



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA

Dir. JUAN V. SOLA

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL SISTEMA ELECTORAL VIGENTE
LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO Y EL SISTEMA AFIS
SU IMPACTO EN LAS PRÁCTICAS ELECTORALES ACTUALES

Maestrando

DIEGO JUAN IPPOLITO ANDRADA

Tutor

DRA. PAULA COSTANZA SARDEGNA

2016

Palabras preliminares	4
I – INTRODUCCIÓN	6
II - VOTO ELECTRÓNICO	10
Concepto	10
III – IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA	20
Experiencias en Argentina	20
Experiencias en el derecho comparado	24
Implementación y puesta en marcha del sistema	26
IV – OBJECIONES PLANTEADAS AL SISTEMA	30
Politológicas	30
Conductas fraudulentas en los comicios	35
Compra de votos	36
Voto cadena	36
Suplantación de identidad a través de la utilización de un documento apócrifo	38
Cambio de urnas	40
Provocar la impugnación de una urna	40
Inscripciones y/o omisiones indebidas en el padrón electoral	41
V – ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	49
La fiabilidad del voto electrónico	51
Teoría de los juegos	56
Otras consideraciones sobre el tema	69
VI – VENTAJAS DEL SISTEMA	70
Ventajas ambientales	70
Ventajas administrativas	73
Otras cuestiones administrativas (y logísticas) a considerar	81
Ventajas en materia penal	88
VII - EL PROBLEMA REGULATORIO	93
La solución normativa	93
El enfoque de Persson y Tabellini	93
Breve análisis de las cuestiones planteadas por Persson y Tabellini	107
VIII – CONCLUSIÓN	111
IX - BIBLIOGRAFÍA	113

A mis padres Pascual y Francisca

Agradecimientos

Quiero agradecer, siempre es bueno hacerlo en todas las ocasiones que la vida nos presenta tal oportunidad, seguramente habrá nuevas posibilidades de hacerlo en el futuro, pero que importante es recordar y valorar a quienes nos apoyan y han apoyado, por eso quiero mencionarlos.

Al Dr. Sola, o simplemente Juan como habitualmente lo llamamos quienes interactuamos con él por su gran generosidad humana e intelectual.

A la Dra. Sardegna, Paula, por su calidad humana, su invaluable ayuda y por la paciencia que me ha tenido.

A la Honorable Comisión Directiva, por su amistad, por los aportes constantes que surgen de esos verdaderos debates que se generan en cada uno de nuestros encuentros.

A los amigos (profesores, pares y pasantes) que la Maestría me ha brindado, sin lugar a duda el aporte más valioso entre los muchos que me ha dado.

A la Fundación de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

A Brunito, a Caro por su apoyo, a Darío por su desinteresada colaboración y a mis alumnos (todos ellos) cuyas inquietudes me “obligan” a mantenerme actualizado y en constante cambio.

Finalmente quiero disculparme con los que la memoria no permita destacar, sepan que igualmente agradezco (y retribuyo) su confianza, apoyo y afecto.

Diego J. Ippolito Andrada

“Los sistemas electorales tienen una gran rigidez, no son elaborados deliberadamente ni alterados libremente. Sus variaciones son particularmente difíciles, ya sea porque la legislación dificulta su reforma, o porque habitualmente una legislatura electa con un sistema electoral rara vez lo reformaría para establecer uno diferente en el que las posibles reelecciones de sus miembros se transformarían en inciertas. Debido a ello los sistemas electorales perduran en el tiempo y tienen una señalada influencia del sistema político”

Juan Vicente Sola

Palabras preliminares

Muy recientemente en nuestro país se han discutido una serie de reformas (las cuales muy probablemente se lleven a cabo) en el marco de la denominada reforma política, entre ellas una que interesa al planteamiento central de esta tesis, que es el de realizar un análisis económico del sistema electoral y de como éste se viera beneficiado o no por la incorporación de las nuevas tecnologías aportadas desde el marco digital (tanto respecto de los avances en materia informática como en lo que se refiere a los controles basados en parámetros bio-métricos); concretamente me refiero que al extender la mentada reforma política a nivel federal el sistema de votación utilizado en la provincia de Salta y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El cual se caracteriza por la implementación del sistema de boleta única electrónica, si bien comienza a transformar en una realidad el ideal por el cual se brega en esta tesis que es el de comenzar a incorporar en mayor medida el factor tecnológico (y la innovación tecnológica) en materia electoral y por “desactualizar” algunos de los conceptos vertidos en esta obra, no menos cierto es que los argumentos que se vierten en contrario de este sistema no hacen más que reforzar el criterio rector de la misma (aún a riesgo de adelantarme a las conclusiones de esta obra) que no es otro que el éxito o no de una reforma está centrado en la confianza que los individuos tengan en la misma. Ahora bien la confianza surge de un proceso y no de un acto único y/o de un acto de fe (si se me permite la analogía); pero para que el cambio se produzca (como ha sucedido en este caso) se deben reunir una serie de factores que sirvan de “caldo de cultivo” para éste, en primer lugar que exista un grado elevado de consenso entre los distintos actores políticos que disipe la idea de que un sector obtenga un ventaja diferencial; segundo que el antiguo sistema se encuentre en crisis y/o que haya motivos suficientes (y recientes) para dudar de su credibilidad y transparencia (este segundo elemento en parte es

clave para lograr el consenso citado previamente); tercero que puedan percibirse claramente los beneficios de adoptar este nuevo sistema desde los distintos puntos de análisis que puedan plantearse (Vg. desde la óptica presupuestaria y/o que se puedan vislumbrar las ventajas operativas y logísticas y/o las ventajas en lo que hace al medio ambiente y/o los beneficios que por la simplicidad del sistema pueda reportar a los sujetos intervinientes en sus distintos roles, etc.), a su vez que se perciba claramente que estos beneficios puedan compensar los eventuales perjuicios que pueda traer aparejados; cuarto que sea visto como una cuestión procedimental –aunque claramente excede esta visión– parte del éxito de esta reforma es que sea vista como si se tratase de un mero instrumental, y quinto que el mecanismo propuesto cuente con antecedentes exitosos que fortalezcan la “voluntad de cambio” de los sectores que la impulsan (no nos olvidemos la incidencia que la opinión pública tiene o debiera tener respecto del accionar de nuestros legítimos representantes). Todos estos elementos, así como las eventuales críticas que se formulen a la seguridad del sistema, se encuentran planteados y han sido desarrollados en la presente, puesto que aún las “objeciones expertas” que pretenden sembrar dudas sobre la fiabilidad del sistema no se dan cuenta que estos no son adoptados por su infalibilidad (de hecho ninguno lo es, y la idea de que alguno lo sea es contrario a todo pensamiento científico, puesto que el conocimiento y el aprovechamiento de éste se supera constantemente) sino por la confianza que los individuos depositan en éste y que hace que decidan implementarlo y cumplirlo. Esta idea tiene raigambre en el principio de reserva el cual es uno de nuestros principios constitucionales –quizás el más determinante y fundamental de todos ellos– dado que mientras más nos auto-limitamos más libres somos, dado que la restricción y/o el cumplimiento voluntario (del contrato social) parte de nuestros valores más íntimos y no de un orden externo, por eso el mentado principio constituye un pilar fundamental de la

convivencia democrática dado que es en el individuo donde se gesta y perfecciona el deseo de cumplir o no con la norma y es la confianza que le genera la misma el motor de ésta.

Análisis Económico del Sistema Electoral vigente
La introducción del voto electrónico y el sistema AFIS, su
impacto en las prácticas electorales actuales

I – INTRODUCCIÓN

Previo a analizar el objeto de esta tesis, es conveniente resaltar que buena parte de los conceptos bajo análisis se encuentran enmarcados dentro de las llamadas TIC´S, sigla que alude a las tecnologías en información y comunicación, y en la descripción y el análisis de cómo impactan en éstas la informática, internet y las telecomunicaciones. A las TIC´S, no pocas veces, se las señala como las NTIC´S por la adición del término nuevas en alusión a las novedosas herramientas de las que se vale actualmente.

Las TIC´S son aquellas tecnologías que posibilitan respecto de la información -y su posterior difusión y/o comunicación- su adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento y/o modificación de la misma, comunicación, registración y finalmente la presentación de ésta a través de distintos formatos y/o soportes.

Con respecto a su importancia y a su difusión en el ámbito de la sociedad basta con señalar que en la actualidad es impensable realizar cualquiera de las tareas más cotidianas sin el soporte que brindan estas nuevas tecnologías, tareas que van desde la búsquedas de información; de personal; la realización de transacciones que de otro modo por los altos costos operativos de estas no podrían realizarse; hasta la concreción de la más variada gama de trámites posibles (vg. administrativos, bancarios, etc.); sin dejar de mencionar el potencial que tienen las mismas en el campo educativo al permitir la interconexión de distintas personas y entidades; entre otras.

Estas nuevas tecnologías han llegado al punto de masa crítico al cual se hace mención en las llamadas “externalidades de red” y a

partir del cual se potencian exponencialmente las ventajas (y las desventajas)¹ que ofrecen las mismas.

De hecho es tan agigantado el avance en lo que respecta a la difusión de estas nuevas tecnologías que cada dato que se proporcione en consecuencia corre el serio riesgo de caer en una abrumadora desactualización; sino mírese la evolución de la comunicación celular y el crecimiento geométrico de las líneas móviles; el crecimiento de los usuarios conectados a internet a través de las conexiones denominadas como de “banda ancha” (concepto mismo que debiera haber caído en desuso dado que actualmente han sido excluidas del mercado las alternativas de conexión que no se adecuan a este concepto); la cantidad de computadoras personales -portátiles o de escritorio- distribuidas entre la población, aunque en rigor de verdad en este acápite se debe precisar que cualquier persona que cuente con un “teléfono celular” cuenta con todos los elementos antes reseñados, es decir la conexión telefónica, la conexión a internet y cuenta con un ordenador (computador) portátil puesto que actualmente los “smart phone” sintetizan todas estas funciones y servicios, todo eso sin dejar de mencionar (sin pretender agotar tan extensa lista) otras funciones de estos aparatos como las de actuar como una cámara fotográfica y/o filmadora, un scanner, reproductor de sonidos, realizar trabajos de edición de imágenes a través de la incorporación de software de diseño y las múltiples posibilidades de accesibilidad que permiten.

Luego de estas breves consideraciones sobre estas nuevas tecnologías, en esta tesis se destacaran las ventajas del sistema de votación por medios electrónicos por sobre los métodos convencionales de votación.

¹ En este orden de ideas se ha pronunciado Bill Gates en “Camino al Futuro” donde señaló que al aplicar tecnología de la información a un sistema eficiente lo hace más eficiente, en tanto si lo hacemos a un sistema ineficiente, sólo aumentamos ese defecto. Citados en la obra de Prince, Alejandro y Garabetyan, Enrique, en: “Consideraciones, aportes y experiencias para el voto electrónico en la Argentina” p. 77. Recuperado de <http://www.princecooke.com/debate>. 11/03/16.

En esta tesis se aborda la problemática generada en la normativa jurídica (el Código Electoral²) de nuestro país al incorporarse estos medios tecnológicos. Conjuntamente con las reformas propuestas se analiza la posibilidad de implementación de un sistema de registro y acreditación de la identidad de los individuos basado en sus huellas digitales, con la finalidad de suplantar, al menos para los actos comiciales, la necesidad de poseer un documento de identidad en soporte de papel, plástico u otro soporte físico.

Se plantea en grado de hipótesis que **“La introducción del voto electrónico, si bien afecta el diseño del sistema electoral, conlleva -desde el Análisis Económico del Derecho- ventajas no sólo en materia electoral, sino también en materia ambiental, administrativa y penal y su éxito dependerá de las ventajas operativas y comparativas que ofrece así como también del grado de credibilidad que genere”**.

Para su contrastación se recurre a un estudio interdisciplinario.

En primer término se aclaran los límites del denominado voto electrónico, es decir qué entendemos por éste, que alternativas existen del mismo, cuáles han sido las características destacadas y los defectos señalados en los lugares donde ha sido implementado.

En segundo término se analiza cómo afectaría éste al diseño del sistema electoral, definiendo y explicando previamente cómo se compone un sistema electoral.

En tercer lugar se evalúan cuáles son los costos y beneficios de su implementación, entendiendo en este punto las ventajas no sólo en materia electoral, sino también en materia ambiental, administrativa y penal.

² Texto ordenado conforme al decreto 2.135/83 del 18 de agosto de 1983, con las modificaciones introducidas por las leyes 23.247, 23.476, 24.012, 24.444, 24.904 y 25.610.

II - VOTO ELECTRÓNICO

Concepto

El término de voto electrónico, con la conjunción de vocablos, engloba más de una alternativa posible, las cuales serán desarrolladas a lo largo de esta tesis.

Esta alternativa de votación que, si bien es conocida de larga data en nuestro país, resulta novedosa -al menos como una propuesta innovadora- respecto de la posibilidad de su implementación.

Volviendo a la disyuntiva planteada, vemos como aún este tema “novedoso” puede resultar anacrónico, ya que un riesgo siempre latente de todo tipo de regulación jurídica está dado por la relativa facilidad con que se pueden resolver problemas ya planteados en el pasado y la tremenda dificultad de resolver los problemas futuros, tema el cual se analiza más adelante; máxime al tomar en cuenta el vertiginoso avance del desarrollo tecnológico en esta clase de sistemas³- ser superado por el voto a través de medios informáticos de comunicación; por lo cual también en este trabajo se analiza la posibilidad de su implementación en este país.

Alejandro Prince en su obra “Consideraciones, aportes y experiencias para el voto electrónico en la Argentina”⁴ propone la siguiente definición “... Aplicación de dispositivos y sistemas de tecnología de la información y telecomunicaciones al acto del sufragio. Total o parcialmente, a todo el proceso electoral, o a alguna de las distintas actividades del sufragio, el registro y

³ Baste citar como ejemplo la reforma constitucional del año 1994 respecto de la primera dificultad planteada; y los obstáculos y dificultades que plantean a los derechos sobre la propiedad intelectual la protección de las nuevas tecnologías (en materia informática), cuya velocidad y dinamismo en los cambios muchas veces torna prácticamente imposible la tutela que tratan de establecer estos derechos (ya sea si les sitúa dentro de la órbita de los derechos de autor o dentro de la esfera del derecho de patentes). Para mayores precisiones respecto del tema véase a Delia Lipszick en: “Derechos de Autor y Derechos Conexos”, y a Carlos Correa en: “Acuerdo TRIPs Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual”, etc.

⁴ Op. cit. en nota 1, p. 9.

verificación de la identidad del elector. Incluye la emisión misma del voto en una urna electrónica (con o sin impresión inmediata de boleta de papel para control del ciudadano o de la autoridad); el recuento en la mesa o el global consolidado, la transmisión de resultados, u otras actividades (...) Sin embargo, hay una segunda definición, más rica y amplia, que incluye la siguiente idea: el eVoto no es (o no debería ser) simplemente un cambio de “herramientas y materiales”. No significa pasar de la urna de madera, cartón y papel, al metal y al software. Es mucho más, porque las posibilidades que el nuevo sistema ofrece, permite rediseñar -corrigiendo- el sistema electoral completo”.

La expresión voto electrónico bien puede aludir a los modos con que se emite el voto, al sistema de recuento de los mismos, o bien a los medios a través de los cuales se transmiten los votos.

Respecto de los modos electrónicos a través de los cuales se emiten los votos podemos diferenciar varios sistemas por un lado se encuentran los de registración electrónica directa (RED o DRE por su sigla proveniente del idioma inglés) y por el otro los de lectura óptica del voto (LOV).

En ocasión de la Exposición realizada en el marco de los festejos del Bicentenario de la Revolución de Mayo⁵, se efectuó una simulación de votación en la cual se empleaba una máquina de registración electrónica directa (RED), actividad que era auspiciada por la gobernación de la provincia de Río Negro y cuyo soporte tecnológico era brindado por la sociedad estatal ALTEC⁶. Se aprecian en la práctica, las ventajas y bondades del sistema siendo la emisión del sufragio por esta vía un trámite sumamente expedito y muy sencillo a contrario sensu del “temor” que infunden las nuevas tecnologías en aquellas personas que por distintos motivos no las han incorporado en su vida cotidiana, a estas “máquinas” se las podría definir como “amigables” para aquellos

⁵ La misma se llevó a cabo del 21 al 25 de mayo de 2010 en el stand de la provincia de Río Negro.

⁶ ALTEC S.E. sigla que se corresponde con Alta Tecnología sociedad estatal.

neófitos en la materia que en general suelen padecer la presencia de las citadas nuevas tecnologías; aunque, con respecto a la operatoria de la máquina, el conocer teóricamente el funcionamiento y la metodología de estas valiosas herramientas tecnológicas; el trámite se realiza muy ágilmente y los individuos participantes “no formaban colas” por la rapidez del sistema, queriendo sintetizar de esta forma la mentada agilidad del mismo y la sencillez del sistema.

Previo a describir el procedimiento de votación, el equipo empleado y algunas de sus especificaciones técnicas, se debe tener presente que se trata de una urna electrónica que posee una pantalla sensible al tacto; impresora térmica (incorporada, que es utilizada para imprimir los comprobantes que quedan depositados en el interior de la misma); terminal (para el presidente de mesa, desde la cual habilita a la máquina); alimentación 220/110VAC, 50/60HZ respaldadas con cargador automático; tarjeta de memoria tipo compact flash (dispositivos de almacenamiento de datos utilizado en dispositivos electrónicos portátiles, poseen una buena velocidad de transferencia de datos, y pueden soportar cambios bruscos de temperatura y poseen una amplia brecha de capacidad operativa de 0° a 50° centígrados); y D.O.M. (Disc on memory).

Vale aclarar que este tipo de urnas electrónicas no se encuentran conectadas a la red internet (comúnmente denominadas “máquinas ciegas”); siendo necesaria esta aclaración puesto que uno de los principales resquemores que generan este tipo de métodos de votación que incorporan nuevas tecnologías es precisamente la relativa facilidad (al menos en la creencia o imaginario popular) con que podrían adulterarse los datos allí registrados (en este supuesto serían los resultados electorales, al menos de la urna en cuestión) por medio de una operación de “hackeo” (si bien su definición es más amplia podemos resumir esta conducta como la de ingresar a un sistema de comunicación

en forma remota y no autorizada⁷). De esta manera al encontrarse la urna electrónica aislada de la red internet y/o de cualquier otro medio de comunicación inalámbrica como pueden ser los sistemas como el lector infrarrojo⁸ o el "bluetooth"⁹ (no menciono al sistema WI Fi por ser éste un medio de conectarse a la red internet); no existiría en principio la posibilidad de modificar en forma remota (es decir, sin manipular a la máquina) los datos allí contenidos. Con esta medida de seguridad vemos cómo se restringe al máximo cualquier posibilidad de adulteración de los datos.

Igualmente y como se señala ut infra existen otros medios de detectar y contrarrestar las prácticas fraudulentas tendientes a adulterar la voluntad popular.

⁷ Para mayores precisiones con respecto a la definición y con la actividad de las técnicas de "hacking" véase los distintos diccionarios informáticos donde en general se define al hacking, el hack y al hacker es decir a la acción en sí, al origen de la misma y al sujeto que la lleva a cabo. Recuperado de <http://www.lawebdelprogramador.com/diccionario/mostrar.php?letra=H>.

Hacking: Es la penetración directa a un sistema informático. El hacking está basado en la escalada de privilegios en un sistema como tal, se puede hacer tanto remota como localmente.

Hack: La palabra Hack viene de hachar, derribar, se refiere al golpe seco que debían dar los operarios de la máquina que se usaba en el MIT para realizar operaciones matemáticas, máquinas que cuando se bloqueaban requerían el famoso golpe seco, "quien no haya golpeado una pc que tire la primera piedra", por consiguiente hackers eran los que hacían las veces de hack, o sea los que golpeaban, por consiguiente ellos mismos se llamaron hackers, he ahí el origen de la palabra hacker, no pirata informático.

Hacker: Usuario de ordenadores especializado en penetrar en las bases de datos de sistemas informáticos estatales con el fin de obtener información secreta. En la actualidad, el término se identifica con el de delincuente informático, e incluye a los cibernautas que realizan operaciones delictivas a través de las redes de ordenadores existentes. (Ver: Pirata Informático).

Tradicionalmente se considera Hacker al aficionado a la informática cuya afición es buscar defectos y puertas traseras para entrar en los sistemas. Para los especialistas, la definición correcta sería: experto que puede conseguir de un sistema informático cosas que sus creadores no imaginan.

Un Master en programación capaz de pensar y hacer cosas como si fuera "magia". Se dice que el término de Hacker nació por los programadores de Massachusetts Institute of Technology que en los 60 se llamaron a sí mismos "Hackers", para hacer mención de que podían hacer programas mejores y más eficientes, o que hacían cosas que nadie había podido hacer.

⁸ Véase para ampliar el concepto los distintos diccionarios especializados en informática y tecnología; pero baste a los efectos de esta tesis señalar que el mencionado dispositivo tiene por finalidad la transmisión y el almacenamiento de datos.

⁹ Véase para ampliar el concepto los distintos diccionarios especializados en informática y tecnología; pero baste a los efectos de esta tesis señalar que se trata de una especificación industrial para redes inalámbricas de área personal (WPAN por su sigla en inglés) que posibilita la transmisión de voz y datos entre diferentes dispositivos mediante un enlace por radiofrecuencia. Su alcance máximo varía según el dispositivo pero puede llegar a los cien metros.

Una vez inaugurados los comicios el presidente de la mesa introduce un código utilizando un terminal -similar al utilizado por un cajero en un comercio para ingresar los datos de una tarjeta de crédito y/o débito- (que le ha sido proporcionado por la autoridad electoral) que desbloquea la máquina y procede a emitir su voto y luego continúan votando el resto de los electores -el presidente de mesa debe introducir un código previamente a que cada elector emita su sufragio, con la finalidad de desbloquear la máquina-. Una vez que se encuentra el votante frente a la urna electrónica ésta le ofrece en una primer pantalla la posibilidad de votar por un determinado cargo (en la simulación era para el cargo de intendente de una localidad rionegrina) el cual se aclara en pantalla conjuntamente con la cantidad de listas que se presentan a elección (en este caso eran nueve listas) y la posibilidad de votar en blanco (recuadro en pantalla con la leyenda voto en blanco) las cuales el votante puede seleccionar tocando en el lugar respectivo de la pantalla (recordar que la misma es sensible al tacto) una vez que ha realizado la selección se pasa a una segunda pantalla que le indica si desea votar esa opción si uno selecciona el vocablo “sí” pasa a la tercer pantalla, si selecciona el vocablo “no” vuelve a la anterior pantalla y puede así rectificar el voto.

Si se ha decidido ratificar el voto introduciendo el vocablo “sí” entonces pasa a la tercera pantalla donde se vota para elegir a los candidatos propuestos para el concejo deliberante (del mismo hipotético ejemplo) conjuntamente con la totalidad de las listas y la opción de votar en blanco, entonces el votante vuelve a elegir a la opción de su preferencia tocando la pantalla, lo cual conlleva el cambio de la misma el votante accede a una cuarta pantalla donde se le pide que ratifique o rectifique el voto por el procedimiento antes descripto.

Si el votante decidió ratificar su voto, entonces accede la quinta pantalla donde esta vez los cargos electivos propuestos son para cumplir funciones en el tribunal fiscal de la citada localidad, se

reitera el procedimiento detallado en los otros dos párrafos y en caso de ratificar su voto el votante accede a una pantalla final (la séptima en la simulación) donde éste puede ver -claramente expresado- los candidatos que ha votado y la correlación de estos con los cargos propuestos (por ejemplo: fulanito de la lista azul para intendente, menganito y compañía de la lista roja para los cargos al concejo deliberante y sultanito y compañía de la lista verde para el tribunal fiscal) así como también debajo de una “ventana protectora” se puede ver un comprobante impreso en soporte de papel el cual contiene la misma información que se lee en pantalla; finalmente el sistema le solicita al votante que ratifique o rectifique sus votos, en caso de ratificar se concluye con la votación y el citado comprobante de papel cae en el interior de la urna, actuando como un mecanismo de control interno de los valores que quedan registrados en la memoria de la urna. En caso de que el votante decida rectificar su voto debe volver a realizar los pasos descritos para votar y el papel impreso es anulado (se le agrega una leyenda en tal sentido) y también cae en el interior de la urna electrónica, a los mismos fines y efectos ya señalados.

Como medidas adicionales de seguridad, si bien la urna se encuentra sellada, en el caso que el votante decidiera violentar la misma, ya sea golpeándola y/o sacudiéndola y/o tratando de insertar algún objeto extraño en la misma; etc. esto activará una alarma lumínica en la terminal que posee en su poder el presidente de mesa.

Este mecanismo desautoriza la posibilidad de anular el voto, puesto que éste se produce cuando se introduce un objeto extraño en el sobre (conducta que por motivos obvios no se puede realizar en este método de votación).

Es importante señalar que esta operación al parecer tediosa y extensa no demora más de veinte segundos.

Mientras que en el caso de las máquinas tipo LOV el mecanismo empleado es el que a continuación se describe: se trata (mejor

dicho “se trataba” tomando en cuenta la antigüedad de la tecnología que se comenta) de una sofisticación de las herramientas utilizadas en los sistemas de votación basados en papel originados como métodos en los que los votos son emitidos y se cuentan mediante conteo manual; puesto que sin modificar el soporte en el cual se expresa el sufragio (boleta de papel) lo que hace es aprovechar la tecnología en materia de escaneo óptico y electromecánico y/o de tabulación electrónica¹⁰ para a través de los adelantos incorporados por estos (la utilización de tarjetas que se podían marcar a mano, tarjetas perforadas, etc.) agilizar el conteo de los votos. Con posterioridad esta tecnología fue evolucionando hacia una metodología en parte similar a las utilizadas por las máquinas tipo RED, en estos casos empleaban un “marcador electrónico de boletas” (sintetizado como MEB o EBM, por sus siglas en inglés) el cual permite a los votantes hacer sus selecciones usando una máquina tipo LOV con dispositivo para ingresar selección, generalmente a través de un sistema de pantalla para digitación. Estos sistemas pueden incorporar diferentes formas de tecnología de asistencia.

