

En primer lugar partimos de la asunción que el voto electrónico, en cualquiera de sus diferentes modalidades, no es en ningún caso una panacea política. Su generalización no supondrá, *per se*, una mejora de los procesos electorales ni de la participación política, objetivos que van más allá de la introducción de un aditamento tecnológico. En segundo lugar, la ausencia de políticas gubernamentales centradas en la potenciación y mejora de los valores cívicos y democráticos, así como de inversiones en infraestructuras tecnológicas y procesos de alfabetización digital, dará como resultado la persistencia estructural de la imposibilidad de superar los efectos negativos sobre

la democracia derivados de la brecha digital. Además, como tercera reflexión, el voto electrónico debe considerarse como una excelente herramienta complementaria para la mejora estructural de los procesos electorales. Así su implementación debería ser gradual, centrándose inicialmente en aquellos colectivos sociales con mayores dificultades para hacer efectivo su derecho de sufragio. En cualquier caso, y para concluir, la máxima que en nuestra opinión debería guiar cualquier proceso de implementación del voto electrónico (y por extensión de cualquier solución basada en las TICs) sería la exigencia de que dicho sistema de votación aportara algún valor añadido, puesto que sin ello únicamente estaríamos añadiendo una capa más de maquillaje al proceso electoral o, en el peor de los casos, un talón más para un solo Aquiles. ●

Cita on line: AR/DOC/2774/2016

**MÁS INFORMACIÓN**

**Pulvirenti, Orlando D.**, "El voto electrónico. Un fallo ejemplar sobre delegación legislativa", LLCABA 2015 (junio), 207; DJ 30/12/2015, 7.

**Berger, Sabrina M.**, "Algunas consideraciones acerca del voto en la Argentina", Sup. Act. 20/05/2010, 1.

**Asseff, Alberto E.**, "El voto electrónico, y la transparencia del sistema electoral", Sup. Act 17/06/2004, 1.

**NOTA A FALLO**

**Ejercicio profesional**

**Ley que establece restricciones respecto de abogados que también son contadores. Procedencia de la medida cautelar. Demanda de inconstitucionalidad**

**Hechos:** *Un abogado impugnó el art. 3, inc. e), de la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto establece una incompatibilidad absoluta entre esta profesión y la de contador. La Suprema Corte bonaerense hizo lugar a la medida cautelar solicitada.*

- 1.- Si la ley impugnada en el caso agrava una limitación al ejercicio profesional —art. 3, inc. e), de la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires—, la medida cautelar tendiente a su inaplicabilidad hasta tanto se dicte sentencia definitiva es procedente, por ser, *prima facie*, verosímil el derecho.
- 2.- Si la ley impugnada —art. 3, inc. e), de la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires— excede el marco de una razonable reglamentación del derecho a trabajar y al desempeño de profesiones liberales,

estableciendo una incompatibilidad absoluta en relación con contadores matriculados que pretenden ejercer la abogacía, existe verosimilitud en el derecho a efectos de la procedencia de la medida cautelar solicitada en el caso, con el objetivo de su suspensión (del voto del Dr. Sorria).

- 3.- La medida cautelar es procedente si la ley que se impugna en la causa —art. 3 inc. e) de la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires— es sospechosa de inconstitucionalidad al restringir, ostensi-

blemente, derechos (del voto del Dr. De Lázzari).

**119.560** — SC Buenos Aires, 18/05/2016. - B., J. I. c. Provincia de Buenos Aires s/inconst. art.3 ley 5177.

[Cita online: AR/JUR/40505/2016]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 20/09/2016, p. 7, Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en Proview]

**Luces y sombras en la regulación del ejercicio de la abogacía en la Provincia de Buenos Aires**

*Nicolás Diana*

El presente fallo reitera y ratifica la postura asumida cautelarmente por el máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires en la causa "N." (1), en lo que respecta a la suspensión de la incompatibilidad absoluta determinada por el art. 3º, inc. e) de la ley 5177 (modificado por la ley 12.277) en cuanto establece que no pueden ejercer la abogacía en dicha jurisdicción, por incompatibilidad absoluta, entre otros, los contadores públicos.

