

DOCTRINA SELECCIONADA

CORTE CONSTITUCIONAL ALEMANA

SENTENCIA 2 BVC 3/07 - 2 BVC 4/07 – INCONSTITUCIONALIDAD DEL E-VOTE

Traducidas y anotadas por
Manfredo Koessl y José M. Pérez Corti

<http://www.joseperezcorti.com.ar>

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMANA¹

-2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-

Axiomas de la sentencia del Segundo Senado del 3 de marzo de 2009

1. El principio de la publicidad de la elección del artículo 38 en relación con el art. 20 párrafo 1 y párrafo 2 ordena que todos los pasos esenciales de la elección están sujetos al control público, en la medida en que otros intereses constitucionales no justifiquen una excepción.
2. En la utilización de aparatos electorales electrónicos, el ciudadano debe poder controlar los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado de manera fiable y sin conocimientos técnicos especiales.”

Corte Constitucional Federal

- 2 BvC 3/07 – 2 BvC 4/07 -

Pronunciada el 3 de marzo de 2009 en el proceso de Queja de Control Electoral contra la resolución del Bundestag Alemán del 14 de diciembre de 2006.

WP108/05 – (BTDrucks 16/3600)

“La Corte Constitucional Federal –2º Senado- con el concurso de los jueces y juezas. Vicepresidente Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinshoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau

En razón de la vista de causa del 28 de octubre de 2008 a través de Sentencia **reconoce por derecho:**

¹ Jurisprudencia Argentina, Fascículo 13, 2009-III, Bs. As. 23/09/2009, p. 6/18, con notas de Manfred Koessl y José M. Pérez Corti.

La versión, selección de textos y traducción ha estado a cargo del Magister Ms. Sc. Manfred Koessl. El texto que se traduce literalmente del original está consignado en letra “Normal” (redondas); y en las partes destacadas en bastardilla se presenta un resumen del párrafo original, elaborado por el traductor. El texto completo en alemán puede ser consultado en el sitio oficial de la Corte Constitucional Federal Alemana: http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html .

1. La prescripción sobre el empleo de aparatos electorales para las elecciones al *Bundestag* Alemán y para los representantes de la República Federal Alemana ante el Parlamento Europeo (Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales – *Bundeswahlgeräteverordnung* - BWahlGV) del 3 de septiembre de 1975 (Bundesgesetzblatt I Pág. 2459) en la versión de la prescripción para la modificación del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y el Ordenamiento de Elecciones Europeas del 20 de abril de 1999 (Bundesgesetzblatt I Pág. 749) es incompatible con el art. 38 en relación al art. 20 párrafo 1 y párrafo 2 de la Ley Fundamental, en la medida en que no asegura ningún control acorde al principio de la publicidad de la elección.
2. El empleo de los aparatos electorales de la N.V. Nederlandsche Apparatenfabriek (Nedap) del tipo ESD1, Versiones Hardware 01.02, 01.03 y 01.04 así como el tipo ESD2 Versión Hardware 01.01 en las elecciones para el 16° *Bundestag* Alemán no fué compatible con el art. 38 en relación con el artículo 20 párrafo 1 y párrafo 2 de la Ley Fundamental.
3. En lo demás, se rechazan las quejas de revisión electoral.
4. La República Federal Alemana debe reembolsar los gastos de este proceso al primer litigante en su totalidad y al segundo litigante en tres cuartos.

Fundamentos:

1

Las Quejas de Control Electoral conciernen la admisibilidad del empleo de aparatos electorales guiados por ordenador, también llamados aparatos electorales electrónicos o “computadoras electorales”, para las elecciones del 16° *Bundestag* Alemán

2

1. En las elecciones para el 16° *Bundestag* alemán, aproximadamente dos millones de electores de Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt dieron su voto por medio de los aparatos electorales guiados por ordenador, producidas por la empresa holandesa Nedap y distribuidas en Alemania desde 1999

como componente central del “Sistema electoral integral” (IWS) por la empresa H. GmbH. La denominación de los modelos de aparatos electorales se componen de un nombre para la generación de aparatos (ESD1 o ESD2) así como el número de versión para el Hardware (HW) y el Software (SW). En las elecciones para el *Bundestag* alemán se han utilizado hasta el momento los modelos ESD1 (HW 1.02; SW 2.02), ESD1 (HW 1.02; SW 2.07), ESD1 (HW 1.03; SW 3.08), ESD1 (HW 1.04; SW 3.08) und ESD2 (HW 1.01; SW 3.08).

3

“Estos aparatos electorales son gobernados por medio de un microprocesador y un programa de software. Los votos emitidos se depositan exclusivamente en una memoria electrónica y al finalizar la jornada electoral son escrutados por medio del aparato electoral. Luego de la determinación del resultado, el aparato electoral muestra los votos otorgados para cada propuesta electoral; los resultados pueden ser impresos por medio de una impresora integrada al aparato electoral. El programa de Software, que gobierna el registro del voto y la determinación del resultado, se encuentra en dos chips de memoria (llamados EPROMs; EPROM = Erasable Programmable Read-Only-Memory), instalados en el aparato debajo de un revestimiento atornillado y asegurados por medio de dos sellos montados por el fabricante. Los votos realizados en el aparato electoral –incluyendo el acoplamiento (primer voto y su correspondiente segundo voto)– son depositados en una unidad de memoria extraíble en forma de cassette –el llamado módulo de almacenamiento de votos, también denominado “urna electrónica” (cfr. Schönau, *Elektronische Demokratie*, 2007, Pág. 53)–. En el módulo de almacenamiento de votos también se almacenan los datos de la boleta electoral, la coordinación entre cada tecla con las propuestas electorales así como la fecha de elección y local electoral”

4

Los aparatos electorales muestran un campo de teclado, sobre el que está cargado un papel con la imagen una boleta electoral oficial. Arriba del teclado se encuentra un indicador LCD, que guía al electoral través del procedimiento electoral y posibilita la

comprobación de sus entradas. Teclado e indicador LCD están rodeados por dos tabiques como protección de privacidad. En la parte trasera del aparato electoral se encuentran la mencionada impresora así como el receptáculo de conexión para el modulo de almacenamiento de memoria. Los aparatos electorales están conectados con un cuadro de mandos sobre la mesa de la junta electoral. El cuadro de mandos le muestra a la junta electoral la emisión del voto por parte de cada elector al aumentar en uno el indicador de electores. Después que el elector emitió su voto, el aparato electoral queda bloqueado para otras emisiones de voto, hasta que la junta electoral lo activa para el siguiente elector.

5

El componente del “Sistema de elección integral” distribuido por la empresa H. es un aparato programador y lector, que le permite a la administración comunal, en conexión con una computadora personal, preparar los módulos de almacenamiento de votos antes de la elección, y después de la elección leer de los módulos de almacenamiento, la información electoral y ponerla a disposición para otras elaboraciones de datos. Los módulos de almacenamiento pueden ser leídos nuevamente al finalizar la jornada electoral. El software del “sistema electoral integral” también permite imprimir los votos emitidos como boleta electoral con sus correspondientes cruces.

6

El aparato electoral puede indicar e imprimir números de identificación individual en cada uno de ellos, también de los números de versión del Hardware y Software, así como de dos sumas de control conformadas por un algoritmo de suma de control incluido en el software del aparato electoral. Estos datos pueden ser comparados con la información contenida en la placa indicadora de tipo del aparato electoral y en la declaración de identidad estructural.

7

2. Ya en la década del ´50 se intentó en Alemania reemplazar el proceso electoral tradicional del conteo manual de boletas, por métodos mas racionales y el empleo de

aparatos electorales. Según art. 35 párr. 3 de la Ley Electoral Federal del 7 de mayo de 1956 (BGBl I S. 383 - BWG) el Ministro del Interior del Bund podía permitir que, en lugar de boletas electorales, se utilizaran aparatos de conteo electoral oficialmente autorizados. Sobre esta base se promulgó la prescripción sobre la utilización de aparatos de conteo electoral para elecciones para el *Bundestag* Alemán del 24 de agosto de 1961 (BGBl I S. 1618)

Párrafos 7 (segunda parte) hasta 13 inclusive:

Historia del empleo de aparatos desde 1961, propuestas de aparatos y la modificaciones legales realizadas hasta el presente en Alemania.

14

3. Para las elecciones para el 16° *Bundestag* Alemán estaba en vigencia el § 35 BWG en la versión de la publicación de la Ley Electoral Federal del 23 de julio de 1993 (BGBl I S. 1288, ber. S. 1594), modificada por última vez por la Octava Ordenación de Adaptación de Competencia del 25 de noviembre de 2003 (BGBl I Pág. 2304).

15

La prescripción tiene la siguiente texto:

16

§ 35

17

Votación con aparatos electorales.

18

(1) Para facilitar la emisión y contabilización de los votos pueden utilizarse aparatos electorales en lugar de urnas electorales y boletas electorales.

19

(2) Los aparatos electorales en el sentido del inc. 1 deben garantizar el secreto de la votación. Su versión debe ser admitida oficialmente para la utilización en elecciones para el *Bundestag* Alemán o en general. Sobre su admisión decide el Ministerio del Interior a solicitud del fabricante del aparato electoral. La utilización de un aparato electoral admitido oficialmente debe ser autorizado por el Ministerio del Interior. La autorización se puede otorgar para una determinada elección o en general.

20

(3) Se autoriza al Ministerio del Interior, por medio de ordenamientos jurídicos que no necesitan de la ratificación del Bundesrat, dar prescripciones sobre:

21

1. las condiciones para la admisión oficial de las versiones de aparatos electorales, así como la retractación o revocación de la admisión,

22

2. el procedimiento para la admisión oficial de una versión,

23

3. el procedimiento para el examen de un aparato electoral en el modelo sobre la versión oficialmente admitida,

24

4. la prueba pública de un aparato electoral antes de su utilización,

25

5. el procedimiento para el permiso oficial de la utilización así como la retractación y la revocación del permiso,

26

6. de las particularidades implicadas en la utilización de aparatos electorales en relación a la elección.

27

El ordenamiento legal se realiza con el acuerdo del Ministerio de Economía y Trabajo en los casos 1 y 3.

28

(4) Para el accionamiento de un aparato electoral vale el § 33 Párr. 1, Oración 1 y Párr. 2.

29-32. Competencia para dictar la reglamentación del uso de aparatos electorales. La decisión sobre el uso lo realizan las comunas y ciudades, quienes ven en los aparatos electorales una manera de simplificar el trabajo de los auxiliares electorales.

33

1. Ambos recurrentes se dirigen contra la Ley Electoral Federal y la Ordenación Federal de Aparatos Electorales en la medida en que permiten la utilización de aparatos electorales guiados por ordenador. Objetan la autorización y utilización de estos aparatos. También impugnan la autorización oficial a los aparatos electorales de la empresa Nedap.

34

a) aa) El recurrente 1 objeta el resultado electoral de la elección para el 16°. Bundestag alemán en 30 circuitos electorales en Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt. Solicita se reitere la elección en dichos circuitos. Señala que “la utilización de aparatos electorales guiados por ordenador atenta contra el principio de la publicidad de la elección y el principio de la oficialidad de la elección”.

35

El principio de publicidad debe garantizar una realización ordenada de la elección y garantizar la correcta integración del parlamento. El control debe hacer hincapié en el secreto del voto y que además el voto no se pueda modificar, que el resultado sólo debe contabilizar los votos emitidos. La utilización de los aparatos electorales impugnados impide un control efectivo por parte del público y la junta electoral, ya que la determinación del resultado se realiza en el interior del aparato electoral

36

La publicidad de una elección con aparatos electorales sólo puede garantizarse con mecanismos de control como por ejemplo la impresión de un protocolo en papel del voto emitido.

37

“La confiabilidad de los software instalados en los aparatos electorales no son controlables por el público. El examen de la Oficina Federal Física-Técnica y el permiso de la versión no se realizaron en público” tampoco se realizaron pruebas independientes. Las fuentes del software no son abiertas y tampoco se puede verificar que las copias del software utilizados en los locales electorales son concordantes con los modelos testeados y no han sido manipulados. Una autenticación por medio de una cadena de caracteres para el programa original y las copias no ha sido garantizado con seguridad. No se puede descartar una manipulación.

38

“El especial peligro de los aparatos electorales guiados por ordenador consiste en que la manipulación de las elecciones puede ser realizadas mucho más eficazmente que en elecciones con urnas”. Estas manipulaciones pueden consistir en otorgar los votos a partidos independientemente de la decisión del elector, o repartirlos entre los partidos según una proporción previamente fijada. Estas manipulaciones pueden ser realizadas por los empleados como por terceros por vía de virus o troyanos, los que pueden resultar indetectables.

39

El proceso de examinación del modelo por parte el Instituto Federal Físico-Técnico debe ser público, al ser una instancia preparativa de una elección; y "... eventuales intereses del fabricante para proteger sus secretos comerciales deben ser postergados frente al principio democrático".

40

No resulta compatible con el principio de la oficialidad de la elección que el funcionamiento de los aparatos electorales sólo sean examinado por el fabricante (§ 7 Abs. 1 BWahlGV) y que se renuncie a un control de la ausencia de manipulación. Los órganos electorales deben confiar en que no se realice una manipulación después de la examinación. Los tests realizados en preparación del acto electoral no son suficientes.

41

Los aparatos electorales no están al nivel actual de la técnica ni son compatibles con los "lineamientos para las versiones de aparatos electorales" (Anexo 1au § 2 BWahlGV) ni el software es identificable claramente, como lo pide el Letra B Cifra 1 Punto 2.

42

"También es objetable que el § 35 BWG sólo exige el secreto de voto, pero no el cumplimiento de los otros principios constitucionales".....

43

bb) Argumentación del segundo impugnante:

44

El uso de aparatos electorales guiados por ordenador se opone al Principio de Democracia, al Principio del Estado de Derecho y los Principios de Publicidad y Oficialidad de las elecciones. Ni el § 35 BWG ni el Ordenamiento de Aparatos Electorales Federal bastan a los principios constitucionales sobre elecciones de la publicidad y la oficialidad.