Respecto del sistema de recuento de votos en el caso de las máquinas tipo RED el resultado es otorgado de inmediato puesto que las operaciones realizadas (los votos emitidos) han quedado registradas en su memoria¹¹, mientras que en el método LOV, como se explicó en el párrafo precedente, si bien el conteo es más ágil que un conteo manual, es más lento que el realizado utilizando la tecnología tipo RED puesto que a diferencia de ésta

¹⁰ Matos, Ángel Luis, en “Planificación de la tarea de investigación. Etapas de una investigación estadística” donde define que “la tabulación consiste en resumir todas las operaciones anteriores, recogiendo los valores parciales, totales o acumulados mediante la lectura de posición y el acopio de cantidades correspondientes. El método electrográfico que va adquiriendo cada vez mayor difusión, permite mecanizar las operaciones de: perforación, verificación con solo hacer raya sobre la misma ficha. Para el recuento mecánico se utilizan los tipos de máquinas como: perforadora, verificadora, clasificadora y tabuladora”. Recuperado el 26/5/2010 de www.monografias.com/trabajos10/planific/planific.shtm.

¹¹ Esta característica del sistema ha sido blanco de ataques de quienes se oponen a la implementación de este sistema puesto que señalan que puede afectar el anonimato del voto y que por otra parte también destacan la posibilidad de manipulación que puede sufrir la máquina en cuestión por poseer ésta software.

no quedan registros en el sistema de las operaciones realizadas por estos, la diferencia está dada en la velocidad con que se lleva a cabo este “paso” (en el sistema RED en forma automática); por otra parte el sistema RED ofrece de la posibilidad de que este conteo de los registros impresos (o nuevo conteo en su caso) actúe como un reaseguro y/o como una ratificación de los datos obtenidos en soporte digital.

Respecto de los medios a través de los cuales se transmiten los votos, debemos diferenciar la posibilidad de emisión de los votos por medio de la red internet, de la transmisión de los resultados de la votación por esa u otra vía alternativa (vg. vía correo electrónico ya sea, previo escaneo de los certificados de escrutinio o, a través del transmisión de planillas de datos – proformas-; así como también vía fax; o más modernamente a través de las aplicaciones que permiten la realización de comunicación “punto a punto” “red de pares” o “peer to peer” como por ejemplo lo es Whatsapp, etc.).

Algunos autores¹² proponen, respecto del voto electrónico, tipificarlo según la votación realizada por tales medios se realice en forma “remota” o en forma “presencial” utilizando como criterio de distinción que en un caso se produce la presencia física del votante en el lugar de votación y en el otro no (el sufragio se transmite a través de internet o por vía telefónica por citar algunos ejemplos).

En el caso de la votación “remota” la cual se puede llevar a cabo desde cualquier ubicación geográfica, y que solamente requiere que el votante se encuentre conectado (o que pueda disponer de una conexión) a internet y/o que posea un teléfono celular (con lo cual ni siquiera es necesario la conexión a la red puesto que puede realizarse a través de un mensaje en formato SMS; aquí también cabe la aclaración ya realizada de las conexiones “peer to peer” señalada en el párrafo precedente) vemos como no era

¹² Prince, Alejandro. op. cit. p. 16.

tan alejado el concepto (y el temor) ya vertido en esta tesis respecto de que esta alternativa de votación (por el voto electrónico) que, si bien es conocida de larga data en nuestro país, resulta novedosa o al menos como una propuesta innovadora, respecto de la posibilidad de su implementación; vemos como aún este tema “novedoso” puede resultar anacrónico por el vertiginoso avance tecnológico.

Más recientemente, cuyo relato y desarrollo será tratado posteriormente en esta tesis, se encuentra la experiencia desarrollada en 2015 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ocasión de las elecciones para cubrir los cargos ejecutivos y legislativos de la mencionada jurisdicción. Si bien en este caso se trató de la implementación de la boleta única electrónica (BUE) el cual era descrito de la siguiente forma: “El sistema de Boleta Única Electrónica es un innovador sistema de sufragio que te permite seleccionar los candidatos a través de una pantalla táctil e imprimir tu propia boleta, a la vez que registra la información en el chip RFID de la misma. La votación mediante el uso de Boleta Única Electrónica ofrece más seguridad ya que permite verificar la coincidencia entre el registro electrónico e impreso del voto y permite realizar un escrutinio público totalmente controlado por los representantes partidarios. A diferencia de la urna electrónica, la máquina de votación no almacena la información de voto sino que la registra e imprime en una boleta que se deposita en la urna. De esta forma, el sistema no pretende reemplazar las ventajas del voto tradicional sino complementarlas con tecnología de avanzada, buscando disminuir el fraude electoral, fortalecer integralmente el proceso electoral y agilizarlo, tanto al momento de efectuar el voto, como así también en su escrutinio.” Y que entre sus ventajas se remarcaba muchas de las aquí señaladas respecto del voto electrónico, por ejemplo asegurar la oferta electoral garantizando la presencia de todos los candidatos; evitar la multiplicidad, y el robo, de boletas esto con el consecuente impacto en materia

medio ambiental; se requiere un menor espacio físico para su implementación, agiliza y facilita el escrutinio; etc.

Experiencia que, pese a encontrar una tibia resistencia a su implementación¹³, siendo uno de sus abanderados uno de los principales candidatos en esos comicios¹⁴, luego del éxito obtenido por la misma dispuso las dudas que había respecto de su implementación y allanó el camino para su continuidad (y en gran medida abrió una ventana de oportunidad para las TIC´S).

¹³ Este tema será desarrollado en el apartado señalado en el texto, sin perjuicio de adelantar que mayormente se fundaba en la conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán el cual rechazaba su implementación por la imposibilidad (siempre según esta óptica) del ciudadano común de poder controlar la fidelidad del sistema para con la voluntad popular en razón de las características técnicas que éste posee.

¹⁴ Me refiero a Martin Losteau quien esgrimió los argumentos del Tribunal Constitucional Alemán y que ante el éxito de la BUE hizo un replanteo de su postura, en una confirmación de lo que el "public choice" señala respecto de los políticos y sus intereses, no como una crítica a estos sino como una descripción objetiva del común denominador que los aglutina, es decir el "acceso al poder, la permanencia en éste y la posibilidad de ocupar cargos de mayor relevancia".

III – IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA

Experiencias en Argentina

En Argentina se han realizado algunas experiencias en la materia las cuales serán detalladas ut infra pero, previo a ello, se debe mencionar que sin duda, para el desarrollo de estos “casos piloto”, en materia de “voto electrónico” en las distintas jurisdicciones que se han llevado a cabo han sido de gran utilidad ciertas características y/o ventajas propias del federalismo como lo son el hecho de que cada jurisdicción pueda actuar como un “laboratorio de ideas”¹⁵ en el cual se pueda cotejar las bondades y los desaciertos de los proyectos bajo análisis sin incurrir en las “deseconomías de escala” que podría llegar a provocar un proyecto (fallido en cuanto a sus objetivos) a nivel nacional.

Experiencias que se desarrollarán a continuación y a través de las cuales se podrán apreciar los avances que ha tenido el “voto electrónico” en sus distintas facetas -como se analizará en el capítulo pertinente- y formas de implementación en las distintas jurisdicciones que han sido pioneras (al menos en el ámbito local) en la materia.

Siendo los casos pioneros en nuestro país los de las provincias de Tierra del Fuego, Buenos Aires y Mendoza, a los que se han sumado más recientemente experiencias en Rio Negro, Córdoba y Salta.

El experimento en Tierra del Fuego se inició en 1994 con la digitalización del padrón, tarea que fue culminada en 1995 (y que obviamente es actualizada, puesto que al culminación alude a la adecuación al formato digital); que continuó en las elecciones de 1999 con la transmisión de datos de los resultados electorales a

¹⁵ Véase para ampliar tales conceptos la obra de Sola con relación a la temática específica que se haya diseminada en distintas publicaciones del autor mencionado, por ejemplo “Constitución y Economía”; “Tratado de Derecho Constitucional”; “El Control Judicial de Constitucionalidad”.

través de medios informáticos, concretamente al hecho de volcar la información contenida con los certificados de escrutinio en un programa especial (diseñado por el centro de informática del poder judicial de la provincia) el cual luego de verificar la coherencia de las sumas emitía un ticket, el cual era enviado al centro de cómputos (el cual se agregaba a las actas y a los votos al momento de realizar el escrutinio definitivo), lo cual agilizaba la transmisión de los mismos y mejoraba sustancialmente la calidad de estos (de los datos) los cuales eran (en esa época) remitidos vía fax.

Siendo estos los pasos previos para la elección provincial municipal de 2003 en la ciudad de Ushuaia en la cual el voto electrónico hizo su aparición exitosa por cierto. Votaron en esos comicios alrededor del 68% del padrón electoral conformado por 72.500 electores; fueron utilizadas 105 urnas electrónicas y 25 impresoras (utilizadas a los fines de imprimir los comprobantes de seguridad).

Como se podrá apreciar la cantidad de impresoras utilizadas para realizar este mecanismo de segundo control, la llamada "cláusula Mercury", fue insuficiente respecto de la cantidad de urnas, por lo cual se decidió realizar un sorteo para imputar cada una de las impresoras a una determinada urna. Cuando finalizaron los comicios y se realizó el cotejo entre los datos proporcionados por las urnas electrónicas; y los proporcionados en soporte de papel por las impresoras de respaldo una coincidencia absoluta entre los mismos, lo que logro que los veedores electorales unánimemente decidieran cerrar sin observaciones la verificación del proceso.

Finalmente, lo destacable de esta experiencia fue la muy buena recepción que tuvo en el electorado, por la facilidad para votar e individualizar las distintas alternativas; la velocidad con se pudo obtener el resultado en una hora se pudo cerrar el escrutinio provisorio y remitir los citados datos; y al hecho que de las 105

urnas una sola no funcionó al momento de la apertura del comicio y debió recurrirse a la copia de seguridad.

En Buenos Aires se realizó una experiencia piloto en una de la circunscripciones menos pobladas de la provincia (la séptima circunscripción que se encuentra en el centro de la provincia) y limitando tal experiencia al padrón de extranjeros (aproximadamente unos 5.000 electores).

La misma fue motivada en virtud del convenio que se suscribió con el gobierno de la República Federativa del Brasil (el cual proveyó las 36 urnas electrónicas utilizadas en los comicios, además de su experiencia y conocimiento en la materia) a los fines de difundir el método empleado en este país respecto del voto electrónico.

Los motivos por los cuales se realizó esta experiencia en esta jurisdicción, obedecen al hecho de que la misma, como se dijo, no está muy densamente poblada (compuesta por poblaciones semi-rurales mayormente), que tampoco registraba antecedentes de violentas o rípidas disputas electorales.

En la elección participaron sólo 1000 de los electores habilitados para hacerlo pero la experiencia fue sumamente positiva por su agilidad y confiabilidad, los datos totales de la circunscripción fueron obtenidos (y remitidos vía redes públicas con firma digital para autenticar los mismos) a sólo treinta y ocho minutos de finalizada la votación.

Por otra parte los electores en promedio tardaron en votar aproximadamente 30 segundos, a pesar de que la boleta contenía cuatro cuerpos y que el sistema facilitó, como se vio en el escrutinio, el corte de boleta.

Un dato que reafirma la agilidad y sencillez del sistema fue que el 60% de estos electores era mayor de cincuenta años.

En el caso de la provincia de Mendoza las primeras experiencias (en los años 2004 y 2005) no fueron realizadas en torno al calendario electoral sino que estuvieron vinculadas a festividades de gran tradición (y repercusión) en la provincia cuyana y a nivel

nacional como lo son la Fiesta Nacional de la Vendimia y la elección de la Reina de la Nieve; luego se realizaron otras experiencias tanto de entidades de gobierno como de organismos no gubernamentales.

Si bien, en el caso de la provincia de Mendoza, se trató en todos los casos reseñados de elecciones no obligatorias (en relación a la participación ciudadana) la importancia de las mismas está dada por los datos que fueron extraídos de estas experiencias; en las cuales se consultó a los votantes sobre el nivel de dificultad que implicaba este mecanismo de votación, y en ambos casos (los datos consultados son los obtenidos de las citadas elecciones realizadas en las festividades mencionadas) la respuesta fue casi unánime de que el sistema era fácil de usar. Y con respecto a la consulta de si preferirían utilizar el método de votación electrónica en los comicios políticos venideros, la respuesta también fue casi unánime; pero debo destacar que de la fuente consultada (y citada) se resaltaba que el pequeño porcentaje que se oponía a su implementación (un 3% del total consultado) eran jóvenes y profesionales vinculados y/o con formación en materia tecnológica.¹⁶

Mención aparte, por la magnitud de la experiencia, merecen los comicios correspondientes al año 2015 que fueron realizados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; comicios en los cuales estaban en juego nada más y nada menos que la jefatura del gobierno porteño, así como también la integración y composición de la legislatura local y de las autoridades comunales.

En este caso se empleó el sistema de boleta única electrónica (denominado BUE) cuyas principales características ya fueron explicadas precedentemente.

El sistema implementado, aunque rudimentario, demostró ser una valiosa herramienta de modernización, más si se tiene en cuenta

¹⁶ Prince, op. cit. señalaba que se trataría más de una deformación profesional que de la existencia de argumentos objetivos para oponerse a la aplicación del e-voto. Asimismo en esta tesis se analizará que más allá de que exista o no la posibilidad latente de falsear al sistema esta causal por sí sólo no basta para juzgar o no la viabilidad del sistema propuesto.

que en esas elecciones para dirimirse el máximo cargo ejecutivo debió recurrirse para dirimir la jefatura de gobierno a la denominada “segunda vuelta” con lo cual debieron ajustarse los parámetros de configuración del sistema al breve lapso contemplado en la constitución porteña que en su artículo 96 dispone que “Si en la primera elección ninguna fórmula obtuviera mayoría absoluta de los votos emitidos, con exclusión de los votos en blanco y nulos, se convoca al comicio definitivo, del que participarán las dos fórmulas más votadas, que se realiza dentro de los treinta días de efectuada la primera votación.”

Finalmente es conveniente aclarar que, respecto de la implementación del sistema AFIS, su aplicación en nuestro país se limita a cuestiones de naturaleza penal y vinculadas con el desarrollo de la documentología, pero no ha habido experiencias vinculadas a su uso en materia electoral.

Experiencias en el derecho comparado

Existen diversas tecnologías que se han aplicado y siguen vigentes en la materia.

El voto electrónico con distintos grados de implementación y en sus distintas alternativas se implementa en Estados Unidos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estonia, Francia, Bélgica, Holanda, Irlanda, Italia, Noruega, Rumania, Suiza, Australia, Canadá, India, Venezuela y Brasil.

Si bien, como se anticipó no en todos los casos señalados, su implementación se halla generalizada a la totalidad de los comicios electorales, vemos como esta herramienta tecnológica se expande en naciones tan disímiles en lo que hace a población (densidad de la misma), nivel educativo, nivel socio-económico y cultural, ordenamiento político, cuestiones ideológicas, inserción en el mundo, nivel de desarrollo, etc.

Estonia es el país en el que el sistema de voto electrónico ha tenido mayor desarrollo y penetración en el sistema electoral,

dicho sistema es empleado tanto en las elecciones presidenciales como en las parlamentarias. Esta nación también es pionera en otra de las innovaciones tecnológicas que encuentra un grado de resistencia elevado debido a cuestiones culturales (obviamente no parte de la ciudadanía de ese país) me refiero a la utilización de los aparatos de telefonía móvil como medios de pago (siendo utilizados en forma similar a una tarjeta de crédito).

Este tema en nuestro país se ha planteado incipientemente en el marco de las actividades extra curriculares de la Maestría en Derecho y Economía, dictada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en uno de los paneles dedicados a la implementación de nuevas tecnologías como uno de los desafíos del futuro cercano en nuestro país¹⁷.

En el caso del Reino Unido y de Suiza ha sido empleado en elecciones de tipo gubernativas, así como en referéndums; mientras que en Canadá se lo ha empleado en elecciones municipales.

En los Estados Unidos se lo utiliza tanto en las elecciones primarias (al igual que en Francia) que se emplean para seleccionar los candidatos, como en las elecciones generales. Una situación similar sucede en Venezuela, la India y en Brasil.

Asimismo la votación a través de la utilización de la red internet es empleada en Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda, Suiza y Estonia.

En dirección opuesta a los ejemplos vertidos se encuentra el caso de Alemania que, en primera instancia había receptado e implementado esta valiosa herramienta para luego por los motivos expuestos por el Tribunal de Constitucionalidad Alemán, declarar inconstitucional su aplicación y volver al sistema tradicional de

¹⁷ El anuncio lo realizó un directivo de la empresa Siemens en el panel dedicado a nuevas tecnologías del cual también participaron representantes de la firmas Apple y Microsoft. Siendo la actividad principal de dichas jornadas la de realizar un debate entre los principales expositores del AED y sus principales críticos (en alusión a quienes cuestionan esta línea de pensamientos). Contando con la participación (en su carácter de expositores) de los Dres. Juan V. Sola, Enrique Zuleta Puceiro, y Ricardo Lorenzetti. Jornadas que fueron realizadas en la Facultad de Derecho de la UBA, en el año 2008.

votación por considerar que la elección no puede ser considerada un acto público, tal como la Constitución (de ese país) exige, a menos que cualquier ciudadano pueda comprender cabalmente cómo funcionan todos los pasos esenciales de la gestión de votos y determinación de los resultados, y el correcto funcionamiento de la urna pueda ser comprobado, durante y después de la elección, por cualquier persona sin conocimientos técnicos especiales¹⁸.

Implementación y puesta en marcha del sistema

Por supuesto que, para poder implementar estas innovaciones conjuntamente con el sistema de voto electrónico, se debe realizar un fuerte trabajo previo en materia administrativa, informativa, de comunicación y de capacitación tanto de los funcionarios que deben aplicar el sistema como de los ciudadanos.

Y -como todo cambio o novedad que pretende tener solución de continuidad- debe ser aplicado en forma gradual y en ese sentido es una gran ventaja el diseño institucional de nuestro país, de acuerdo a la estructura federal del mismo, lo cual posibilita que cualquier innovación en materia de regulación pueda ser probado o testeado en una y/o en varias jurisdicciones previamente a su implementación a nivel nacional o federal, de esta manera en el supuesto de ser exitosa la experiencia puede ser trasladada de la jurisdicción y/o jurisdicciones utilizadas como “laboratorio de pruebas”¹⁹ hacia el resto del país; mientras que, si la experiencia

¹⁸ Los lineamientos principales fueron los siguientes: el principio de la naturaleza pública de la elección, consagrado en el Art. 38 conjuntamente con el Art. 20, párrafos. 1 y. 2 de la Constitución, requiere que todos los pasos esenciales de la elección estén sometidos a la verificación por parte del público, siempre y cuando no haya otros aspectos constitucionales que justifiquen una excepción; y que cuando se utilizan aparatos electrónicos de votación, los pasos esenciales de la gestión electoral y de la determinación del resultado deben ser pasibles de ser comprobados por el ciudadano de manera confiable y sin conocimientos técnicos especiales.

¹⁹ Sola, Juan Vicente en: “Constitución y Economía” en su 1º edición, páginas 553 y ss. de la cuales considero pertinente citar el siguiente párrafo “(...) El federalismo evita que existan las

no es considerada exitosa, los costos de implementación de la misma son mucho menores que si hubiera sido implementada a nivel nacional.

Una vez decidida su implementación, ya sea en una o en varias jurisdicciones, el sistema puede implementarse en dos etapas, una primera donde se utilicen los medios y/o herramientas que hacen al voto electrónico específicamente hablando; y una segunda en la cual se implemente el sistema de identificación a través de las huellas digitales en lugar de los documentos de identidad. Siendo el tema central en esta segunda etapa el trabajo de recolección y compilación de las huellas digitales de los individuos habilitados para votar (electores); tarea en la puede ser de gran utilidad realizar dicha registración el mismo día de los comicios, si bien esta titánica labor deberá extenderse tanto hacia atrás como adelante en el tiempo -con relación a las elecciones me refiero- para poder lograr su objetivo²⁰; y obviamente una vez logrado éste, que es el registrar a la totalidad de los electores existentes, deberá seguir incorporando a los nuevos, pero retomando la idea de utilizar los comicios como trampolín de lanzamiento de esta medida. La ventaja de realizar la registración ese día es que en general suelen participar de los actos eleccionarios entre un 70 y un 80% de los individuos que integran el padrón total, con lo cual la posibilidad de acceder a un número que acerque a los valores que podríamos denominar de “masa crítica” es bastante elevada. Máxime si tomamos en cuenta que el

enormes deseconomías de escala que se producirían si se gobernará una sociedad compleja, extendida en el territorio y que uniera territorios poblados y despoblados desde una sola ciudad. Al mismo tiempo permite la experimentación con diferentes métodos de gobierno, con formas gubernamentales que se ajusten a condiciones locales disimiles (...)”, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

²⁰ Labor que se ha visto facilitada en los últimos años, con las distintas reformas que han sido aplicadas para la elaboración de los nuevos Documentos Nacionales de Identidad los cuales receptan los avances que han habido en materia de documentología (aparte de conformar una base de datos en el cual los individuos sean identificados por sus datos bio-métricos y no por un número único de identidad, con las ventajas que esto conlleva y que son desarrolladas en esta tesis).

realizar un escaneo óptico de las huellas digitales, en manos de un operador entrenado, demora tanto tiempo como el que se invierte en la búsqueda de los datos de la persona en el padrón de electores.

Una crítica casi refleja a la implementación en materia administrativa de esta medida está dada porque “la toma de huellas por medios de escaneo óptico demora casi un instante” ¿pero qué sucede con la carga de datos de la persona? La respuesta a este interrogante y crítica es que salvo que haya que realizar modificaciones en los registros no es necesario realizar una nueva registración sino asociar las impresiones obtenidas a los registros ya existentes, por supuesto que estableciendo como criterio de búsqueda el de realizarla por las huellas digitales (sin perjuicio que se sigan utilizando los actuales parámetros de búsqueda que no son otros que los que discriminan u ordenan por sexo, número de documento y/o por orden alfabético).

Otro cuestionamiento que suele alzarse ya contra esta clase de medidas, y ya no de índole práctica sino desde el ámbito de las garantías a los derechos individuales y los límites a las facultades del gobierno, está dado por el hecho de si algún ciudadano podría oponerse a que le sean tomadas las huellas digitales a los fines de implementar el sistema antes mencionado. Este planteamiento carece de asidero, tanto constitucional como de carácter coyuntural y/o pragmático, puesto que así como no existe argumento alguno que ampare a quien pretende negarse a cumplimentar los requisitos exigidos para tramitar un documento de identidad (por ejemplo a nadie se le ocurriría plantear como violatorio de sus derechos el requisito de que se obtengan copia de sus huellas digitales para que le sea expedido su documento nacional de identidad y/o el pasaporte nacional), no sería razonable pretender equiparar la obtención de las huellas digitales a los fines de poder mejorar el sistema de identificación de los ciudadanos, con la garantía constitucional que establece la prohibición de declarar contra sí mismo. Por otra parte estos

registros obran (actualmente) en poder del estado, salvo que se encuentran compilados en otro formato (y como se ha señalado son otros los parámetros de búsqueda en caso de ser necesaria la identificación de un determinado individuo).

En concordancia con el planteo realizado en la actualidad se encuentra vigente un procedimiento en el cual se le requiere a un ciudadano que deje la impronta de su huella digital en el padrón, sin por ello considerarse vejatorio de los derechos y garantías del ciudadano en cuestión. Este procedimiento se utiliza cuando es necesario agregar al padrón de la mesa de votación a las autoridades de mesa -me refiero al presidente y al vocal o suplente- y/o a alguna de ellas en la misma; el mismo se encuentra descrito en el “Manual de capacitación para las Autoridades de Mesa”²¹ publicado por la justicia nacional electoral, el cual se transcribe en su parte pertinente:

“(…) El presidente y su suplente serán los primeros en votar. En caso de no estar inscriptos en el Padrón de la Mesa, deben agregarse indicando su nombre, apellido, número de documento y huella dactilar del dedo pulgar derecho. Aclararán su condición de Presidente o Suplente de la Mesa y cuál es la Mesa en la que le hubiera correspondido votar. En caso de actuar en Mesa de electores de otro sexo, votarán en la más próxima correspondiente al suyo.(…)”

²¹ Deane, Nicolás y Costabella, Paola: “Manual de capacitación para autoridades de mesas electorales”, 1ra edición.—Buenos Aires: ISBN 9ra718 , - 928070-92.4 4940 4p. C. Electoral. I. Deane, Nicolás, coord. II. Costabella, Paola, coord. Página 11. Editado por el Ministerio del Interior de la Nación.

IV – OBJECIONES PLANTEADAS AL SISTEMA

Politológicas

Cuando hablamos del sistema democrático el cual se basa en la legitimidad popular, primero se suele desgranar el concepto mismo de éste y luego se analizan las alternativas y/o variables que éste ofrece, aludiendo a las llamadas “democracia directa” y a la “democracia indirecta”; cobrando en esta última clasificación notoria importancia el estudio del rol de los partidos políticos.

La democracia, como se ha señalado, implica un sistema de gobierno fundado en la soberanía popular, el cual respetando este principio rector y/o necesario (puesto que de no existir la soberanía popular no podríamos hablar de un sistema democrático) admite distintos supuestos o modelos de regímenes de esa naturaleza.

En nuestro país en el proceso constituyente que podríamos llamar originario, el cual se inició en 1853 y concluyó en 1860²², se receptó inicialmente (utilizando este calificativo dado que posteriormente como se explicara más abajo se receptaron mecanismos de participación popular propios de la “democracia directa”) el sistema indirecto, como se ve reflejado en nuestra Constitución en el artículo 1º “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal...” el cual es ratificado en el artículo 22 el cual dice “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...”; lo que a su vez resulta ratificado y profundizado por los mecanismos de elección estipulados para la elección de los funcionarios electos que integrarían los distintos poderes (en referencia a los integrantes del poder ejecutivo y del legislativo).

²² Bidart Campos, Germán: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional” 2 tomos, publicado por Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994.

Así como también es conveniente aclarar que actualmente es inadmisibles aceptar esa tradicional y autoritaria distinción entre democracia y república, en la cual la primera de ellas era vista como un mecanismo de selección de los representantes a través de la decisión popular; y la segunda aludía que bastaba que un gobierno “respetase” el esquema clásico de la división de poderes y/o de funciones²³ (es decir la existencia de los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial) para ser encuadrado como una república, con lo cual se llegaba al absurdo de admitir que un gobierno de tipo autoritario podía encuadrarse como un gobierno “republicano” como si la sola forma jurídica bastase para suplir la competencia de los poderes, que obviamente es inexistente en un gobierno como el criticado en este supuesto, puesto que el poder, en vez de emanar de la soberanía popular (con la consecuente fragmentación esperable y/o falta de uniformidad al momento de pronunciarse) emana de una única autoridad que toma para sí la suma del poder público, y parafraseando a Loewenstein²⁴ (en su conocido ejemplo sobre los distintos tipos de constitución, las que diferenciaba entre normativas, nominales y semánticas) más allá del “ropaje” con el que pretenda cubrir esta situación.