La sentencia estimatoria de la medida cautelar solicitada por el demandante —dictada en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad, (2) cuyo fondo aún no ha sido resuelto— anticipó la inconstitucionalidad pregonada, al habilitar al actor —aunque más no sea hasta tanto se dicte la sentencia definitiva— en el ejercicio profesional simultáneo (obviamente, no en la misma causa judicial) como contador público y abogado, retrotrayendo la situa-

ción a la regulación previa a la modificación que estableció la restricción absoluta (3). Ello así, por encontrarse afectado, a nuestro entender, el derecho a trabajar y a ejercer toda industria lícita, garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Como cualquier norma jurídica, dicho precepto constitucional, es reducible "a hechos o a proposiciones sobre hechos que no constituyen razones autónomas para justificar acciones y decisiones, o bien son meros derivados de principios morales que asignan legitimidad a cierta fuente o autoridad y de proposiciones que describen prescripciones de esa autoridad." (4)

Pues bien, tal como sostuvo la Suprema Corte provincial en "N." y que reproduce ahora en "B.", en el marco de conocimiento sumario propio de los despachos precautorios, "la modificación introducida por la ley 12.277 al inciso e) del art. 3) de la ley 5177, en tanto dispone una incompatibilidad absoluta en relación con los contadores matriculados que pretenden ejercer la abogacía, imponiendo de tal modo la cancelación de la matrícula en aquella profesión, no parece, en principio, compatible con las

● CONTINÚA EN PÁGINA 6

{ NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
 (1) SCJBA, "N., M. R. c. Provincia de Bs.As. s/inconst. art.3 ley 5177", del 28/10/15, LA LEY, 2016-A, 396.  
 (2) Regida por el art. 161, inc. 1) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto establece que: "La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: Ejerce la jurisdicción originaria y de

apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada...".  
 (3) El texto original del art. 3º, inc. e) de la ley 5177, preveía respecto de los contadores una incompatibili-

dad limitada, por la que sólo se prohibía el ejercicio simultáneo de ambas profesiones cuando se trataba de la actuación del profesional en un mismo proceso judicial como abogado y como perito. Situación similar, si se quiere, a la regulada en el ámbito nacional por el art. 3º, inc. a), ap. 8, de la ley 23.187. Dicha incompatibilidad, de carácter relativo, fue modificada para transformarla en

una incompatibilidad absoluta por la cual ningún contador que se encuentre matriculado puede, en la Provincia de Buenos Aires, hacer lo propio ante el Colegio de Abogados.  
 (4) NINO, Carlos, "Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades", Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p.19.

## ● VIENE DE PÁGINA 5

garantías y derechos de igualdad ante la ley, el derecho a la libertad individual, a la de enseñar y aprender, a la libertad del trabajo, el derecho de propiedad, el ejercicio de las profesiones liberales, consagrados en los art. 10, 11, 27, 31, 35, 39, 42 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y conduce a un menoscabo del alto valor de los títulos académicos obtenidos”.

Con autonomía de coincidir con la decisión en comentario, por cuanto restringe en forma arbitraria el ejercicio de trabajar por vía de dos profesiones liberales reguladas por el Estado y con colegiación obligatoria, (5) indicamos que no es la primera oportunidad que le toca a la justicia entender en situaciones en las que verifica una controversia sobre el alcance del ejercicio profesional simultáneo de alguien que ostenta la doble titulación de abogado y de contador. En un precedente de 1986, (6) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo propio el dictamen del entonces Procurador General, Dr. José Osvaldo Casás, sostuvo que dadas las incumbencias de ambas profesiones, no se observaba de qué manera el interés de la comunidad (7) podría verse afectado por el ejercicio contemporáneo de ellas; “por el contrario, con el alcance de incompatibilidad absoluta, y sin distinción alguna de las circunstancias en que se lleve a cabo su ejercicio, otorgado por el a quo, la dis-

posición no aparece adecuada al fin que requiere su establecimiento y se revela como de iniquidad manifiesta”. (8)

La irrazonabilidad apuntada se traduce en la falta de propósito útil y oportuno de la incompatibilidad absoluta así legislada por la Provincia de Buenos Aires.

En el orden internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a los estándares de distinción normativa, aceptándolos cuando se orientan legítimamente sin conducir a “situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas” (9). No luce en la modificación efectuada por la ley 12.277, una justificación a la restricción que atiende, efectivamente, “a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo”. Todo lo contrario. La restricción apuntada, por sí sola, “implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho” a ejercer la profesión de abogado y de contador público, aun cuando no mediara intervención simultánea de la misma persona en una misma causa judicial con roles contrapuestos o complementarios pero incongruentes. (10)

Lo que denota la legislación provincial que comentamos y que la justicia provincial ha puesto en evidencia al aplicarla, para el caso particular y en forma provisional, es justamente la ineficacia de restringir a ciertos

grupos de interés (corporación profesional) su participación en otras actividades reguladas para otros grupos de interés. Esto, dado que no se vislumbra, en el supuesto en ciernes y en modo alguno, la existencia de un interés público concreto que justificara la vigencia y la virtualidad jurídica de la regulación cuestionada (y por tanto, en esa, restricción).