45 y 46

Solicita la anulación y se reiteren las elecciones en los distritos en los que se usaron aparatos electorales. También solicita la publicación de la documentación sobre la que se autorizó el empleo de estos aparatos.

47

cc) El Ministerio del Interior solicitó el rechazo de los recursos.

48

“La publicidad del acto de votación es garantizada con el uso de aparatos electorales. El público puede controlar de que sólo electores autorizados tengan acceso a la cabina de votación. La junta electoral puede controlar, por medio de la lectura de la unidad de funcionamiento, que cada elector sólo vote una vez”. En general, el principio de publicidad no es ilimitado, ya que está en conflicto con el objetivo de conformar una representación popular con capacidad operativa en poco tiempo. “La ley electoral Federal valoriza el objetivo de hacer que la elección se realice en el tiempo adecuado y se establezca el resultado electoral en un tiempo prudencial, en una importancia más grande que el minucioso control del público”.

49

La publicidad está garantizada, el público puede controlar la impresión del resultado electoral al finalizar el acto, y el observador electoral y la junta electoral pueden cotejar los resultados. Por otro lado, el Instituto Federal Físico-Técnico ha examinado detalladamente el aparato electoral. También se realizan controles exhaustivos por parte de las administraciones comunales y las juntas electorales. Por otra parte, al realizarse una determinación de los resultados de manera descentralizada, la manipulación a lo sumo afecta al respectivo circuito electoral.

51

“..... El principio de publicidad de la preparación de una elección y del negocio electoral puede ser limitada con motivo de la protección de los datos privados o del secreto empresarial o de negocios”

52

“... un protocolo así puede ser manipulado como cualquier otro producto de papel”.
(Se refiere al protocolo solicitado por el recurrente)

53

“... que personas privadas realicen hechos individuales, no debe ser objetable; en tal sentido los organismos estatales sólo deben realizar los controles necesarios. Así, las boletas electorales son impresas por imprentas privadas, y la comunicación del llamado a elección y la documentación para el voto por carta enviados por correos privados...”

54

La identidad y autenticidad del software están garantizados.

55

De todos modos, eventuales errores electorales no son relevantes para determinar mandatos. No se han planteado indicios concretos de alteración de resultados electorales por el uso de aparatos electorales.

56

dd) El Bundestag alemán rechaza las objeciones, con resolución del 14 de diciembre de 2006

57

Falta de competencia del Bundestag para decidir sobre normas individuales del Derecho Electoral.

58

“..... También en el voto por correo la publicidad de la emisión del voto está fuertemente limitado ...”

60

Por sobre la protección de los secretos de la empresa del fabricante de los aparatos electorales prevalece el interés del público de la publicación del código fuente.

61-63

Se ha cumplido con las normas (Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, y las Directivas para los tipos de construcción de Aparatos Electorales). Es posible manipular los aparatos en teoría, pero en la práctica resulta muy difícil. No hay indicios de manipulación o modificaciones involuntarias en las elecciones impugnadas.

64

b) Ambos impugnantes recurren en Queja de Control Electoral ante la Corte Constitucional Federal

65

aa) *El reclamante 1 solicita abolir la resolución del Bundestag Alemán del 14 de diciembre de 2006, declarar inválidas las elecciones objetadas y la repetición de la elección con boletas electorales y urnas.*

66

Ampliación de agravios del reclamante 1:

68

La publicidad de la elección se lesiona también por el traslado del control a un procedimiento no-público y la negativa a publicar los resultados y documentación de los exámenes, así como de los caracteres de construcción y los códigos fuente de los aparatos.

69

Un problema grave es que el ordenamiento confía en que el software y hardware de los aparatos evaluados en la Oficina Federal Físico-Técnica son idénticos a los aparatos efectivamente utilizados. Éstos no son revisados.

70

El principio de oficialidad no permite que el control de todo el acontecimiento electoral, incluyendo los detalles técnicos, se escape de las manos de los órganos estatales. El Principio del Estado de Derecho y el Principio de Democracia demandan que todo el acontecimiento, incluyendo sus ramificaciones, sean controlados por órganos estatales, y por el pueblo.

71

Los problemas de seguridad de los aparatos electorales afectan a los principios electorales de libertad, igualdad y secreto del voto. Si los votos pueden ser capturados, desviados o espiados, se vulnera el principio de libertad electoral. Si no se sabe si el voto será contabilizado efectivamente, se vulnera el principio de igualdad electoral. Estas manipulaciones también pueden afectar el principio del secreto del voto. Para lesionar estos principios electorales es suficiente que la utilización de las máquinas electorales permite la ocurrencia de estos errores.

72

El derecho constitucional que protege el secreto empresarial de la Empresa Nedap debe retroceder frente al interés informativo del público. También los beneficios de la utilización de estos aparatos (velocidad de determinación de resultados y aumento de la seguridad del proceso) no justifican la limitación de la publicidad de las elecciones.

73

Los errores electorales si resultan relevantes para la determinación de mandatos. No corresponde la prueba al recurrente acerca de la posibilidad de la ocurrencia de un resultado electoral diferente si no se hubieran utilizado aparatos electorales.

74 – 77

Expresión de agravios del segundo recurrente.

78

Respuestas a la vista. Se notifica a todos los partidos políticos con representación en el *Bundestag*, al Director de elecciones y al Instituto Federal Físico-Técnico.

79

El Director de Elecciones Federales considera el empleo de aparatos electorales acorde a derecho.

80

b) Ministerio del Interior profundiza y completa argumentos, como se expone a continuación.

81

El principio de publicidad es exagerado, si se solicita que cualquiera deba poder comprender la totalidad del hecho electoral inclusive las preparaciones electorales hasta en las ramificaciones de los detalles técnicos y que la totalidad del accionar estatal en una elección, incluyendo los permisos de versiones de aparatos electorales así como que los demás preparativos de los órganos electorales y otras instituciones estén bajo control público.

82

La organización descentralizada es uno de los medios mas importantes para evitar las manipulaciones. Cada Comuna decide como y donde guardan las máquinas, lo que obliga al manipulador no sólo a poseer conocimientos técnicos, sino el saber donde y como guardan las máquinas cada comuna.

83

El Instituto Federal Físico-Técnico describe el proceso de examinación y señala que los requerimientos de seguridad son los equivalentes al de las elecciones tradicionales, algo no tenido en cuenta por el recurrente.

84

3. a) El Chaos Computer Club e. V. toma en su posición referente a una investigación sobre la seguridad y manipulabilidad de las computadoras electorales Nedap, que en el año 2006 realizaron en conjunto con la iniciativa holandesa “Wij vertrouwen stemcomputers niet²”. El software y el hardware de la versión holandesa ES3B, que en opinión del autor del estudio sólo tiene diferencias mínimas con las versiones alemanas ESD 1 y ESD, han podido ser manipuladas con un esfuerzo relativamente escaso. La investigación señala que el proceso analizado, a través de la reconstrucción del código fuente del software electoral, y los métodos de programación, son triviales y apenas corresponden al nivel de la técnica de principios de los '90.

85

Las manipulaciones pueden consistir en otorgar el voto a otro partido, en establecer una distribución porcentual fija para el escrutinio no pasible de ser descubierto previamente. El cambio del software es posible sin grandes dificultades. Una persona con un breve entrenamiento puede cambiar las memorias en menos de cinco minutos, un especialista en menos de un minuto. También son posibles manipulaciones del hardware.

² En neerlandés: “No confiamos en computadoras de sufragio” (Traducción del autor).

86

A diferencia de los métodos tradicionales, en cualquier momento se pueden desarrollar procesos que posibilitan el falseamiento electoral; el problema no es solucionable con tecnología, ya que el desarrollo de técnicas mas complejas lleva necesariamente a sistemas aún mas difíciles de verificar por la gente común.

87

b) El ministerio del Interior señala que existe aquí una sobre-valoración de los requisitos técnicos de seguridad. No se puede garantizar la seguridad absoluta frente a falsificaciones electorales. Elecciones con urnas y el voto por correo también son teóricamente manipulables.

88

Las posibilidades de manipulación con computadoras no se diferencian de los peligros en elecciones tradicionales.

89

Se mencionan a los expertos invitados como peritos, y sobre que temas expusieron.

B.

90

En cuanto a que el segundo recurrente se dirige contra el procedimiento ante el *Bundestag* Alemán, su Queja de Control Electoral no tiene éxito

91

Las Quejas de Control Electoral estan fundadas, en la medida en que se oponen a que el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales que permite la utilización de aparatos electorales controlados por ordenador que no garantizan un control efectivo del acto electoral y un control efectivo posterior del escrutinio. En tal sentido, hay una falta contra el Principio de Publicidad de la elección del art. 38 de la Constitución en relación con el art. 20 Párr. 1 y Párr. 2. La utilización de los aparatos electorales guiados por

ordenador de la empresa Nedap tampoco eran compatibles con el principio de la publicidad de la elección. Ambos errores electorales no llevan, empero, a la declaración de invalidez de la elección en los circuitos electorales señalados por los recurrentes.

92

Queda abierta la cuestión acerca de si los aparatos electorales cumplen con los requisitos del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y las guías del Art. 38 Párr. 1 Frase 1° de la Constitución Alemana. Lo mismo es válido acerca de la censura sobre un control oficial insuficiente de los aparatos electorales, de que la examinación del Instituto Federal Físico-Técnico no fuera realizado en público, y la ausencia de publicidad de la documentación y los código fuente del Software.

I

93- 105

Rechazo del recurso interpuesto por recurrente 2, que fuere fundado en cuestiones formales en el proceso ante el Bundestag Alemán.

II.

104

Establece la competencia de la Corte Constitucional Federal tanto para el cumplimiento del Derecho Electoral Federal, como sobre la constitucionalidad del contenido de la Ley Electoral Federal.

105

El empleo de aparatos electorales guiados por ordenador debe ser examinado especialmente en relación a la publicidad de la elección (Art.38 en relación Art.20 Párr. 1 y 2 Constitución Alemana)

106

La publicidad de la elección es condición fundamental para una formación democrática de la voluntad política. Ella asegura el debido orden y la comprensión de los procesos electorales y logra con ello las condiciones para una confianza fundada de los ciudadanos en el correcto desarrollo de la elección. La forma de Estado de la democracia parlamentaria, en el que el poder del pueblo se mediatiza por medio de elecciones, es decir no se ejerce constantemente de manera inmediata, exige que el acto de la transferencia de la responsabilidad estatal hacia los parlamentarios estén bajo un control público especial. El mandamiento fundamental de la publicidad en el proceso electoral incluye el proceso de propuesta electoral, el acto electoral (respecto al voto atravesado por el secreto electoral) y la determinación del resultado electoral (cfr. BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 julio 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <992> m.w.N.).

107

a) El fundamento de la publicidad de la elección lo conforman las decisiones fundamentales de derecho constitucional sobre Democracia, República y Estado de Derecho (Art. 38 en relación con Art. 20 Párr. 1 y Párr. 2 Constitución Alemana).

108

aa) La elección de la representación popular es, en una democracia representativa, el acto de legitimación fundamental. La votación para la elección del *Bundestag* Alemán conforma un elemento esencial del proceso de formación de la voluntad del pueblo hacia los órganos estatales y con ello, al mismo tiempo, la base de la integración política. La observación de los principios electorales válidos para ello y la confianza en su observación son por ello condiciones de una democracia viable. Sólo la posibilidad de un control, acerca de si la elección se corresponde con los principios constitucionales electorales, puede asegurar que la delegación del poder del Estado a la representación popular, que es la primera y más importante parte de la cadena ininterrumpida de legitimación del pueblo hacia los oficiales públicos y órganos a los que se confía deberes estatales, no sufran de déficit. La legitimación democrática de la elección exige la capacidad de controlar el proceso electoral, para así poder excluir o

corregir manipulaciones y refutar sospechas injustificadas. Sólo esto posibilita la confianza fundada en el debido orden de la conformación del órgano de representación. La obligación del legislativo y el ejecutivo de ocuparse de que el proceso electoral se conforme acorde a la Constitución y se realice debidamente no alcanza, por sí misma, para transmitir la necesaria legitimidad. Sólo si el pueblo electoral se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia, es decir, que la elección se realice “ante los ojos del público” (cfr. Schreiber, *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, 7. Ed. 2002, § 31 Rn. 2) se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento acorde a la voluntad del elector, necesaria para el funcionamiento de la democracia y de la legitimidad democrática de las decisiones estatales. (cfr. NRW VerfGH, Sentencia del 19 de marzo de 1991 - VerfGH 10/90 -, NVwZ 1991, S. 1175 <1179>; Hanßmann, *Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen*, 2004, Pág. 184).

109

bb) En la República la elección es cosa de todo el pueblo y asunto comunitario de todos los ciudadanos. A ello se corresponde, que también el control del proceso electoral deba ser un asunto y tarea del ciudadano. Cada ciudadano debe comprender y entender de manera segura los pasos centrales de la elección sin conocimientos técnicos previos especiales.

110

cc) La publicidad de la elección también está apoyado en el principio del Estado de Derecho. La publicidad fundada en el Estado de Derecho sirve a la transparencia y controlabilidad del ejercicio del poder estatal. Ella presupone, que los actos de los órganos estatales pueden ser conocidos por los ciudadanos. Esto también es válido para el actuar de los órganos electorales.

111

b) El principio de publicidad de la elección manda que los pasos esenciales de la elección están sujetos a la revisión pública, mientras otros intereses constitucionales no

justifiquen una excepción. Con ello tiene una especial importancia el control de los actos electorales y la determinación del resultado electoral.

112

Un proceso electoral en el que los electores no comprendan de manera confiable, si su voto se registra de manera no adulterada e incluido en la determinación del resultado electoral, y de como de cuentan y ordenan la totalidad de los votos, excluye del control público elementos procedimentales centrales de la elección, y por ello no basta los requisitos de derecho constitucional.

113

c) No se incluyen todos los actos electorales para el requisito de la publicidad. Por ejemplo los actos del director del circuito electoral para preparar el escrutinio no son obligatoriamente públicos .§ 76 Párr. 1 BWO (cfr. BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio de 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <992>).