Pero continuando con el tema planteado, recién en el proceso de reforma llevado a cabo en 1994, se receptaron en nuestra norma fundamental mecanismos de participación popular más cercanos conceptualmente hablando a la llamada democracia directa, haciendo alusión obviamente a los derechos de iniciativa y de consulta popular enumerados en los artículos 39 y 40 de la CN. Si bien debe reconocerse que estos mecanismos de participación popular ya habían sido acogidos dentro de nuestro sistema (sino por citar sólo unos ejemplos baste recordar el referéndum de 1984 sobre el canal del Beagle; o la consulta popular llevada a cabo en

²³ Véase crítica realizada por Sola –que si bien se ha extendido en varias de sus obras- haré hincapié en la reseñada en el capítulo X titulado “El Gobierno” del Manual de Derecho Constitucional, obra citada en la bibliografía de esta tesis.

²⁴ Loewenstein, Karl: “Teoría de la Constitución” p. 215. Ed. Ariel, Barcelona, 1979.

la provincia a de Buenos Aires en 1990 a los fines de introducir reformas en la constitución provincial), lo cierto es que tuvieron expreso reconocimiento en ocasión de llevarse a cabo la mentada reforma.

También se analizará cómo muchas de las principales objeciones o cuestionamientos al desenvolvimiento y desarrollo de las “democracias directas” están fundadas en cuestiones de índole técnica (que según sus detractores tornan imposible su operatividad) y no al concepto en sí de las mismas, el cual es visto como un “sistema utópico”, precisamente por los citados cuestionamientos técnicos.

En ese sentido (aludiendo al carácter utópico del sistema), no podemos dejar de mencionar que los estudiosos de la materia veían a esta alternativa de sistema de representación solamente como un antecedente histórico al rememorar a la primigenia y primitiva democracia asamblearia griega; y señalaban que modernamente solamente era receptada esta práctica de gobierno en algunos de los cantones suizos, donde presuponían que el sistema era exitoso por -entre otros motivos- el bajo grado de conflictividad de la sociedad en cuestión, el elevado nivel de vida de la misma, la longeva tradición por el respeto de las instituciones, el elevado acatamiento de las normas, y por lo reducido de las poblaciones de los mismos.

En ese orden de ideas Núñez Miñana²⁵ señalaba con acierto “...en una democracia “directa”: todos los votantes participan directamente en cada una de las decisiones. En una democracia moderna, excepto muy pequeñas comunidades locales o algunos asuntos especiales sometidos a referéndum o plebiscito, las decisiones son adoptadas a través de un sistema “representativo”: los ciudadanos eligen periódicamente representantes, y son éstos los que se reúnen habitualmente para tomar las decisiones (art. 22 de la Constitución Nacional)...”

²⁵ Núñez Miñana, H.: “Finanzas Públicas” 2º edición actualizada, Ed. Macchi, Buenos Aires 1998, p. 81.

Es decir las principales objeciones que se le realizan a la “democracia directa” son las de su falta de gobernabilidad por los elevados costos de transacción que debe afrontar este sistema de gobierno al tener que plebiscitar sino la totalidad por lo menos la mayoría de sus acciones de gobierno; así como se hace mención a su potencial inestabilidad a consecuencia de los vaivenes coyunturales que toda gestión de gobierno implica.

Sin embargo no ha sido cuestionado este sistema desde otras facetas, puesto que en el hipotético y probable caso que el factor tecnológico posibilite que se pueda gobernar mediante este sistema. No se ha tomado en cuenta, así como señale que tampoco fue cuestionado, que más allá de la posibilidad de que el sistema pueda ser viable no se ha considerado que las distintas preferencias de los individuos tornan poco probable, o siguiendo al planteo realizado por Arrow²⁶ tornan imposible, que a estos les

²⁶ Arrow, Kenneth: “Elección Social y Valores Individuales” Ed. Planeta, 1994. Donde el citado autor demuestra a través del (que después fuese llamado en su honor) “Teorema de la Imposibilidad de Arrow” la paradoja de la votación que había sido formulada por el matemático Condorcet en el siglo XVIII. En ella plantea que de la suma de las curvas de utilidad individual (preferencias individuales) no se podrá obtener una única curva de utilidad social (preferencia social), al menos si se respetan una serie de condicionamientos y/o características las cuales son las siguientes: 1) la unanimidad o el postulado de Pareto: si las preferencias de un individuo no son opuestas por las de otro individuo, estas preferencias serán respetadas por el orden social; es decir este orden social preferirá cualquier cambio que mejore al menos la situación de un individuo sin empeorar la de ningún otro; 2) regla de no dictadura o no dictatorial: ninguna preferencia será la preferencia social si es opuesta por otros individuos, sin ser relevante lo importante que pueda ser el tema para el individuo que la plantea no puede este imponer sus preferencias al resto de la sociedad; 3) extensión: admite este supuesto cualquier orden de preferencias; 4) independencia de las alternativas irrelevantes: al momento de decidir entre dos alternativas las elecciones deberán basarse en las preferencias relativas a estas alternativas, y no respecto de sus opiniones respecto de otras alternativas que no son votadas en ese momento. Esto en razón de tratar de evitar el comportamiento estratégico de los votantes, el cual suele distorsionar el verdadero interés de estos; y 5) transitividad: que el orden social resultante de la votación sea estable y consistente de todas alternativas.

Paradoja que se puede explicar en términos simples con el siguiente ejemplo si tomamos tres individuos los cuales a su vez deben establecer a través de una votación a dos vueltas el orden de preferencias que los va a regir respecto de las tres alternativas disponibles (pudiendo, aunque no es una condición necesaria para realizar la demostración, definir cada una de estas alternativas, por ejemplo que las preferencias a ordenar por los individuos sean las de preferir gastos en salud o en educación o en seguridad); y lo plasmamos en un cuadro de doble entrada donde 1, 2 y 3 representan tanto a los individuos como a sus distintos órdenes de preferencia (por ejemplo el individuo 3 prefiero el orden de alternativas “CAB” donde C es el primer preferido y así sucesivamente hasta llegar a B la alternativa menos preferida); y al ser un cuadro simétrico es irrelevante definir si los votantes y los **órdenes** de preferencias se ubican en la filas y las columnas o viceversa, precisamente por la simetría comentada; mientras que A, B y C representan las alternativas a ordenar.

interese desempeñar las funciones propias de los representantes, puesto que no a todos los individuos les interesa las cuestiones vinculadas a los liderazgos políticos.

Por ende, podemos suponer que el mayor beneficio que puede aportar este sistema es el poder reflejar con mayor exactitud las preferencias de los individuos, y obviamente por sus características el poder estrechar el margen de discrecionalidad que suelen poseer los representantes en su accionar (por ejemplo al poder premiar o castigar el menor o mayor grado de alejamiento de la promesas vertidas en el proceso electoral), pero paralelamente acrecentaría su legitimidad (me refiero a la de los representantes).

Siendo el interés principal de este análisis -más allá de lo ya de por si interesante de la temática discutida- el de poner en evidencia como los medios tecnológicos (y obviamente su constante evolución) pueden refutar ciertas premisas dogmáticas, y generar profundos cambios en los distintos sistemas con los cuales interactúen. Puesto que la innovación tecnológica dentro de los factores de producción es aquella que permite aún en el corto plazo la realización de profundos cambios estructurales.

Yendo a la votación vemos que como ya se adelantó la misma se realizará por pares -puesto que de realizarse en una única votación inevitablemente concluiría en un triple empate- por lo cual el sujeto (votante) que decida el orden de la votación (o sea sobre que pares de alternativas se enfrentarán en la primera votación, de la cual obviamente habrá una vencedora que se enfrentará a la alternativa restante en la segunda y final votación) tendrá asegurado el triunfo de la misma; siendo indistinto el mismo, puesto que puede ser el vencedor tanto el individuo 1 como el 2 o el 3; bastándole a cada uno de estos para obtener el triunfo optar porque en la primera votación se enfrenten las alternativas sostenidas por los otros dos individuos, y apoyar en la misma a quien por su orden de preferencias no lo apoyaría en la votación final (Vg. al individuo 1 en la votación final no lo apoyaría el individuo 2; al 3 –en caso de que este decidiera el orden de votación- no contaría con el apoyo del individuo 1 en la votación final, etc.).

	1	2	3
1	A	B	C
2	B	C	A
3	C	A	B

Cuadro de doble entrada que grafica la explicación más arriba reseñada.

Véase también para un mayor análisis del tema las obras de Sola “Constitución y Economía” y “Finanzas Publicas” de Núñez Miñana ambas citadas en la bibliografía de la presente tesis.

Conductas fraudulentas en los comicios

Puesto que así como se han observado al sistema basado en el voto electrónico algunas falencias en materia de seguridad con respecto a la posibilidad de ser violentado por vía del fraude electoral, no menos cierto es que el fantasma del fraude ha sobrevolado la totalidad de los sistemas de votación que han sido ideados.

No existe, al menos hasta la fecha, sistema alguno que sea invulnerable a la posibilidad de manipulación; sobran ejemplos en nuestra historia de la utilización de estas malas prácticas a los fines de adulterar la voluntad popular, desde la intimidación física del votante cuyo momento cúlmine se produjo cuando el sufragio no revestía el carácter de secreto (obviamente esta característica no subsana por sí sola a tan reprochable práctica), así como de las innumerables artimañas de que se han valido algunos agentes inescrupulosos del proceso electoral para obtener provecho.

Abundan en nuestra historia (aunque no son monopolio de nuestro país tales hábitos) ejemplos que demuestran cómo los distintos sistemas han sido violentados, y cómo a su vez estos sistemas eran perfeccionados para evitar estas prácticas.

Desde la intimidación de los conservadores para manipular el voto de los pocos que se encontraban habilitados para votar allá por finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, donde era habitual rectificar o corregir la intención de voto del votante a punta de pistola literalmente hablando; o la retención de los documentos (y sus titulares) para “asegurar” el resultado de la contienda electoral²⁷ hasta la manipulación arbitraria en el diseño y composición de las circunscripciones y/o distritos electorales (en

²⁷ Recordemos que en esa época aún no regía la ley 8.871 general de elecciones, sancionada el 10 de febrero de 1912 y denominada comúnmente “Ley Sáenz Peña” de sufragio universal, secreto y obligatorio. Es muy ilustrativo en este sentido el ensayo sobre la Ley Sáenz Peña publicado en web Centro de Estudios Macroeconómicos de la Argentina (CEMA) Recuperado de www.ucema.edu.ar/.../LaLeydeSufragioUniversalSecretoyObligatorio/sec3.PDF.-

general se recuerdan las elecciones porteñas en la década del 50' y al presidente Juan D. Perón como al artífice de tal maniobra, olvidándose "injustamente" del gobernador del estado de Massachusetts Elbridge Gerry quien recurrió a ese ardid casi un siglo y medio antes, para tratar de asegurar la victoria de su partido en las elecciones estatales de 1812 para ser más precisos).

Pasando por los oscuros períodos de gobiernos autoritarios que realizaban la pantomima de procesos eleccionarios para tratar de legitimar su origen infame, hasta las prácticas llevadas a cabo más recientemente en nuestra historia donde se han denunciado, si bien es justo reconocer, que en la generalidad de los casos no se han probado la realización de estas maniobras ilegales, varias de las prácticas utilizadas a los fines de desvirtuar los resultados de los procesos electorales.

A efectos de clarificar y de demostrar cómo a pesar de la supuesta sencillez con que se pueden implementar los distintos mecanismos de control en los sistemas de votación actuales, aún es posible afectar el resultado de los comicios.

A tales fines realizaré una enumeración de las conductas fraudulentas más comunes en la materia:

Compra de votos

Como su nombre lo indica es la práctica ilegal a través de la cual se intenta obtener por medios económicos (ya sea el pago en efectivo, en especies, a través de presiones económicas como por ejemplo mantener un empleo y/o una concesión pública, etc.) la captación de voluntades políticas que de otra forma el "comprador" de los votos no cree posible obtener o, simplemente para asegurarse un determinado resultado.

Voto cadena

Este mecanismo es producto de un refinamiento de la llamada compra de votos, el problema que tenía esta práctica era que el “comprador” no podía cerciorarse de que el “vendedor” efectivamente había votado por la lista que éste le hubiera indicado, por supuesto que existían algunos indicadores de la “fidelidad” del “vendedor” como lo eran los resultados del comicio (el “comprador” en principio conocía el piso de votos con que contaba); o la posibilidad de “marcar el sobre” del votante “vendedor” operación que se llevaba a cabo realizando (el fiscal de mesa del partido del “comprador”) una firma distinta a la realizada anteriormente, ya sea en tamaño, ubicación, distinto trazo producto de un cambio de lapicera, etc. pero como se habrá dado cuenta el lector el inconveniente de estos mecanismos de control es que son ex post y no ex ante, por lo cual el “comprador” no podía asegurar el recupero de su “inversión” de esta preocupación es que surge el “voto cadena” el cual puede llevarse a cabo bajo dos modalidades con un sobre apócrifo (aquél que no es firmado por las autoridades de mesa y por los fiscales de la misma) o con un sobre auténtico (aquél suscripto por los individuos antes mencionados) hurtado de la mesa donde va a votar el “vendedor” del voto.

Esta práctica funciona de la siguiente forma para el caso del sobre apócrifo el “comprador” del voto le da un sobre cerrado de las características ya señaladas al “vendedor”, dicho sobre en su interior posee la boleta del partido político del comprador, éste lo oculta entre sus ropas y se presenta en la mesa de votación allí le darán un sobre vacío y auténtico (según la definición ya explicada) el cual el “vendedor” retendrá, ingresa al cuarto oscuro donde puede cambiar los sobres sin ser percibido por las autoridades de mesa, sale del mismo y deposita en la urna el sobre apócrifo; guardando para sí el sobre auténtico el cual debe entregar al “comprador” para que éste repita la operación, asegurándose ex ante la “fidelidad” del “vendedor”. Al momento de realizarse el escrutinio provisorio, si el sobre apócrifo es detectado, puede

recurrirse el mismo, lo cual en principio no basta para impugnar la mesa (de votación) puesto que el código electoral habilita un margen de error de más o menos tres (en algunas elecciones esta cantidad en más o en menos se elevó a cinco) sobres de diferencia entre los sobres y las boletas existentes en la urna. Por otra parte las autoridades de mesa y los fiscales que no han tenido vinculación con la maniobra pueden imputar el hecho a un error producto del cansancio, y a pesar de percatarse del sobre apócrifo (no de la condición de apócrifo, sino del sobre distinto a los demás -en sus rúbricas-) pueden no recurrir el voto admitirlo como válido; por otra parte las autoridades de mesa así como los fiscales no partícipes tampoco tienen conocimiento si tal situación se ha producido en otras mesas de votación, al menos ex ante, por lo cual no tienen a priori motivos para sospechar de tal irregularidad.

El procedimiento con el sobre “auténtico” hurtado es similar salvo que al momento del escrutinio, no se percibe ninguna anomalía.

Suplantación de identidad a través de la utilización de un documento apócrifo

Esta conducta, así como otros delitos electorales, se haya descriptas en el título VI, capítulo II del Código Electoral Nacional (siendo el plazo de prescripción el dispuesto en el título X del libro Primero del Código Penal de la Nación, titulado “Extinción de Acciones y de Penas” dicho plazo no podrá ser inferior a dos años) el cual prevé las siguientes penas para quien incurra en tal hecho reprochado.

Artículo 137. - **Inscripciones múltiples o con documentos adulterados. Domicilio falso.** Retención indebida de documentos cívicos. Se impondrá prisión de seis meses a tres años, si no resultare un delito más severamente penado, al ciudadano que se inscribiere más de una vez, o lo hiciere con documentos apócrifos, anulados o ajenos, o denunciare domicilio falso.

Serán pasibles de la misma pena quienes retengan indebidamente documentos cívicos de terceros.

Artículo 138. - **Falsificación de documentos y formularios.** Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años a los que falsifiquen formularios y documentos electorales previstos por esta ley, siempre que el hecho no estuviere expresamente sancionado por otras disposiciones, y a quienes ejecuten la falsificación por cuenta ajena.

Artículo 139. - **Delitos. Enumeración.** Se penará con prisión de uno a tres años a quien:

- a) Con violencia o intimidación impidiere ejercer un cargo electoral o el derecho al sufragio:
- b) Compeliere a un elector a votar de manera determinada;
- c) Lo privare de la libertad, antes o durante las horas señaladas para la elección, para imposibilitarle el ejercicio de un cargo electoral o el sufragio:
- d) Suplantare a un sufragante o votare más de una vez en la misma elección o de cualquier otra manera emitiere su voto sin derecho:
- e) Sustrajere, destruyere o sustituyere urnas utilizadas en una elección antes de realizarse el escrutinio;
- f) Hiciere lo mismo con las boletas de sufragio desde que éstas fueron depositadas por los electores hasta la terminación del escrutinio;
- g) Igualmente, antes de la emisión del voto, sustrajere boletas del cuarto oscuro, las destruyere, sustituyere o adulterare u ocultare:
- h) Falsificare, en todo o en parte, o usare falsificada, sustrajere, destruyere, adulterare u ocultare una lista de sufragios o acta de escrutinio, o por cualquier medio hiciere imposible o defectuoso el escrutinio de una elección:
- i) Falseare el resultado del escrutinio.

A su vez las conductas descriptas en el Código Electoral que se encuentran transcritas ut supra encuentran reflejo en lo dispuesto en el Código Penal de la Nación en el título XII del libro Segundo titulado “Delitos contra la Fe Pública” que a continuación se transcribe en su parte pertinente.

Artículo 292. - El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado. Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

Artículo 293. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

Artículo 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

En este supuesto los individuos partícipes de la maniobra fraudulenta, lo que hacen es adulterar un documento de identidad de un elector (sustituyendo la fotografía inserta en el mencionado documento de identidad por ejemplo) y presentarse al acto electoral en lugar de este. En estos casos es muy probable que los promotores del fraude tengan conocimiento de la causal de inasistencia del elector (por ejemplo que se encuentre fallecido, imposibilitado de asistir por diversas razones, etc.).

Cambio de urnas

Como su nombre lo indica no requiere mayores explicaciones, por supuesto que puede ponerse en duda la efectividad de esta maniobra (por lo burda que es) pero es una alternativa posible. Puesto que a veces la intención del promotor del fraude no es obtener una mayor cantidad de votos positivos, sino la de neutralizar aquellas mesas, circuitos, distritos, etc. donde la voluntad popular le es adversa.

Provocar la impugnación de una urna

Como se señaló con respecto a la modalidad fraudulenta del “cambio de urnas” a veces la intención del promotor de la maniobra ilegal no es la de obtener una mayor cantidad de votos sino la de neutralizar aquellas mesas, circuitos, distritos, etc. donde la voluntad popular le es adversa para lo cual su objetivo se focaliza en impugnar la urna.

Inscripciones y/o omisiones indebidas en el padrón electoral

En esta conducta ilegal podemos advertir que el perjuicio a la fe pública es mayor dado que para su concreción requiere de la participación, ya sea por acción o por omisión (no dar de baja del padrón a individuos ya fallecidos por ejemplo) de la autoridad estatal (por ende del gobierno de turno) encargada de la confección de los padrones electorales.

Esta conducta se encuentra tipificada en el título VI, capítulo II del Código Electoral Nacional que a continuación se transcribe.

Artículo 143. - **Falsificación de padrones y su utilización.** Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que falsificare un padrón electoral y al que a sabiendas lo utilizare en actos electorales.

Con la inclusión de este breve y nefasto glosario de las prácticas ilegales en materia electoral, no se quiere echar un manto de dudas sobre la claridad de los procesos eleccionarios sino demostrar que la potencial falibilidad de los mecanismos de control no afecta a la credibilidad de los mismos. Puesto que así como no es posible “engañar” al mercado estableciendo por ejemplo precios máximos para determinados productos en medio de un proceso o etapa inflacionaria, tampoco se puede engañar al electorado y a sus representantes.

No olvidemos que los “agentes” en el proceso electoral –los partidos políticos, mejor dicho a los representantes de estos– cuentan con un factor de gran valía para detectar las posibles

maniobras fraudulentas, el cual no es otro que la experiencia y el conocimiento de las jurisdicciones, distritos y circuitos donde se desenvuelven. Es muy común que cuenten con un registro histórico de los resultados electorales²⁸, no ya discriminados por jurisdicción y/o distritos, sino discriminados por cada mesa electoral; también se debe tomar en cuenta la existencia de los llamados “distritos testigos” siendo denominados como tales aquéllos que a través de las distintas elecciones reflejan con mayor grado de fidelidad la elección producida a nivel provincial, y/o la nacional, o directamente ambas²⁹.

Otra herramienta también utilizada por los agentes políticos para combatir la posibilidad del fraude electoral es la proporcionada por la estadística, se trata de la denominada “tendencia electoral”, la cual nos permite poder estimar el resultado de los comicios, una vez conocidos los guarismos parciales de éstos (es decir una vez que se han escrutado un determinado porcentaje de los votos); en general se calcula ésta tomando determinadas mesas electorales, circuitos y/o distritos “testigos” y en virtud de los resultados allí obtenidos se analiza y proyecta cual es la tendencia electoral la cual reflejara, con una asombrosa exactitud, el resultado final de los comicios.

Para comprender mejor este concepto es conveniente citar un ejemplo práctico: si se chequean las mesas electorales, no ya de un mismo establecimiento de votación, sino de un mismo circuito electoral se observa cómo coinciden entre sí los resultados de éstas, tanto entre sí como con los resultados del circuito. Y aún en el caso de que no se trate de uno de los denominados “distritos testigos” se advierte cómo el grado de discordancia entre los resultados obtenidos entre la mesa, el circuito y la elección global es mínimo.

²⁸ Aún en el poco probable caso que no contasen con éstos (registros) los mismos se encuentran publicados en la página web del Ministerio del Interior.

²⁹ El municipio bonaerense de General San Martín es uno de los municipios denominados testigos, si uno repasa los resultados electorales en materia local –al menos desde el período transcurrido de 1983 a la fecha- va a poder apreciar como reflejan los resultados en materia provincial y en materia nacional.

Obviamente también se contempla en este cálculo la existencia de distritos o regiones con distintas tendencias, en este caso se calculan ambas por separado y luego se sopesa el peso electoral (expresado en porcentajes respecto del padrón total) de cada una éstas a los efectos de determinar cuál es la tendencia general. Por citar algunos ejemplos de distritos electorales con distintas tendencias podemos citar a la provincia de Santa Fe donde podemos agrupar por un lado a los municipios o departamentos del interior de la provincia (aquellas jurisdicciones menos pobladas) y, por otro, a la grandes ciudades de la misma, me refiero a Rosario (y su zona de influencia conocido como Gran Rosario) y a la capital provincial Santa Fe; otro ejemplo está dado en la Provincia de Buenos Aires en la cual a grandes rasgos (puesto que admite sub tendencias) se puede diferenciar claramente entre los resultados obtenidos en el llamado Conurbano Bonaerense y el interior de la citada provincia.

Asimismo, también se puede determinar la tendencia electoral una vez que se conoce un determinado porcentaje de los votos escrutados, esto sin importar si los votos se hallan o no expresados uniformemente en los distintos distritos electorales, puesto que, como se señaló en los párrafos precedentes, se sopesa en primer término la participación que cada una de esta jurisdicciones posee respecto del total del padrón electoral y luego se realiza un sencillo calculo aritmético el cual se proyecta respecto del global.

Tampoco puede dejar de señalarse la importancia de los medios masivos de comunicación, entre los cuales incluyo no sólo a los medios formales comúnmente incluidos en tal categoría sino a la red internet, que en la actualidad con su grado de desarrollo y de penetración en el mercado permite que pueda conocerse con inmediatez y casi sin limitación alguna (al menos en los países donde no se restringe el acceso a dicha red) los hechos producidos en el más remoto de los lugares.

Por otra parte también podemos mencionar las tareas llevadas a cabo por los encuestadores, ya sea las realizadas por consultoras profesionales en la materia como aquellas llevadas a cabo por encuestadores no profesionales (vg. aquellas realizadas por los partidos políticos a través de sus militantes y/o adherentes), así como las llevadas a cabo por medios alternativos como lo son los foros de discusión en la red internet, las asociaciones civiles, las distintas ONG, etc.

Con respecto a la labor de estos últimos conviene aclarar y resaltar un par de puntos que debemos tomar en cuenta. El primero de ellos, es el de la credibilidad que el electorado le asigna a las encuestas, puesto que si bien está muy difundido en el imaginario popular la sospecha de que los encuestadores tienden a beneficiar en los resultados de las encuestas a quienes contratan la realización de las mismas (tarea que puede llevarse a cabo de diversas formas pero que no hacen al objeto de esta tesis) con el doble objetivo de posicionarlo mejor al contratante frente al electorado y de seguir contándolo a éste como cliente (puesto que quienes creen que las encuestas se encuentran “diseñadas a gusto del consumidor” también suelen creer que a éste le informan los “verdaderos” datos para que pueda realizar una autoevaluación que le permita decidir los tópicos de su campaña o directamente si siguen o no en ésta).

También es notable -con respecto a la credibilidad de los guarismos reflejados en las encuestas- como cierta parte del electorado, los denominados “indecisos” (a quienes comúnmente se los denomina de esa manera por el hecho de definir su voto en última instancia y generalmente sin corresponderse éste a una filiación política determinada) definen su voto, acotándolo a aquellos candidatos que poseen mayor intención de voto de acuerdo a las encuestas (es cierto que también entre otros factores se toma en cuenta también el desempeño electoral en elecciones anteriores) y por ende mayores posibilidades de

acceso al poder, siguiendo de esta forma una estrategia de *maximin* o *minimax* como describe Rawls en su obra³⁰.

Con lo cual podemos concluir que es mayor la confianza que el electorado (y los políticos que las contratan) depositan en ellas que el posible descreimiento que puedan llegar a padecer, lo cual nos lleva al segundo punto que es la exactitud de las mismas (he aquí la importancia de la labor de los encuestadores como herramientas de control a las prácticas fraudulentas) que en un porcentaje sumamente elevado suelen reflejar el resultado de las contiendas electorales, de hecho quienes suelen dudar de la exactitud de las encuestas son aquellos candidatos que no se encuentran bien posicionados en las mismas y concedores de la importancia que el electorado les da a éstas tratan de desacreditarlas buscando sus yerros.

Una herramienta fundamental en materia de encuestas es la de poder realizarlas bajo la modalidad conocida “a boca de urna” (se realiza la encuesta una vez que el votante ya ha emitido su voto) cuya exactitud suele ser mayor a las de otros tipo de modalidades de encuestas puesto que se evita el potencial comportamiento estratégico del votante—encuestado puesto que, como ya es poco probable, al poder influenciar sobre otros votantes, el encuestado suele manifestar con un grado mayor de sinceridad sus preferencias.