Los derechos no políticos de la Constitución, señala Posner, se consideran más plausiblemente como una forma en particular duradera de la protección legislativa que obtienen grupos de interés especialmente eficaces (11). Grupos de interés y eficacia que en la legislación cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda parecen no haber sido contemplados debidamente. Se resalta, así, que “las reglamentaciones de los derechos económicos se justifican en razón de intereses generales no siempre sencillos de precisar y que, por tanto, implican decisiones políticas de conveniencia y oportunidad, lo cual dificulta el eventual control por parte del Poder Judicial que puede, si se extralimita, afectar el ejercicio de atribuciones propias de los otros poderes del Estado”. (12)

La jurisprudencia tiene dicho que los hombres no se piensan aislados y vinculados únicamente por la competencia, sino, sobre todo, como partícipes de una empresa que les es común. La institucionalización de esta realidad y de los valores presentes en la misma es algo que, como principio, no puede ser sino apro-

bado, pensando en una democracia social en la cual asumen cada día mayor importancia las llamadas entidades intermedias. (13)

El fallo en comentario, aunque más no sea provisionalmente, recoge la importancia de estas entidades intermedias y pone coto a una solución legislativa que no posee, en apariencia, un propósito útil y razonable inherente a toda reglamentación del trabajo profesional. (14)

Con todo —y a pesar de todo— “la justicia siente a veces que se le quiere encomendar más esfuerzo que el que le corresponde, y que al fin de cuentas el Parlamento debería contribuir más a la democratización del derecho, si de ello se trata” (15). Esto adquiere mayor relevancia, frente a los entretelones de una reforma de la ley provincial que regula el ejercicio de la abogacía, cuyas razones expresas o implícitas parecen no surgir del texto frío de la norma involucrada, creando un conflicto innecesario —no solucionado todavía— entre dos profesiones liberales cuya importancia y utilidad política, económica y social, resultan incuestionables.

Parafraseando a Neruda, la sentencia anotada, de a poco, a fuego lento, hace surgir la luz del día (16). ●

Cita on line: AR/DOC/3001/2016

## { NOTAS }

(5) Sobre la regulación y los caracteres de los colegios profesionales como entes públicos no estatales y su regulación por normas de derecho público, ver, por todos: GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Parte general”, FDA, Buenos Aires, 2013, t. I, cap. XIV, 1ª ed.; y HUTCHINSON, Tomás, “Las corporaciones profesionales”, Astrea, Buenos Aires, 1982.

(6) CS, “Nalim, Juan Carlos”, del 23/09/86, Fallos: 308:1781.

(7) Interés de la comunidad que sobre la regulación provincial de la abogacía y la colegiación obligatoria la Corte Suprema había analizado en materia amplia en el recordado caso “Sogga, Constantino y otros”, del 29/10/45, Fallos: 203:100.

(8) Solución similar arribada, por caso, en el ámbito

de la Provincia de Santa Fe respecto a la interpretación restrictiva de una solución reglamentaria análoga a la situación de la profesión de los abogados en la Provincia de Buenos Aires y la analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Nalim” respecto a la Provincia de Jujuy (Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala I (Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala I, “Sánchez García, Emilio c. Resolución del Consejo de Abogados de Rosario del 3/4/97”, del 25/06/97, LLLitoral 1997, 838.

(9) Conf. Corte I.D.H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4, párr. 57; “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A, n° 17, párr.

47; “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párr. 91 (Cfr. SCJBA, “Valentini, Patricia Teresa y otros c. Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley 10.757”, causa I.2105, 23-V-12.)

(10) Arg. Corte I.D.H., Caso “Yatama vs. Nicaragua”, del 23/06/05, Serie C, N° 127, párr. 218 (Cfr. SCJBA, “Valentini”, op. cit.).

(11) POSNER, Richard A. (trad. Eduardo L. Suárez), “El análisis económico del derecho”, FCE, México, 1998, 1ª ed. español, p. 582.