114

d) Los requerimientos de la supervisión del proceso electoral valen sin perjuicio de la responsabilidad de los órganos estatales encargados de la ejecución de la elección parlamentaria. (cfr. BVerfGE 20, 56 <113>; 41, 399 <414>; Seifert, Bundeswahlrecht, 3. Ed. 1976, Pág. 130).

115

Es en primera línea, tarea del legislador regular como asegurar la comprensión de los pasos esenciales del proceso electoral. El art. 38 párr.3 de la Constitución empodera y obliga al legislador a determinar las particularidades de la formación del derecho electoral (en especial sistema electoral y proceso electoral) y el cumplimiento de los principios del derecho electoral (cfr. Magiera, en: Sachs, GG, 5. Ed. 2009, Art. 38 Rn. 106 ff., 113 ff.). En el mandato de regulación del art. 38 párr. 3 de la Constitución cae también la configuración de los aspectos técnicos del proceso electoral (cfr. Morlok,

en: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Ed. 2006, Art. 38 Rn. 127) y con ello, la decisión sobre el empleo de aparatos electorales y la determinación de condiciones detalladas para su utilización. Los detalles pueden ser regulados por un ordenamiento jurídico en base a un mandato legal. (cfr. Magiera, en: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 38 Rn. 114).

116

El legislador se encuentra con un amplio margen de decisión en la concretización de los principios de derecho electoral, en el marco del cual él debe decidir si se justifican, y en que medida, desviaciones a los principios de derecho electoral en interés de la unicidad de todo el sistema electoral y para asegurar los fines político-estatales con él perseguidos. (cfr. BVerfGE 3, 19 <24 f.>; 59, 119 <124>; 95, 335 <349>). La Corte Constitucional Federal sólo examina si el legislador actúa dentro del margen de decisión otorgado por la Constitución para su conformación, o si se rebasa el límite de un principio de derecho electoral con fuerza constitucional. No es tarea del Tribunal determinar si el legislador ha encontrado soluciones prácticas o deseables desde el punto de vista jurídico-político, en el margen discrecional del que dispone. (cfr. BVerfGE 59, 119 <125>).

117

3. La utilización de aparatos electorales, que pueden registrar el voto electrónicamente y pueden determinar el resultado electoral de manera electrónica, es según ello, sólo compatible con la la ley fundamental bajo estrictas condiciones.

118

a) Al emplear aparatos electorales electrónicos, debe poderse revisar los pasos esenciales del acto electoral y determinación del resultado de manera confiable y sin conocimientos técnicos especiales. En última instancia, en vista de la manipulabilidad y la propensión al error de los aparatos electorales electrónicos es que resulta la necesidad de un control de este tipo. En ellos la recepción de los votos y la contabilización de los resultados electorales se basan en un proceso de cálculo, que desde afuera y para personas sin conocimientos especiales de técnicas informáticas no

son comprobables. Por ello es que errores en el software de los aparatos electorales son de difícil detección. Además, estos errores pueden afectar no sólo una computadora electoral, sino todos los aparatos utilizados. Mientras que en las elecciones tradicionales con boletas electorales las manipulaciones y falsificaciones electorales bajo las condiciones marco de las prescripciones vigentes, a los que pertenecen también las reglas sobre publicidad, resultan poco posibles –o de cualquier manera sólo con un esfuerzo considerable y un riesgo de descubrimiento muy alto y de efecto preventivo-, intervenciones en los aparatos electorales dirigidos electrónicamente pueden, en principio, con un esfuerzo relativamente escaso, obtener un alto impacto. Incluso manipulaciones en un sólo aparato electoral puede influenciar no sólo votos individuales, sino todos los votos que fueron dados con ayuda de este aparato. Más grande es el alcance del error electoral que se ocasionan con las modificaciones y mal funcionamiento de un solo software que se extiende a todos los aparatos. El efecto de gran alcance de los posibles errores de los aparatos electorales o las falsificaciones electorales mandan la realización de medidas precautorias especiales para proteger el principio de publicidad de la elección.

119

aa) El elector debe –también sin conocimientos detallados de computación- poder comprender si su voto es registrado como base del escrutinio o –si los votos primero se escrutan con apoyo técnico- de cualquier manera como base de un posterior recuento registrado verdaderamente. No alcanza una remisión a que confíe en ello, sin la posibilidad de examinar por sí mismo el funcionamiento correcto del sistema. De allí que no alcance, si sólo es informado exclusivamente por un indicador electrónico de que su voto ha sido registrado. Eso no le posibilita un control suficiente por el elector. La misma comprensión también debe estar dada para los órganos electorales y los ciudadanos interesados.

120

De ello resulta, que los votos no pueden quedar depositados exclusivamente en una memoria electrónica. El votante no puede ser remitido, luego de la votación electrónica,

a confiar exclusivamente en la integridad técnica del sistema. Si el resultado electoral se obtiene por medio de la elaboración guiada por ordenador de los votos depositados en la memoria electrónica, no alcanza, si sólo se puede tomar conocimiento mediante un resumen impreso en papel o de un indicador electrónico. Porque de esta manera, electores y órganos electorales sólo pueden examinar si el aparato electoral ha procesado tantos votos como electores han sido autorizados a emplear ese aparato electoral. En estos casos no es reconocible fácilmente, si ha habido errores en la programación del software o de falsificaciones electorales intencionales por medio de la manipulación del software.

121

bb) El legislador no está impedido de utilizar aparatos electorales en elecciones, si se ha asegurado la posibilidad constitucional de un control de corrección confiable. Especialmente son imaginables aparatos electorales en el que los votos se registren, no sólo en la memoria electrónica. Esto es posible por ejemplo, en aparatos electrónicos que además del registro electrónico del voto imprimen un protocolo de papel visible, que puede ser controlado antes de la emisión del voto definitivo y que es recolectado para posibilitar una verificación. También es posible un control independiente del registro electrónico del voto, en el que los electores señalan una boleta electoral y la decisión del voto es registrada electrónicamente al mismo tiempo (eventualmente con un "lapiz digital" cfr. para ello Schiedermaier, JZ 2007, Pág. 162 <170>) o posteriormente (por ejemplo con un scanner de boletas electorales; cfr. para ello: Schönau, *Elektronische Demokratie*, 2007, Pág. 51 f.; Khorrami, *Bundestagswahlen per Internet*, 2006, Pág. 30) , para que los mismos sean evaluados electrónicamente al finalizar la jornada electoral.

122

En todo caso debe quedar asegurado, que el elector domina su emisión del voto y los órganos electorales y ciudadanos interesados pueden verificar fiablemente el resultado electoral sin previos conocimientos técnicos especiales. No es necesaria aquí una decisión acerca de si existe alguna otra posibilidad técnica que permita una confianza

en la corrección del proceso de determinación electoral basada en la comprensión, y que con ella se baste al principio de publicidad de la elección.

123

b) Las limitaciones a la controlabilidad ciudadana del proceso electoral no pueden ser compensadas con que los aparatos de muestra sean controlados en el marco del Procedimiento del Permiso de Versión, o que los aparatos utilizados concretamente en la elección sean controlados previamente por una institución oficial sobre su concordancia con determinadas exigencias de seguridad y su integridad técnica. El control de los pasos esenciales de la elección fomenta una confianza fundada en el debido orden de la elección sólo en la manera exigida, de que el ciudadano pueda comprender fiablemente el proceso electoral por sí mismo.

124

Por este motivo un amplio conjunto de otras medidas de seguridad (Por ejemplo, controles sobre la consigna de aparatos electorales, poder comparar los aparatos utilizados en cualquier momento con un modelo examinado oficialmente, punibilidad de fraudes electorales y organización descentralizada de la elección) tampoco son adecuados por sí mismos, para compensar la falta de controlabilidad de los pasos esenciales del proceso electoral por parte de los ciudadanos.

125

Por consiguiente, ni una participación del público interesado en el proceso de evaluación o del permiso de aparatos electorales, ni la publicación de los informes de evaluación o caracteres de construcción (incluyendo los códigos fuente del software en el caso de aparatos electorales guiados por ordenador) contribuyen decisivamente en[] asegurar el nivel exigido constitucionalmente de controlabilidad y comprensión del proceso electoral. Los exámenes técnicos y procesos oficiales de permiso, que de todas maneras sólo pueden ser apreciados con pericia por especialistas interesados, se

refieren a un estado del proceso que se encuentra alejado del de la emisión del voto. La participación del público necesita por ello, para lograr la exigida supervisión fiable, medidas complementarias ulteriores.

126

c) El legislador puede permitir, en un alcance limitado, excepciones al principio de publicidad, para hacer valer otros intereses constitucionales, especialmente los principios de derecho electoral del Art. 38 Párr. 1 Frase 1 CN. Así, se dejan fundamentar el control público del voto por correo (§ 36 BWG) con el objetivo de lograr una, en lo posible, amplia participación electoral (cfr. BVerfGE 21, 200 <205>; 59, 119 <125>). En el empleo de aparatos electorales guiados por ordenador no se reconocen principios constitucionales contrapuestos que justifiquen una extensa limitación de la publicidad de la elección y con ello la controlabilidad del acto electoral y la determinación del resultado.

127

aa) En la medida que el empleo de aparatos electorales guiados por ordenador tengan por fin excluir el señalamiento inconsciente incorrecto de la boleta electoral, la emisión no deseada de votos inválidos, errores de contabilización no queridos o interpretaciones erróneas de la voluntad del elector en el escrutinio, que siempre vuelven a ocurrir en una elección tradicional con boletas electorales (cfr. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen *Bundestag*, 7. Ed. 2002, § 35 Rn. 2), sirve a la imposición de la igualdad electoral del art. 38 Párr. 1 de la Constitución Alemana. Cual es el peso de esta finalidad, queda por verse. En todo caso no justifica por sí mismo la renuncia a cualquier tipo de comprensibilidad del acto electoral. Porque el error de contabilización involuntario o la interpretación errónea de la voluntad del elector por medio de aparatos electorales también puede ser excluido, si además del registro electrónico y recuento de los votos, se posibilita un control complementario por parte de los electores, órganos electorales y al público en general. Un correspondiente control resulta por ejemplo posible en aquellos aparatos electorales electrónicos, que registran los votos no sólo electrónicamente en el aparato electoral, sino que también al mismo tiempo de manera

independiente. (Ver arr. II. 3. a) bb). Aparte de ello, errores de manipulación –por ejemplo la utilización de la tecla “inválido” en la suposición de que así se corrige un error de ingreso- no están excluidos en los aparatos electorales autorizados para la elección para el 16° *Bundestag* Alemán.

128

bb) El principio del secreto del voto tampoco conforma un principio constitucional contrapuesto, que pueda ser traído como fundamento de una amplia limitación de la controlabilidad del acto electoral y escrutinio. No existe un “área de tensión” entre el principio del secreto del voto y el principio de publicidad que pudiera justificar estas limitaciones. (BTDrucks 16/3600, Anexo 1, Pág. 20)

129

El principio del voto secreto garantiza que exclusivamente el elector tenga conocimiento del contenido de su decisión electoral y obliga al legislador a tomar las medidas necesarias para la protección del voto secreto (cfr. H.H. Klein, en: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 110 [Marzo 2007]; Pieroth, JuS 1991, Pág. 89 <91>). El secreto del voto conforma la protección mas importante de la libertad de elección (cfr. BVerfGE 99, 1 <13>). Históricamente el voto secreto puede haber sido una ruptura de la publicidad del proceso electoral, porque renuncia a la emisión pública del voto para proteger la libertad de la elección (cfr. Breidenbach/Blankenagel, Rechtliche Probleme von Internetwahlen, Berlin 2000, Pág. 34 f.). Pero, bajo el dominio de la ley fundamental que prescribe a la elección expresamente como secreta para proteger su libertad, de entrada el principio de publicidad no vale para el acto de la emisión del voto. Mientras que la publicidad de la elección no excluya la posibilidad de la observación de la creación del voto de manera inobservada, el proceso electoral está bajo el dominio del principio de publicidad. (cfr. H.H. Klein, en: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 113 [März 2007]; Seifert, Bundeswahlrecht, 3° Edic. 1976, Art. 38 Rn. 35). El principio del secreto del voto origina por ello, ya desde el acto de votación, ninguna limitación al principio de publicidad. Tampoco se justifica una limitación del control público en la emisión del portador – previamente marcado en secreto- del voto o en el escrutinio. Esto ya se deduce, que

nada se opone a las precauciones complementarias que le permitan al elector un control acerca de si su voto será registrado legítimamente como base de un recuento.

130

cc) Finalmente no justifica el objetivo de poder lograr en breve tiempo una representación popular con capacidad operativa, limitaciones al principio de la publicidad de la elección en el empleo de aparatos electorales guiados por ordenador. La clarificación de la correcta conformación de la representación popular en un tiempo prudencial es un punto de vista que puede ser tenido en cuenta en la conformación de un proceso electoral y del proceso de control electoral (cfr. BVerfGE 85, 148 <159>). Pero el deseo de la reunión del nuevo *Bundestag* de manera oportuna (cfr. Art. 39 Abs. 2 Constitución) no se pone en peligro con disposiciones suficientes para asegurar la publicidad de la elección. Desde la Constitución no se exige que el resultado electoral debe estar a la vista apenas cierren los locales electorales. Además, las pasadas elecciones para el *Bundestag* han mostrado que también, sin la utilización de aparatos electorales, el resultado oficial provisorio se puede obtener en pocas horas. De allí que el interés de una determinación rápida de la conformación del *Bundestag* alemán no es un interés constitucional lo suficientemente adecuado para limitar la publicidad del proceso electoral.

131 -135

Acerca de la competencia para regular el empleo de aparatos electorales

III

136

Según estos criterios, el empoderamiento normativo del § 35 BWG no se enfrenta a ninguna consideración constitucional radical.

137-139

La regulación del BWG es suficiente para la autorización y control de los aparatos electorales, en el §1 el legislador dio una definición básica favorable al uso de aparatos electorales.

140

2. § 35 BWG es compatible con el principio de publicidad de las elecciones.