Lamentablemente en nuestro país a raíz de ciertos incidentes (las elecciones del año 1999 y las controversias que se produjeron respecto del rubro de la misma que contemplaba la elección para gobernador y vice de la provincia de Buenos Aires, controversias que se hicieron extensivas a algunas jurisdicciones municipales del conurbano bonaerense respecto de la elección para

³⁰ Aludo en este caso a la obra del citado autor en forma genérica y no a una obra en particular del mismo, esto en razón de lo difundido y conocido que es el concepto de la estrategia maximin que no es otra que optar por aquella alternativa cuyos resultados mínimos son más elevados que los resultados de las demás opciones (el máximo de los mínimos de ahí la palabra maximin).

intendentes³¹) se prohibió a través de una reforma del código electoral la difusión de los resultados de las encuestas realizadas bajo esta modalidad hasta que hayan transcurrido tres horas de la finalización de los comicios (medida que es incomprensible y que no nos permite entender cuál es el beneficio de limitar el acceso a la información de una herramienta tan valiosa que posibilita ejercer más efectivamente el contralor ciudadano sobre un acto fundamental de la convivencia democrática como lo es el proceso de elección de los representantes).

Así pueden observarse, en los posibles sistemas de control o reaseguro del sistema, la posibilidad de que se produzca (o al menos que pase desapercibida) una situación fraudulenta es mínima, al menos a gran escala.

Pero principalmente lo que me interesa destacar en este punto es cómo evitar que se produzca en mínima escala, el fraude o la

³¹ Durante las citadas elecciones se difundieron datos apenas concluidos los actos comiciales los cuales daban como triunfadores en los comicios electorales para gobernador y vice a la fórmula integrada por Graciela Fernández Meijide y Melchor Posse de la Alianza por el Trabajo, la Justicia y la Educación por sobre la integrada por quien resultaría electo gobernador en esos comicios me refiero a Carlos Ruckauf quien integraba la fórmula justicialista conjuntamente con Felipe Sola. Tal yerro no se debió a un error en las encuestas (las cuales eran respaldadas por los datos aportados por los fiscales partidarios de la citada Alianza a través de las copias de las actas electorales), sino en el hecho que los encuestadores (y más gravemente los representantes y apoderados de la citada Alianza) no habían tomado en cuenta la maniobra electoral realizada por el justicialismos en concordancia con la UCEDE en la cual esta última fuerza política llevaba los mismos candidatos para cargos ejecutivos que las listas justicialistas. Como resultado de esta maniobra que emulaba el funcionamiento de la “ley de lemas” (prohibida en la provincia de Buenos Aires) la fórmula justicialista paso de perder la contienda electoral por cuatro puntos porcentuales a triunfar por un ajustado margen sobre la fórmula de la Alianza gracias a que la UCEDE obtuvo alrededor del cinco por ciento de los votos (el hecho de que el justicialismos desdoblara sus candidaturas en dos listas –lo cual contrariaba el marco jurídico de la materia- es señalado como el motivo que indujo al error de los encuestadores). Esta situación se replicó en varios municipios del conurbano bonaerense entre ellos La Matanza, Tres de Febrero, Lanús, etc.

Otra situación que provocó que se alzarán críticas contra esta modalidad de encuestas fue un poco más risueña que la anteriormente comentada (también se produjo en el mismo proceso eleccionario) y fue el caso en que el electorado (al menos el encuestado) del partido bonaerense de San Miguel manifestó que había votado mayoritariamente a los candidatos de la Alianza tanto en el ámbito nacional, provincial y municipal, siendo esto cierto sólo en los casos nacionales y provinciales, puesto que había un marcado “corte de boleta” a favor del candidato Aldo Rico del MODIN, en lo que se refería a las elecciones municipales, quien fue electo como intendente. Los encuestadores justificaron su error en este caso en lo que se denominó como el “factor vergüenza” puesto que al votante mediano del citado municipio le daba vergüenza reconocer públicamente que había votado al candidato del MODIN, dado el contexto coyuntural del momento político vivido y al pasado autoritario y golpista del candidato de este, máxime teniendo en cuenta la contradicción notoria entre las ideas de una y otra fuerza política.

situación fraudulenta que pasa inadvertida a la mayoría de los sistemas de control reseñados anteriormente, con excepción del control realizado por los partidos políticos y más específicamente hablando de los grandes partidos políticos (no necesariamente de masas pero si aquellos que en general obtienen espacios de representación en los distritos en los cuales compiten y/o participan).

Puesto que la posibilidad de adulterar los resultados electorales en una mínima escala, en parte, es imputable a un sistema que con excusa de la seguridad del doble control tiende a ser ineficiente y, en vez de aportar claridad al sistema, aporta incertidumbre, me refiero al sistema de escrutinio utilizado en nuestro país, que se divide en dos etapas, la primera de ellas la del escrutinio provisorio que tiene lugar una vez concluido el horario de votación cuando se procede al conteo de los sufragios y se remiten los certificados de escrutinio al comando electoral; y una segunda etapa que es la del escrutinio definitivo llevada a cabo ante la junta electoral de cada distrito (provincial) en el cual se realiza el recuento de los sufragios, y que en general suele modificar en unas pocas décimas el resultado de las elecciones.

Veamos a continuación una breve síntesis publicada por el Ministerio del Interior de la Nación³² a los fines de que el lector comprenda más cabalmente las diferencias existentes entre el escrutinio provisorio y el definitivo:

“Recuento Provisional de Votos

Mediante este procedimiento, contemplado en el Código Nacional Electoral (art. 105 y 108), los datos de los telegramas conteniendo los resultados de cada una de las mesas electorales del distrito en que se celebren elecciones son transmitidos, ingresados al sistema informático, y procesados en el orden en que llegan a cada centro de carga de datos.

Incorporados los datos electorales, se difunden a través de los medios de comunicación y en la Internet en tiempo real, esto quiere decir que el gobierno,

³² Recuperado de www.mininterior.gov.ar/informacion/result_elec_escrut.htm el 24/5/10.

la justicia, los partidos políticos y los ciudadanos acceden a la información en forma simultánea y sin tratamiento comunicacional alguno.

Fiscales informáticos de los partidos políticos tienen acceso al software utilizado y supervisan todas las etapas de esta actividad.

Escrutinio Definitivo

Con posterioridad al cierre del acto electoral, y hasta las 48 horas siguientes a la elección, cada Junta Electoral Nacional admitirá reclamos sobre vicios en la constitución y funcionamiento de las mesas o contra la elección, únicamente por medio del apoderado del partido impugnante, por escrito y acompañando o indicando los elementos probatorios cualquiera sea su naturaleza, bajo apercibimiento de desestimarla.

Pasado ese plazo, la Junta Electoral Nacional efectuará el escrutinio definitivo en forma ininterrumpida el que consta de: examen del acta respectiva para verificar su autenticidad y la ausencia de defectos sustanciales de forma; consideración de las protestas; operaciones aritméticas de los resultados; decisión sobre los votos recurridos.

De hecho y de derecho, entonces, el escrutinio definitivo consiste en resolver los votos impugnados o recurridos en el caso que los hubiera y sumar los resultados consignados en las actas que no fueran cuestionadas.

En este sentido la norma del artículo 113 del Código establece taxativamente que se tendrá por válido el escrutinio de mesa que se refiera a los votos no sometidos a su consideración, encontrándose inhibida para revisar de oficio el recuento efectuado en una mesa cuando respecto de ella no se hubiera planteado alguno de los tipos de protesta permitidos por la ley y formuladas en los plazos previstos.

En los casos en que no hubiere acta de elección de la mesa o certificado de escrutinio firmado por las autoridades del comicio y dos fiscales por lo menos, la Junta podrá, de oficio o a pedido de parte legitimada, declarar nula la elección o efectuar el escrutinio nuevamente. Asimismo, declarará nula la elección cuando la documentación hubiera sido maliciosamente alterada o cuando el número de sufragantes consignados en el acta difiriera en cinco sobres o más del número de sobres utilizados y remitidos por el presidente de mesa.

Finalmente, la Junta sumará los resultados de las mesas ateniéndose a las cifras consignadas en las actas, a las que se adicionará los votos que hubieren sido recurridos y resultaren válidos y los indebidamente impugnados y declarados válidos”.

Esta, en apariencia insignificante, modificación del resultado electoral que en general es imputada al error humano producto de la inexperiencia, del cansancio -debido a lo extensa jornada- o a un error de criterio de las autoridades designadas para el acto electoral, en general trae aparejada una modificación de la conformación de los cuerpos legislativos y de los cuerpos consultivos de los departamentos ejecutivos (concejos deliberantes municipales).

Cuántas veces hemos leído en los diarios, una vez que se ha realizado el escrutinio provisorio, que tal agrupación política contaría con tal o cual número de representantes, o que tal agrupación minoritaria ha logrado acceder al piso establecido para acceder a una banca; y luego con posterioridad nos enteramos que tal hecho no ha sucedido.

Con esto no pretendo sembrar dudas sobre la honestidad y probidad de los funcionarios y agentes políticos que participan del escrutinio definitivo sino sobre un procedimiento que por contradictorio con el hecho de brindar publicidad y transparencia al acto electoral lo tiñe de suspicacias -que podrán ser inmerecidas, pero que sería más conveniente que no existiera el motivo que da origen a las mismas-.

Así como tampoco es constitucionalmente aceptable pretender sesgar la etapa de revisión que todo acto debe contar para asegurar su mayor transparencia, pero la misma debe obedecer a cuestiones fundadas y si bien ha de ser amplia e integral (a la revisión me refiero) su tratamiento debiera ser el de una excepción y no el de una regla general.

V – ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En primer término debemos definir las implicancias y características de esta línea de pensamiento, así como sus valiosos aportes a las distintas materias con las que interactúa, las cuales serán analizadas más abajo en este capítulo, tomándose como base, para esta breve reseña los argumentos vertidos en el programa y en los objetivos de la presente Maestría en Derecho y Economía³³.

Partiendo de la premisa que el AED considera que el derecho y la economía interactúan en una variedad de temas. Señalando por ejemplo que el derecho privado regula acuerdos concluidos entre los individuos o grupos dentro de una economía de mercado y el derecho público intenta corregir algunas consecuencias del sistema de mercado a través de la regulación de la economía y de la sociedad. Y advirtiendo que muchas veces los resultados obtenidos pueden ser diferentes a los esperados por el legislador. Siendo la manera de evitar este tipo de fracasos que los economistas conozcan el ambiente normativo en el que se desarrollan las actividades económicas, y al mismo tiempo, que los juristas sepan reconocer los efectos económicos concretos del régimen jurídico, ya sea el que se origina en el proceso legislativo como el de las decisiones judiciales.

Haciendo hincapié, esta línea de pensamiento, en que las normas jurídicas deben preocuparse tanto por la distribución equitativa del ingreso como por la eficiencia. Los fundamentos dados por la teoría económica deben seguir dos pasos, primero el ingreso debe ser redistribuido de la manera más deseable y justa; segundo los recursos atribuidos de la manera más eficientes preferentemente en respuesta a las fuerzas de la competencia. La redacción de normas prudentes deben ser el resultado de

³³ Estos argumentos han sentado las bases de la citada maestría, así como han servido como base conceptual para plantear la importancia del objeto bajo estudio tanto ante las autoridades de la alta casa de estudios donde se dicta como así también respecto de aquellas que integran la CONEAU.

considerar ambos objetivos y no solo la eficiencia, esto constituye una tarea formidable³⁴.

La fiabilidad del voto electrónico

Cuando hablamos de asimetría de información estamos hablando de una de las mentadas “fallas de mercado”³⁵ en las cuales uno de los agentes que actúa en el mercado tiene mayor control sobre el riesgo que se genera en el mismo; pero aquí debo destacar la observación realizada por Krause³⁶ respecto de (la referida asimetría) que “... cuando ésta se presenta cuando las dos partes que desean hacer un intercambio poseen información dispar (de hecho todo intercambio está basado en la información dispar y es, precisamente, lo que lo justifica)...”

Dividiéndose a su vez las llamadas asimetrías de la información en dos distintos fenómenos: 1) el del “riesgo moral” o “moral hazard”; y 2) el de la selección adversa.

En el caso del “riesgo moral” Coloma³⁷ lo define –en el caso concreto analiza una situación entre una agente asegurador y un asegurado- como “una situación de información asimétrica, en la cual un agente económico que actúa en un mercado tiene un mayor control sobre el riesgo que se genera en el mismo que otro”; así como también otros autores suelen recurrir al ejemplo tradicional de la relación existente entre un médico y su paciente

³⁴ Hirsch, W: “Law and economics: An introductory analysis”, 2 ed. Boston, Academic Press, 1988. p.6

³⁵ Varian, Samuelson, Sola, Coloma, Nuñez Miñana, desarrollan el concepto de fallas de mercado (entre las que se incluyen el monopolio, las externalidades, los bienes públicos y la citada asimetría de la información; aunque algunos autores agregan entre estas a la inflación y al desempleo), entendiéndolo por éstas aquellas situaciones en las cuales el mercado no puede proveer eficientemente un bien determinado en la cantidad y/o en la calidad requerida. Asimismo se debe mencionar que la existencia de la denominadas fallas es el argumento sobre el cual se justifica la intervención estatal (ver Pigou).

³⁶ Krause, Martín y otros: “Análisis Económico del Derecho – Aplicación a Fallos Judiciales”, La Ley, Buenos Aires 2006. Pág. 71.

³⁷ Coloma, Germán: “Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio” Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

en el cual el primero se encuentra en una posición de superioridad respecto del segundo, dado que éste no puede controlar la totalidad de los actos del otro; puesto que aún considerando que podría consultar una segunda o quizás hasta una tercera opinión médica, éstas aunque sean contradictorias entre si no desestiman la opinión de los otros profesionales intervinientes, con lo cual el factor fundamental sobre el cual el individuo tomara su decisión es el factor confianza el cual en este supuesto no se encontrara fundado en un hecho objetivo sino en las creencias del mentado individuo (Vg. dependerá en cada caso de lo que valore cada individuo en cada caso particular, siguiendo el ejemplo de la relación médico – paciente y de los distintos diagnósticos realizados por los distintos profesionales de la salud, el paciente ante éstos –si son divergentes- tenderá a decidir por el médico – así como por su diagnóstico y eventual tratamiento- que mayor confianza le inspire, confianza que podrá estar fundada en la mayor especialidad de uno u otro médico y/o en el mayor conocimiento que tenga el médico del paciente, pero ya sea que el paciente opte por seguir uno u otro criterio no será hasta haber optado que podrá controlar si el diagnóstico y el eventual tratamiento que la ha sido propuesto es efectivo y de hecho en caso de no serlo no podrá reputar como acertado a los otros tratamientos alternativos –y desestimados en su oportunidad- derivado de la incidencia del factor temporal – el transcurso del tiempo- y del cambio de las condiciones de salud que se hubieren producido en ese lapso).

En el caso de la llamada “selección adversa” ésta se produce cuando existe “información oculta” la cual se encuentra solamente en conocimiento de una de las partes, siendo los ejemplos más usados en doctrina para graficar esta situación la del mercado de venta de autos usados, en el cual son los propietarios de los estos vehículos quienes poseen mayor información respecto del estado de estos, a diferencia de los eventuales compradores que en principio sólo podrán guiarse por la información proporcionada por

el precio del producto. Obviamente habrá un precio para vehículos usados (que sean similares) en buen estado de conservación y otro para los vehículos usados en regular o mal estado de conservación, presuponiendo que el primero será superior al segundo. Pero aquí se plantea el problema de cómo evitar que aquellos propietarios de vehículos usados -en regular o mal estado de conservación- traten de confundir a los potenciales compradores realizando “mejoras cosméticas” (vg. bajar el kilometraje del vehículo, realizar arreglos que hacen a la vista del rodado, etc.) para de esta manera poder ofrecerlos como si fuesen unidades en buen estado de conservación, o sea al mismo precio de aquéllos (no olvidemos que el precio actúa como un indicador de la calidad del producto); con lo cual se genera el problema de cómo puede hacer el potencial comprador para distinguir entre aquellas unidades en buen estado de aquellas que no lo están pero que son ofrecidas como si lo estuvieran. Aquí una de las soluciones encontradas fue la de establecer un “sistema de señales” que bien puede estar configurado por los antecedentes del vendedor (en el caso de que fuese un establecimiento comercial) el cual podría confeccionarse sobre la base de la información proporcionada por los usuarios; así como también el hecho de ofrecer o no una garantía extendida sobre el producto, sirve como un claro indicador de la calidad del mismo, puesto que aquel vendedor que esté seguro del buen estado del vehículo que ofrece no tendrá mayores inconvenientes en estipular una garantía sobre el mismo; obviamente que esta garantía se ofrece con la expectativa de brindar mayor seguridad al potencial comprador respecto de la inexistencia de “vicios ocultos” de la cosa o bien, tratar de captarlo como cliente.

Pero retomemos el tema una vez que hemos aclarado la terminología en cuestión, veremos que una de las objeciones más recurrentes para oponerse a la aplicación de los medios electrónicos de votación es la de qué tan fiables son estos mecanismos con respecto a los tradicionales, es decir que tan

permeables son a la posibilidad del fraude electoral. Este temor se funda en general en un razonamiento arraigado en la tradición que cuestiona en el caso de ser necesario una revisión del resultado, supongamos producto de una impugnación a los comicios en un determinado circuito electoral, o en una mesa electoral para simplificar el ejemplo, como podría obtenerse el mismo -a su reproducción me refiero- dado que quienes esgrimen estas ideas señalan que los “votos” expresados “en papel” pueden volver a contarse (como hemos visto los realizados a través de sistemas y/o medios electrónicos también).

Esta desconfianza a la incorporación de factores tecnológicos puede ser explicada utilizando un concepto económico como lo es el de la asimetría de la información (una de las denominadas “fallas del mercado”), como no todos poseen el nivel de conocimiento técnico para supervisar este sistema de votación, es hasta natural su desconfianza hacia el mismo, sino basta con recordar los fundamentos que se han opuesto (y que la praxis ha demostrado que eran “temores exagerados” más que infundados, puesto que siempre se encuentra latente la posibilidad del ilícito penal) a la transmisión de datos por internet, más específicamente hablando la realización de transacciones de índole económica³⁸, a la utilización de la firma digital, o más lejano en el tiempo la implementación de los pagos a través de las denominadas “tarjetas de crédito” (aunque el citado prejuicio se vio reflatado cuando se sumó a la posibilidades ofrecidas por este medio de pago de hacerlo en forma remota ya sea a través de medios telefónicos o de la utilización de la red internet).

Como ya se ha señalado la desconfianza hacia el sistema deriva de la imposibilidad de controlarlo con relativa sencillez por parte de los distintos sujetos y/o jugadores –usando la denominación empleada en la teoría de los juegos- que participan (ya sea como votantes, como candidatos o el papel de las organizaciones

³⁸ Baste con citar el éxito y desarrollo de los distintos sitios web destinados a tales fines, como por ejemplo Mercado Libre, Amazon, Pago mis cuentas, Groupon, etc.

intermedias que intervienen en el proceso electoral) de los comicios.

Pero así como en el pasado la desconfianza hacia estos “sistemas novedosos” ha sido superada casi totalmente por la utilización iterada de éstos en el tiempo, como por ejemplo: en el caso de la utilización de tarjetas de crédito como instrumento de pago (por supuesto que se trata de una simplificación de los hechos dado que han incidido en su aplicación la existencia de un confiable sistema de seguros, cuestiones normativas, etc.); muy probablemente en el futuro y producto de una implementación gradual esta desconfianza, producto de la asimetría de información, se desvanezca con relación a las posibilidades que ofrece el “voto electrónico”.

Quiero señalar con esto que la implementación de un nuevo sistema (y el éxito del mismo) se basa en la confianza que los individuos tienen en él y no necesariamente en que posean un pormenorizado conocimiento de cómo funciona el mismo; sino basta con señalar el número de expertos en materia de derecho electoral (o cuantos individuos conocen sobre la realización y el procedimiento del escrutinio definitivo); o bien volviendo al ejemplo de las tarjetas de crédito cuanta gente conoce cuál es el mecanismo utilizado por éstos para transmitir los datos, los protocolos de seguridad que utilizan, etc.

En síntesis, lo que se pretende remarcar es que el éxito de todo nuevo sistema está fundado más en las ventajas operativas y comparativas que éste ofrezca, y en el grado de credibilidad³⁹ que posea quien presta el servicio, que en el grado de conocimiento

³⁹ Véase en este sentido el concepto de equilibrio Bayesiano, el cual implica un perfeccionamiento del concepto del equilibrio de Nash, el que se puede resumir muy sucintamente como el punto de equilibrio en el cual un individuo y/o jugador no desea variar su estrategia de juego dado que sin importar el accionar de los otros jugadores intervinientes, esta le garantiza la mejor situación (pago) posible. Pero volviendo al concepto aportado por Bayes, el refinamiento esta dado porque este analiza cual es el grado de probabilidad de ocurrencia que cada jugador le asigna a sus estrategias, tanto sea analizándolas aisladamente como en correlación con las estrategias empleadas por los otros jugadores. Para mayores precisiones véase Gibbons, R, “Un primer curso de Teoría de los Juegos”, Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 1992.

que los usuarios tengan respecto del funcionamiento técnico del mismo. Por otra parte no existe un perjuicio hacía los individuos que lo invalide (al eVoto) como opción.

Lo señalado precedentemente no es producto de una visión optimista, ni de una visión “positivista” (donde el conocimiento y el desarrollo del mismo llevan al ser humano a un estadio superior) de la situación, sino que se basa en la experiencia de que el éxito de esta clase de sistemas está fundado en el factor confianza. Como también lo hacen el sistema penal, el sistema impositivo por citar algunos ejemplos, puesto que el factor confianza es lo que impide en el primero de los casos que los individuos realicen actos de justicia por mano propia, o que realicen las denuncias de los hechos reprochados por los canales previstos a tales fines (organismos judiciales y organismos policiales); y en el caso del sistema impositivo es lo que hace que los individuos -en un porcentaje significativo- paguen sus impuestos en forma voluntaria, sin mediar acción fiscal. Con estos ejemplos no se pretende negar otras características que hacen a la eficiencia de los sistemas antes señalados, pero sí hacer hincapié en el factor fundamental que sostiene su vigencia.

Teoría de los juegos

Siendo de gran utilidad para valorar la importancia de esta novedosa herramienta la introducción en la materia realizada Martínez Coll⁴⁰ quien señala: “Los psicólogos destacan la importancia del juego en la infancia como medio de formar la personalidad y de aprender de forma experimental a relacionarse en sociedad, a resolver problemas y situaciones conflictivas. Todos los juegos, de niños y de adultos, juegos de mesa o juegos

⁴⁰ Martínez Coll, Juan Carlos: “Manual básico de economía ENVI – La Economía de Mercado Virtudes e Inconvenientes” ISBN-10: 84-689-9902-4 publicado en el sitio web www.eumed.net.

deportivos, son modelos de situaciones conflictivas y cooperativas en las que podemos reconocer situaciones y pautas que se repiten con frecuencia en el mundo real.”

Y continúa resaltando el objeto de estudio inicial para el cual fue planteado este instrumental: “El estudio de los juegos ha inspirado a científicos de todos los tiempos para el desarrollo de teorías y modelos matemáticos. La estadística es una rama de las matemáticas que surgió precisamente de los cálculos para diseñar estrategias vencedoras en juegos de azar. Conceptos tales como probabilidad, media ponderada y distribución o desviación estándar, son términos acuñados por la estadística matemática y que tienen aplicación en el análisis de juegos de azar o en las frecuentes situaciones sociales y económicas en las que hay que adoptar decisiones y asumir riesgos ante componentes aleatorios.”

Para luego señalar la aplicación, muy difundida por cierto, que las distintas ramas de las ciencias y en particular las ciencias sociales le han dado al resaltar que: “La teoría de juegos tiene una relación muy lejana con la estadística. Su objetivo no es el análisis del azar o de los elementos aleatorios sino de los comportamientos estratégicos de los jugadores. En el mundo real, tanto en las relaciones económicas como en las políticas o sociales, son muy frecuentes las situaciones en las que, al igual que en los juegos, su resultado depende de la conjunción de decisiones de diferentes agentes o jugadores. Se dice de un comportamiento que es estratégico cuando se adopta teniendo en cuenta la influencia conjunta sobre el resultado propio y ajeno de las decisiones propias y ajenas.”

También identifica a los pioneros en la temática: “La técnica para el análisis de estas situaciones fue puesta a punto por un matemático, John von Neuman. A comienzos de la década de 1940 trabajó con el economista Oskar Morgenstern en las aplicaciones económicas de esa teoría. El libro que publicaron en 1944, "Theory of Games and Economic Behavior", abrió un

insospechadamente amplio campo de estudio en el que actualmente trabajan miles de especialistas de todo el mundo.”

En la obra se describe sucintamente, al menos en su introducción, la evolución de las distintas aplicaciones y los conceptos fundamentales de la materia “La Teoría de Juegos ha alcanzado un alto grado de sofisticación matemática y ha mostrado una gran versatilidad en la resolución de problemas. Muchos campos de la Economía -Equilibrio General, distribución de costes, etc.- se han visto beneficiados por las aportaciones de este método de análisis. En el medio siglo transcurrido desde su primera formulación el número de científicos dedicados a su desarrollo no ha cesado de crecer. Y no son sólo economistas y matemáticos sino sociólogos, politólogos, biólogos o psicólogos. Existen también aplicaciones jurídicas: asignación de responsabilidades, adopción de decisiones de pleitear o conciliación, etc.”

Continúa a su vez mencionando que. “Hay dos clases de juegos que plantean una problemática muy diferente y requieren una forma de análisis distinta. Si los jugadores pueden comunicarse entre ellos y negociar los resultados se tratará de juegos con transferencia de utilidad (también llamados juegos cooperativos), en los que la problemática se concentra en el análisis de las posibles coaliciones y su estabilidad. En los juegos sin transferencia de utilidad, (también llamados juegos no cooperativos) los jugadores no pueden llegar a acuerdos previos; es el caso de los juegos conocidos como "la guerra de los sexos", el "dilema del prisionero" o el modelo "halcón-paloma".”

Para finalizar su introducción resaltando los distintos tipos de estrategias que pueden adoptar los jugadores en cada una de las situaciones planteadas, a saber: “Los modelos de juegos sin transferencia de utilidad suelen ser bipersonales, es decir, con sólo dos jugadores. Pueden ser simétricos o asimétricos según los resultados sean idénticos desde el punto de vista de cada jugador. Pueden ser de suma cero, cuando el aumento en las ganancias de un jugador implica una disminución por igual cuantía

en las del otro, o de suma no nula en caso contrario, es decir, cuando la suma de las ganancias de los jugadores puede aumentar o disminuir en función de sus decisiones. Cada jugador puede tener opción sólo a dos estrategias, en los juegos biestratégicos, o a muchas. Las estrategias pueden ser puras o mixtas; éstas consisten en asignar a cada estrategia pura una probabilidad dada. En el caso de los juegos con repetición, los que se juegan varias veces seguidas por los mismos jugadores, las estrategias pueden ser también simples o reactivas, si la decisión depende del comportamiento que haya manifestado el contrincante en jugadas anteriores.”