(12) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, Buenos Aires, 2013, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. I, p. 95.

(13) CS, “Sánchez Marcelino y otro c. Caja Forense de

la Provincia del Chaco”, del 21/08/73, Fallos: 286:187.

(14) Criterio acuñado a partir del caso “Los saladeristas Podestá c. Provincia de Buenos Aires”, del 14/05/1887, Fallos: 31:273, donde se señaló que el derecho de propiedad y el ejercicio de una industria lícita están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente.

(15) GORDILLO, Agustín, “Derechos Humanos”, FDA, Buenos Aires, 2007, 6ª ed., cap. I-7.

(16) “...Por eso a fuego lento surge la luz del día, el amor, el aroma de una niebla lejana y calle a calle vuelve la ciudad sin banderas a palpar tal vez y a vivir en el humo...”. Pablo Neruda, “No hay pura luz”.

## ↓ JURISPRUDENCIA

## Nulidad del remate

**Falta de exhibición del inmueble por parte del martillero. Rechazo in limine del pedido de nulidad por el juez de grado. Revocación de sentencia. Irregularidad que no es menor. Cantidad de oferentes y suma a obtener en la subasta. Menores habitando la vivienda.**

**Hechos:** La fallida dedujo recurso de apelación contra la sentencia que desestimó “in limine” el pedido de nulidad del remate de un inmueble que no había sido exhibido por el martillero. La Cámara revocó el decisorio y encomendó al magistrado de grado la providencia de diligencias ulteriores.

La nulidad del remate por falta de exhibición del inmueble por parte del martillero no puede rechazarse in limine sin escuchar a todas las partes involucradas, en tanto esa irregularidad no es un tema menor, pues el conocimiento de los oferentes guarda conexión con la suma a obtener y en su resultado se involucra la preservación de la vivienda de los menores que lo habitan, lo que excede el mero interés directo de la peticionante.

119.561 — CNCom., sala F, 30/08/2016. - Arce, Norma Angélica s/ quiebra.

[Cita on line: AR/JUR/58164/2016]

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, agosto 30 de 2016.

**Vistos:** 1. Apeló la fallida el decisorio de fs. 622/23 en cuanto el magistrado de grado desestimó “in limine” la nulidad del remate llevado a cabo en las presentes actuaciones.

Los fundamentos obrantes en fs. 630/631 fueron respondidos por el martillero a fs. 642, por la sindicatura en fs. 644/646. La Sra. Fiscal General ante esta Cámara dictaminó a fs. 661/665.

2. Señálase liminarmente que todo lo relativo a la anulación de remates debe ser interpretado con criterio restrictivo. Señala Maurino en ese orden, que “esta regla de hermenéutica está potenciada en materia de nulidad de subasta judicial, a fin de no crear un clima contrario a esta clase de ventas” (cfr. Alberto Luis Maurino, “Nulidades Procesales”, p. 189, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999).

De ahí que no es admisible la nulidad de la subasta cuando sólo tiende a salvaguardar meros pruritos formales o no se justifica fehacientemente el perjuicio sufrido como consecuencia del acto supuestamente viciado, debiendo desestimarse todo planteo formalista que conduciría a la declaración de la nulidad por la nulidad misma, en abierta oposición al aludido principio de trascendencia.

Es decir, en función de síntesis, deben concurrir los siguientes requisitos: 1) existencia de un vicio que afecte alguno de los recaudos del acto, cuando resulten indispensables para la obtención de la finalidad, 2) interés jurídico en la declaración de nulidad; 3) ausencia de convalidación o subsanación del acto defectuoso. (cfr. “Cód. Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As y la Nación”, T. VI C, pág. 231; Morello. G.L Sosa R. Berizonce).

3. En el caso ha sido denunciado la falta de exhibición del inmueble por parte del Martillero.

La apuntada irregularidad no resulta un tema menor, en tanto el conocimiento de los oferentes sobre el bien a subastar guarda conexión con la suma obtenida por el inmueble, e involucra su resultado con la preservación de la vivienda de los menores que lo habitan,

uno de ellos por cierto con discapacidad, lo que excede el mero interés directo de la propia fallida.

Ello así, obsta a descartar de plano la nulidad articulada sin escuchar a todas las partes involucradas.