141

a) No se encuentra frente a escrúpulos de derecho constitucional, que el § 35 Párr. 1 BWG permita aparatos electorales “en lugar de boletas electorales y urnas electorales”. Porque el § 35 Abs. 1 BWG no excluye con esta formulación el permiso y la utilización de aparatos electorales con dispositivos de control, que registren los votos suplementariamente de manera controlable por el elector, con el registro (electrónico) en el aparato electoral. Según la posición sistemática del § 35 Abs. 1 BWG las palabras “en lugar de boletas electorales y urnas electorales” toman referencia al proceso electoral tradicional normado en el § 34 BWG, en el que se utilizan exclusivamente boletas electorales y urnas electorales. El § 35 Abs. 1 BWG a su vez no excluye la promulgación de prescripciones que prevean mecanismos para una verificación independiente del resultado electoral al registro del voto y escrutinio electrónico.

142

b) Resulta inofensivo, que el principio de publicidad de las elecciones no esté otra vez expresamente mencionado en el § 35 BWG como requisito para la autorización y empleo de aparatos electorales guiados por ordenador. Estas exigencias se derivan directamente de la Constitución y comprometen por ello también al legislador en la concretización del § 35 BWG. *También se mencionan otras disposiciones que obligan a la publicidad del acto electoral: § 31 BWG y § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BWG.*

IV.

143

“El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales es inconstitucional por contravenir el principio de publicidad de la elección del Art. 38 en relación con el Art. 20 Parr 1 y Párr. 2 CN...”. “... El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no contiene normas que aseguran que sólo se autorizarán y utilizarán aquellos aparatos electorales, que basten a las condiciones previas de derecho constitucional del principio de publicidad”

144

El art. 35 de la Ley Federal Electoral rige en lo referido al empleo de aparatos electorales guiados por ordenador, y las modificaciones realizadas a lo largo del tiempo no le quitaron dicha condición.

145

2. El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales lesiona el principio de la publicidad de la elección del art. 38 en relación al Art. 20 Párr. 1 y Párr. 2 CN, porque no garantiza un control eficaz del acto electoral ni una verificabilidad del resultado electoral en la utilización de aparatos electorales guiados por ordenador. Este déficit no puede ser resuelto por la vía de una interpretación conforme a la Constitución.

146

a) La publicidad de la elección ordena al utilizar aparatos electorales guiados por ordenador, que los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado puedan ser verificados de manera confiable y sin conocimientos técnicos especiales. Estas reglas no están contenidas en el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales.

147

En especial, no resulta del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, que sólo puedan ser empleados aparatos electorales que le permitan al elector un control confiable al emitir su voto, de que su voto será registrado sin adulteraciones. El ordenamiento tampoco plantea exigencias procesales y de contenido concretos en relación a un control ulterior confiable del escrutinio.

148

La obligación de sellar los aparatos electorales guiados por ordenador y los recipientes en los que se encuentran las memorias de los votos luego del escrutinio (§ 15 Abs. 3 BWahlGV) así como asegurar que las memorias de votos no puedan ser accesibles a personas no autorizadas (§ 16 Párr. 2 BWahlGV) es, en tal sentido, insuficiente. Porque incluso si la memoria de votos puede ser nuevamente leída con posterioridad a la jornada electoral en cualquier oportunidad, el objeto de este recuento son sólo los votos guardados electrónicamente, en ese sentido, ni votantes ni Junta Electoral pueden verificar si los mismos han sido registrados correctamente.”

149

La contabilización y comparación entre electores autorizados y votos consignados sólo posibilita un control de si el aparato elabora tantos votos como electores lo han utilizado. El control público de los pasos esenciales del acto electoral y escrutinio no queda garantizado de esta manera.

150

b) El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no puede ser interpretado en el sentido de que sólo se pueden utilizar aparatos electorales que basten al principio de la publicidad de las elecciones, para así hacerlo conforme a la Constitución.

151

Una aplicación conforme a la Constitución, del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, realizado de tal manera que el permiso de construcción y la autorización de empleo solo puede ser otorgado por el Ministerio del Interior si se garantiza un efectivo control del acto electoral y la determinación de los resultados electorales (cfr. Schiedermaier, JZ 2007, Pág. 162 <170>), sobrepasa los límites de una interpretación constitucional. Al legislador le estarían abiertas diversas posibilidades para garantizar la controlabilidad de los pasos centrales de la emisión del voto y el escrutinio. Ya que el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no deja reconocer, en su versión actual, como sería un control de este tipo, existe una falta de normativa demandada

constitucionalmente, y con ello a puntos de referencia suficientes, en los que se podría basar una interpretación constitucional conforme a la Constitución.

152

Aquí también hay que tener en cuenta, que el Ministerio del Interior como legislador no ha considerado útil, ni se ha sentido demandado jurídicamente para promulgar una legislación para un control eficaz del acto electoral y escrutinio, posición confirmada en su toma de posición en el presente proceso.

v.

153

Además, los aparatos electorales guiados por ordenador empleados para la elección para el 16° *Bundestag* Alemán no se correspondían con los requisitos que la Constitución plantea para el empleo de aparatos electorales.

154

La utilización de los aparatos electorales electrónicos de la empresa Nedap del Tipo ESD 1 Versión Hardware 01.02, 01.03 y 01.04 así como el tipo ESD2 Hardware-Version 01.01 lesiona el principio de la publicidad de la elección (Art. 38 en relación a Art. 20 Párr. 1 y Párr. 2 Constitución Alemana), porque estos aparatos electorales no posibilitan un control efectivo de los actos electorales, ni una verificación confiable del resultado electoral.

155

Los votos fueron registrados exclusivamente por una memoria electrónica. Ni el elector ni las juntas electorales o los ciudadanos presentes en el local electoral pudieron verificar, sobre si el voto emitido fué registrado auténticamente por el aparato electoral. Por medio del indicador en la unidad las juntas electorales sólo podían reconocer si el

aparato electoral registraba un voto, pero no sobre si los votos fueron registrados por los aparatos electorales sin modificaciones de contenido. Los aparatos no tenían previsto la posibilidad de un registro de los votos independiente del módulo de memoria de votos, que le permitiese a cada elector la verificación de su votación.

156

También los pasos esenciales del escrutinio por medio de aparatos electorales no pudieron ser comprendidos por el público. Ya que el escrutinio es el objeto de un proceso de elaboración de datos realizado exclusivamente en el interior de los aparatos electorales, ni los órganos electorales ni los ciudadanos que asisten a la determinación del resultado electoral pueden comprender si los votos válidos emitidos han sido adjudicados correctamente a las ofertas electorales y si los votos obtenidos por las ofertas electorales individuales han sido indagados correctamente. No resultaba suficiente que con una impresión en papel del resumen o un indicador electrónico se podía dar conocimiento del resultado obtenido por el proceso de cálculo. Un recuento público, por el que los ciudadanos pudieran comprender confiablemente y por si mismos, y sin conocimientos especiales previos quedaba así excluida.

VI.

157

Puede quedar abierto si las demás censuras tienen fundamento. Los recurrentes hacen valer, entre otros, que la calidad de los aparatos electorales y del software empleado no se corresponden con los requisitos del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, en especial de las directivas para la construcción de aparatos electorales (Anexo 1 a art. 2 BWahlGV). Además, los aparatos electorales empleados no tienen un control oficial suficiente y la evaluación de los modelos por la Oficina Federal Física-Técnica así como el proceso para la autorización de los modelos deberían haberse conformado de otra manera. Los recurrentes se dirigen con ello, en conclusión, contra el empleo de los aparatos electorales guiados por ordenador en las elecciones para el 16° *Bundestag* alemán. Incluso si estas censuras tuviesen fundamento, estos errores electorales no

tienen un peso especial al lado de la constatación de lesión del principio de publicidad del Art.38 en relación con el Art. 20 Párr. 1 y Párr. 2 Constitución Alemana.

VII.

158

Los errores electorales constatados no llevan a dar lugar a la Queja de Control Electoral y mandar a reiterar la elección en los circuitos señalados.

159

1. El error electoral que resulta de la autorización de los aparatos electorales guiados por ordenador de la empresa Nedap, el permiso para el empleo de estos aparatos electorales en la elección para el 16° *Bundestag* Alemán y el efectivo uso de estos aparatos electorales en las elecciones no tienen relevancia en la adjudicación de mandatos. Porque el permiso y la utilización de los aparatos electorales, pese a insuficiente conformación de las bases jurídicas no llevan, como tales, a influenciar el resultado electoral.

160

2. Los errores electorales que resultaron de la autorización y empleo de aparatos electorales guiados por ordenador, cuyo estado no concordaba con los requisitos de una efectiva controlabilidad del proceso electoral no lleva, subordinado por su relevancia en los mandatos, a la declaración parcial de invalidez de la elección para el 16° *Bundestag* Alemán.

161

a) En los casos en los que un error electoral ha podido repercutir en la distribución de mandatos en el *Bundestag*, corresponde a una decisión de Control Electoral de la

Corte Constitucional Federal, estando bajo el mandato de la intervención mínima posible. La decisión sólo puede llegar hasta donde lo demande el error electoral constatado. En principio es la exigencia de la protección de la existencia de una representación popular (cfr. BVerfGE 89, 243 <253>), que tiene su fundamento jurídico en el mandato de democracia, con las consecuencias del error electoral constatado lo que hay que ponderar. Influencias electorales simples, sin peso, no llevan por ello a la invalidez de una elección. La intervención en la composición de una representación popular electa por una decisión de derecho de control electoral debe ser justificada por el interés del mantenimiento de la representación popular (cfr. BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <997> m.w.N.). Incluso allí donde un error relevante en distribución de mandatos puede ser limitado a determinados mandatos, es decir no se debe declarar inválida la totalidad de la elección, debe meritarse de tal manera, que pueda resultar a favor de un interés del mantenimiento de la representación.

162

b) El interés del mantenimiento de la representación popular, conformado en la confianza en la constitucionalidad del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales prevalece sobre los errores electorales constatados. Sus posibles consecuencias en la conformación del 16° *Bundestag* Alemán son, en todo caso, calificables de marginales a falta de indicios de que los aparatos electorales hayan funcionado incorrectamente o hallan sido manipulados, y por ello los resultados electorales en los circuitos electorales afectados hubieran sido de otra manera si no se utilizaran aparatos electorales. Semejantes consecuencias inciertas no justifican la solicitada declaración de invalidez parcial de las elecciones para el 16° *Bundestag* Alemán. En tal sentido debe tenerse también en cuenta, que la falta constitucional constatada no fue realizada intencionalmente sino bajo una situación jurídica no clara en su momento. Bajo estas condiciones no hay un error electoral que haga imposible de sostener la continuación de la representación popular.

C

163

Asignación de costas. El Estado cubre el 100% de las costas del primer recurrente, y el 75% del segundo recurrente.

Firma de los Jueces de la Corte Constitucional: Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinshoff, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau.

Anexo

Artículos de la Constitución alemana citados, en los que se funda la sentencia de la Corte.

Los textos fueron tomados de: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>

Artículo 38

(1) Los diputados del *Bundestag* Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia.

(2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad.

(3) La regulación se hará por una ley federal

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Fundamento legal del recurso de Queja de control electoral.

Artículo 41

(1) El control de las elecciones compete al *Bundestag*. Decide también si uno de sus miembros ha perdido su calidad de tal.

(2) Contra la decisión del *Bundestag* se admite el recurso de queja ante la Corte Constitucional Federal.

(3) La regulación se hará por una ley federal.

Análisis de la Sentencia BVerfG,2 BvC del 3 de marzo de 2009³

Magtr. Ms. Sc. Manfredo Koessler⁴

La disminución de la vaguedad y la eliminación de la ambigüedad resultan un problema constante al analizar textos jurídicos. La determinación del alcance y contenido de una norma o de una sentencia es la tarea constante del jurista. Cuando se quiere traducir sentencias, los problemas se potencian al tratarse de una doble diferenciación: no sólo se trata de otro idioma sino de otra cultura. A los problemas conocidos, no sólo se les suma el hecho de tratarse de un sistema jurídico diferente, con tradiciones jurídicas diferentes, sino que también de una cultura, instituciones e historia política diferentes. Por este motivo, se prefiere realizar algunas consideraciones que permiten comprender el contenido de la sentencia, más allá de la elección de los términos.

Así, se inicia con una muy breve⁵ explicación del sistema electoral alemán, de los antecedentes históricos previos a la elección del 16° *Bundestag* y de la situación actual del sistema político alemán. Luego de señalar el impacto de la sentencia en Alemania, se inicia el análisis del contenido de la sentencia explicando la elección de determinadas palabras, para traducir términos del alemán, posteriormente se describe brevemente el Recurso de Queja de Control Electoral y se realiza un análisis del contenido de la sentencia.

Antecedentes y condiciones históricas y políticas de la sentencia

³ Jurisprudencia Argentina, Fascículo 13, 2009-III, Bs. As. 23/09/2009, p. 18/25.

⁴ Magister en Partidos Políticos, CEA – U. N. Córdoba (Argentina); Master en Ciencias Políticas en Iberoamérica, Lá Rabida – U. I. Andalucía (España). Doctorando Universidad de Hamburgo (Alemania).

⁵ Se anexa una bibliografía que permite profundizar en estos temas.

El sistema electoral alemán resulta un poco más complicado de lo que a simple vista parece. La cuestión del doble voto lleva a confusión, porque el elector tiene en realidad un sólo voto que se desdobra para señalar su preferencia en dos ámbitos: un primer voto marca la preferencia por el candidato del circuito (circunscripción uninominal), mientras que el segundo voto elige una lista cuya circunscripción es el *Land*⁶. De esta manera, el elector puede elegir a un candidato de su preferencia en su circuito, y a la vez, tener una preferencia por un partido político diferente al del candidato uninominal. Así, mientras el primer voto se rige por el sistema electoral mayoritario simple, por medio del “segundo” voto se configura la asignación de bancas en el *Bundestag*. La intención es que exista un representante cercano al elector por el que puede elegir directamente, a los fines de potenciar el contacto cercano con el representante, quien además resulta relativamente independiente de la conducción del partido. La intención del “segundo voto” es el de sostener la representatividad del *Bundestag*. Si bien el piso electoral es relativamente alto (5%) el sistema de adjudicación de escaños (Hare/Niemeyer) es muy proporcional y no genera las mayorías artificiales que incluso el sistema D’Hondt puede generar.