Krause⁴¹ por su parte señala que “... la teoría de los juegos, intenta estudiar las acciones humanas en sociedad, esto es, cuando existe interdependencia y tanto las acciones que se realicen como los resultados que se obtengan dependen de las acciones de otros. Por esa razón se la asocia normalmente con la estrategia, tratando de determinar cuáles son las acciones que los “jugadores” seguirán para asegurarse los mejores resultados posibles...” y describe los elementos presentes en todo juego, siendo estos: los jugadores, las acciones, la información, la/s estrategia/s, las recompensas, los resultados, y finalmente el equilibrio.

Por su parte Cooter y Ulen⁴² hacen hincapié en la utilidad de la Teoría de los Juegos para el derecho donde frecuentemente este debe resolver “...situaciones donde hay pocos tomadores de decisiones y donde la acción óptima de una persona depende de lo que escoja otro actor...” y a diferencia del citado autor señalan sólo tres elementos necesarios en todo juego, siendo estos los jugadores, las estrategias de cada jugador, y las ganancias de cada estrategia para cada jugador.

⁴¹Krause, Martín y otros, en la obra dirigida por este “Análisis Económico del Derecho – Aplicación a Fallos Judiciales” La Ley, Buenos Aires 2006, p. 55 a 77.

⁴² Cooter, R y Ulen, T, en su obra “Derecho y Economía” Fondo de la Cultura Económica 1ra. reimpresión en castellano, México, 1999.

Asimismo es conveniente aclarar que es indiferente al objeto de la teoría de los juegos el análisis de aquellas decisiones individuales que no se ven afectadas por las decisiones de terceros (sus estrategias) es decir es irrelevante analizar “el juego de un único jugador”.

Si bien a través de la Teoría de los Juegos se ha demostrado con respecto a la conducta de los sujetos en un mercado oligopólico – el mercado político podría considerarse como tal- utilizando el modelo denominado “juego del halcón y la gallina” que los sujetos participantes del mercado (en este caso el mercado electoral) preferirán seguir participando, aun siendo derrotados (en este caso por los cargos que puedan obtener, o simplemente por el hecho de seguir siendo una alternativa viable o considerada como tal) que retirarse del juego; veamos la demostración gráfica original⁴³ y luego adaptémosla al caso bajo análisis:

“(…) Supongamos ahora otra situación ligeramente diferente. Si ambas empresas se enredan en una guerra de precios, haciendo cada vez mayores rebajas, ambas sufrirán importantes pérdidas, 25 millones cada una. Han llegado al acuerdo de no hacer rebajas con lo que cada una podrá ganar 50 millones. Si una de ellas, incumpliendo el acuerdo, hace en solitario una pequeña rebaja, podrá obtener un beneficio de 75 millones mientras que la otra perdería muchos clientes quedándose sin beneficios ni pérdidas.

**COMPETENCIA EN PRECIOS:
MATRIZ DE PAGOS**

		Yuste	
		Cooperar	Traicionar
Xauen	Cooperar	50,50	0,75
	Traicionar	75,0	-25,-25

⁴³ Martínez Coll, Juan Carlos: "La teoría de juegos" en La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes. <http://www.eumed.net/cusrecon/8/La%20Teoria%20de%20Juegos.htm> Recuperado 28/9/02.

**HALCÓN-PALOMA:
MATRIZ DE PAGOS**

		Yuste	
		Cooperar	Traicionar
Xauen	Cooperar	2º,2º	3º,1º*
	Traicionar	1º,3º*	4º,4º

Si, como en el caso anterior, sustituimos los valores concretos por su orden en la escala de preferencias obtenemos una matriz que es conocida en Teoría de Juegos como **Gallina** o **Halcón-Paloma**.

El razonamiento de los estrategas será ahora diferente: "Si nuestros competidores cooperan, lo que más nos interesa es traicionarles, pero si ellos nos traicionan será preferible que nos mostremos cooperativos en vez de enredarnos en una guerra de precios. Hagan lo que hagan ellos, nos interesará hacer lo contrario".

En el juego "Gallina" el orden en que actúen los jugadores es muy importante. El primero en intervenir decidirá Traicionar, forzando al otro a Cooperar y obteniendo así el mejor resultado. La solución de equilibrio puede ser cualquiera de las dos marcadas con un asterisco en la matriz de pagos, dependiendo de cuál haya sido el primer jugador en decidirse. Ambas soluciones son puntos de equilibrio de Nash.

En casi todos los modelos, sea cual sea la forma de la matriz, el **protocolo** o reglas del juego influirá mucho en la solución. Además del orden de intervención de los jugadores, habrá que tener en cuenta si el juego se realiza una sola vez o si se repite cierto número de veces, la información de que disponen en cada momento, el número de jugadores que intervienen y la posibilidad de formar coaliciones, etc. (...)"

Ahora que se han aclarado aquellos conceptos centrales que hacen a la "Teoría de los Juegos" (y a su entendimiento) procederé, retomando con el tema planteado, a analizar qué sucedería, en el supuesto del ejemplo más arriba planteado, cuando una de las fuerzas políticas que iba a participar de los comicios ante la casi segura y amplia derrota en los mismos decide directamente no participar de ellos (con las finalidades que ya fueron expresadas).

Esta estrategia abstencionista ¿le garantizaría un pago superior al de la posible y amplia derrota? que vislumbra de acuerdo a la

información que dispone (a través de las encuestas) y a la fuerte creencia que tiene en la exactitud de éstas.

Para poder analizar racionalmente estas expectativas vamos a volcarlas en una matriz de pagos en la cual vamos a analizar si existe una estrategia dominante, y una dominada (es decir determinar quién es el halcón y quien la gallina); o si por el contrario la estrategia dominante es simétrica (es decir a los dos rivales les es conveniente seguir la misma estrategia). Y de esta manera poder evaluar si la estrategia abstencionista es o no la mejor estrategia posible del partido que cree que será derrotado con amplitud en los comicios electorales.

1° caso hipotético:

A los fines de que el observador externo pueda comprender la demostración gráfica se detalla a continuación la nomenclatura a utilizarse donde: a) los jugadores se denominan Partido Mayoritario y Minoritario; b) las estrategias posibles son participar del proceso eleccionario (PPE) o no participar del proceso eleccionario (No PPE); y c) los pagos posibles son representación minoritaria ($R<$), representación mayoritaria ($R>$), representación total (RT), y no representación (No R); siendo el orden de preferencias de tales pagos el siguiente 1° RT, luego y en 2° lugar $R<$ y $R>$ (en este caso se debe aclarar que cada partido ha asignado una expectativa de posible resultado a obtener en caso de que los dos partidos participen de la contienda electoral, que tal expectativa se funda en las creencias que éstos le asignan a la veracidad de las encuestas); finalmente el pago No R es el menos preferido de ambos y se sitúa en el 3° lugar.

Matriz de pagos conteniendo la descripción de los pagos.

		Partido Mayoritario	
		PPE	No PPE
Partido	PPE	R< ; R>	RT; No R
Minoritario	No PPE	No R; RT	No R; No R

Matriz de pagos conteniendo el orden de preferencia de los pagos.

		Partido Mayoritario	
		PPE	No PPE
Partido	PPE	2°; 2°	1°; 3°
Minoritario	No PPE	3°; 1°	3°, 3°

Como vemos en la matriz precedente se han reemplazado los pagos posibles por el orden que los jugadores le han asignado a éstos.

Al analizar los gráficos vemos como el punto de equilibrio en el cual ninguno de los dos jugadores desea moverse, sin importar la estrategia que adopte el rival, puesto que le garantiza el mayor pago posible (o sea el equilibrio de Nash) es el situado en la intersección de las casillas PPE y PPE; puesto que tanto para el Partido Minoritario como para el Partido Mayoritario la estrategia de participar del proceso electoral les reporta mayores pagos que la de no participar.

Puesto que sin importar la estrategia que adopte su rival los pagos van a ser mayores cuando ambos participen del proceso electoral, puesto que para el Partido Minoritario es preferible tener una representación minoritaria que no poseer representación; y para el Partido Mayoritario es preferible tener una representación mayoritaria que no tenerla.

Las casillas simétricas de la matriz, tanto la casilla en la cual el Partido Minoritario obtiene la representación total y el Partido

Mayoritario no obtiene representación, la cual se grafica por el orden los pagos RT; No R; así como la que prevé exactamente la situación inversa es decir No R; RT nuevamente siguiendo el orden de los pagos; no presenta un equilibrio estable toda vez que ambos jugadores ven maximizados sus pagos cuando adoptan la estrategia de participar en el proceso eleccionario por eso el mismo es inestable y por ende variable.

La casilla de la matriz en la cual los dos partidos no tienen representación (me refiero a No R; No R) no es una situación aceptable para ninguno de los dos jugadores dado que cuentan con fuertes incentivos para variar su estrategia y por ende mejorar sus pagos.

En este caso se trata de una estrategia simétrica, puesto que como se ha explicado a los dos jugadores les conviene en razón de los pagos recibidos seguir una idéntica estrategia.

Matriz de pagos conteniendo la descripción de los pagos y en la cual se señalan la estrategias a través de las cuales se llega al equilibrio de Nash.

		Partido Mayoritario	
		PPE	No PPE
Partido	PPE	R< ; R>	RT; No R
	No	No R;	
Minoritario	PPE	RT	No R; No R

Matriz de pagos conteniendo el orden de preferencia de los pagos y en la cual se señalan la estrategias a través de las cuales se llega al equilibrio de Nash.

		Partido Mayoritario	
		PPE	No PPE
Partido	PPE	2°; 2°	1°; 3°
	No		
Minoritario	PPE	3°; 1°	3°, 3°

Como surge de la demostración realizada la estrategia abstencionista no garantiza los mejores pagos a quien la adopte; siendo ésta la explicación racional de lo que históricamente hemos observado que ha sucedido con los partidos que han impulsado esta clase de prácticas. En nada desmerece la fortaleza de los argumentos el hecho de ya conocer cuál es el resultado que las prácticas abstencionistas han ocasionado a los partidos políticos que las llevaron a cabo.

2º caso hipotético:

Respecto de la otra situación hipotética planteada en la cual el partido político que previendo una derrota o la posibilidad de la realización de un fraude electoral retirase sus fiscales, pero no a sus candidatos, ni mucho menos se retiraría de la elección vamos a ver que nos depara la demostración lógica, respecto de esta conducta la cual atendiendo a ejemplos históricos sucedidos en nuestro país, no sería inviable pensar que podría reiterarse (con el consecuente vacío y pérdida de calidad institucional).

Nuevamente para poder analizar racionalmente estas expectativas vamos a volcarlas en una matriz de pagos en la cual vamos a analizar al igual que en el caso anterior si existe una estrategia dominante, y una dominada (es decir determinar quién es el halcón y quién la gallina); o si por el contrario la estrategia dominante es simétrica (es decir que a los dos rivales les es conveniente seguir la misma estrategia). Y de esta manera poder evaluar si la estrategia abstencionista es o no la mejor estrategia posible del partido que cree que será derrotado con amplitud en los comicios electorales.

A los fines de que el observador externo pueda comprender la demostración gráfica se detalla a continuación la nomenclatura a utilizarse donde: a) los jugadores se denominan Partido

Mayoritario y Minoritario; b) las estrategias posibles son participar del proceso eleccionario y fiscalizarlo (PPEF) o participar del proceso eleccionario y no fiscalizarlo (PPEnoF); y c) los pagos posibles son representación minoritaria (Rm), representación mayoritaria (RM), representación muy minoritaria (Rmm), y representación muy mayoritaria (RMM); siendo el orden de preferencias de tales pagos el siguiente 1° representación muy mayoritaria (RMM), luego en 2° lugar RM y Rm (en este caso se debe aclarar que cada partido ha asignado una expectativa de posible resultado a obtener en caso de que los dos partidos participen de la contienda electoral, que tal expectativa se funda en las creencias que éstos le asignan a la veracidad de las encuestas); finalmente el pago representación muy minoritaria es el menos preferido de ambos y se sitúa en el 3° lugar.

Matriz de pagos conteniendo la descripción de los pagos.

	Partido Mayoritario		
		PPEF	PPEnoF
Partido	PPEF	Rm; RM	RMM; Rmm
Minoritario	PPEnoF	Rmm; RMM	Rm; RM

Matriz de pagos conteniendo el orden de preferencia de los pagos.

	Partido Mayoritario		
		PPEF	PPEnoF
Partido	PPEF	2°; 2°	1°; 3°
Minoritario	PPEnoF	3°; 1°	2°, 2°

Como vemos en la matriz precedentes se han reemplazado los pagos posibles por el orden que los jugadores le han asignado a estos.

Al analizar los gráficos vemos como el punto de equilibrio en el cual ninguno de los dos jugadores desea moverse, sin importar la estrategia que adopte el rival, puesto que le garantiza el mayor pago posible (o sea el equilibrio de Nash) es el situado en la intersección de las casillas PPEF y PPEF; puesto que tanto para el Partido Minoritario como para el Partido Mayoritario la estrategia de participar y fiscalizar el proceso eleccionario les reporta mayores pagos que la de participar y no fiscalizar.

A diferencia del supuesto anterior en el cual sin importar la estrategia que adopte su rival los pagos iban a ser mayores cuando ambos participen del proceso eleccionario, en este supuesto no debe confundirse el lector asumiendo que para ambos partidos (Mayoritario y Minoritario) es indistinto que participen y fiscalicen a que realicen la alternativa participen y no fiscalicen, puesto que los pagos obtenidos son idénticos; pero lo que se debe considerar aquí es que el equilibrio en el cual pueden llegar en la casilla en la cual coinciden las estrategias PPEnoF y PPEnF es inestable puesto que ambos jugadores tienen incentivos para mejorar su jugada, pasando de PPEnoF a PPEF en el cual el pago esperado si el otro jugador no fiscaliza es superior al previsto con la otra estrategia puesto que pasa en el caso del Partido Minoritario de representación minoritaria (Rm) a representación muy mayoritaria (RMM) en el caso de que el Partido Mayoritario no fiscalice; Pero como el partido mayoritario también conoce las reglas del juego y sabe que si no fiscaliza (y el otro partido si lo hace) pasa de poseer una representación mayoritaria (RM) a una representación muy minoritaria (Rmm) motivo por el cual decide también fiscalizar y entonces los pagos obtenidos en la casilla que refleja la intersección de las estrategias PPEF y PPEF son los que conforman un equilibrio estable (equilibrio de Nash) y donde los pagos finales serán

representación minoritaria (Rm) para el Partido Minoritario y representación mayoritaria (RM) para el Partido Mayoritario.

Es decir en este caso las estrategias se anulan entre sí, puesto que si bien los pagos son idénticos en los casos que ambos jugadores decidan utilizar las mismas estrategias. Pero esto no es así en el caso de que ambos adopten estrategias contradictorias (en ese supuesto siempre se beneficia quien decide fiscalizar), motivo por el cual, como ambos jugadores son maximizadores racionales de sus preferencias, van a llevar a cabo la única estrategia que sin importar la que adopte el contrario le garantice un pago superior.

Matriz de pagos conteniendo la descripción de los pagos y en la cual se señalan la estrategias a través de las cuales se llega al equilibrio de Nash.

		Partido Mayoritario	
		PPEF	PPEnoF
Partido Minoritario	PPEF	Rm; RM	RMM; Rmm
	PPEnoF	Rmm; RMM	Rm; RM

Matriz de pagos conteniendo el orden de preferencia de los pagos y en la cual se señalan la estrategias a través de las cuales se llega al equilibrio de Nash.

		Partido Mayoritario	
		PPEF	PPEnoF
Partido Minoritario	PPEF	2°; 2°	1°; 3°
	PPEnoF	3°; 1°	3°, 3°

Como surge de la demostración realizada la estrategia abstencionista, ya sea en su visión más extrema –me refiero a retirar sus candidaturas- o en la más moderada –no fiscalizar los comicios-, no garantiza los mejores pagos a quien la adopte; siendo ésta la explicación racional de lo que históricamente hemos observado que ha sucedido con los partidos que han impulsado esta clase de prácticas. Señalo esto porque en nada desmerece la fortaleza de los argumentos el hecho de ya conocer cuál es el resultado que las prácticas abstencionistas han ocasionado a los partidos políticos que las llevaron a cabo.

Otras consideraciones sobre el tema

Por otra parte, y reforzando tanto lo demostrado a través del instrumental provisto por la Teoría de los Juegos, como a la idea que más allá de que exista la posibilidad teórica de boicotear las elecciones por los motivos señalados en los párrafos precedentes (evitar una dura derrota; ante la posibilidad de impedir una conducta fraudulenta; etc.) a través de las prácticas de retiro de los fiscales y/o de retiro de los candidatos; es poco probable que suceda debido al hecho que la experiencia indica que quienes han llevado a cabo tales prácticas abstencionistas no sólo no han logrado el objetivo querido (reposicionarse políticamente en el corto y/o mediano plazo, vaciar de contenido o legitimidad al partido que detente la primera minoría; etc.) sino que han perdido terreno en el campo político por ejemplo permitiendo el surgimiento de nuevas fuerzas políticas que los substituyan total o parcialmente en el mercado electoral; o en el caso de conductas individuales siendo desplazados del centro de la escena política, puesto que al margen de la condena que se suele realizar al poder y a sus implicancias, siempre suele ser peor la condena que se realiza a quien abandona la lucha por el mismo.

VI – VENTAJAS DEL SISTEMA

Ventajas ambientales

En materia ambiental las ventajas de la implementación del voto electrónico están dadas obviamente al evitarse la impresión de millones de boletas, sobres, padrones, carpetas, etc.⁴⁴ que se utilizan tanto en los comicios así como medio de propaganda previo (me refiero a la distribución de boletas entre la ciudadanía). Tomemos en cuenta que el padrón de un país (provincia o municipio) representa aproximadamente dos tercios del total de la población del mismo (en nuestro país los ciudadanos habilitados para votar son alrededor de treinta y dos millones⁴⁵). A su vez debemos tomar en cuenta que a la cantidad expresada en el padrón debemos multiplicarla por las fuerzas electorales que se presenten a la contienda, si bien es cierto que no todos van a imprimir la cantidad total del padrón, y que no todas las fuerzas que se presentan lo van a hacer en todas las jurisdicciones posibles (nacional, provincial y municipal), podemos presumir que la cifras de boletas impresas superará con holgura el número de ciudadanos habilitados en el padrón.

El lector en caso de duda puede realizar una simple estimación de la cantidad de boletas impresas para los comicios; por un lado debe tomar en cuenta cuantas partidos políticos con estructura nacional se presentan a los fines de acceder a los cargos disputados en la jurisdicción nacional lo cual le va a dar una idea aproximada de la cantidad de boletas utilizadas; por otra parte y por ser nuestra Nación un país organizado bajo la forma de

⁴⁴ Si bien es cierto que en los últimos comicios, se ha acompañado una instrucción a las autoridades de mesa a los fines de que procedan a devolver los útiles y la papelería sobrante a los fines de poder reutilizarla y/o reciclarla en futuros comicios; esta instrucción no deja ser solamente un paliativo.

⁴⁵ Según información publicada por la agencia Telam en ocasión de las elecciones ejecutivas y legislativas de 2015 la cifra exacta de electores es de 32.032.952.

gobierno federal también deberá saber cuántos partidos se presentan a competir por los cargos en pugna en la órbita provincial; y finalmente cuantas agrupaciones se presentan en la órbita municipal. Una vez que tenga conocimiento de cuántos partidos se presentan en las distintas esferas de gobierno, deberá multiplicar el valor expresado en el padrón respectivo por la cantidad de fuerzas políticas que se presenten en él (aún en el caso que aplicase un coeficiente x de boletas impresas por partido político -lo cual nos daría una visión más realista- el número de boletas impresas, reitero, sería varias veces superior al total del padrón).

Y todo esto sin contar que sucedería si se desdoblaran las elecciones, lo cual puede ser aconsejable en materia electoral (puesto que evita el “efecto arrastre”, y enfoca al votante respecto de las cuestiones propias o locales de la votación, en detrimento de una elección de carácter general), pero no así en lo relativo a cuestiones prácticas (por cuestiones de logística que van desde la cantidad de horas hombre que se insumen en una elección, así como otros insumos y demás costos) y de preservación del medio ambiente, piénsese sino en la cantidad de veces que el electorado porteño por citar un ejemplo ha votado (sumando las elecciones para cargos locales y para cargos nacionales y sus respectivas primarias, denominadas PASO por su sigla que alude a primarias abiertas obligatorias y simultaneas) en un año electoral.

Por otra parte debemos tomar en cuenta la posibilidad de formar conductas (el poder de mercado) con que cuenta el gobierno (refiriéndome en el especial al nivel de gobierno federal y/o nacional) en materia de medio ambiente, puesto que es éste quien a través de sus conductas y regulaciones, fija cuáles van a ser las prácticas del mercado.

Con esto quiero expresar lo siguiente así como la existencia de las externalidades, en sentido lato, justifican la existencia del

gobierno⁴⁶ es éste quien a través de su conducta y/o a través de los incentivos que cree, utilizando como herramienta a las regulaciones específicas, puede modificar el comportamiento de los demás agentes.

En el caso bajo examen al ser el gobierno el principal -o uno de los principales- usuario y consumidor de papel del mercado (no ya por el utilizado en los comicios electorales) es éste quien puede desde la demanda modificar las pautas de consumo y de producción, por ejemplo exigiendo -lo más conveniente sería que lo haga gradualmente- a sus proveedores la utilización de papel reciclable, de esta manera siguiendo este ejemplo no sólo impactaría sobre el mercado de productores de papel, sino también sobre el de productores de impresoras, fotocopiadoras puesto que al cambiar el insumo utilizado como soporte de las impresiones deben necesariamente cambiar la tecnología utilizada (el papel reciclable es más pesado que el papel utilizado comúnmente en las impresiones por lo cual afecta los rodillos de los mecanismos de impresión de las citadas impresoras y/o fotocopiadoras).

El lector se preguntará qué tiene que ver este ejemplo con la importancia del voto electrónico, bueno la respuesta es la siguiente, dada la gran influencia que posee el gobierno por sobre sus gobernados, y al poseer una percepción de los costos sociales que generan la utilización y/o explotación de ciertos recursos que no perciben otros agentes partícipes en el mercado electoral (ya sea porque su interés es otro, por ejemplo acceder al poder en el caso de los partidos políticos; o en el caso de las autoridades electorales por la comodidad de seguir empleando un sistema ya conocido que no les exige realizar una nueva tarea de capacitación en la materia, etc.) puede orientar el mercado hacia la utilización de nuevas tecnologías, que tengan un impacto menor sobre el medio ambiente, baste recordar sino el conflicto

⁴⁶ Sola, Juan Vicente: "Constitución y Economía", 1° edición, página 153, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

generado entre nuestra República y la República Oriental del Uruguay con relación a la ubicación de dos empresas productoras de papel⁴⁷ (pasteras) y al grado de contaminación que generan esa clase de industrias.

Ventajas administrativas

En materia administrativa se solucionarían varios de los problemas suscitados con las autoridades de mesa designadas a tal efecto, en cuanto a la capacitación de los mismos, la incomparecencia de estos el día de los comicios, la inexperiencia en la materia, etc.

Como hemos visto en los últimos procesos electorarios uno de los problemas que ha debido afrontar el gobierno, en su función de organizador de los comicios, es que al momento de convocar a los ciudadanos para que sirvan (en función de tratarse de una carga pública) como autoridades de mesa los mismos en un porcentaje significativo (al menos para afectar el normal desarrollo de los comicios) buscan excusarse a través de múltiples causales de eximición o directamente no comparecen a prestar funciones el día de los comicios.

Ante esta última situación los miembros de la Junta Electoral - conforme el artículo 81 in fine del Código Electoral- podrán resolver la cuestión atendiendo a diferentes alternativas, de las que se señalaran los pros y los contras de cada una de ellas; la primera de ellas es la de desafectar a alguna de las autoridades de mesa de una mesa de votación vecina que se encuentre debidamente constituida –recordemos que son dos las autoridades que la conforman un presidente y un vocal o suplente, que hace las veces de presidente en caso de ausencia temporal o definitiva- o al menos que cuente con la presencia de más de una de las autoridades designadas a tales fines; la segunda alternativa

⁴⁷ Me refiero a las empresas EMRE y BOTNIA, de las cuales solo la segunda de ellas se radicó en una de las márgenes del río Uruguay que demarca la frontera entre Argentina y Uruguay.

que seleccione entre los primeros concurrentes -los votantes- al establecimiento donde se realicen los comicios a una nueva y/o nuevas autoridades de mesa .

Con respecto a la primer alternativa, si bien cuenta con la ventaja que “garantiza” que el ciudadano designado no se encuentre incurso en alguna de las causales de exclusión, -por ejemplo encontrarse afiliado a algún partido político- así como también en principio se supone que cuenta con un grado de capacitación mayor respecto de las situaciones que se pueden plantear en un comicio (dado que a los ciudadanos designados para tales funciones se les proporciona un breve instructivo teórico práctico de la materia, aparte de contar con la posibilidad de asistir a charlas y/o cursos formativos dictados por la justicia nacional electoral), sin embargo al hacer uso de esta opción se debe tomar en cuenta que se está trasladando la responsabilidad citada a una única persona, responsabilidad que deberá afrontar por espacio de catorce o quince horas ininterrumpidas, con lo cual cualquier situación que hace a las necesidades habituales de todo ser humano se transformará en un obstáculo para el normal desarrollo de los comicios; recordemos que la funciones de las autoridades de mesa son entre otras las asegurar el normal desenvolvimiento de los comicios, preservar y custodiar la urna y obviamente su contenido, así como los materiales (respecto de éstos y en razón de las malas prácticas ya reseñadas en esta tesis debe fundamentalmente custodiar los sellos y los sobres a utilizarse para emitir los sufragios) que le son proporcionados para que pueda cumplir debidamente con su gesta, etc. Por ejemplo el solo hecho de deber asistir al baño se puede transformar en un hecho conflictivo, la urna debe ser custodiada por las autoridades de mesa -función que no pueden delegar- pero por otra parte no se les puede negar la posibilidad de control a los fiscales de mesa de los distintos partidos, como puede apreciar el lector una conducta habitual y para nada conflictiva ante esta situación dada -que sólo haya una autoridad de mesa- si podría derivar en un

conflicto por supuesto que en la práctica los sujetos intervinientes encuentran (con mayor o menor prontitud) varias soluciones a ésta y a otra clase de situaciones similares, las cuales por su obviedad no vale la pena comentar, pero simplemente lo planteo para indicar cómo se ve afectado el desarrollo de los comicios por cuestiones tan nimias como la señalada.