Frente a ello y sin perjuicio de lo que eventualmente decida este Tribunal en su oportunidad, corresponderá sustanciar el incidente de nulidad articulado por la fallida con el comprador, el Defensor de Menores, el martillero y el síndico, para luego dictar el magistrado nuevo pronunciamiento.

4. Por lo expuesto, se resuelve: Revocar la resolución de fs. 622, encomendándose a la magistrado de la primera instancia la providencia de las diligencias ulteriores (conf. art. 36 inc. 1º Cód. Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese a las partes, y a la Sra. Fiscal General ante esta Cámara (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1º y n° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaria de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. C.S.J.N. n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15). — Rafael F. Barreiro. — Juan M. Ojea Quintana. — Alejandra N. Tevez.



## Expensas comunes

**Criterio severo para la fijación de intereses. Cumplimiento de obligaciones del consorcista. Trascendencia para la vida del consorcio.**

En materia de percepción de expensas comunes el criterio para la fijación de los intereses debe ser severo, a fin de propender al cumplimiento de las deudas que mantienen los consorcistas por ese concepto, dada su trascendencia para la vida del consorcio, de allí que la pauta es más generosa que en otros tipos de créditos y que, por ello, se admiten réditos a una tasa más elevada.

**119.562** — CNCiv., sala D, 18/08/2016. — Cons. de Prop Calle Catamarca 1074/8 c. Veretelnik, Rosa Laura Mabel s/ ejecución de expensas.

[Cita on line: AR/JUR/56047/2016]

### ! COSTAS

Al vencido.

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, agosto 18 de 2016.

*Considerando:*

Han sido elevadas las actuaciones para el tratamiento del recurso deducido a fojas 50 por el actor contra la resolución de fojas 48/49 en tanto estableció los intereses en un 30% anual por todo concepto. El escrito de fundamentación obra a fojas 52/53, sin que el traslado conferido a fojas 54 mereciera respuesta.

La determinación de los intereses es esencialmente provisional, ya que responde a fluctuantes condiciones de la economía del país, no permaneciendo estáticos, sino que deben ser revisados periódicamente adecuándolos a las circunstancias del momento a tenor de los distintos factores que necesariamente influyen en su determinación.

Ello sentado, no se desconoce que en materia de percepción de expensas comunes el criterio para la fijación de los intereses debe ser severo, a fin de propender al cumplimiento exacto de las deudas que mantienen los consorcistas por ese concepto, dado su trascendencia para la vida del ente; de allí que la pauta es más generosa que en otros tipos de créditos y que, por ello, se admiten réditos a una tasa más elevada.

Es que debe ponderarse la especial protección que tradicionalmente ha rodeado el cobro de las expensas comunes en el sistema de la ley 13.512, en atención a la importancia que reviste la puntualidad de estas contribuciones para la subsistencia misma del consorcio de propietarios que organiza (*in re*, “Consortio de Propietarios Paraná 446 c. Bustos”, del 29/11/89.).

“En materia de expensas comunes no rigen idénticas pautas que las que se establecen para juzgar sobre la usura en otro tipo de créditos, puesto que la percepción de aquéllas hace a la existencia y funcionamiento del consorcio, y los intereses constituyen un estímulo eficaz para asegurar su pago” (“Consortio de Propietarios del edificio calle Tucumán 693/95 y 699 c. Doviros S.R.L s/ ejecución de expensas”, CNCiv., Sala A, 19/12/2013).

Sin embargo, atendiendo a las tasas imperantes en el mercado, como así también comparando las utilizadas por las distin-

tas Salas del Fuero, el tribunal entiende prudente la establecida en la resolución en crisis —incluso superior a la que fijan los suscriptos para este tipo de obligaciones— motivo por el cual las quejas expresadas no serán acogidas.

En consecuencia de los argumentos expuestos, se resuelve: I.- Rechazar los agravios expresados. II.- Costas dealzada al demandado en su condición de vencido, por aplicación del principio sentado en el artículo 68 del rito y no existir razón para apartarse de dicha directiva. III.- Hágase saber que esta sentencia será enviada al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la ley 26.856, su Dec. Reglamentario N° 894/2013 y las acordadas 15/2013 y 24/2013 C.S.J.N. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Oswaldo O. Álvarez.* — *Ana M. Brilla de Serrat.* — *Patricia Barbieri.*