El doble voto, que en realidad es uno solo, genera que el número de legisladores en muchas ocasiones supere el número de electos por lista porque el elector desdobra su voto: elige al candidato de un partido en su circuito, y la lista de otro partido con lo que se genera un sobrante producto de que un partido tiene mas mandatos directos que los correspondientes a la lista⁷. Así se generan mandatos sobrantes (*Überhangsmandate*) que hacen que nunca se sepa realmente con cuantos miembros contará el *Bundestag* alemán.

De esta manera, un cambio pequeño en el resultado electoral puede repercutir de manera importante en la representación en el Parlamento, y por ende, en la conformación de gobierno. Otro elemento importante a señalar, es que la estructura del voto se basa en una sola boleta electoral, en el que el elector señala su preferencia mediante una cruz en el campo habilitado para ello.

⁶ Estado Federado.

⁷ Esto sucede generalmente con los partidos mayoritarios (CDU/CSU y SPD) ya que, debido al fenómeno del “voto útil”, el sistema mayoritario provoca que el elector no quiera “perder el voto” votando entre los dos principales candidatos. Mientras que para la lista, las posibilidades de perder el voto, optando por una fuerza minoritaria son mínimas.

Desde el primer *Bundestag postwende*, es decir formado posteriormente a la unificación alemana en 1990, seis partidos políticos están presentes en el Parlamento alemán, y ninguno de ellos ha podido obtener mayoría absoluta. Es decir, siempre se ha tenido que gobernar en coalición, hecho que continúa una tradición, en la República Federal, y que proviene desde el *Bundestag* de 1961.

Los partidos socialcristianos (CSU) y democristianos (CDU) son dos estructuras partidarias⁸ –e ideológicas- diferentes que siempre suman sus representantes en el parlamento en un sólo bloque, por lo que se los menciona de manera conjunta⁹. Están presente desde el primer *Bundestag* Alemán de 1949. También están desde el inicio la socialdemocracia (SPD) y los liberales (FDP). Los dos partidos mas “nuevos” son el Partido Verde, que ingresa al *Bundestag* en 1983 y el postcomunista PDS, que tiene su primera participación como tal en 1990¹⁰.

La constelación de coaliciones posibles resulta mucho mas amplia de los esperado. En la actualidad todos los partidos han coaligado o coaligan con los otros para formar gobierno en la comunas, los *Länder* o en el país. La única excepción es el PDS, que –a la fecha- sólo ha realizado coaliciones con la SPD. Las ocasionales representaciones de la ultraderecha en parlamentos de *Länder* y en comunas (Republikaner, DVU y NPD) no han podido coaligar con ningún otro partido democrático¹¹ en ningún ámbito -comunal, *Länder*-, a lo largo de su historia.

Antecedentes de la elección de 2005

Para el año 2002, la situación estaba muy difícil para la gobernante coalición roja-verde (SPD y Partido Verde), y las encuestas electorales vaticinaban un cambio de gobierno

⁸ La CSU se presenta exclusivamente en Baviera, Land en el que no se presenta la CDU, mientras que en el resto del país la CSU no propone candidatos.

⁹ Si bien la independencia de la CSU es celosamente vigilada por el partido que en ocasiones amenaza con salir de la coalición para mostrar su autonomía.

¹⁰ Un antecesor del PDS es el Partido Comunista Alemán (KPD), el cual estuvo representado en el primer *Bundestag* alemán entre 1949 y 1953.

¹¹ El único partido que podría haber realizado conversaciones con ellos, por estar ubicados en la derecha democrática, se ha negado rotundamente a ello bajo el Leitmotiv acuñado por su jefe del partido -entre 1961 – 1988- Franz Josef Strauss: “A la derecha nuestra sólo está la pared”, dejando sólo espacio hacia su izquierda para realizar coaliciones.

en la forma de una coalición “negro-amarillo” (CDU/CSU y FDP). Varias cuestiones “salvaron” a la coalición gobernante, entre las que se destaca la velocidad y efectividad del gobierno en manejar la crisis provocada por la inundación del Río Elba ocurrida pocas semanas antes y la falta de carisma del candidato socialcristiano (Edmund Stoiber) fuera de su Baviera natal. Pero, desde la perspectiva electoral lo que resultó clave fué que el PDS no lograra entrar al parlamento. Al no cumplir con las condiciones –alternativas- que necesitaba para ingresar en la distribución de cargos: ganar tres mandatos directos (sólo obtiene dos) u obtener el umbral del 5,0% de los votos (sólo obtiene el 4,0%), genera que la coalición gobernante, que hubiera quedado como primera minoría, al no ingresar un grupo de representantes del PDS, obtenga la mayoría necesaria.

A lo largo de los siguientes años, el gobierno del Canciller Gerhard Schroeder va perdiendo elecciones de Länder, incluso en aquellos lugares que habían sido su bastión electoral o contundentes derrotas en distritos electorales muy importantes en el país (Nordrhein-Westfalen), esto le genera debilidad política y cada vez mayores problemas en el Bundesrat –Cámara Alta-, en el que los sucesivos triunfos negro-amarillos los ponen en el umbral de obtener las 2/3 partes de los escaños a principios de 2005, mayoría suficiente para bloquear al gobierno.

En una decisión que sorprende a propios y extraños, Schroeder decide disolver el *Bundestag* y llamar a nuevas elecciones para, según sus palabras, crear una situación clara de gobierno.

La disolución del *Bundestag* resultó muy discutida y fue recurrida ante la Corte Constitucional, quién confirmó el acto. Las elecciones se realizaron el 18 de septiembre de 2005, y en ella se producen algunas sorpresas.

La CDU/CSU vence en las elecciones, pero con un margen demasiado pequeño como para ser un claro ganador: 16.631.049 votos y 226¹² mandatos.

La SPD se recupera de tal modo, frente a lo profetizado en las encuestas, que también se considera triunfador, 16.194.665 votos y 222 mandatos.

¹² Por renuncia o fallecimiento de mandatario excedente (*Überhangsmandat*) la CDU/CSU pierde 3 escaños. De este modo tiene, en la actualidad, 223 mandatos, uno (1) más que su socio “menor” SPD.

La LINKE, alianza entre el PDS y una unión de partidos de izquierda del oeste (WASG), obtienen un 8,7 % de los votos, ingresando al *Bundestag* con 4.118.194 votos y 54 mandatos.

La FDP y los verdes obtienen el 9,8 y el 8,1% de votos respectivamente, con 61 y 51 mandatos no les alcanza a ninguno de los dos para otorgarle a su habitual aliado los mandatos necesarios para formar gobierno.

La constelación que surge de la elección es muy extraña: las coaliciones clásicas no logran mayoría (SPD y Partido Verde, o CDU/CSU y FDP) y no se logra hacer que el socio minoritario se pase al otro bando (verdes hacia CDU/CSU y FDP, o FDP hacia SPD/Verdes).

Luego de muchas negociaciones, y tras haber agotado las otras posibilidades, se decide realizar una gran coalición. Si bien el SPD solicita encabezar la misma, ya que ha sacado mas votos individualmente, la CDU/CSU hacen valer la realidad histórica de contabilizar su alianza como un solo partido.

Así, Ángela Merkel ocupa el puesto de canciller alemán gracias a una diferencia de votos de poco mas de 430.000 entre la CDU/CSU y el SPD. A la fecha, la diferencia entre los socios de la “gran coalición” gobernante, y con el que Ángela Merkel fundamenta su posición como cabeza del gobierno es de un mandato. Actualmente, la CDU/CSU tiene 223 escaños, mientras que la SPD 222.

De este modo, se comprende que cualquier modificación en los resultados electorales resulta de particular trascendencia, ya que los cambios en la distribución pueden cambiar sustancialmente la relación de fuerzas en un gobierno que se ha coaligado producto de las necesidades políticas más que por afinidades ideológicas. Por ello, la trascendencia política –mas allá de la jurídica- de la sentencia es un elemento a tener en cuenta en su lectura y análisis.

A lo anterior, hay que agregar que el 2009 es un año electoral importantísimo en Alemania, no sólo se vota –o ya se ha votado- en varios *Länder* importantes (Bayern, Hessen, Thüringen), sino que también habrá elecciones para integrar el Parlamento Europeo y para el *Bundestag*.

Por otro lado, en la actualidad no ha variado mucho la relación de fuerzas entre los partidos. A la fecha de la sentencia, la intención de voto era de 32% para la CDU/CSU, 26% para el SPD, 15% para el FDP, 12% para el PDS y 11% para los verdes¹³. Es decir, ningún partido logra una mayoría propia ni coaligado con su aliado de preferencia.

Impacto de la sentencia.

Es de señalar que Alemania es un país en el que la administración pública está muy conectada, e interconectada, por vía del ordenador. No es sólo que las oficinas públicas disponen del Hard- y Software necesario para cumplir con su función, sino que la comunicación entre las oficinas está muy desarrollada. Llama la atención a muchos latinoamericanos, como la tramitación en una oficina repercute en otras y se reciben notificaciones y avisos de diversas oficinas, pese a haber realizado un sólo trámite. Pero es de observar que lo que facilita la tramitación, también implica un control más estricto de los actos del administrado.

Esto tiene importantes consecuencias en la relación entre el administrador y el administrado, entre las ventajas se destacan la rapidez del procedimiento y su –relativa-informalidad.

Pero, es precisamente la presencia tan amplia del ordenador en la administración pública, y el conocimiento adquirido acerca de su empleo a través de los años, lo que hace que la población no le confíe demasiado. Todos los intentos de control estatal utilizando el ordenador –registros “*online*”, recolección de datos- son vigorosamente resistidos –con mayor o menor éxito- por la población. Por ello es de entender que una toma de decisión tan importante como la de utilizar estas nuevas tecnologías para como herramientas para integrar el parlamento no es tomada a la ligera.

En tal sentido, es de destacar que la oposición surge especialmente de los sectores relacionados a la informática, o que tienen una cotidiana relación con ella. No es casual que los dos recurrentes –padre e hijo- son Profesor en Politología que por años fue observador electoral, y físico especialista en software respectivamente; y aquí se debe

¹³ Instituto TNS Emnid, intención de voto publicado el 3 de marzo de 2009. Publicado en Revista Der Spiegel (<http://www.spiegel.de>).

señalar una característica fundamental en este tema: es el conocimiento que sobre elecciones y sobre software tiene la población el fundamento de su desconfianza, no su desconocimiento. Esta aseveración se comprueba y refuerza con el hecho que la asociación compuesta por “*Hackers*”, el “*Chaos Computer Club*” aliados con sus colegas holandeses del “*Wij vertrouwen stemcomputers niet*”, alcanzan un fuerte impacto en los medios, y presentan un informe en la causa, al mostrar ante el público –y los jueces- la facilidad con la que se puede realizar manipulaciones en el hardware de las computadoras electorales.

A su vez, la exigencia de transparencia en la administración pública es otra característica de esta sociedad, y la gente no se deja convencer que la simple confianza en las capacidades y fortalezas de las computadoras y sus procesos resulten suficientes para la toma de decisiones importantes.

Tampoco ha ayudado mucho a favor de la causa de las computadoras electorales los acontecimientos de las elecciones en Estados Unidos del 2004 y, en especial, los del año 2000. Recuérdese que los inconvenientes surgidos en el Estado de Florida -epicentro del problema- en las elecciones en que George Bush (h) vence a Al Gore se debieron, en buena parte, al uso de computadoras electorales para el escrutinio. Las noticias llegadas desde EEUU acerca de los “problemas” de contabilización de votos tuvieron un fuerte impacto en la opinión pública alemana, y resultan, a la fecha, de conocimiento público.

Así, los argumentos mas usuales esgrimidos a favor de la computadora electoral, a saber, la velocidad en la determinación del resultado y simplicidad en el uso, no sólo no tuvieron éxito ante la Corte Constitucional Alemana, sino que la opinión pública se mostró muy satisfecha con la decisión de hacer valer el valor transparencia por encima del de ganar un par de horas para conocer un resultado electoral.

Si bien la Corte no rechaza el uso de la computadora electoral, le impone condiciones muy difíciles de cumplir con los avances tecnológicos de los que se dispone hasta la fecha. Algo similar sucede con el voto por Internet, la Corte Constitucional no vé con malos ojos su implementación pero, por lo que se deduce de los comentarios de los jueces, del tenor de la sentencia y, en especial de los requisitos que exige para su empleo, que prefiere que tenga el mismo carácter excepcional del voto por correo es

decir, sólo a los fines de ampliar las posibilidades reales de ejercer el derecho a voto, pero no para reemplazarlo.

Términos clave de la sentencia.

Öffentlichkeit: el término se traduce como “Publicidad”, el problema es que en español resulta ambiguo ya que puede confundirse con la propaganda comercial o con la publicación. La acepción correcta es la relacionada con la **naturaleza pública de la elección**¹⁴ es decir, el valor a defender es que la ciudadanía acceda a la información relacionada.

Nachvollziehbar: este término es traducido habitualmente como comprensión. Este sentido resulta un poco estrecho, al utilizar *Nachvollziehbar/Nachvollziehbarkeit*, la Corte insiste en que el elector y el observador deben poder comprender cómo la máquina ha llegado a un determinado resultado electoral es decir, que **pueda reproducir** -mentalmente- el proceso por medio del cual se llega a un resultado en una conducta más cercana a la empatía. Se prefirió mantener la designación comprensión con la aclaración correspondiente, ya que “comprensión reproducible” puede llevar a una confusión aún mayor.

Amtlichkeit: el término se traduce con oficialidad/oficial. Se indica a modo de aclaración que esta oficialidad se refiere a que el hecho o acto haya emanado y verificado por una **oficina pública**. Así, el cuestionamiento de los recurrente en la causa se refiere a si las oficinas de control estatal tienen, o no, una participación adecuada en el proceso de acreditación de las “computadoras electorales” efectivamente utilizadas en el proceso electoral impugnado.