Por otra parte se incrementa la posibilidad del error humano – error del ciudadano designado como autoridad de mesa- ante la magnitud de la tarea -por la extensión e importancia de la misma- es muy probable que se produzcan demoras tanto en el normal desenvolvimiento de los comicios –tanto de la mesa de votación en cuestión, como de la mesa que debió ceder una de sus autoridades para poder conformar a la otra mesa que se encontraba acéfala- como al momento de realizarse el escrutinio provisorio; así como también que se incremente notoriamente la influencia de los fiscales de mesa dispuestos por los partidos políticos (tema que se aborda más adelante en este capítulo) posibilidad que a priori no considero en forma negativa pero que es contraria a la normativa vigente que establece la responsabilidad de llevar adelante los comicios en cabeza de las autoridades de mesa designadas al efecto.

Con respecto a la segunda alternativa, y como se anticipara al lector, el problema está dado por el hecho de que al realizar la designación los miembros de la Junta Electoral⁴⁸ no podrán chequear si el individuo posee filiación partidaria, en este supuesto podría suceder que habiendo tomado conocimiento los fiscales de circuito y/o distrito de los partidos políticos presentes envíen a votar a la mesa en cuestión a un partidario de sus filas para que éste sea designado como autoridad de mesa (como ya fue adelantado en esta tesis el tema será tratado en un párrafo

⁴⁸ No olvidemos que los funcionarios de la junta electoral o los designados ad hoc a tales fines tendrán a su cargo muy probablemente al menos un circuito electoral con todo lo que ello conlleva –infinidad de problemas similares- con lo cual en la práctica y dadas las presiones –de sus superiores, de los votantes, de los partidos políticos, etc.- de dar inicio a los comicios en la totalidad de las mesas no podrán realizar una selección exhaustiva de las nuevas autoridades.

aparte, por lo que se pide un poco de paciencia al lector que se cuestiona en que podría afectar la situación que una persona con filiación partidaria ejerciera el cargo de autoridad de mesa).

Por otra parte es más que probable que el ciudadano en cuestión no tenga ni la más remota idea de las facultades y responsabilidades que posee una autoridad de mesa (no es que se requiera un post grado en materia de derecho electoral, pero dada la importancia del evento requiere un mínimo de capacitación), más allá obviamente de la capacitación obtenida en la conversación “a las apuradas” que le dará en el mejor de los casos el delegado de la junta electoral, o que sino recaerá (tal explicación) en el personal del correo, y/o en la ayuda “desinteresada” de los fiscales presentes.

Con lo cual por lo expuesto vemos que se repite la problemática de una mayor demora en el desarrollo de los comicios, en el escrutinio de los mismos, etc. Aunque debo señalar a favor de esta alternativa que a diferencia de la primera señalada sólo se vería afectada una mesa de votación por la problemática recientemente señalada.

Cambiando de tema, o mejor dicho de enfoque sobre el mismo tema, en lo que hace a la capacitación de las autoridades de mesa (a su experiencia y/o inexperiencia) se observa cómo a pesar del mayor o menor grado de compromiso de los ciudadanos que son designados como autoridades de mesa, elección tras elección, se reiteran algunos problemas que hacen a lo organizativo (pero que pueden afectar la credibilidad sobre los comicios) como por ejemplo urnas que no han sido cerradas y selladas correctamente; dificultades por parte de los individuos a cargo de realizar el escrutinio para categorizar las distintas clases de sufragios (nulos, recurridos, impugnados, en blanco) así como para contabilizar los votos “en blanco” donde un error bastante común que cometen los individuos citados es el de pretender llevar una contabilidad aparte de los “faltantes” en los sobres, pretensión que se hace pedazos cuando deben enfrentar el voto

“en blanco” parcial (no olvidemos que, en algunas jurisdicciones de nuestro país, una boleta puede estar compuesta de cinco y hasta seis cuerpos, en principio autónomos, pero fijados el uno al otro); en vez de obtener la cantidad total de votos en blanco de la diferencia entre los sobres existentes en la urna y las boletas contabilizadas; si bien estas problemáticas afortunadamente en la gran mayoría de los casos encuentra solución en el mismo “cuarto oscuro” ya sea por la intervención de alguna persona más avezada en la materia o de algún responsable de la junta electoral; o bien puede ser subsanada en el escrutinio definitivo, la crítica apunta contra la eficiencia del sistema cuya ineficiencia se manifiesta en la duplicación de tareas -presuntamente justificada como un “doble control”- y en la información inexacta que potencialmente puede ser elevada tanto a los medios masivos de comunicación, como a los denominados comités y/o comandos de campaña electoral.

Con respecto al debate mencionado de la función de los fiscales de los partidos políticos y la propuesta existente de que sean éstos quienes ocupen la función actualmente llevada a cabo por las autoridades de mesa -propuesta que fue planteada debido al elevado grado de ausentismo de los ciudadanos designados como autoridades de mesa- si bien no hace al tema central de estudio, se observa cuáles son los pros y contras de la misma, así como de aplicarse el sistema de voto electrónico esta cuestión devendría en abstracta.

Previo a analizar la cuestión hagamos un breve repaso de las funciones de las autoridades de mesa:

- Es la máxima autoridad de la Mesa.
- Ejerce sus funciones con absoluta independencia.
- Tiene el deber de asistir a la apertura y clausura del Acto Electoral labrando el Acta correspondiente.
- Debe verificar la identidad de los electores.

- Debe velar por el correcto y normal desarrollo del Acto Comicial.
- Las fuerzas de seguridad están a su disposición.
- Efectúa el recuento de votos y completa la documentación con los resultados.
- Responde de sus actos ante la Junta Electoral Nacional que lo designó

A priori uno podría plantearse cuál sería el inconveniente de que las funciones propias de las autoridades de mesa sean ejercidas por los fiscales partidarios, después de todo se podría señalar que esto favorecería las prácticas competitivas -basada en el mutuo control y los intereses contrapuestos- que ahorraría costos al estado -por el pago que se debe oblar a las autoridades de mesas⁴⁹- que se evitarían las demoras en el inicio de los comicios; que de esta manera se aseguraría una participación activa en los comicios de quienes realmente tienen interés en participar -al menos en ese rol- excluyendo a terceros para los que puede ser un carga (no es un juego de palabras por la connotación de “carga pública” que tiene la función de ser autoridad de mesa) el tener que participar de un comicio so pena de recibir algún tipo de sanción⁵⁰, etc.

⁴⁹ Este monto se ha ido ajustando de elección en elección: en las elecciones del año 2015 el monto podía variar entre un máximo de \$1.450 para aquellos ciudadanos que cumplan sus funciones tanto en las elecciones primarias como en las elecciones nacionales y su eventual segunda vuelta, y que hayan participado de las capacitaciones impartidas para cada acto electoral hasta un mínimo de \$350 para que aquellos ciudadanos que hayan participado solo de una elección (ya sea primaria o electiva y/o en la segunda vuelta) sin haber realizado las capacitaciones estipuladas por las autoridades electorales; y más allá en el tiempo en la Resolución 332/09 del Ministerio del Interior publicada el 7 de abril de 2009, estableció una partida total de pesos diecinueve millones ochenta y tres mil setecientos cuarenta (\$19.083.740) a efectos de afrontar el costo de los viáticos que le son reconocidos a las autoridades de mesa. Siendo estos de pesos cien (\$100) para quienes cumplan funciones de autoridad de mesa; y de pesos ciento treinta (\$130) para quienes además de cumplir funciones de autoridad de mesa haya previamente concurrido a los cursos dictados al efecto por la Justicia Nacional Electoral.

⁵⁰ Hasta las últimas elecciones realizadas en nuestro país podía indicarse como una normativa caída en desuetudo, aquella que imponía sanciones por no participar en los comicios, pero en razón del alto grado de ausentismo de las autoridades designadas se tomó conocimiento público de algunas sanciones. Más allá de considerar absurdo esta clase de sanciones de naturaleza penal con respecto a esta clase de faltas, debo aclarar que se trata de normativa vigente.

A su vez esta discusión se encuentra inmersa en otra de mayor profundidad que es la de si el voto debe revestir o no el carácter de obligatorio, con respecto a esta discusión más amplia que excede la tesis en cuestión, y que más allá de los argumentos pragmáticos esgrimidos ya sean a favor o en contra de si el sufragio debe ser obligatorio, en nuestro país, al menos al momento de sancionarse la reforma constitucional del año 1994, existía un consenso generalizado -o al menos de una mayoría dominante estable- que pudiendo haber revisado y/o modificado la cuestión -de hecho fue un tema debatido- no lo hizo. La cuestión no debe girar en torno de si el voto debe ser obligatorio o no, y como ya he adelantado en la nota pertinente (n° 13) me parece absurdo la existencia de sanciones tanto de naturaleza administrativa, como penal a quien ha incumplido con el deber cívico de votar y/o de desempeñarse como autoridad de mesa, argumentos con los cuales en principio debilitaría la posibilidad de sostener el “voto obligatorio” puesto que no habría formas de reprocharlo (si bien es cierto que se podría exigir su cumplimiento por la fuerza pública, medida que me parece excesiva e ineficiente, así como también se puede “obligar” a otro ciudadano empadronado a sustituir -como ya se explicó en este capítulo- a la autoridad de mesa faltante) pero retomando en la cuestión de la obligatoriedad o no del voto el eje de la cuestión está dado por las labores que se le exigen realizar al ciudadano para poder participar en las elecciones, creo que al requerir un empadronamiento previo del ciudadano para poder emitir su voluntad en las elecciones, más que asegurar la participación de quienes se encuentren más interesados en la cuestión es imponer un obstáculo y/o una barrera a la participación ciudadana (por ende se afecta la competitividad del mercado) en este orden corresponde recordar el caso “Kramer vs Union Free School District n° 15” 399 U.S. 621 (1969), si bien la temática del fallo en cuestión es distinta a la aquí discutida, puesto que se trataba de una regulación que de hecho implicaba la implementación del

llamado “voto calificado”, entre los argumentos expuestos por la mayoría se destaca el siguiente “(...) Si las clasificaciones que supuestamente limitan el derecho a votar a aquellos ciudadanos residentes “interesados primariamente” niegan a los excluidos la protección igualitaria de las leyes depende, entre otras cosas, de si todos aquellos excluidos están en realidad sustancialmente menos interesados o afectados que aquellos que la ley incluye (...)”⁵¹.

Retomando con relación a las supuestas ventajas que se obtendrían del desempeño de los fiscales partidarios en las funciones que actualmente ocupan las autoridades de mesa, resulta conveniente señalar que tales propuestas fueron elaboradas de manera coyuntural, como una rápida respuesta a la situación planteada en los últimos comicios, pero que si las analizamos más profundamente se observa los que se podrían denominar consecuencias no deseadas de la normativa. Por ejemplo cuántos fiscales partidarios se requerirían para poder realizar la apertura del comicio, se presume que en todos los proyectos o anteproyectos discutidos se parte de la base de dos fiscales obviamente de distintos partidos.

Otra cuestión a resolver sería la siguiente, el número de fiscales necesarios para dar comienzo a los comicios será establecido uniformemente en todo el país, o cada jurisdicción podrá fijarlo de acuerdo a su situación coyuntural, pensemos qué sucedería si se establece a nivel nacional un mínimo de tres fiscales partidarios de distintas filiaciones políticas, lo cual no parece descabellado, en nuestro país en general se presentan a elecciones una cantidad de fuerzas muy superior a este número, sin embargo recordemos que no todas la fuerzas políticas tienen representación plena, no ya a nivel nacional y/o provincial sino a nivel local o distrital; o peor aún que sucedería con aquellas

⁵¹ Fallo 399 U.S. 621 (1969), análisis del mismo en: “Constitución y Economía” de Juan V. Sola en su 1° edición, p. 493 a 495, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

jurisdicciones donde el bipartidismo se ha mantenido estable puesto que como se analizara posteriormente al estudiar los efectos de los sistemas electorales, veremos cómo determinados sistemas (así como también la cantidad de cargos en juego y el tamaño de los distritos) puede a llegar a favorecer la distribución de fuerzas ya señalada.

Sigamos complejizando el análisis y evaluemos que sucedería, si una de las fuerzas políticas que se encontraba co-fiscalizando los comicios ante la casi segura derrota en los mismos (la cual podría anticipar por las encuestas realizadas) decide retirar a sus fiscales de las mesas de los comicios o decide directamente no participar de ellos, como proseguirían los mismos⁵².

Para realizar un análisis de la factibilidad de la hipótesis planteada en el párrafo precedente me remito al apartado más arriba ubicado en el cual me sirvo de las valiosas herramientas que nos proporciona la denominada “Teoría de los Juegos”.

Otras cuestiones administrativas (y logísticas) a considerar

Asimismo, debemos tener en cuenta que no todas las fuerzas políticas, aún aquellas que cuentan con un cierto grado de inserción en el mercado electoral, cuentan con la estructura suficiente para afrontar la ardua tarea de fiscalizar unos comicios. Si tomamos en cuenta que cada mesa de votación contiene a 337 votantes y que en nuestro país el padrón nacional ronda los 32.000.000 millones de votantes realizando un simple cálculo aritmético podemos tener un idea aproximada de la magnitud de la tarea más 94.000 mesas de votación⁵³; eso sin tomar en cuenta que se debe adicionar a esta estructura los responsables por

⁵² El abstencionismo ante la existencia del fraude impulsado por el partido radical en los años '30 o la renuncia a la vicepresidencia de la Nación llevada hecha por Carlos “Chacho” Álvarez en el año 2001.

⁵³ La agencia Telam informó: “...Según informó la Cámara Nacional Electoral, son 32.037.323 los electores argentinos habilitados para participar en las PASO del domingo que estarán distribuidos en 94.979 mesas, que promedian 337 votantes para cada urna...” <http://www.telam.com.ar/notas/201508/115516-elecciones-paso-votantes.html>.

establecimiento -fiscales generales-, por circuito, por distrito, por sección, provinciales y nacionales, así como los comités de campaña que a su vez replican la estructura piramidal recién descrita los cuales se constituyen a los fines de poder centralizar toda la información proporcionada desde la parte inferior de la pirámide (sino no tendría sentido el control realizado por los fiscales) y de esa manera brindarle información de primera mano a los candidatos y a la conducción partidaria del resultado de los comicios, con la consecuente discriminación por niveles descrita. Si siguiéramos con este cálculo aproximado de las personas comprometidas detrás de un proceso eleccionario, también deberíamos incluir en él a quienes se encargan exclusivamente de la parte de logística y distribución (por ejemplo de materiales y refrigerios para los fiscales) con lo cual vemos que la cifra final terminaría siendo muy superior a la ya esbozada⁵⁴.

Con lo cual cualquier clase de medida que establezca tal responsabilidad en cabeza de los partidos políticos participantes de comicios lo haría en desmedro de las fuerzas políticas emergentes o nuevas (así como de las opciones minoritarias) e implicaría un beneficio para aquellas fuerzas con un aparato político partidario ya consolidado; tomando en cuenta esta observación no olvidemos que en la práctica es común observar alianzas entre fuerzas políticas emergentes con caudal electoral

⁵⁴ En esta línea de pensamiento y reforzando los argumentos ya expuestos, se toma en cuenta que la población de nuestro país se halla distribuida, según información del Ministerio del Interior de la Nación, en 3261 de las cuales 2360 corresponden a localidades rurales y la 901 restantes son localidades urbanas. En este estudio se considera como población rural a aquella que vive dispersa o en localidades de menos de dos mil habitantes. Se entiende por localidad a una concentración de edificios conectados entre sí por calles; y finalmente se consideró al Gran Buenos Aires, el cual se ve conformado por dos distritos la C.A.B.A y Provincia de Buenos Aires como dos localidades (tómese en cuenta que solamente la Capital Federal cuenta 36 circunscripciones electorales; y que el conurbano bonaerense se halla integrado por 23 partidos que a su vez se vuelven a subdividir en nuevas circunscripciones).

Asimismo también debo destacar la opinión de un especialista en la materia como es Rosendo Fraga quien sobre el tema opinó: "... La iniciativa del "voto electrónico" (...) puede ser eficaz para corregir, o por lo menos limitar, ciertas prácticas tales como el financiamiento de la política desde las estructuras del gobierno, la compra de votos a través del "voto cadena" y otras que se resumen en una metáfora dura: quien no tiene 70.000 fiscales –uno para vigilar cada urna- no puede ganar una elección presidencial en la Argentina..." recuperado de <http://www.nuevamayoria.com/ES/ANALISIS/fraga/arg/030807.html>. (cifra que actualmente debiéramos duplicar para realizar una efectiva fiscalización).

creciente y un exigua o nula estructura partidaria con partidos políticos “tradicionales” con una realidad inversa a la de la fuerza emergente (esta relación inversa es obvia en toda alianza, puesto que es el fundamento de la misma, si no se necesitaran mutuamente no se verían obligados a compartir las ganancias esperadas).

Otra alternativa a consideración es la de trasladar la responsabilidad en cabeza de los ciudadanos designados como autoridades de mesa por la junta electoral en favor de los fiscales partidarios sólo ante el incumplimiento de los primeros, si bien en esta alternativa no se puede vislumbrar tan claramente la existencia de un beneficio a favor de los partidos mayoritarios siguen subsistiendo los mismos inconvenientes ya señalados.

Otro ítem a favor de la implementación del voto electrónico que, aunque parezca un tema menor en lo que respecta a su importancia no lo es, si se toma en cuenta el ahorro de recursos que podría implicar, es el espacio comprometido para realizar los comicios es sustancialmente menor al que se emplea actualmente, así como los materiales a ser utilizados son distintos a los utilizados hoy día. Si tomamos en cuenta que por las necesidades propias de una elección se debe ocupar gran parte de las instalaciones y/o dependencias de los distintos establecimientos donde se llevan a cabo éstas en general se trata de establecimientos educativos⁵⁵ (que muchas veces no son la adecuadas, sobrando ejemplos de mesas de votación ubicadas al aire libre -debido a los diseños típicos de algunas escuelas, esto es un conjunto de aulas rodeando un solado el cual no siempre es cubierto-; o de estrechos pasillos donde se “amontonan” las autoridades de mesa, los electores y el mobiliario mínimo indispensable para tales fines el cual, por otra parte, suele estar diseñado para ser utilizado por infantes y no para adultos; a lo que se debe sumar la desprolijidad y/o la falta de criterio con que en

⁵⁵ También se suele utilizar las sedes de asociaciones civiles sin fines de lucro como lo son los clubes y las sociedades de fomento por citar algunos ejemplos.

general son ordenadas las boletas en el cuarto oscuro, lo cual afecta, al menos en parte, la decisión de elegir de los votantes, etc.) los cuales deben ser reacondicionados, al menos en lo que respecta a la ubicación del mobiliario (para acondicionar el cuarto oscuro); y tomando en cuenta que tal infraestructura es relativamente fija en el tiempo, es por ello que las mesas de votación debido al incremento poblacional pasaron de estar integradas por 290 electores a 450 electores en primer término y luego con la unificación de las mesas (eliminando la discriminación por género) se pasó a los 337 electores en la actualidad en razón de que no ha aumentado la cantidad de establecimientos educativos disponibles (por otra parte es mucho menos costosa esta alternativa que la de construir nuevos establecimientos, obviamente no estoy emitiendo opinión favorable sobre la cuestión, sólo haciendo una consideración de costo beneficio estimada desde la perspectiva de los costos electorales) que como también ya se mencionó más arriba son las instituciones que generalmente son establecidas para desarrollar los comicios.

Al utilizar las variables que nos proporcionan los medios electrónicos de votación se reducen las áreas comprometidas a tales fines, disminuye sensiblemente la cantidad de mesas de votación, y la oferta electoral es ofrecida en forma “amigable”, es decir clara y ordenadamente para que el elector, al momento de emitir su voto, pueda optar por los candidatos de su preferencia y excluya cualquier error producto del desconocimiento o de la desidia (hecho que en general suele producirse cuando el elector debe votar en una elección en la que la boleta contiene varios “cuerpos” y éste desea votar en cada uno de estos en forma distinta).

Siendo un beneficio adicional de los ya mencionados en el párrafo anterior que ya no se perdería tanto tiempo en la limpieza y desinfección de los establecimientos utilizados para los comicios evitando de esta manera que los alumnos -en general aquellos

que concurren al turno mañana- de los establecimientos comprometidos con la elección pierdan un día de clases como generalmente sucede.

Otra de las ventajas administrativas de implementar las distintas herramientas tecnológicas disponibles en el mercado está dada por el hecho de la posibilidad de suplir la utilización de un documento de identidad utilizando como método de identificación de los electores, el de constatar su identidad a través de sus impresiones digitales –tema que más adelante será desarrollado en cuanto a las potencialidades y ventajas que puede llegar a ofrecer en materia penal- para lo cual se podrá contar con la licencia del programa operativo AFIS (*automated fingerprint identification system*)⁵⁶ y/o desarrollar uno con similares funciones al citado en primer término el cual permite la búsqueda ágil y veloz de los datos de los individuos cargados en la citada base de datos -el criterio de búsqueda como ya mencione es a través de la impresiones digitales-; con los lectores de huella digital (escaners digitales hasta hace unos pocos años en nuestro país se empleaban únicamente los de la firma Morpho Track) similares a los que utilizan las fuerzas de seguridad locales, los cuales tendrían por función evitar la sustitución de identidad (cuya operatoria ya fue reseñada en esta tesis).

Con relación a los padrones estos podrían estar disponibles tanto en formato impreso en soporte de papel o bien en formato digital, cargados, en este supuesto los padrones podrían estar cargados en el lectores de huella digital (recordemos que estos aparatos, en si combinan un lector óptico con un ordenador, lo que actualmente y referido a otros productos tecnológicos se denomina un producto “smart”) o bien en un ordenador que se encuentre a disposición de las autoridades de mesa (en este caso se puede o no contar con el lector óptico).

⁵⁶ En la actualidad cuentan con dicha licencia las siguientes instituciones estatales: Policía Federal Argentina, Policía Bonaerense, y Gendarmería Nacional.

Con la incorporación de esta tecnología se evita la utilización de un documento en soporte de papel, puesto que más allá los avances que estos puedan incorporar en materia de documentología a los fines de evitar que existan falsificaciones, no pueden ofrecer el grado certeza respecto de la identidad de un individuo que ofrece el método basado en la huellas digitales, las cuales son más precisas a los fines ya expuestos que la obtención de muestras de ADN, las cuales en algunos casos de individuos emparentados (en algunos pocos supuestos muy específicos) no ofrecen una identificación cien por ciento positiva y/o segura del individuo, a diferencia del sistema de huellas digitales cuyo margen de certeza respecto de una identificación es del cien por ciento⁵⁷.

⁵⁷ Es necesario destacar algunos conceptos que ayudarán a entender y profundizar todos los temas relacionados con la determinación de la identidad física humana a través de las huellas dactilares. Como primera medida, es necesario señalar que la Papioscopia es una ciencia basada en principios comprobados, parte fundamental de la criminalística, que se encarga del estudio de la disposición de las crestas papilares obrantes en la cara interna de la palma de la mano y la cara interna de la planta de los pies, que tiene por finalidad determinar de forma categórica, indubitable e infalible la identificación física humana. Respecto a los fundamentos de la papioscopia, están constituidos por las siguientes tres condiciones:

- Inmutabilidad: es la propiedad que poseen las crestas papilares de perdurar idénticas a sí mismas desde la gestación intrauterina, hasta la destrucción total del tejido epidérmico del individuo.
- Perennidad: es la propiedad que tienen las crestas papilares de perdurar con el individuo desde antes de su nacimiento (5° o 6° mes de gestación de vida intrauterina), hasta después de su muerte, desapareciendo a causa de la putrefacción cadavérica.
- Variedad: es la propiedad de las crestas papilares de ser distintas entre sí, no solo en diferentes personas sino en una misma persona.

A su vez, la papioscopia se encuentra formada por cuatro ramas técnicas, las cuales se detallan a continuación:

- Dactiloscopia: es la ciencia que permite la identificación física, categórica, indubitable y fehaciente de una persona a través de los dibujos formados por las crestas papilares y surcos interpapilares situados en el tejido epidérmico de los pulpejos de las terceras falanges de los dígitos de la mano.
- Palmetoscopia o Palmoscopia: es la disciplina técnica que estudia los dibujos que forman las crestas papilares obrantes en la cara interna de las palmas de la mano de una persona; su finalidad consiste en establecer en forma categórica la identificación humana.
- Pelmatoscopia: es la disciplina técnica que estudia los dibujos que forman las crestas papilares situadas en la planta de los pies de las personas, con fines de establecer indubitablemente identificación física humana
- Poroscopia: es la disciplina técnica que se encarga del estudio de los poros ubicados en el cuerpo humano.

Teniendo en cuenta lo informado anteriormente, se puede comprobar que todas las ramas de la Papioscopia tienen un objetivo en común: determinar la IDENTIFICACION HUMANA. Ahora bien, se entiende por identificación al procedimiento para establecer categóricamente la

La inclusión de esta tecnología también evitaría que quien revista la calidad de elector no se vea impedido de expresar su voluntad ante la presencia de algún hecho imprevisto (supongamos la pérdida de su documento); así como también elimina la posibilidad de que por un error en la confección de los padrones se le impida votar a un determinado ciudadano por consignarse erróneamente en estos que el citado individuo posee un DNI triplicado cuando en realidad posee uno duplicado y nunca ha iniciado ante el Registro Nacional de las Personas trámite alguno a los fines de obtener el documento citado en el padrón, de producirse este hecho, al individuo del ejemplo, se le impediría votar por presentarse a hacerlo con un documento anterior al consignado en los registros. Ante esta situación aún con los más importantes avances en materia de documentología el individuo en cuestión se vería en una situación de indefensión dado que no tendría forma de probar lo contrario a lo que figura en los registros y como consecuencia de ello no podría expresar su voluntad política.

Un segundo supuesto, con respecto al caso testigo señalado, es el que una persona que cuente con más de un documento de identidad intente votar en más de una oportunidad (por eso se estableció la regla del documento igual o posterior al identificado en los padrones) pero en la actualidad esa maniobra ya no es

identidad física humana y definir con exactitud las características, particularidades y pequeños detalles de una persona con el fin de:

- Agruparlas o reunir las
- Clasificarlas conforme a algún sistema
- Registrarlas en un archivo o lugar con el objeto de utilizarlas cuando sea necesario.