## Identidad de género

**Entidad deportiva condenada a inscribir a una jugadora en la liga de hockey de acuerdo a su identidad de género. Acto constitutivo de violencia institucional. Derecho a tener una vida sin discriminaciones. Respeto a la dignidad. Leyes 26.485 y 26.743. Restricción de derechos de una persona por su orientación sexual. Obligación del Poder Judicial de actuar con urgencia. Carta Olímpica. Práctica del deporte como derecho humano.**

**Hechos:** *Se ordenó a una entidad deportiva realizar el fichaje de la denunciante en una liga de hockey de acuerdo a la identidad de género elegida por ella.*

- 1.- En calidad de medida preventiva urgente (art. 26, ley 26.485) corresponde ordenar a una entidad deportiva realizar el fichaje de la denunciante en la liga de hockey de acuerdo a la identidad de género elegida por ella, en la medida que ese acto representa el acceso a las condiciones materiales adecuadas que permiten la realización de una parte importante de su plan de vida, siendo deber del Estado y de los particulares respetar las determinaciones autónomas que no resultan perjudiciales para nadie (art. 19, Constitución Nacional; art. 1, ley 26.743).
- 2.- La negativa de una entidad deportiva a autorizar el fichaje de la denunciante en una liga de hockey basada en la identidad de género que ella eligiera, trasciende en un acto discriminatorio, constitutivo de violencia institucional en los términos del art. 6, inc. b, de la ley 26.485, pues tiene como finalidad impedir que una mujer ejerza su derecho a tener una vida sin discriminaciones y a que se respete su dignidad (art. 3).
- 3.- Ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales, o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, pues ésta y la identidad de género son categorías protegidas por los tratados de derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional.
- 4.- El Poder Judicial debe reaccionar con urgencia para restablecer los derechos vulnerados cuando se verifican prácticas de segregación contra cualquier categoría de personas, especialmente si se trata de grupos vulnerables que han

sido víctimas históricas de discriminación estructural, como el colectivo LGBTI—lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero e intersexuales—.

- 5.- Sería inconstitucional que una norma emanada de una federación internacional o nacional prohíba integrar a una mujer al equipo femenino de hockey de un club basada en la identidad de género elegida por ella, debido a que la regulación del deporte debe estar en concordancia con las normas constitucionales que rigen y caracterizan a los derechos humanos, ya que no están dirigidas a administrar el deporte, sino a hacer posible que se proteja, garantice y respete el derecho humano a su práctica.

**119.563** — JFamilia Nro. 3 Chubut, 05/09/2016. - M., J. s/Violencia de género.

[Cita on line: AR/JUR/58121/2016]

**1ª Instancia.** - Rawson, septiembre 5 de 2016.

Por presentada, por parte, por constituido el domicilio procesal y denunciado el real.

Teniendo en cuenta los hechos expuestos por la Srta. J. M. en su denuncia, que adquirieron gran repercusión en los medios de comunicación locales y nacionales, con un notable apoyo de la comunidad chubutense en las redes sociales, cabe recordar que según el art. 1º de la ley 26.743 de Identidad de Género, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género (inc. a); al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género (inc. b), y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género (inc. c).

De acuerdo a la ley, la identidad de género es entendida como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2º).

Por su parte, la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, que tiene entre sus objetivos promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, y el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (art. 2º, incs. a y b), establece un procedimiento judicial gratuito y sumarísimo en sus arts. 19 a 40, que tiene como objeto la adopción de medidas de protección tendientes a hacer cesar la actual situación de violencia contra la mujer y evitar en lo sucesivo su reiteración.

En este contexto, la negativa de la A. A. H. C. P. V. C. a autorizar el fichaje de la denunciante trasciende en un acto discriminatorio, constitutivo de violencia institucional en los términos del art. 6º, inc. b, de la ley 26.485, pues proviene de las autoridades de una organización deportiva y tiene como finalidad impedir que una mujer ejerza su derecho a tener una vida sin discriminaciones, y a que se respete de su dignidad (art. 3º, ley cit.).

El citado precepto legal caracteriza a la violencia institucional contra las mujeres como “aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mu-

eres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil”.

Debe tenerse en cuenta que la discriminación se define como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/c. 37, párr. 6.).

Precisamente, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece en su art. 13 el deber estatal de adoptar todas las medidas apropiadas para “asegurar el derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural” (inc. c).

La propia Carta Olímpica, que reglamenta los principios del olimpismo, establece que “la práctica del deporte es un derecho humano”, agregando luego que “toda persona debe tener la posibilidad de practicar deporte sin discriminación de ningún tipo y dentro del espíritu olímpico, que exige comprensión mutua, espíritu de amistad, solidaridad y juego limpio”.