Rechnergesteuerter Wahlgeräte: si bien la traducción resulta un tanto engorrosa al reiterar constantemente el término “máquinas electorales guiadas por ordenador”, ha debido mantenerse debido a que la Corte Constitucional Alemana prefiere claramente

¹⁴ Agradezco al Mgtr. José M. Pérez Corti por su colaboración en este tema.

utilizar éste término al ser mucho mas comprehensivo que computadoras o voto electrónico. Esto se denota claramente en el párrafo 1, cuando menciona que “también son denominados ‘Aparatos electorales’ o ‘Computadoras Electorales’”, manteniendo el término original en toda la sentencia.

El Recurso de Queja de Control Electoral (*Wahlprüfungsbeschwerde*).

El Recurso de Queja de Control Electoral, es un remedio legal fijado constitucionalmente contra las sentencias de primer grado, dictadas por el legislativo federal o de los Länder, que rechacen las pretensiones del recurrente, permitiendo así recurrir ante la Corte Constitucional.

Se fundamenta en el art. 41 Párr. 2 de la Constitución, y el art. 48 de la Ley de la Corte Constitucional Federal, y la Ley de Control Electoral.

La legitimación activa la tiene cualquier ciudadano con derecho a voto, pero debe conseguir 100 adhesiones al planteo. También pueden recurrir los legisladores (si se adhiere el 10% del total de la Cámara), o un sólo legislador, si su mandato es el que está en juego.

La intención del recurrente es el de señalar errores en el acto electoral, que deben ser relevantes para la distribución de mandatos. Este error debe provenir del incumplimiento del art. 38 de la Constitución Alemana y puede significar la declaración de invalidez de las elecciones impugnadas y el llamado a nuevas elecciones, si los mandatos tienen aún validez por mas de 6 meses.

La sentencia BVerfG, 2 BvC 3/07 del 3 de marzo de 2009.

En la sentencia se resuelven dos recursos (2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07) contra el uso de más de 1800 computadoras electorales y la legislación que lo permite, para las elecciones del 16° *Bundestag* alemán, el 18 de septiembre de 2005. Ambos recursos fueron rechazadas por el *Bundestag* alemán el 14 de diciembre de 2006. Admitidos los recursos ante la Corte Constitucional, se corrió vista al Ministerio del Interior, al Director de elecciones, a representantes del Instituto Federal Físico-Técnico, a expertos

invitados, a una asociación opuesta al uso de computadoras electorales (*Chaos Computer Club*) y al *Bundestag*, quienes presentaron sus descargos e informes.

Con fecha 28 de octubre de 2008 se realizó una audiencia pública, y con fecha 3 de marzo de 2009 se dictó la sentencia, la cual resuelve:

Declarar incompatible con la Constitución Alemana (arts. 28 en relación al 20 párr.1 y 2) el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales.

Declarar incompatibles con la Constitución (arts. 28 en relación al 20 párr.1 y 2) el empleo de los aparatos electorales utilizados en las elecciones para el 16° *Bundestag* Alemán.

Rechazar la solicitud de declaración de invalidez y llamado a nueva elección en los circuitos impugnados

Análisis de la sentencia.

El párrafo 106 expresa que el principio de publicidad de la elección es *“condición fundamental para una formación democrática de la voluntad política. Ella asegura el debido orden y la comprensión de los procesos electorales y logra con ello las condiciones para una confianza fundada de los ciudadanos en el correcto desarrollo de la elección. La forma de Estado de la democracia parlamentaria, en el que el poder del pueblo se mediatiza por medio de elecciones, es decir no se ejerce constantemente de manera inmediata, exige que el acto de la transferencia de la responsabilidad estatal hacia los parlamentarios estén bajo un control público especial”* y agrega *“el mandamiento fundamental de la publicidad en el proceso electoral incluye el proceso de propuesta electoral, el acto electoral (respecto al voto atravesado por el secreto electoral) y la determinación del resultado electoral”*.

Esta larga cita contiene los términos clave de esta sentencia: Comprensión, Control y Confianza. Alrededor de estos tres conceptos gira la argumentación de la Corte. Conceptos que considera esenciales en una Democracia. Así, la Corte considera que los aparatos electorales y el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no ofrecen la garantía que la ciudadanía pueda comprender el proceso y resultado electoral

obtenido con estos aparatos. A ello se agregan las dificultades de controlar lo que sucede “dentro” de la caja electrónica. Así, no es posible lograr una confianza en el electorado acerca del empleo de las computadoras electorales en la manera utilizada en las elecciones del 2005. No se trata de un rechazo a los aparatos electorales en general, sino de aquellos que no permiten comprender y controlar su uso.

Complementa la idea el párrafo 108, cuando expresa la importancia del principio de publicidad para legitimar la transferencia del poder hacia sus representantes al señalar que *“sólo si el pueblo electoral se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento acorde a la voluntad del elector ...”* <108>.

Puntos sobresalientes de los considerandos de la sentencia.

El fundamento del principio de publicidad de las elecciones se basa en la Democracia, la República y el Estado de Derecho <107>.

La urna electrónica no reemplaza la tradicional <155>. El módulo de memoria de la computadora electoral no basta, por sí misma, para reemplazar a la urna tradicional de boletas electorales de papel marcadas. Las alteraciones de contenido que se pueden dar en el módulo, obligan a que se deba operar con una herramienta complementaria e independiente de la memoria electrónica.

El fraude que se puede realizar con el software supera en mucho a las posibilidades del sistema tradicional <118>. La manipulación del software puede alterar el resultado electoral de manera fraudulenta en una urna o en todas las urnas que utilicen el mismo software. En este último caso, de una manera simple y relativamente segura es posible cometer un fraude electoral de grandes dimensiones con el sólo hecho de colocar en el lugar indicado un virus troyano o instrumentos similares. Es de destacar que resultó importante el informe del *Chaos Computer Club e.V.* que mostró diversas maneras de

alterar el hardware de las computadoras electorales (<http://www.spiegel.de/fotostrecke/fotostrecke-22330.html>).

El principio de publicidad significa, para el derecho electoral, que debe haber una comprensión reproducible de todo el proceso electoral <112> <119> <122> <156>, sin necesidad de conocimientos técnicos especiales previos <119> <156> y por si mismo <108>. En las antípodas del voto calificado, el juez exige que cualquier ciudadano, sin preparación técnica, pueda comprender como se realiza el proceso electoral, incluyendo el acto del voto, su registro y su escrutinio. Refuerza este concepto al plantear que el fundamento de la publicidad es que, en una República, la elección es cosa de todo el pueblo <109> y no sólo de especialistas.

La publicidad se basa en la exigencia de transparencia, que es constitutivo de un Estado de Derecho <110>.

El Principio constitucional de la publicidad sólo cede frente a otros valores constitucionales como el de la libertad del voto (secreto del voto) y el de la facilitación del voto (voto por correo). <128> <129>.

Pese a los titulares periodísticos publicados con motivo de la sentencia, es claro que la Corte Constitucional no cuestiona el empleo de aparatos electorales. Pero, las características especiales de éstas computadoras ya sea por la dificultad del control de sus procesos, como la importancia institucional de los actos que realiza, hacen necesarias estrictas condiciones de empleo <117> <121> <127>, entre las que se destacan mecanismos que garanticen la publicidad como, por ejemplo, la impresión del voto o su escaneo <121>. ¹⁵

Sin desmerecer la importancia de que en “tiempo prudencial” se disponga de los resultados electorales que permitan configurar una representación popular con

¹⁵ Algo similar sucede con el voto por Internet: el vicepresidente de la Corte, Andreas Voßkuhl expresó a la prensa que con este fallo “no se le pone un cerrojo definitivo al voto por Internet”. (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,611148,00.html>)

capacidad operativa, el valor velocidad de determinación del resultado electoral, no tiene una trascendencia por encima del de publicidad. Así señala que “...desde la Constitución no se exige que el resultado electoral debe estar a la vista apenas cierran los locales electorales...”. <130>

El valor seguridad y presteza que los defensores de los aparatos electorales argumentan no ha sido receptado por la Corte, que señala que el aparato electoral no garantiza evitar errores formales involuntarios <127>, por lo que no se puede hablar de un valor seguridad que se potencie con su empleo.

La Corte no verifica el principio de la oficialidad, ya que el error detectado tiene entidad suficiente para determinar la inconstitucionalidad del empleo de los aparatos electorales <92>.

Entre los aspectos que tiene en cuenta para rechazar la petición de invalidez, se destaca el de la intención. Así, atento a una situación jurídica no clara, al momento de emplear los aparatos electorales, no hubo intención de violar preceptos constitucionales. esto debe ser tenido en cuenta para declarar la invalidez <162>.

Errores en el procedimiento electoral no justifican una declaración de invalidez, sino se acreditan fraudes o errores materiales conducentes a modificar los mandatos <161> <162>

No es necesario que una legislación electoral contenga expresamente mencionados los principios constitucionales <140> <141> <142>. Pero si resulta necesario que la norma tenga un contenido que asegure la norma constitucional <143> 144 <146> <147> <148> <149>. Por ello, debido a que el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no contienen reglas que permitan una verificación confiable y segura de los aparatos electorales, el mismo es contrario a la Constitución Nacional Alemana.

Anexos

Diccionarios utilizados para la traducción de la sentencia.

- Diccionario Moderno Langenscheidt (1971) München.
- Langenscheidts Handwörterbuch Spanisch (1987). Teil I Spanisch-Deutsch. Berlin
- Pons Kompaktwörterbuch Spanisch – Deutsch (2002) Stuttgart.
- Diccionario Online Beolinguis <http://dict.tu-chemnitz.de/dings.cgi?lang=es;service=dees.de> Technische Universität Chemnitz.
- Base de datos interinstitucional de terminologías de la Unión Europea. IATE <http://iate.europa.eu/iatediff/SearchByQueryEdit.do>

Fuentes.

La sentencia se puede encontrar en la página de la Corte Constitucional Federal Alemana: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html

También ofrece un comunicado de prensa en inglés, en el se resumen los considerandos: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg09-019en.html>

La Constitución alemana puede ser consultada en español en: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>

La ley de Queja Electoral se puede consultar (en alemán) en: <http://www.wahlrecht.de/doku/gesetze/wahlpruefungsgesetz.html>

Bibliografía utilizada.

- Copi, I. (1986) Introducción a la Lógica. Ed. Eudeba. Buenos Aires.
- Cox, G. W. (1997) Making Votes Count. Strategic Coordination in the World's Electoral Systems. Ed. Cambridge University Press. New York.
- Koessler, M. (2005) "Elementos que influyen en la conformación de alianzas electorales". En Revista Ciencias de Gobierno. Instituto Zuliano de Estudios Políticos, Económicos y Sociales (IZEPES). Maracaibo (Venezuela). N° 16. Marzo 2005.
- Koessler, M. (2002) "Sistemas electorales" en: Impacto de la modificación al sistema electoral en la Reforma Constitucional de 1987 en la política de alianzas electorales de los partidos políticos mayoritarios para la Cámara de Diputados de Córdoba, años 1983-1999. Tesis de Maestría en Partidos Políticos. Centro de Estudios Avanzados (C.E.A.) Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
- Lijphart, A. (1995) Sistemas electorales y sistemas de partidos. Un estudio de veintisiete democracias 1945-1990. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Martino, A. (1999) Sistemas Electorales. Ed. Advocatus. Córdoba.
- Nohlen, D. (2002) Kleines Lexikon der Politik. Ed. Ulrich Beck. München.
- Nohlen, D. (1998) Sistemas electorales y partidos políticos. Ed. Fondo de Cultura económica. México.
- Nohlen, D. (1984) "Los sistemas electorales entre la ciencia y la ficción. Requisitos históricos y teóricos para una discusión racional", en Revista de Estudios Políticos, 42, 1984.
- Panebianco, A. (1988) Modelos de Partidos. Editorial Alianza Universidad. Madrid.
- Rae, D.W. (1971) The political consequences of electoral laws. New Haven. Yale University Press.
- Riker, W.H. (1962), The theory of political coalitions, New Haven: Yale University Press.
- Sabsay, D. A. (1992), "Consideraciones en torno al sistema electoral", en Revista Propuesta y Control, 1992.
- Sagues, N. (1983) "Régimen electoral y Legitimidad Política" en revista La Ley, año 1983.
- Sartori, G. (1994) Ingeniería Constitucional Comparada. Fondo de Cultura Económica. México.
- Sartori, G. (1980) Partidos y Sistemas de Partidos. Alianza Universidad. Madrid.

- Shugart, M.S. y Carey, J.M. (1992) Presidents and assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics. Cambridge University Press. New York.
- Vallés, J. M. y Bosch A. (1997) Sistemas electorales y gobierno representativo. Ed. Ariel. Barcelona.

Artículos de prensa:

Die Zeit

03.03.2009. Wahlcomputer. Im Zweifel gegen die Technik.

<http://www.zeit.de/online/2009/10/wahlcomputer-urteil-verfassungswidrig>

3.3.2009. Bürgerrechte. Wahlcomputer sind verfassungswidrig.

<http://www.zeit.de/online/2009/10/wahlcomputer-bundesverfassungsgericht>

Der Spiegel

03.03.2009. WAHLCOMPUTER-URTEIL. Blamage für die Blackbox-Freunde.

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,611148,00.html>

03.03.2009. GRUNDSATZURTEIL ZU WAHLCOMPUTERN. Comeback für Papier und Bleistift.

<http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,610960,00.html>

03.03.2009. *BUNDESTAGSWAHL*. Verfassungsgericht stoppt Einsatz von Wahlcomputern.