Dicho procedimiento presenta los siguientes requisitos:

- Debe ser infalible en su resultado: es el requisito fundamental, no admite duda ni error; es categórico e indubitable, es decir que no se puede contradecir, es exacto.
- Debe ser sencillo: fácil de estudiar, sencillo en su comprensión y concepción, y que se encuentra al alcance de todos.
- Debe ser práctico: de fácil uso y medición, que no implique gastos económicos y que no requiera de gran instrumentación.

posible, al menos sin la anuencia o complicidad⁵⁸ de las autoridades de mesa, dado que a diferencia de hace unos años atrás los ciudadanos sólo pueden votar en las mesas de votación en las que se encuentren registrados (anteriormente por ejemplo los fiscales de mesa podía votar en la mesa que fiscalizaban, siendo anotados a continuación del último elector que integraba la mesa de votación, con lo cual cabía la posibilidad que votarán en más de una oportunidad) con lo cual esta conducta delictiva ha perdido vigencia -gracias a la modificación normativa-. Un tercer supuesto, a esta altura de los acontecimientos, con el ya desdichado ciudadano del ejemplo anterior, es que un individuo que se halla apoderado de su documento anterior e intente votar con este, ante lo cual aun habiendo tomado conocimiento las autoridades de mesa del hecho ilícito tampoco le puede permitir emitir su voto al ciudadano que ha padecido este intento de suplantación de identidad; en este caso para que prospere el delito de suplantación de identidad, el padrón otra vez estará cargado erróneamente pero a la inversa del caso anterior esta vez por encontrarse desactualizado, es decir figuraba en el padrón que “el desdichado ciudadano” tenía en su poder el tipo de documento utilizado por el delincuente en lugar del posterior que efectivamente poseía.

Ventajas en materia penal

De la combinación de una herramienta muy valiosa en materia penal, como es el AFIS (por su sigla en inglés *automated fingerprint identification system*)⁵⁹, la cual debido a su éxito ha traspasado las fronteras de la rama del derecho citada, y de la

⁵⁸ Maniobra que de haberse llevado a cabo no se podría evitar su efecto dañoso, dado que aún tomando conocimiento del engaño, ¿Cuál debiera ser el voto ha impugnar por las autoridades citadas? La respuesta: ninguno porque no podrían determinar -por el secreto del voto- cual fue el sufragio emitido en infracción a la normativa vigente.

⁵⁹ En la actualidad cuentan con dicha licencia las siguientes instituciones estatales Policía Federal Argentina, Policía Bonaerense, y Gendarmería Nacional.

implementación del voto electrónico, es posible obtener ventajas tanto en materia penal, como en materia administrativa. Puesto que al conjugar ambos sistemas se elimina la necesidad de utilizar documentos de identidad (ya que la identificación se produce a través de las huellas digitales) se tiene una certeza absoluta⁶⁰ de que la persona que se presenta a votar es quien dice ser y no otra (evitando la suplantación de identidad) y se elimina la arbitrariedad de no permitir votar por una cuestión de índole administrativo a personas que poseen la edad legal para hacerlo a la fecha de la elección (me refiero a la fecha de corte que tienen los padrones, la cual se justifica no sólo en el hecho de la demora que provoca la carga de los datos, sino en la posibilidad que poseen los ciudadanos de realizar observaciones y correcciones en el mismo) o de no poder sufragar por haber perdido el documento de identidad respectivo.

Cuando se plantean no se hace desde una óptica futurista, sino involucrando tecnologías ya utilizadas y disponibles en nuestro país a un costo accesible. Pero avancemos un poco más en la explicación de cómo funcionaría el sistema y cómo actúan sus componentes.

El AFIS, es un sistema de base de datos mediante el cual los registros de los individuos son ordenados y archivados por medio de la copia de su impresión digital. El cual permite la guarda de huellas dactilares y huellas latentes (aquella impresión dactilar que ha quedado estampada sobre una superficie lisa) en una base de datos utilizada internacionalmente (vg. la utiliza el FBI, Interpol, la policía francesa, etc.); que a su vez permite acortar los tiempos de búsqueda y comparación de meses o años a minutos; y que la misma pueda realizarse aún en forma monodactilar, decadactilar o latente.

⁶⁰ Guzmán, Carlos A.: "Manual de Criminalística" Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000, en ella señala en la p. 93 "...Es una realidad totalmente aceptada que las huellas dactilares constituyen una forma de identificación absoluta del individuo...".

En nuestro país recién se está adoptando este criterio de registración, puesto que antes el Registro Nacional de las Personas (RENAPER) utilizaba el criterio de registración por número de documento, alternativa que no es muy práctica cuando es necesaria la identificación de una persona de la cual no se cuenta con sus datos personales -nombre y apellido, n° de documento, etc.- como lo ha demostrado la praxis.

Si bien este cambio ha sido positivo, todavía no se ha generalizado su uso, y por ende el criterio de registración puesto que no todos los usuarios del sistema se encuentran abarcados por él, puesto que sólo aquellos ciudadanos que han tenido que renovar su documento de forma obligatoria conforme a la normativa vigente, quienes poseían libretas cívicas o libretas de enrolamiento, más aquéllos que lo han tenido que renovar por un imprevisto (robo, extravío, destrucción, etc.), o aquéllos que han tramitado su pasaporte; el resto de los datos de los ciudadanos sigue almacenado conforme al criterio antiguo.

Otro cambio positivo de estas reformas es el que centraliza en un único organismo tal información dado que antiguamente la Policía Federal Argentina a través de su división de documentación era la encargada de expedir las cédulas de identidad (mediante este sistema la información se almacenaba de acuerdo a los mismos parámetros que utiliza el sistema AFIS); y como ya se dijo el RENAPER contaba con todos los datos personales de los ciudadanos pero siguiendo el criterio cuestionado en esta tesis.

Finalmente, debo hacer mención a una de las críticas, que se han planteado no ya al sistema de registración, sino a la técnica de registración y/o de obtención de las impresiones papiloscópicas, puesto que en lugar de la técnica de registración que se utiliza en nuestro país (y por ende para darle uniformidad al sistema, puesto que no sólo se debe tomar en cuenta los archivos papiloscópicos existentes) se está utilizando la técnica de registración difundida principalmente en los EEUU.

La diferencia radica en que la técnica utilizada en nuestro país toma una impresión de la totalidad de la superficie de la yema de los dedos y la norteamericana sólo una impresión parcial de éstas. Esto eventualmente podría dificultar la confirmación de identidad puesto que más allá de que es el sistema operativo, el que realiza la búsqueda y/o el confronto de las huellas obtenidas con las que se encuentran en la base de datos, es finalmente un perito o técnico en la materia el que certifica la citada correspondencia (y por ende la identidad) al confirmar la existencia de al menos siete puntos característicos (algunos elevan esa cifra a 9 puntos) de las huellas digitales.

Como muchas veces se ha señalado que el valor de una imagen supera a mil palabras a continuación se agrega un gráfico perteneciente a una presentación de la Dirección General de la Policía Científica de la Policía de la Provincia de Buenos Aires dependiente del Ministerio de Seguridad de la citada jurisdicción, en el cual podremos observar los mentados puntos característicos de las huellas digitales.



7 Tipos de Puntos
60 a 120 por Huella
12 bastan para identificar

En materia penal el éxito de la utilización de esta herramienta depende del universo de individuos comprendidos en su base de datos, puesto que al introducir en el sistema para su cotejo con

los datos obrantes en él, la copia de una impresión digital mayor será la posibilidad de éxito mientras mayor sea la cantidad de individuos registrados en el sistema.

En general los individuos que se encuentran cargados en el AFIS son aquéllos que cuentan con registros y antecedentes penales, los integrantes de las fuerzas de seguridad (para no perseguir rastros erróneos en caso de una posible contaminación de lo que se denomina como escena del crimen), en algunos casos funcionarios judiciales (por idénticos motivos a los ya señalados), aquellos individuos que hayan realizado trámites ante el Registro Nacional de Reincidencias o ante el departamento de documentación de la Policía Federal Argentina (o sea que hayan tramitado cédulas de identidad y pasaportes), etc.

Resulta necesario recordar la diferencia entre el denominado AFIS de uso penal y el AFIS de uso civil (si bien la clasificación no es muy feliz la vamos a seguir empleando por ser muy difundida en la materia); el primero de ellos es el obtenido en razón de un hecho de naturaleza penal y se supone que la técnica de registración de las impresiones papiloscópicas⁶¹ ha sido realizada con mayor rigurosidad (puesto que de la identidad resultante entre el rastro papiloscópico obtenido en el lugar del hecho y/o la escena del crimen, y el archivo contenido en la base de datos -o el agregado en la misma derivada del circunstancia reseñada- se puede ubicar al titular del rastro con el citado lugar del hecho); mientras que el de uso civil por su distinta finalidad (por ejemplo tramitar un certificado de antecedentes penales) es menos confiable siempre hablando en cuanto a la técnica con que se obtuvieron las impresiones.

⁶¹ Existen distintas técnicas de toma de las huellas digitales, por ejemplo la utilizada en nuestro país es distinta a la empleada en los Estados Unidos, y un error en la obtención de las huellas dactilares puede inutilizar la copia de la impresión tomada (un error frecuente es pasar y repasar el mismo dedo sobre el escáner para obtener una impresión más nítida de la huella, pero lo que en verdad sucede es que se adulteran los patrones de la huella dactilar, dado que el dedo en cuestión no vuelve a ser apoyado en el mismo lugar donde fue escaneado por primera vez). Para mayores precisiones en la materia véase el "Manual de Criminalística" de Carlos A. Guzmán, publicado por Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000.

VII - EL PROBLEMA REGULATORIO

La solución normativa

Las posibles soluciones al problema planteado enfrentan al dilema de cómo encontrar el punto de equilibrio entre una norma tipo marco (sujeta a los vaivenes de la casuística, en este caso electoral) o, en el otro extremo, de una excesiva reglamentación la cual atente contra su presunción de futuridad, y que requiera por la dinámica propia de la materia constantes actualizaciones reglamentarias, con las críticas que señala la doctrina⁶².

Cuando se habla del riesgo siempre latente de todo tipo de regulación jurídica éste está dado por la relativa facilidad con que se pueden resolver problemas ya planteados en el pasado y la tremenda dificultad de resolver los problemas futuros, no se habla de otra cosa que de la presunción de futuridad de la norma, que como se ha visto en doctrina, es una de las principales dificultades de la técnica legislativa. Puesto que es mucho más sencillo resolver conflictos y/o situaciones respecto de las cuales ya conocemos su desarrollo y desenlace (que por ende el observador externo, en este caso el legislador, puede evaluar también para decidir su posición, el éxito o el fracaso, que tuvieron las medidas que se adoptaron para resolver el conflicto); que tener que prever soluciones para eventuales conflictos, los cuales si quiera han sido imaginados y/o contemplados, problema que se puede llegar a acrecentar cuando, como muchas veces hemos visto, el legislador para afrontar esta problemática de información incompleta desdeña valiosos elementos que podrían servir para predecir el comportamiento futuro de los individuos

⁶² Sola, J. V. op. cit. plantea la dudosa calidad de las normas dictadas por las autoridades administrativas, a diferencia de las normas emanadas del congreso. Radicando la diferencia entre unas y otras -más allá de las obvias diferencias formales- en los mecanismos de elaboración de unas y otras, criticándose en las emanadas de las autoridades del ejecutivo la permeabilidad a los intereses sectoriales, la falta de publicidad de cómo se arribó a formar el criterio que luego se plasma en la norma, así como la percepción de que se está ante un mecanismo de ensayo de prueba y error.

según los incentivos (legales, sociales, económicos, etc.) a los que se hallen sujetos y limita sus decisiones a su experiencia para resolver “conflictos similares”, su formación, sus prejuicios, etc.

En general, mientras más amplia sea la norma, mayor será su posibilidad de mantener la vigencia en el tiempo, si bien algunos autores critican esta postura⁶³ por entender éstos que se provoca un modificación de los contenidos sin realizar un modificación del texto de la norma (llevando este razonamiento al extremo, al entender que no es constitucional toda interpretación que no se adecue al procedimiento formal establecido -por ejemplo en nuestra Constitución Nacional- estaríamos negando validez a toda interpretación material de la norma, cuyo estandarte por excelencia es la interpretación judicial), sin embargo este precepto es útil si se trata de normas marco, siendo las constituciones nacionales y los acuerdos internacionales las normas que más fielmente reflejan los dichos más arriba expresados.

Pero mientras más hacia abajo nos ubicamos en la imaginaria pirámide normativa, vemos como la necesidad de precisión -que a veces requiere la reglamentación- atenta contra su presunción de futuridad.

Esto obedece al hecho que al momento de acordar el contrato social las partes integrantes han podido ponerse de acuerdo respecto de ciertos valores que consideran constitutivos (que son precisamente estos los que servirán de principios rectores para los jueces que deban interpretarlo en relación con el caso concreto), de la futura sociedad sujeta al mencionado contrato, así como de ciertas reglas e instituciones que regirán a la misma; pero muy probablemente no se hayan puesto de acuerdo de

⁶³ Me refiero entre otros a Miguel A. Ekmekdjian, cuando en su obra “Manual de la Constitución Argentina” publicado por Ed. De Palma, Buenos Aires, 1994, plantea en el capítulo relativo a los métodos de interpretación de la norma (págs. 25 y 26) las llamadas “mutaciones constitucionales”, las cuales a su vez clasifica en mutaciones por adición, por sustracción, y por interpretación diversa.

En respuesta a estos argumentos Sola plantea que en un sistema de división (y competencia) de poderes es propio de la función jurisdiccional la labor de interpretación y adecuación de las normas al marco constitucional.

cuáles son las cantidades óptimas en que pretenden distribuir estos “valores”, por ejemplo cual será el nivel mínimo, o el piso por así decirlo, de instrucción que la sociedad ofrecerá a sus integrantes y quien será el encargado de proveer esta instrucción, si el estado o los particulares, es una decisión que no siempre surge con claridad de la normativa marco sino que muchas veces dependerá de la decisión política, o mejor dicho es resultado de ésta.

Sin embargo cierta normativa requiere de una mayor precisión, ya sea por motivos de índole práctica, a su aplicación me refiero, por cuestiones que hacen a la seguridad jurídica, o simplemente porque el objeto regulado lo requiere.

Entonces ¿qué es lo que debe hacerse ante estos casos? donde la regulación no puede quedar supeditada a los vaivenes propios de la actividad política, ésta es la pregunta del millón, si se me permite la expresión, puesto que el derecho por su necesidad de arraigar conductas es necesariamente -aunque suene tautológico-conservador; dicho esto en el sentido que el derecho no crea nuevas conductas, sino que regula o crea nuevas regulaciones con respecto a cómo se van a relacionar los distintos individuos en razón a estas nuevas prácticas y/o conductas.

La situación se complica aún más si tomamos en cuenta que en aquellas materias que tengan vinculación con la aplicación de nuevas tecnologías, estas últimas cambian cada vez con mayor rapidez, producto de la dinámica de la evolución tecnológica. Aquí conviene recordar que aún en materia económica que es más dinámica en materia de decisiones que las cuestiones jurídicas, el único factor que puede alterar las situaciones planteadas a corto o mediano plazo es el factor tecnológico (a los otros factores se los considera dados, y/o relativamente fijos⁶⁴ al menos en el corto y en el mediano plazo).

⁶⁴ Siendo los otros factores de la producción: “El capital, el factor humano y la tierra”, véase entre otras la obra “Economía” de Samuelson, Nordhaus y Pérez Enri, 1° Ed. Buenos Aires

Pero más allá de lo expuesto vemos, como el cambio tecnológico y la aplicación de nuevas tecnologías, sirve como protección de los derechos tutelados en el ámbito estudiado, puesto que por ejemplo elimina las barreras al acceso que están planteadas en el sistema actual (vg. la ya señalada del doble escrutinio que se halla vigente en nuestro país); hace a una mayor transparencia del sistema toda vez que lo publicitado en primera instancia, al momento que se sustancian las elecciones (y donde están puestas todas las miradas de la ciudadanía) es el informe final de éstas lo que constituye una sana práctica republicana.

El enfoque de Persson y Tabellini

Para comprender cabalmente la importancia del aporte de Persson y Tabellini en la materia debemos, en primer término, entender claramente de que estamos hablando, cuando hacemos mención a conceptos tales como sistema y régimen electoral, a características de estos como si son de tipo mayoritario o si por el contrario son proporcionales; cuáles son los efectos de adoptar uno u otro sistema; cómo afectan estos en las decisiones de los electores, de los candidatos a cargos electivos y a aquellos que ya efectivamente ocupan cargos electivos (los representantes).

Por todo esto es que antes de proseguir con el análisis de las cuestiones planteadas vamos a recordar y a definir –viendo la opinión de los especialistas en la materia- los conceptos más arriba vertidos, no siendo la idea al menos en esta tesis la de realizar un exhaustivo análisis de cada uno de estos conceptos, así como de las críticas o los elogios que se han realizado de cada uno de ellos, sino más bien, la de refrescar estos conceptos a los efectos de poder, como ya he mencionado, apreciar o analizar con mayor profundidad la temática planteada en este capítulo.

Comenzando por definir qué entendemos cuando hablamos de sistema electoral, según Midón hacemos referencia “en sentido estricto, sistema electoral es el procedimiento que se utiliza para determinar a quienes se asignan las bancas tras la realización de un comicio”⁶⁵.

Destacamos las características principales que indica Ekmekdjian⁶⁶, respecto de los sistemas electorales, las cuales se engloban en tres grandes ejes: a) que permita una proximidad entre el candidato y sus electores, a efectos que se “conozcan recíprocamente” y que los ciudadanos puedan elegir con “la mayor idoneidad” a quienes lo representarán; b) que refleje de la manera más exacta posible la voluntad del conjunto de los ciudadanos (cuerpo electoral), puesto que como señala el citado autor es lógico que en ejercicio del sufragio el cuerpo electoral no manifiesta su voluntad en un sentido uniforme. Destacando que la idea es “... que los cuerpos colegiados representen con la mayor fidelidad posible la distribución política que surja del resultado electoral...”; y c) que le permita gobernar al partido triunfante en las elecciones, puesto que señala “... es necesario que la dispersión ideológica no sea tan extensa como para fragmentar la representación política al partido o coalición de partidos que ha triunfado en las elecciones...”.

Y continúa su análisis evaluando que no hay sistema electoral que pueda satisfacer a estos tres principios al mismo tiempo, destacando la aparente contradicción que existe entre los puntos a) y b) -mayor información al electorado para decidir y al intento de reflejar el resultado electoral a través de los distintos sistemas de representación- respecto del c) que alude a la gobernabilidad del sistema.

⁶⁵ Midón, Mario: “Manual de Derecho Constitucional Argentino” 2º edición aumentada y actualizada, La Ley, Buenos Aires 2004, p. 519.

⁶⁶ Ekmekdjian, Miguel Ángel: “Manual de la Constitución Argentina” Ed. De Palma, Buenos Aires, 1994.

Para finalmente y sabiamente recordarnos que “...Ningún sistema electoral es neutro. Todo régimen electoral beneficia a algunos partidos y perjudica a otros...”

Las clasificaciones de los distintos sistemas electorales, mayoritarios y minoritarios, a su vez las sub-clasificaciones que estos admiten refiriéndome al sistema de lista completa, de circunscripciones uninominales, de lista incompleta, proporcionales como el D’Hont y el Hagenbach.

Dentro de los mayoritarios encontramos el sistema de lista completa en el cual el partido que obtiene la mayor cantidad de votos se adjudica el total de las bancas en disputa; y al llamado de circunscripciones uninominales el cual establece que por cada distrito electoral (en lo que se halle dividido un determinado territorio) se elegirá un único candidato. Respecto de ambos sistemas se cuestiona que es posible obtener el cien por ciento de la representación con un caudal electoral que no supere siquiera el cincuenta por ciento de los votos; a lo que se debe agregar en el caso de las circunscripciones uninominales la crítica de cómo deben ser conformadas, sino baste recordar la “Gerrymander”⁶⁷ o el caprichoso diseño realizado durante el gobierno de Perón de las circunscripciones electorales para las elecciones de 1951 para diputados nacionales en la ciudad de Buenos Aires.

Luego debemos considerar el sistema de lista incompleta el cual trato de morigerar estas críticas, sistema a través del cual quien obtiene la mayor cantidad de votos obtiene las dos terceras partes de la representación y quien lo sigue en los comicios el tercio restante. Tal sistema fue el adoptado en 1912 por la Ley 8871 conocida como la ley Sáenz Peña.

Cabe mencionar respecto de los tres sistemas descriptos, que la participación de la oposición o mejor dicho su representación electoral, no es que fuera nula o que fuera testimonial (como se

⁶⁷ En el poco celebre homenaje que se le hizo al gobernador Elbridge Gerry creador de las sinuosas circunscripciones planteadas para las elecciones de 1812 en Massachusetts, a través de cuya arbitraria manipulación en su composición el citado funcionario quiso asegurar el predominio del partido republicano por sobre el demócrata en el estado bajo su mandato.

puede presuponer en un sistema de lista incompleta), sino que estaba supeditada a la combinación de los resultados en los distintos distritos electorales en que se viera conformado un territorio nacional.

Luego a los fines de reproducir con mayor fidelidad el panorama electoral es que se idearon los sistemas proporcionales siendo los más difundidos el D'Hont y el Hagenbach; el primero de estos creado por un matemático belga (al cual debe su nombre) a finales del siglo XIX y que funciona de la siguiente manera se divide la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los partidos participantes por uno, por dos y así sucesivamente hasta cubrir la cantidad de cargos en disputa (supongamos que hubiera nueve cargos la división concluiría en este dígito); luego se ordenan los cocientes obtenidos en modo decreciente (en caso de igualdad entre dos cocientes se prioriza en el orden de prelación al partido que obtuvo mayor cantidad de votos) y finalmente se imputan las bancas en el orden establecido por estos (los cocientes). Mientras que en el Hagenbach la operatoria es la siguiente se suman la totalidad de los votos obtenidos por todas las fuerzas en la contienda electoral, el total obtenido es a su vez dividido por la cantidad de bancas en juego, lo que arroja un "cociente distribuidor" o "cifra repartidora", una vez obtenida ésta el procedimiento es el siguiente se divide los votos obtenidos por cada partido por la cifra repartidora (siempre y cuando haya superado ésta, sino no accede a la representación) y de esa manera se asignan las bancas, pero en este paso es cuando aparecen las inexactitudes de este sistema (es en este punto que se realizó la crítica en cómo podía variar la representación entre la realización del escrutinio provisorio y el definitivo) puesto que en general quedan bancas sin asignar puesto que luego de realizada la primera asignación de bancas quedan entre los partidos que superaron la cifra repartidora "votos sobrantes o residuales" es decir aquéllos que no alcanzan y/o superan la misma; con lo cual hay dos alternativas para repartir las bancas aún no asignadas, la

primera -y más injusta puesto que es contraria a la finalidad de los sistemas de representación proporcional- es la de asignar las bancas “restantes” a la primera minoría, es decir al partido que obtuvo más votos en los comicios; y la segunda alternativa de distribución es la de asignar las bancas “restantes” tomando como criterio de asignación hacerlo respecto de los partidos que habiendo superado la cifra repartidora tienen la mayor cantidad de votos sin representar (vg. si continuamos con el ejemplo anterior de las nueve bancas en juego y a través del piso establecido por la cifra repartidora se hubieren repartido sólo seis de ellas entre cuatro partidos, las tres restantes se repartirán tomando en cuenta los “votos sobrantes”, es decir ordenando en forma decreciente los votos sin representación de los citados cuatro partidos, y asignando una banca a cada uno de los tres primeros de ese orden -no de la votación-).

Como sintetiza con gran claridad Molinelli⁶⁸ cuando respecto de los sistemas electorales adoptados dice “... Las reglas electorales tienen efectos, pues originan incentivos (recompensas y castigos) en las conductas de los votantes, de los partidos y de los políticos. Ejemplos: los sistemas de mayoría relativa (gana el candidato o partido que obtiene más votos independientemente de porcentajes o diferencias) originan que algunos o muchos votantes opten por votar al llamado “mal menor”, lo que favorece a algunas pocas opciones y desfavorecen a los partidos o candidatos que se perciben como con menores chances. Esto genera cierto grado de polarización en el sentido de que probablemente va a haber dos opciones con muchos más votos que las otras. Al contrario la representación proporcional (en adelante RP), en cuanto hay menos “votos perdidos, permite al votante un voto “más sincero”, menos “estratégico”, lo que favorece a las opciones que se perciben con menos chances y -

⁶⁸ Molinelli, G., Jones, M., Saiegh, S.: “Sistemas electorales hacia una mejora en la representación política” Documento 9 de julio de 1998. Recuperado de <http://faculty.udes.edu.ar/tommasi/cedi/dts/dt9.pdf>

comparativamente con el método anterior- perjudica a las opciones con más chances. El primer método tiende a reducir la cantidad de opciones mismas, en cuanto los partidos/candidatos que tienen menos chances deciden no presentarse -o unirse con otros-, mientras que con la RP es al revés, se alienta más candidaturas pues hay más posibilidades que con relativamente pocos votos pueda obtenerse un grado de representación...”.

También señala el citado autor que no sólo las reglas electorales inciden -generando incentivos- sobre las conductas de los votantes y de los políticos sino también el contexto institucional el cual puede interactuar con los efectos provocados con las reglas electorales ya sea neutralizándolos o potenciándolos según sea el caso. Aludiendo al caso de cómo puede impactar conjuntamente con las reglas electorales el que un país adopte por ejemplo la forma federal de gobierno en lugar de la unitaria, o que adopte el sistema presidencialista en lugar del parlamentarista. Señalando como en caso de un país que adopte un sistema presidencialista, y en el cual se realicen simultáneamente las elecciones presidenciales con las elecciones para diputados (en los que se utilice un sistema de asignación de bancas basado en la representación proporcional), veremos cómo los efectos de la representación proporcional (la atomización de la oferta electoral) pueden ser anulados por el “efecto arrastre” que genera la elección por el cargo ejecutivo polarizando la elección -en la mayoría de las veces- entre dos alternativas. O en el supuesto de adoptar el federalismo como forma de gobierno se verá como la “dirigencia partidaria central” tiene menos influencia para designar los candidatos partidarios en las distintas jurisdicciones que cuando se adopta una forma con un alto grado de “centralización” (por el unitarismo); así como también como en cuando las elecciones para cargos ejecutivos locales se realizan simultáneamente con las elecciones para diputados vemos como al igual que en el caso de las elecciones presidenciales se produce el mentado “efecto arrastre”.