La Srta. M. aspira simplemente a seguir jugando en forma *amateur* en el club de hockey al que asiste desde que era adolescente, derecho protegido por el art. 32 de la Constitución de la Provincia del Chubut, al establecer que “todo habitante tiene derecho a acceder libre e igualitariamente a la práctica del deporte de su preferencia”.

Aunque no pretende participar en torneos internacionales, ni competir en forma profesional, no tengo dudas de que es elegible para jugar en el seleccionado femenino de hockey en los próximos Juegos Panamericanos de Lima en 2019, o en los Juegos Olímpicos de Tokio en 2020, dado que el Comité Olímpico Internacional reconoció recientemente “la importancia de la autonomía de la identidad de género en la sociedad”, estableciendo una serie de reglas, como determinado nivel de testosterona en suero (debajo de 10 nmol/L en los 12 meses previos a la primera competencia), y mantener el género, a los fines deportivos, por un plazo de 4 años (el documento puede consultarse en la dirección [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions\\_PDFfiles/Medical\\_commission/2015.11\\_ioc\\_consensus\\_meeting\\_on\\_sex\\_reassignment\\_and\\_hyperandrogenism-en.pdf](https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015.11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf)).

Más aún, sería inconstitucional que una norma emanada de una federación internacional o nacional, le prohíba integrar el equipo femenino de hockey de su club, debido a que la regulación del deporte (conocida como derecho del deporte) debe estar en concordancia con las normas constitucionales que rigen y caracterizan a los derechos humanos, ya que no están dirigidos a administrar el deporte, sino a hacer posible que se proteja, garantice y respete el derecho humano a la práctica del deporte (conf. Castilla, Karlos, “El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana”, en “Fair

## VIENE DE PÁGINA 7

Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte”, 3:2, p.97).

El Poder Judicial está obligado a implementar las medidas positivas que sean necesarias para revertir esta violación a los derechos humanos de la denunciante, en función del deber especial de protección que tiene el Estado con respecto a actuaciones y prácticas de terceros —como la Asociación Amateur de Hockey— que originen una situación discriminatoria, especialmente cuando el incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación (Corte IDH, Caso “Duque vs. Colombia”. Excepciones Preliminares,

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Febrero de 2016, párr. 93).

La orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por los tratados de derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional, quedando prohibida cualquier práctica discriminatoria basada en esa condición. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales, o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (Corte IDH, Caso “Duque vs. Colombia”, cit., párr. 104). En igual sentido el art. 13 de la ley 26.743 prescribe que “ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

Siendo ello así, estoy convencido que el Poder Judicial debe reaccionar con urgencia para restablecer los derechos vulnerados cuando se verifican prácticas de segregación o *apartheid* contra cualquier categoría de personas, especialmente si se trata de grupos vulnerables que han sido víctimas históricas de discriminación estructural, como el colectivo LGBTI.

Eso es lo ocurrido en el caso denunciado, donde una entidad deportiva no cumple con su obligación de tratar a la Srta. M. con la identidad de género elegida por ella en el marco de su plan de vida, opción existencial en la que ni el Estado, ni los particulares, pueden entrometerse ni interferir (art. 19, Const. Nac.), en tanto que la Constitución Nacional garantiza un espacio vital donde imperan los valores del Estado Social y Democrático de Derecho, como el pluralismo, el respeto a la diferencia, y la inclusión de todos.

Es que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y elegir libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones (Corte IDH, Caso “Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 136).

Tratándose del derecho a elegir su propio destino, difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial, por lo que su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación del Poder Judicial (Corte IDH, Caso “Loayza Tamayo vs. Perú”. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de Noviembre de 1998, párr. 147).

Bien se ha dicho que el derecho al libre desarrollo de la personalidad busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. De tal modo, este derecho de opción impli-

ca la libertad e independencia de la persona para gobernar su propia existencia y diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitación de no causar un perjuicio social. A su vez, se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia (Corte Const. Colombia, 16/04/2008, Sentencia C-336/08).