<http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,610962,00.html>

03.03.2009. Wahl-Manipulation: Wenn sich Demokratie hacken lässt.

<http://www.spiegel.de/fotostrecke/fotostrecke-22330.html>

Die Tageszeitung

03.03.2009 Interview Wahlcomputer-Urteil "Man sieht nur, dass man nichts sieht"

<http://www.taz.de/1/politik/deutschland/artikel/1/man-sieht-nur-dass-man-nichts-sieht/>

03.03.2009 Nach Verfassungsbeschwerde. Computer abgewählt.

<http://www.taz.de/1/politik/deutschland/artikel/1/karlsruhe-stoppt-wahlcomputer/>

EL VOTO ELECTRÓNICO Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ELECTORAL¹⁶

Por JOSÉ M. PÉREZ CORTI¹⁷

Sumario: Introducción. Condiciones de Implementación del Voto Electrónico. Principios Generales del Derecho Electoral. La sentencia de la Corte Constitucional Alemana: *a. Principio de Democracia o Democrático; b. Principio del Estado de Derecho; c. Principio de Publicidad.* Efectos de la Sentencia. Conclusiones.

Introducción

El 3 de Marzo de 2009, la Corte Constitucional Federal Alemana declaró incompatibles las previsiones del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales¹⁸ en relación a las disposiciones del Art. 38 y de los párrafos 1° y 2° del Art. 20 de la Ley Fundamental alemana. Tal incompatibilidad y la consecuente inconstitucionalidad de la norma de inferior jerarquía, se fundaron en la ausencia de garantías acordes al principio de publicidad de la elección en los sistemas informáticos de votación o computadoras electorales utilizados en la elección del 16° *Bundestag* Alemán¹⁹.

¹⁶ Jurisprudencia Argentina, Fascículo 13, 2009-III, Bs. As. 23/09/2009, p. 25/33.

¹⁷ Magister en Partidos Políticos, Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Secretario Electoral de la provincia de Córdoba (Argentina); Docente universitario de Derecho Público, Constitucional y Electoral; Doctorando en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

¹⁸ *Bundeswahlgeräteverordnung – BwahlGV* del 3 de Septiembre de 1975 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 2459), en la versión de la prescripción para la modificación del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y el Ordenamiento de Elecciones Europeas del 20 de Abril de 1999 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 749). Para las elecciones del 16° *Bundestag* Alemán, estaba en vigencia el § 35 BWG en la versión de la publicación de la Ley Electoral Federal del 23 de Julio de 1993 (BGBl I S. 1288, ber. S. 1594), modificada por última vez por la Octava Ordenación de Adaptación de Competencia del 25 de Noviembre de 2003 (BGBl I p. 2304). *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, traducción del Mgr. Ms. Sc. Manfred Koessl; cuyo texto completo en alemán puede ser consultado en el sitio oficial de la Corte Constitucional Federal Alemana: http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html.

¹⁹ En las elecciones para el 16° *Bundestag* o Parlamento alemán, aproximadamente dos millones de electores de Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt dieron su voto por medio de los aparatos electorales guiados por ordenador, producidas por la empresa holandesa Nedap y distribuidas en Alemania desde 1999 como componente central del "Sistema electoral integral" (IWS) por la empresa H. GmbH. La denominación de los modelos de aparatos electorales se componen de un nombre para la generación de aparatos (ESD1 o ESD2) así como el número de versión para el Hardware (HW) y el Software (SW). En las elecciones para el *Bundestag* alemán se han utilizado hasta el

Por lo tanto, la inconstitucionalidad no se pronuncia en relación al denominado “voto electrónico” ni con respecto a las “computadoras electorales” o “urnas electrónicas”, sino sobre cuestiones de índoles reglamentarias y operativas íntimamente relacionadas con el poder de policía electoral reglamentario y de ejecución.

Para ello, la Corte Alemana no duda en fundar sólidamente su decisión en argumentos relativos a los principios generales y constitucionales del Derecho Electoral, válidos para todo proceso electoral, por considerarlos matriz insuperable de protección de la Voluntad Popular en el marco de un régimen democrático, republicano y representativo.

Condiciones de Implementación del Voto Electrónico

La implementación de computadoras electorales o urnas electrónicas se encuentra debidamente reglamentada en Alemania por el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales²⁰, y al respecto se registran antecedentes de larga data²¹. Es decir, en Alemania se viene trabajando desde hace mucho tiempo para regular adecuadamente esta delicada cuestión, y resulta impensable que su tratamiento esté fuera de un marco legal adecuado en el que se contemplen todos los procedimientos y controles necesarios para garantizar el ejercicio de los derechos políticos, por cuanto conforman los derechos constitucionales por excelencia en un sistema republicano, democrático, representativo y federal.

En el caso *sub examine*, para poder utilizar aparatos electorales en un proceso electoral determinado, los mismos deberán garantizar el secreto de la votación, y su

momento los modelos ESD1 (HW 1.02; SW 2.02), ESD1 (HW 1.02; SW 2.07), ESD1 (HW 1.03; SW 3.08), ESD1 (HW 1.04; SW 3.08) und ESD2 (HW 1.01; SW 3.08). *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, cuya traducción ha estado a cargo del Mgtr. Ms. Sc. Manfred Koessl, a quien agradecemos su desinteresada e invaluable colaboración.

²⁰ *Bundeswahlgeräteverordnung – BwahlGV* del 3 de Septiembre de 1975 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 2459). *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-.

²¹ “Fundamentos: ... 7-2. Ya en la década del '50 se intentó en Alemania reemplazar el proceso electoral tradicional del conteo manual de boletas, por métodos mas racionales y el empleo de aparatos electorales. Según art. 35 párr. 3 de la Ley Electoral Federal del 7 de mayo de 1956 (BGBl I S. 383 - BWG) el Ministro del Interior del Bund podía permitir que, en lugar de boletas electorales, se utilizaran aparatos de conteo electoral oficialmente autorizados. Sobre esta base se promulgó la prescripción sobre la utilización de aparatos de conteo electoral para elecciones para el Bundestag Alemán del 24 de agosto de 1961 (BGBl I S. 1618)...”, Fallo -2 BvC 3/07 - 2 BvC 4/07- de la Corte Constitucional Federal Alemana, pronunciado el 3 de marzo de 2009 en el proceso de Queja de Control Electoral contra la resolución del Bundestag Alemán del 14 de diciembre de 2006, WP108/05 – (BTDrucks 16/3600). *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-.

implementación requiere de un doble procedimiento de autorización. El primero de ellos radica en la debida registración, homologación o certificación²² de cada una de las versiones o modelos computadoras electorales o urnas electrónicas, las que deberán ser oficialmente admitidas por el Ministerio del Interior alemán, a solicitud del fabricante. El segundo paso, una vez adquirida la condición de aparato electoral admitido o certificado, radica en la autorización para su utilización comicial, la que puede ser específica y limitada si es concedida sólo para una determinada elección, o genérica e indeterminada si la habilitación es general²³.

Otra cuestión a tener en cuenta al hablar de voto electrónico, es la relativa a los intereses de la/s empresa/s que tuviera/n a su cargo el suministro de las máquinas o aparatos de votación. En efecto, no es posible ignorar que esta clase de servicios y/o prestaciones obedecen naturalmente a un innegable y sano interés comercial, el que por otra parte viene íntimamente ligado a la protección de los conocimientos y procedimientos utilizados para la elaboración de tales aparatos electrónicos de votación. No obstante esto, cabe destacar que tal interés económico y su consecuente derecho de propiedad intelectual sobre los desarrollos informáticos en cuestión, deben encuadrarse dentro del particular ámbito de actuación que libremente han elegido para llevar adelante su actividad comercial. Tal ha sido uno de los argumentos esgrimidos que los impugnantes hicieron valer ante la Corte Constitucional Alemana en esta ocasión, llegando a afirmar que eventuales intereses del fabricante en proteger sus secretos comerciales, deben ser postergados frente a los principios generales que rigen la vida institucional de una república²⁴; llevando la cuestión hasta el campo constitucional, al reconocer que el derecho constitucional que protege el secreto empresarial debe retroceder frente al interés informativo del público, resultando inaceptable una limitación a la publicidad que debe primar en todo proceso electoral²⁵.

Y la Corte Alemana fue aún más allá con respecto a este planteo, al afirmar que ni la participación del público interesado en el proceso de evaluación o del permiso de aparatos electorales, ni la publicación de los informes de evaluación o caracteres de

²² Tal el caso de los Estados Unidos de Norte América.

²³ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 19 (2).

²⁴ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 39.

²⁵ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 72.

construcción (incluyendo los códigos fuente del *software* en el caso de aparatos electorales guiados por ordenador) contribuyen decisivamente en asegurar el nivel de contralor y de comprensión del proceso electoral exigidos constitucionalmente. En efecto, los exámenes técnicos y procesos oficiales de permiso, que de todas maneras sólo pueden ser apreciados con pericia por los especialistas interesados, se refieren a un estado del proceso que se encuentra alejado de la emisión del voto. La participación del público necesita por ello, para lograr la exigida supervisión fiable, medidas complementarias ulteriores²⁶.

Marco legal y procedimental además de órganos de control son, entonces, dos cuestiones previas a cualquier tentativa de implementación de sistemas informáticos destinados a la emisión, captación y/o procesamiento del sufragio ciudadano. Interés comercial acotado al fin perseguido con la actividad desarrollada, es la tercer cuestión central sobre la que se debe planificar cualquier proyecto de implementación de sistemas informáticos de emisión, captación, almacenamiento, procesamiento y/o difusión del voto popular mediante sistemas informáticos y nuevas tecnologías de la información.

Principios Generales del Derecho Electoral²⁷

En la actualidad y desde hace algún tiempo ya, es posible advertir en el mundo jurídico la mayor presencia de los denominados “*principios jurídicos*” o “*principios generales del derecho*”. Ello se debe –en parte– a la crisis de la norma legal en tanto ha dejado de ser identificada o asimilada como único derecho; aunque también es notable la presencia del Poder Judicial en procura de dar soluciones satisfactorias ante el aumento de la demanda de respuestas concretas y justas por parte de la sociedad. A esto cabe agregarle cuestiones tales como la renovación y el enriquecimiento de las fuentes del derecho y la interpretación jurídica; la operatividad generosa e internacional de los derechos humanos; la constitucionalización del ordenamiento jurídico; los cambios intensos y amplios en el derecho vigente; como así también las profundas críticas formuladas desde los “*realismos*” a las pretensiones de “*pureza*” jurídica otrora

²⁶ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 125.

²⁷ José M. PÉREZ CORTI, *Derecho Electoral Argentino*, 2° Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 21/22.

enarboladas por el sueño legalista y logicista que durmieron Europa y nuestro continente desde comienzos del S. XIX, y que finalizó hace ya algunas décadas.

En palabras de Vigo²⁸ *“Una visión preocupada por tener presente el sentido profundo y raigal del derecho requiere volver la mirada a sus ‘principios’, es decir, a aquello de donde deriva y se puede conocer esa peculiar realidad que los hombres constituyen, reconocen y necesitan como derecho. Ello supone darnos cuenta de que las normas autoritativamente dispuestas no agotan el derecho, sino que, por el contrario, ellas más bien son expresión circunstanciada e incompleta del derecho. La sociedad conlleva derecho, pero no siempre éste necesita de la estructura propia de las normas para regir. El plus de derecho desde donde se puede explicar, ordenar y justificar a las normas está constituido, precisamente, por los principios. Sólo comprendiendo de dónde viene el derecho podemos saber adónde y con que límites conducirlo. Sin duda, es un mundo cargado de incertidumbres, pero no tanto por razones intrínsecas sino básicamente por falta de atención a ellos; de ahí, la urgencia de su estudio exhaustivo e integral en torno al arché jurídico”*.

Comenzaremos entonces por definir lo que entendemos por *“principio”*, para lo cual recurriremos a Aristóteles²⁹, quien sostenía que lo común a todo tipo de principios es *“ser lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce”*. Por lo tanto, el principio es, necesariamente, anterior a la norma, y como tal en muchos casos fundamento de su existencia y auxiliar en su interpretación.

En el Derecho Electoral, en tanto parte integrante del mundo jurídico, nos encontramos con una serie de pautas o principios que responden a su particular contenido, y que por lo tanto concurren en nuestro auxilio a efectos de lograr una adecuada exégesis de sus normas, institutos y elementos, posibilitando una mayor riqueza interpretativa con miras a su más adecuada aplicación en cada caso concreto.

Cabe destacar aquí que los principios jurídicos atañen a diferentes aspectos del Derecho Electoral, pudiéndolos diferenciar en tres grandes grupos, a saber:

²⁸ Rodolfo L. VIGO, *Los Principios Jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. X.

²⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Colección Biblioteca Básica Gredos, Gredos, Madrid, España, 2000, p. 195.

1. *Principios Jurídicos del Derecho Electoral*: Son aquellos que atañen al contenido de fondo o sustantivo de esta rama de la ciencia jurídica y normativa, pudiéndolos identificar con los principios generales propiamente dichos.

2. *Principios Jurídicos de la Administración Electoral*: Comprende el conjunto de reglas no escritas que rigen la faz operativa de la actividad electoral en tanto administración del proceso comicial.

3. *Principios Jurídicos Procesales Electorales*: Corresponden a los principios generales relacionados con la legislación procesal o adjetiva de esta rama del derecho.

Tales principios generales se convierten en sabios consejeros de la magistratura a la hora de tener que resolver con la letra de la ley la dinámica creativa de los hechos y de la vida misma. No siempre la norma, en su formalidad intrínseca y natural, logra abarcar adecuadamente las hipótesis que se combinan y multiplican en la vida real; y es allí donde los principios generales del derecho ingresan al razonamiento jurídico como amalgama racional de las normas y los hechos en procura de articular una solución final que de respuesta a las necesidades diversas y hasta contrapuestas de la sociedad.

La sentencia de la Corte Constitucional Alemana

En este interesante fallo encontramos cuatro ideas fuerzas alrededor de las que gira el debate jurídico por el que se arribará a la decisión judicial definitiva. Estas ideas fuerzas son un marco jurídico reglamentario vigente para la implementación del voto electrónico; el interés empresarial; los principios generales del Derecho Electoral; y, finalmente, las garantías que respeta o violenta la implementación de un determinado sistema de votación electrónica.