Esta última opinión citada a colación, nos trae al hecho de que los sistemas electorales, no se hallan compuestos por reglas uniformes en cuanto a los criterios de representación, si se permite la analogía sucede algo similar que con los sistemas tributarios en los cuales a los fines de captar más eficientemente las distintas manifestaciones de riqueza se emplean a esos fines distintos criterios o reglas que pueden llegar a ser contradictorias entre sí, pero volviendo a los sistemas electorales y a los efectos de clarificar la cuestión introducida, veamos el caso de nuestro país en el cual hemos adoptado un sistema mayoritario respecto de los cargos ejecutivos (si bien es una obviedad tanto desde el punto de vista teórico, puesto que se ha adoptado un régimen presidencialista; y también desde el punto de vista fáctico puesto que por motivos obvios cuando hay en disputa un único cargo sólo puede haber un único ganador; si bien parece una nimiedad realizar estas aclaraciones debe tomarse en cuenta que aún en un supuesto tan sencillo puede haber factores adicionales que complejicen el análisis, sino piénsese en cómo actúa el peculiar “ballotage” adoptado en nuestra Constitución Nacional respecto de las consideraciones que realizan los votantes y los políticos al momento de decidir su voto o su participación en una eventual coalición en base a los incentivos que plantea la elección a dos vueltas⁶⁹); un sistema de lista incompleta respecto de la elección de senadores (conforme el artículo 54 de la CN en el cual se fija no sólo la elección directa sino el tipo de regla de representación, a diferencia de la elección de diputados donde el tipo de regla de representación empleada no surge expresamente del citado cuerpo normativo); uno proporcional respecto de la elección de los diputados, si bien aquí debemos aclarar que no todas las

⁶⁹ Véase Molinelli, G., Jones, M., Saiigh, S.: “Sistemas electorales hacia una mejora en la representación política” en el cual Jones analiza las diferencias entre un sistema de mayoría relativa (a una sola vuelta) y los sistemas a dos vueltas en sus distintas modalidades.

provincias utilizan el mismo sistema proporcional⁷⁰ (aunque en rigor de verdad en la práctica estos arrojan ante guarismos similares idénticos espacios de representación), así como también destacar que en las jurisdicciones donde se eligen una menor cantidad de bancas (cinco en total, siendo distribuidas respecto de las elecciones en dos en un período electoral y tres en el siguiente y así sucesivamente) los efectos propios de los sistemas minoritarios de tipo proporcional se ven claramente neutralizados⁷¹.

Sin embargo al momento de analizar estas cuestiones, es decir porque se utilizan criterios de representación distintos para asignar los distintos espacios electorales, veremos que no es tan claro como se podría presumir que tal diseño obedece únicamente al hecho de perseguir el afán de cumplir con uno de los objetivos de base de los sistemas electorales como lo es el de reflejar (al momento de ver plasmada la representación) con el mayor grado de fidelidad posible el espectro electoral; sino que tiene que ver con cuestiones políticas, muchas veces de naturaleza aleatoria, donde el diseño del sistema electoral a pesar de su relativa complejidad no obedece al criterio de un matemático sino a decisiones muchas veces inconexas y coyunturales.

Dicho esto un observador externo que se interesara por el tema e hiciera una evaluación del sistema podría llegar a la conclusión de que este diseño azaroso en realidad ha sido concebido en forma premeditada, contemplando los incentivos que generan tanto las reglas electorales como ciertas elecciones institucionales. Puesto que el hipotético observador al realizar su análisis sobre las

⁷⁰ Por citar el ejemplo más emblemático veamos el caso de la provincia de Buenos Aires donde se utiliza el sistema Hagenbach a diferencia del resto del país que utiliza el sistema D'hont, y donde la importancia de realizar esta distinción radica en el hecho de que la provincia posee una participación cercana al 38% del total del padrón electoral.

⁷¹ Molinelli, G., Jones, M., Saiegh, S.: "Sistemas electorales hacia una mejora en la representación política" Documento 9 de julio de 1998. Recuperado de <http://faculty.udes.edu.ar/tommasi/cedi/dts/dt9.pdf>

características del sistema, también va a evaluar los efectos del mismo, y es probable que tienda a tratar de darle y/o de encontrarle cierta coherencia y lógica al sistema, puesto que en principio es difícil de aceptar que el sistema obedezca más a cuestiones coyunturales (vg. intereses políticos de un determinado momento histórico) que a un orden razonado y lógico; con lo cual el citado observador se verá tentado, al decir del dicho popular, “a pronosticar el resultado del partido del domingo con el diario del día lunes”, o sea justificara una decisión por sus efectos ya conocidos, en lugar de ahondar en las causas de ésta.

Con esto quiero decir que cualquier observador interesado en la materia tendería a creer que en el caso de nuestro país, el cual ha adoptado el sistema federal de gobierno, así como también -y a los mismos fines- la forma presidencialista, por lo cual obviamente para la elección de los cargos ejecutivos ha establecido un sistema de tipo mayoritario (por los motivos ya expuestos en esta tesis, y que por su obviedad no se repiten) y un mandato de cuatro años de extensión, sin entrar en la cuestión de la posibilidad de reelección que varía del ámbito federal al local, y a su vez no es uniforme en este último (cada provincia mantiene la potestad de regular sobre la cuestión puesto que no es una facultad delegada, y además goza de la protección de la llamada “garantía federal” establecida en el artículo 5 de la CN). Mientras que para la elección de los cargos legislativos utiliza dos reglas distintas, siendo para los senadores un sistema de lista incompleta (con lo cual para no desnaturalizar el concepto las jurisdicciones que lleven adelante la elección de tales cargos deberá hacerlo por la totalidad de los cargos en forma simultánea) y para la elección de los diputados emplea, como ya se ha mencionado, las distintas alternativas del sistema de representación proporcional. A lo que debemos sumar que los mandatos de los legisladores admiten uniformemente la reelección indefinida; que en el caso de los senadores su

extensión en el mandato es de seis años (en los diputados al igual que en los cargos ejecutivos es de cuatro años); y que las cámaras que componen el poder legislativo se renuevan por mitades (la cámara baja) y por tercios (la cámara alta), con lo cual en el caso de esta última en cada proceso legislativo sólo se pone en juego la representación de un tercio de las jurisdicciones que componen nuestro país.

Ante este panorama objetivo el hipotético observador podría considerar que tales peculiaridades del sistema fueron introducidas para lograr un mayor equilibrio de los poderes, y para evitar que el sistema se vea afectado en lo que respecta a su “gobernabilidad” por un cambio de tendencia en un proceso electoral, o por el contrario que para evitar que una mayoría circunstancial pueda ejercer el gobierno sin contralor de la oposición en virtud de un resultado aislado (puesto que se produjo en un solo proceso electoral y no es posible conocer si tal gestión será o no ratificada en los procesos electorales venideros).

Continuando con este análisis no se debe dejar de apreciar que, como ya se ha señalado, cuando las elecciones legislativas se realizan conjuntamente con las ejecutivas éstas últimas suelen producir un “efecto arrastre” por sobre el resultado de las primeras, desdibujando así los objetivos de la representación proporcional; o que el mayor mandato -en cuanto a su extensión- de los senadores y por ende el hecho de tener que renovar por tercios las bancas, no obedece al hecho de querer asegurar la estabilidad del sistema y a pretender evitar los vaivenes políticos e institucionales que eventualmente podrían llegar a producirse de mediar un brusca cambio electoral, sino más bien responde a una cuestión histórica que encuentra más asidero en resguardar en las áreas de decisión a los líderes políticos locales.

Distinto es el caso por ejemplo de considerar al senado como la garantía federal⁷², puesto que al poseer todas las jurisdicciones

⁷² Sola, Juan. V.: en sus distintas obras ya citadas en esta tesis.

igual representación, a lo que se debe adicionar la forma bicameral del Congreso (artículo 44 de la CN) y el mecanismo previsto para la formación y sanción de las leyes (artículos 77 a 84 de la CN), obviamente en este caso si se ha contemplado y buscado que los intereses de las jurisdicciones menos pobladas y/o desarrolladas sean avasalladas o al menos dejadas de lado por una mayoría dominante compuesta por las jurisdicciones más pobladas y/o desarrolladas. O el hecho de establecer un mínimo o un piso a la representación (en la cámara de diputados) de las provincias menos pobladas; o establecer respecto de la provincia de Buenos Aires por ejemplo una representación menor en la citada cámara baja (menos de 25% del total) de la que le correspondería de acuerdo a su participación en el total electoral (que es de alrededor del 38%).

Sin dejar de señalar, como bien destaca Sola⁷³, otro factor que hace al diseño y a la gran dificultad de introducir cualquier tipo de cambio en los sistemas electorales, que no es otro que el interés de los políticos de que éste se mantenga invariable, puesto que es el sistema que conocen y el cual les ha permitido acceder a un cargo representativo, con lo cual éstos no tienen grandes incentivos a modificar el sistema, dado que si lo hiciesen el nuevo sistema podría eventualmente provocarles un alto grado de incertidumbre respecto de su futuro.

También es relevante que realicemos una breve síntesis de las principales características y distinciones de los sistemas de gobierno presidencialistas y de los parlamentaristas.

Todo esto a los fines de poder reflexionar con mayor profundidad, tanto respecto de los valiosos aportes realizados por los mencionados autores, como para comprender la entidad de las críticas que se les han realizado.

⁷³ Sola, Juan. V.: en sus distintas obras ya citadas en esta tesis.

Breve análisis de las cuestiones planteadas por Persson y Tabellini

Sin más pasemos a analizar el enfoque planteado por estos autores, a los cuales desde ya debemos reconocerlos por los valiosos aportes realizados al estudio de los sistemas electorales y su impacto según los distintos sistemas de gobierno.

Los mismos han hecho hincapié en las consecuencias económicas de si los sistemas electorales son de tipo mayoritario (o al menos contemplan el criterio minoritario de lista incompleta, que, a su vez, hace las veces de una mayoría relativa) o bien si son proporcionales, los cuales tienden a ser más fragmentarios.

Así como también evalúan en forma preferencial como varía el impacto económico según se adopte un sistema de división de poderes (presidencialismo) o uno de confusión de poderes (parlamentarismo).

Por otra parte también plantean el estudio de cuestiones tales como el tamaño de los distritos electorales; el tipo de boleta utilizada tema que se encuentra íntimamente emparentado con el tipo de sistema electoral que país y/o la jurisdicción bajo análisis hayan adoptado (vg. en general en los grandes distritos electorales que deciden la elección de sus representantes a través de sistemas electorales proporcionales o minoritarios tienden a utilizar las denominadas “listas sabanas”); así como factores más inasibles como la antigüedad y calidad de las democracias bajo estudio.

Cuestiones que a su vez los citados autores agrupan en tres grandes ejes dados por: 1) el análisis de tamaño y composición del gasto del gobierno, el tamaño del sector público – mensurándolo conforme a impuestos y gasto público-, el nivel de gasto en programas de bienestar y/o de seguridad social, el déficit presupuestario; todos estos medidos en relación al producto bruto interno (PBI); 2) la vinculación a la “calidad” y “efectividad” del gobierno, guiándose en estos casos por los “indicadores de

governabilidad”⁷⁴ del Banco Mundial, así como por el nivel de “búsquedas de rentas”⁷⁵ el cual se obtiene de una aproximación basada en los índices de corrupción; y 3) las variables vinculadas al crecimiento económico como lo son: la productividad de la mano de obra, la productividad total de los factores, y el índice o nivel de protección a los derechos de propiedad⁷⁶.

A su vez Persson y Tabellini elaboraron sus estudios sobre dos listados⁷⁷ que evaluaban los índices antes mencionados; uno de ellos sobre ochenta países (elaborado en la década de 1990) y el otro sobre sesenta países (elaborado comprendiendo el período 1960-98). En ambos listados, o para ser más exactos bases de datos, sólo se consideran las “democracias desarrolladas” es decir básicamente son priorizadas aquellas que poseen datos disponibles.

A partir de estos datos (y de su comparación) es que estos autores se permiten inferir tanto conclusiones de estática comparativa como realizar comparaciones dinámicas respecto del sector público en distintos sistemas constitucionales (vg. la ocurrencia de ciclos económicos electorales; o la de analizar la relación existente entre la tasa de crecimiento del sector público y de los planes de seguridad social).

Producto de estos estudios los citados autores concluyen que: 1) los países con sistemas electorales de mayoría relativa tienen un gasto público menor (5% del PBI), menores gastos en seguridad social (alrededor del 2 o 3% del PBI), y un menor déficit

⁷⁴ Para mayor información consultar el dominio web del Banco Mundial a saber: <http://www.worldbank.org/wbi/governance/esp/pubs/govmatters4-e.html>

⁷⁵ Siendo éstos por los “rent seeking” aquellos que buscan obtener una renta diferencial a la que obtendrían en una situación de competencia, en la generalidad de los casos se busca obtener a través de la estipulación de una barrera legal (recordemos que los mercados competitivos deben carecer de tales barreras, ya sean “naturales o legales”, para ser considerados como tales, entre otros requisitos obviamente).

⁷⁶ Ostrom, Elinor “Private and Common Property Rights” en “Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio” de Germán Coloma, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2001.

⁷⁷ Estas bases de datos se encuentran disponible en <http://www.iies.su.se/~persson/>

presupuestario que los países cuyos sistemas electorales son de tipo proporcionales o minoritarios; 2) el empleo de las candidaturas uninominales (típica de los sistemas mayoritarios), por sobre la utilización de las plurinominales, tiene vinculación directa con el menor grado de corrupción y el mayor grado de productividad de los países, fundando estas conclusiones en que esta clase de sistema al exponer en mayor grado al funcionario electo respecto de su nivel de responsabilidad (aludiendo a la obligación genérica de rendir cuentas de su gestión) lo que hace es reforzar la representatividad del mismo puesto que para mantenerse y/o continuar en el cargo deberá situarse lo más cercano posible de las preferencias del votante; 3) respecto del sistema de gobierno (y siendo conteste con la conclusión reseñada en el punto 1) concluyen que los gobiernos parlamentarios con sistemas de representación proporcional poseen un sector público más voluminoso (del 5 al 8% del PBI), y en el caso de ser una democracia desarrollada y/o consolidada, así como también un mayor gasto público (comparándolo con otro “gobierno consolidado” cuyo sistema sea presidencialista) en materia de seguridad social. Respecto de este ítem los autores hacen una salvedad respecto de las democracias incipientes, puesto que señalan que aún aquéllas que poseen sistemas presidencialistas (en general es el sistema adoptado por las “jóvenes democracias”) suelen asemejarse más en cuanto a los índices de productividad y corrupción a los países parlamentaristas con sistema de representación proporcional que a los países presidencialistas con democracias desarrolladas.

La importancia del trabajo de Persson y Tabellini está dada por el hecho del énfasis que ponen en (mensurar) las consecuencias económicas que traen aparejadas los distintos diseños institucionales, y en cómo se ven afectadas por los sistemas electorales y de gobierno.

Así como también se destaca la cuestión metodológica empleada por éstos, al método empírico me refiero, el cual sin embargo

también ha sido objeto de algunas críticas, puesto que más allá de la rigurosidad científica de las comparaciones realizadas se cuestiona la posible arbitrariedad de las mismas puesto que por citar un ejemplo (de las críticas) se plantea con acierto que no existen ejemplos contra-fácticos a los planteados en la hipótesis del trabajo de los autores citados, esto en alusión a que no son muchos los casos en que un país haya pasado de ser parlamentarista a ser presidencialista o viceversa; por otra parte la elección del sistema de gobierno y del sistema electoral muchas veces obedece a una evolución cultural, histórica, política, etc. con lo cual el ignorar estos elementos y sólo realizar una comparación dentro de los parámetros reseñados puede tornar “grosera” a la misma, puesto que se estarían comparando distintas sociedades, con las implicancias coyunturales y estructurales que ya han sido mencionadas, en lugar de (en el caso de existir uno de los citados ejemplos contra-fácticos) poder realizar una comparación de cómo se ve afectada una misma sociedad que ha variado ya sea su sistema electoral, o bien su sistema de gobierno, o bien ambos sistemas.

VIII – CONCLUSIÓN

A lo largo de esta tesis se ha tratado de demostrar que la incorporación de estas “nuevas tecnologías” al servicio de la temática electoral, y más específicamente hablando a la implementación del voto electrónico dentro del sistema electoral, contribuiría en gran medida a que hubiese un mayor ahorro de los recursos empleados (tanto humanos como materiales), contribuiría a mitigar ciertas malas prácticas electorales, a evitar que se produzca un mayor impacto en materia de afectación del medio ambiente, a lograr un mayor control y un incremento de la eficiencia en lo que hace a las políticas en materia penal. Sin dejar de mencionar el objetivo principal de esta tesis, es decir de como repercuten la aplicación de estas tecnologías en materia electoral, tanto en la praxis como en el diseño del sistema electoral.

Como hemos visto, muchos autores⁷⁸, aún los más entusiastas en la temática, han sido muy cautos respecto de que estas nuevas herramientas y/o modalidades (expresión de cautela que le cabe tanto a las TIC como al voto electrónico y al sistema AFIS) puedan de por si solucionar cualquier problemática que se suscite dentro de los determinados sistemas en que se las utilice; por el contrario tratan de dejar en claro que no se trata de una “panacea”, sino más bien de una herramienta “neutra” cuyo éxito o fracaso dependerá más de los incentivos y del marco regulatorio en el cual se hallen inmersos.

Pero sin intención de contradecir estos valiosos aportes, se debe destacar que la importancia de la implementación de estas

⁷⁸ Véase en ese sentido desde las opiniones ya citadas como la Price, hasta los dichos de ex secretario de la ONU Kofi Annan vertidos en el discurso inaugural de la Cumbre Mundial Sobre la Sociedad de la Información (WSIS por su sigla en inglés) en Ginebra (2003) referidos a las TICS que a continuación se transcriben “Las tecnologías de la información y de la comunicación no son ninguna panacea, ni fórmula mágica, pero pueden mejorar la vida de todos los habitantes del planeta. Se disponen de herramientas para llegar a los objetivos de desarrollo del milenio, de instrumentos que harán avanzar la causa de la libertad y la democracia, y de los medios necesarios para propagar los conocimientos y facilitar la comprensión mutua”.

nuevas tecnologías y/o modalidades, encuentra su principal respaldo o fundamentación en la eficiencia paretiana⁷⁹, y no solamente en una visión positivista e ingenua de la realidad.

Dicho esto en razón de que habiendo o existiendo la posibilidad de realizar las mismas tareas a un costo menor -no me refiero solamente al criterio pecuniario- por las ventajas en materia administrativa, de logística, medio ambiental, penal, económicas, políticas, etc. y siendo posible maximizar los beneficios a obtenerse, son pocos y endebles los argumentos que puedan llegar a esgrimirse contra de las mismas.

No olvidemos que la importancia de las nuevas tecnologías radica en su aplicación, no en la posibilidad meramente teórica de deleitarse en abstracto con sus avances, como dice la popular frase “el futuro ya llegó” y en el caso de nuestro país me permito agregar “y aún nos está esperando”.

⁷⁹ Véase para profundizar tal concepto el criterio de eficiencia de pareto y el concepto del “óptimo de pareto” en las distintas obras citadas en esta tesis (vg. Varian, Sola, Nuñez Miñana, Samuelson, Cooter y Ullen, etc.). Sin perjuicio de lo expuesto considérese esta inicial definición de los conceptos mencionados en la cual entenderemos que una situación será eficiente en el sentido de pareto cuando posibilite que mejore la situación de al menos un individuo sin empeorar la de ningún otro; en tanto que el concepto del óptimo de pareto describe aquella situación en la cual los distintos individuos no tienen intención de variar su postura o comportamiento dado que han llegado al punto donde se maximizan sus pagos.

IX - BIBLIOGRAFÍA

- ARROW, K.: "Elección social y valores individuales", Edit. Planeta Agostini, 1994, citado en SOLA, J.V.: "Constitución y Economía", Edit. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio, 2004.
- BADENI, G.: "Derecho Constitucional, Libertades y Garantías" Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BADENI, G.: "Reforma Constitucional e Instituciones Políticas", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- BAIR, D., GERTNER R., PICKER R.: "Game Theory and the Law" 1995.
- BARENTES, J.: "La democracia y los países subdesarrollados" R.E.P. nº 115, 1961.
- BIDART CAMPOS, G.: "El orden socioeconómico en la Constitución", Edit. Ediar, Buenos Aires, 1999.
- BIDART CAMPOS, G.: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", 2 tomos, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994.
- BIDART CAMPOS, G.: "Historia Política y Constitucional Argentina", Buenos Aires, EDIAR, 1976.- Tomos I a III.
- BRENNAN, G. y BUCHANAN, J.M.: "The Power to Tax", Cambridge University Press, Trad. Unión Editorial, 1980.
- BOURG, E: "Teoría económica y reforma del Estado", Apéndice, Sección II, "Sobre el fracaso del colectivo".
- BUCHANAN, J. y TULLOCK, G.: "El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional", Edit. Espasa Calpe S.A.
- BUCHANAN, J.: "Fiscal Theory and Political Economy", Selected Essays, The University of North Carolina Press, 1960.
- BUCHANAN, J.: "Notas marginales sobre la lectura de la filosofía política", Apéndice I, en: BUCHANAN, J. y TULLOCK, G.: "El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional", Edit. Espasa Calpe S.A., Biblioteca del Pensamiento económico moderno, Serie Mayor, Madrid, 1980,

Trad, Javier Salinas Sánchez. Título original: "The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy".

COLOMA, G.: "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio" Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

COOTER, R. y ULLEN, T: "Derecho y Economía", Trad. E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

EKMEKDJIAN, M. A.: "Análisis Pedagógico de la Constitución", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

EKMEKDJIAN, M. A.: "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

FARRELL, M.: "La relevancia ética del punto de equilibrio de Nash", ensayo, julio 2004.

GIBBONS, R.: "Un primer curso de Teoría de los Juegos", Ed. Antoni Bosch, Barcelona 1992. Traducción de Paloma Calvo y Xavier Vilá.

GUZMAN, C.A.: "Manual de Criminalística" Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000.

HEAL, G.: "Teoría de la Planificación Económica", Bosch, Barcelona.

KNIGHT, F.: "The meaning of Freedom in the Philosophy of American Democracy", Ed. Charles Perry, Chicago University Press, 1943, citado en BUCHANAN, J.: "Fiscal Theory and Political Economy", Selected Essays, The University of North Carolina Press, 1960.

KRAUSE, M.: en la dirección de la obra "Análisis Económico del Derecho – Aplicación a Fallos Judiciales" La Ley, Buenos Aires 2006. Colaboradores: Ricardo M. Rojas, Eduardo Stordeur, Eliana M. Santanatoglia, Eleonora Urrutia, Federico G. M. Sosa Valle, Pablo A. Ianello, Augusto C. Lapeyre y Ernesto . Killner.

LINARES QUINTANA, S. V.: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas" Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.- Tomos I y II.

LOEWENSTEIN, K.: "Teoría de la Constitución" Ed. Ariel, Barcelona, 1979.

MARTINEZ COLL, J.C.: "Manual básico de economía ENVI – La Economía de Mercado Virtudes e Inconvenientes" ISBN-10: 84-689-9902-4 publicado en el sitio web www.eumed.net.

MISES, L.: "Socialism", New Heaven, Yale University Press, 1951, citado en BUCHANAN, J.: "Fiscal Theory and Political Economy", Selected Essays, The University of North Carolina Press, 1960.

MUELLER, D.: "Elección Pública", Alianza Editorial, 1984, citado por SOLA, J.V.: "Constitución y Economía", Edit. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio 2004.

NINO, S: "Un país al margen de la Ley", Edit. Emecé, Buenos Aires, 1992.

NORTH, D.: "Institutions, institutional change and economic performance", Cambridge University Press, 1990, citado en SOLA, J.V.: "Constitución y Economía", Edit. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio, 2004.

NUÑEZ MIÑANA, H.: "Finanzas Públicas" 2º edición actualizada, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1998.

OLSON, M: "The Logic of Collective Action", Cambridge Mass, Harvard University Press, 1963, citado por ELSTER, J.: "Lógica y Sociedad, Contradicciones y mundos posibles, Edit. Gedisa, Barcelona, 1994.

ORLANDO, H: "Principios de ciencia política y teoría del Estado", Ed. Plus Ultra.

PEACOCK, A.: "Elección pública. Una perspectiva histórica", Alianza Económica, Versión Española, Carlos Rodríguez Brown, 1992.

PERSSON T. y TABELLINI G.: "The Economic Effects of Constitutions", MIT Press, Cambridge, 2003.

POSNER, R.: "El análisis económico del Derecho", Trad. E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

QUIROGA LAVIÉ, H.: "Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

QUIROGA LAVIE. H.: "Estudio Analítico de la Reforma Constitucional", Actualización de la obra Derecho Constitucional, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

RUTHERFORD, M.: "Institutions in Economics", Cambridge University Press, 1994.

SABSAY D. y ONAINDIA J. M.: "La Constitución de los Argentinos, Análisis y Comentario de su texto luego de la Reforma de 1994", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1995.

SAGUES, N. P.: "Constitución de la Nación Argentina", Texto según la Reforma de 1994, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

SALINAS, J. en prólogo a BUCHANAN, J. y TULLOCK, G.: "El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional", Edit. Espasa Calpe S.A.

SANCHEZ VIAMONTE, C: "Historia Institucional Argentina", Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, 1957.

SARDEGNA, P.: "Entropía de las normas laborales", Tesis doctoral, Edit. Eudeba, Buenos Aires, 2000.

SOLA, J. V.: "Constitución y Economía", Edit. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio, 2004.

SOLA, J. V.: "El control judicial de constitucionalidad". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Segunda edición corregida 2006.

SOLA, J. V.: "Tratado de Derecho Constitucional" Tomo III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.

TAU ANZOATEGUI, V. y MARTIRE, E: "Manual de Historia de las Instituciones Argentinas", Buenos Aires, Editorial Macchi, 1975.

TRAVIESO, J. A.: "Derecho electoral y partidos políticos", Editorial Argentina, 1999.

TULLOCK, G.: "Los precursores teóricos", Apéndice II, en: BUCHANAN, J. y TULLOCK, G.: "El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de una democracia constitucional", Edit. Espasa Calpe S.A., Biblioteca del Pensamiento económico moderno, Serie Mayor, Madrid, 1980, Trad,. Javier Salinas Sánchez. Título original: "The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy".

VAN DEN HAUWE, L.: "Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics", Bruselas, 1999.

VANOSSI, J. R.: "El Estado de Derecho y el Constitucionalismo Social", Buenos Aires, EUDEBA, 1982.

VANOSSI, J. R.: "Teoría Constitucional. Buenos Aires", Depalma, 1975, 1976.- Tomos I y II.

VARIAN: "Microeconomía intermedia. Un enfoque actual", Capítulo XXIII: "El Monopolio", 4ta. Edición, Antoni Bosch editor, España 1987.

WICKSELL, K: "Finanztheoretische Untersuchungen, Jena, Gustav Fischer, 1896, citado por BUCHANAN, J. en: "Fiscal Theory and Political Economy", Selected Essays, The University of North Carolina Press, 1960.