Considero que para el desarrollo del proyecto de vida libremente elegido, cada persona aprovecha las chances y opciones que le ofrece el mundo exterior para alcanzar el destino que anhela, aquello que le resulta valioso y confiere sentido a su existencia, entre las que se encuentra la práctica amateur de un deporte de equipo, federado y con fines de recreación competitiva, que innegablemente favorece la plena integración social de la Srta. M. y constituye una meta de realización personal, la obtención de un logro más en la búsqueda continua de la propia felicidad, aspiración natural y universal de los seres humanos, protegida en la Constitución bajo el principio de dignidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Dado el deber de respeto que el Estado y los particulares tienen sobre las determinaciones autónomas que no resultan perjudiciales para nadie, es claro que la Asociación no puede privar a la Srta. M. de la autorización para jugar el deporte que ama en una liga local, en la medida que el fichaje representa el acceso a las condiciones materiales adecuadas que permiten la realización de una parte importante de su plan de vida.

A mérito de lo expuesto, se resuelve en calidad de medida preventiva urgente (art. 26, ley 26.485) que la A. A. H. C. P. V. C. fiche dentro del plazo de 24 hs. a la Srta. J. M. y acredite ante este Juzgado su cumplimiento, bajo apercibimiento de imponer una multa diaria de \$ 30.000 a cada uno de los miembros de la Junta Directiva. Asimismo, se fija la audiencia del día 12 de Septiembre de 2016 a las 11 hs., a la que comparecerán las partes con patrocinio letrado (art. 28, ley 26.485). Notifíquese a la A. A. H. C. P. V. C. a través de la Comisaría de la Mujer, a cuyo fin entréguese copia certificada de la presente resolución. — *Martín B. Alesi*.

THOMSON REUTERS  
LA LEY

## ▶ LANZAMIENTO

## LEY GENERAL DE SOCIEDADES 19.550

3A. EDICIÓN COMENTADA, ANOTADA, CONCORDADA, ACTUALIZADA Y AMPLIADA CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (LEY 26.994)

ALBERTO VÍCTOR VERÓN



**Totalmente actualizada, con la doctrina y jurisprudencia más importante y la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación**

- La única obra que analiza la Ley desde su Proyecto, continuando con sus diferentes reformas y culminando con su integración al Código Civil y Comercial de la Nación.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253**, en su sucursal más cercana o ingresando en **www.laley.com.ar**

Síguenos en  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey •  ThomsonReutersLatam •  Google.com/+LaleyArgentina



THOMSON REUTERS

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 3, a cargo del Dr. Roberto R. Torti, Secretaría Nº 6, a cargo de la Dra. Viviana Juana Malagamba, sito en Libertad 731, piso 4º de esta Ciudad, hace saber que la Sra. ESPERON ZALDIVAR MARICELA, DNI Nº 95.137.222 de nacionalidad cubana, ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días en “La Ley”.

**Buenos Aires, 21 de septiembre de 2016**  
Viviana J. Malagamba, sec. fed.  
**LA LEY: I. 30/09/16 V. 03/10/16**

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de MARÍA DEL CARMEN NORMA MENIN a presentarse en autos

a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en LA LEY.

**Buenos Aires, 29 de junio de 2016**  
Manuel J. Pereira, sec.  
**LA LEY: I. 29/09/16 V. 03/10/16**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que CARLOS HUMBERTO FIGUEROA CORREA, nacido en Cundinamarca – Bogotá – Colombia, el 18 de marzo de 1966, con D.N.I. Nº 93.722.924, ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El Presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

**Buenos Aires, 1 de marzo de 2016**  
José Luis Cassinero, sec.  
**LA LEY: I. 29/09/16 V. 29/09/16**

El Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 6, a cargo de la Dra. Marta G. Cirulli, Secretaría Nº 12, a cargo del Dr. Mariano E. Casanova, con domicilio en la Av. Diagonal Pte. Roque Sáenz Peña 1211, piso 2º, C.A.B.A., en el expediente “FERREIRO, SERGIO ADRIÁN c/BRAÑAS, ADOLFO JOSÉ y OTRO s/EJECUTIVO”, (Nº 40236/2008), cita a los herederos del señor ADOLFO JOSÉ BRAÑAS (DNI 92.911.987) a fin de que comparezcan a estar a derecho y constituyan domicilio dentro del radio de jurisdicción del Juzgado en el plazo de 5 (cinco) días, bajo apercibimiento de designar Defensor Oficial para que los represente. Publíquese por dos días en el Boletín Oficial de la República Argentina y en el diario “La Ley”.

**Buenos Aires, 8 de agosto de 2016**  
Mariano E. Casanova, sec.  
**LA LEY: I. 21/09/16 V. 22/09/16**