Comenzaremos por destacar –nuevamente– la existencia de un preciso e imprescindible marco jurídico que determina el procedimiento a observar en todo proyecto de implementación de un sistema informático de votación. En este sentido, la decisión judicial no hace más que reforzar la necesidad de tal régimen normativo, en tanto el mismo es el encargado de materializar operativamente las disposiciones, derechos y garantías constitucionales relativas a algo tan delicado como los derechos políticos en un régimen republicano y democrático.

También la Corte afirma el reconocimiento constitucional del interés comercial y empresarial de quienes han desarrollado los aparatos o máquinas de votación electrónica, pero sin otorgarle carácter absoluto, sino antes más bien, encuadrándolo adecuadamente dentro del conjunto de derechos e intereses que se encuentran en juego. En este sentido, declara la necesaria postergación de eventuales intereses del fabricante para proteger sus secretos comerciales frente al deber de garantizar la exclusión y/o corrección de manipulaciones o sospechas injustificadas, de modo tal que en todo momento se pueda avalar la confianza del soberano en la conformación de los órganos de gobierno de acuerdo con la voluntad popular que se ha manifestado³⁰.

Ahora, en la construcción de su decisión judicial, las partes en litigio recurren a los principios generales del Derecho Electoral; y a través de ellos se van identificando situaciones jurídicas, fácticas e hipotéticas que le permiten a la Corte Constitucional Alemana arribar a la convicción sobre la invalidez del marco jurídico reglamentario, su proyección sobre el proceso electoral del 16° *Bundestag*, como así también a la insuficiencia de tal pronunciamiento para afectar la validez de los comicios en los que se aplicara y dieran origen al presente litigio. Entre los principios constitucionales relativos al Derecho Electoral que a lo largo de la sentencia son reiteradamente invocados, encontramos el de democracia, el de estado de derecho y el de publicidad.

a. Principio de Democracia o Democrático

El primero de ellos, esto es el principio de democracia, es aquel conforme el cual las funciones en las que se divide el poder en tanto noción política y organización institucional, deben estar vinculadas con la voluntad del pueblo. Es decir, son los individuos en tanto ciudadanos políticos de una determinada comunidad, los que dotan de legitimidad al sistema institucional y normativo vigente; legitimidad sin la cual no se sentirían vinculados a aquellos. Consecuentemente, el principio democrático es aquel que procura garantizar la presencia y la actuación de la voluntad popular dentro de un régimen democrático, y especialmente si es republicano y representativo, a través de las instituciones y procedimientos del Derecho Electoral.

³⁰ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108.

En el marco del Derecho Electoral, este principio se traduce en la protección del contenido real e inalterabilidad cualitativa y cuantitativa de la Voluntad Popular que se manifiesta a través del procedimiento comicial el día de la elección. En este sentido, lo que se persigue es el no falseamiento de la manifestación del pueblo a través del sufragio, y que así, la voluntad del electorado libremente expresada no pueda ser suplantada o tergiversada. Es por ello, justamente, que cuando en el proceso electoral se registra la concurrencia de vicios que alteren el contenido de la decisión ciudadana hasta el punto de no conocerse lo que la voluntad de aquellos ha querido o decidido, corresponde la anulación del proceso electoral en el ámbito específico en el que se ha producido tal situación.

En el caso de marras, los impugnantes recurrieron a este principio en reiteradas oportunidades, para argumentar y sustentar sus posiciones. Así entendieron que cuestiones tales como la protección de los secretos y eventuales intereses comerciales de los fabricantes de máquinas o urnas electrónicas de votación³¹; el uso de aparatos electorales guiados por ordenadores o computadoras³²; la limitación de partes del procedimiento o de sus derivaciones excluyéndolos del control público especial a través de los órganos estatales y de la misma Voluntad Popular³³; debían encontrarse subordinados al principio democrático.

Pero lo más trascendente es que el Tribunal lo hizo propio y profundizó este argumento, sosteniendo que la forma de estado de la democracia parlamentaria, en la que el poder del pueblo se mediatiza por medio de elecciones –por lo que su ejercicio no acontece constantemente y de manera inmediata–, exige que el acto de la transferencia de la responsabilidad estatal hacia los parlamentarios esté bajo un control público especial. De este modo y en virtud del principio democrático en cuestión, cada uno de los actores del proceso electoral debe adoptar los comportamientos y garantizar los contenidos que satisfagan los requerimientos que el mismo importa, configurándose así como una *conditio sine qua non* de constitucionalidad, legalidad y legitimidad que requiere e impone el Derecho Electoral. Es por esto mismo que la Corte Constitucional no dudó en sostener que la legitimación democrática de la elección exige la capacidad

³¹ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 39.

³² Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 44.

³³ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 70.

de controlar el proceso electoral, para así poder excluir o corregir manipulaciones y refutar sospechas injustificadas³⁴.

No es una cuestión menor el justipreciar adecuadamente el rol de tales exigencias fundadas en el principio democrático, especialmente cuando lo que está en juego es nada más y nada menos que la esencia de la democracia representativa como lo es la Voluntad Popular. Esto se logra sólo con la estricta observancia de los principios electorales válidos, siendo ellos –por lo tanto– condiciones de una democracia viable³⁵.

b. Principio del Estado de Derecho

En cuanto al principio del Estado de Derecho, bien podríamos definirlo como aquel en virtud del cual los habitantes de un estado jurídica y políticamente organizado, deben obedecer el derecho y regirse por él, sin distinción alguna entre diferentes tipos o clases de personas, esto es públicas o privadas, físicas o jurídicas. Es decir, la premisa fundamental del Estado de Derecho es que todos -gobernados y gobernantes- obedezcan el derecho, se rijan y subordinen a él. Que el derecho sea obedecido y, en consecuencia sea capaz de regir el comportamiento de las personas, dependerá del procedimiento específico de su creación y aplicación, para lo cual –a su vez– deberán estar regidos por ciertos principios. Consecuentemente, una característica esencial del Estado de Derecho es el acuerdo generalizado sobre las reglas de procedimiento y no sobre los principios sustantivos, y el proceso electoral es justamente uno de los más importantes y delicados procesos que lo integran³⁶.

Por otra parte, el Estado de Derecho –o *Rule of Law*– está profundamente vinculado a la noción de Estado Moderno, que se centra en los intereses de la sociedad y de su población considerada en su conjunto. Tal Estado tiene como objetivo –a través de sus funciones públicas– ofrecer condiciones estables y favorables al desarrollo de todos sus habitantes. En este marco, la noción de Estado de Derecho procura

³⁴ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 106 y 108 “aa” y “bb”.

³⁵ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108 “aa”.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, Sentencia del 23/06/2005, Párrafo 206: “...La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones...”.

El extracto de este fallo se puede consultar en <http://www.adc-sidh.org/la-corte-lista.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=115&idsub2=159&myAdmin=c23f106c8d425f75f137e1415fa5569d>.

garantizar dichas funciones evitando a la vez los abusos en los que el monopolio del poder estatal puede degenerar. No existe una única definición de lo que habrá de entenderse por Estado de Derecho, no obstante lo cual es posible identificar ciertos elementos y valores comunes, a pesar de que la importancia en cada caso pueda ser relativizada. Tales elementos o notas tipificantes son:

- a. El principio de la legitimidad de la Administración;
- b. Una justicia independiente y eficaz;
- c. El principio legal de igualdad de los ciudadanos y de sus derechos;
- d. El orden jerárquico constitucional y legal de todo el sistema normativo;
- e. División de las funciones del poder mediante la diferenciación entre poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial;
- f. Irrestricto respeto de los derechos humanos, a partir del *mínimum* que configuran los derechos cívicos y políticos³⁷.

En definitiva, podríamos afirmar que el Estado de Derecho es aquel en el que tanto las autoridades legítimamente constituidas y como los individuos que conforman una sociedad determinada, se rigen por la ley a través de la cual se incorporan los derechos y libertades fundamentales, y la que además es aplicada por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre y garantizan los intereses de todos los integrantes de la misma.

La Corte Constitucional recurrió a este principio para reforzar los requerimientos que derivan de su par democrático, en el sentido de que en ambos casos, la totalidad del acontecimiento electoral y sus derivaciones deben estar siempre bajo el control y la supervisión de los órganos estatales, y sólo la posibilidad de un control acerca de si la

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC6/86, Párrafo 34: “...La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un principio reafirmado por los estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema...”.

El extracto de esta opinión se puede consultar en el siguiente sitio <http://www.adc-sidh.org/la-corte-detalle.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=115&idsub2=163&item=164&myAdmin=c23f106c8d425f75f137e1415fa5569d&lng=es&myAdmin=c23f106c8d425f75f137e1415fa5569d>.

elección se corresponde con los principios constitucionales electorales, puede asegurar que la delegación del poder del Estado a la representación popular³⁸.

Tal control y supervisión sólo es factible mediante la observancia por parte de las autoridades públicas, de los actores políticos y de la ciudadanía en general, de las disposiciones que rigen el proceso electoral, en cuanto determinan los procedimientos a observar durante su desarrollo, amparando así los derechos políticos del electorado y estableciendo las garantías que aseguran el respeto de los mismos.

c. Principio de Publicidad

Abordando ahora el principio de publicidad, hemos de acordar que en una república auténtica los actos del gobierno, ya sean legislativos, ejecutivos o judiciales, deben ser públicos. Tanto los que resultan del ejercicio de la función gubernamental asignada por la Constitución Nacional al órgano respectivo, como las actuaciones internas de carácter administrativo. Para que tales actos sean efectivamente públicos, corresponde permitir el acceso al conocimiento de ellos a toda persona cuyos legítimos intereses individuales, o colectivos, o de los grupos sociales se vieran afectados³⁹.

Consecuentemente, principio de publicidad es aquel que impone a los órganos del Estado que todos sus procedimientos y actos, como así también los fundamentos en los que se sustentan y por los que se adoptan, sean públicos, esto es, que gocen de notoriedad y sean patentes o manifiestos, de modo tal que cualquier ciudadano pueda acceder a su conocimiento, a sus fundamentos y a los procedimientos utilizados para adoptarlos. Con él lo que se persigue es que la actividad que desarrollen los órganos del Estado en ejercicio del poder que le concede temporalmente la Voluntad Popular, no lo sea en forma secreta u oculta. En el contexto de una democracia republicana y representativa, el Estado deberá siempre obrar con transparencia, para lo cual la garantía constitucional de la publicidad de sus actos deviene en un principio esencial y constitutivo de tal forma de gobierno.

Es este principio el que le permite a la Corte Constitucional Alemana restringir el derecho constitucional que protege el secreto empresarial de la proveedora de las

³⁸ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108 "aa".

³⁹ Gregorio BADENI, "Publicidad oficial y derecho a la información", La Ley, 2007-E, 590.

máquinas electrónicas de votación, el que a criterio del Tribunal siempre debe retroceder ante el interés informativo del público, resultando injustificada toda tentativa de limitación a la publicidad que debe presidir todo acto comicial; dado que la publicidad de la elección es condición fundamental para una formación democrática de la voluntad política. Por lo tanto, al emplear aparatos electorales electrónicos –dice la Corte Constitucional– debe poderse revisar los pasos esenciales del acto electoral como así también la determinación de los resultados de manera confiable y sin necesidad de conocimientos técnicos especiales, para poder considerar recién así debidamente amparado y protegido el principio de publicidad de la elección⁴⁰.

A tal punto este principio va ocupando el lugar central de la sentencia de la Corte Alemana, que la misma afirma que el objetivo de poder lograr en breve tiempo una representación popular con capacidad operativa no justifica la aplicación de limitaciones al principio de la publicidad de la elección con miras a facilitar el empleo de aparatos electorales guiados por ordenadores. Y reafirma su razonamiento a partir del mismo texto constitucional, en tanto y en cuanto no surge de él que se exija que el resultado electoral deba estar a la vista apenas cierren los locales electorales; de allí que el interés de una determinación rápida de la conformación del parlamento alemán no es un interés constitucional lo suficientemente adecuado para limitar la publicidad del proceso electoral⁴¹.

El rol de este principio es claramente identificado por la Corte Constitucional cuando sostiene que sólo “...si el pueblo electoral se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia, es decir, que la elección se realice “ante los ojos del público” (cfr. Schreiber, *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, 7. Ed. 2002, § 31 Rn. 2) se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento acorde a la voluntad del elector, necesaria para el funcionamiento de la

⁴⁰ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 106, 118 “a”.

⁴¹ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 130 “cc”.

*democracia y de la legitimidad democrática de las decisiones estatales...*⁴²; tal como también lo destacar Koessler en su interesante comentario a la sentencia en cuestión⁴³.

Por otra parte, el principio de publicidad de la elección, también se apoya su par del Estado de Derecho, y en este sentido la sentencia recalca que la publicidad fundada en éste último sirve a la transparencia y al control del ejercicio del poder estatal, dado que ella presupone que los actos de los organismos estatales deben –al menos– poder ser conocidos por la ciudadanía, exigencia que con mayor razón resulta válida para el actuar de los organismos electorales⁴⁴.

Sin embargo, es el mismo Tribunal el que se encarga de fijar los límites dentro de los cuales resulta aplicable tal principio; y afirma –sin dudar– que la garantía del principio de publicidad no proyecta su carácter imperativo por sobre todos los actos electorales que implica el desarrollo de un proceso electoral⁴⁵.

Y así contempla como aceptable que sea el mismo legislador el que pueda permitir –con carácter o alcance limitado– excepciones al principio de publicidad, con miras a hacer valer otros intereses constitucionales, haciendo especial hincapié en los del Derecho Electoral del Art. 38, párrafo 1, frase 1 de la Ley Alemana⁴⁶. Quedan así resguardadas en su constitucionalidad, todos los ordenamientos electorales que contemplan procedimientos y operaciones reservadas al control de los organismos electorales y estaduales.

Uno de esos límites es justamente, el principio del secreto del voto, el que a criterio del Tribunal tampoco configura un principio constitucional contrapuesto al de

⁴² Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108 “aa” con cita de NRW VerfGH, Sentencia del 19 de marzo de 1991 - VerfGH 10/90 -, NVwZ 1991, S. 1175 <1179>; Hanßmann, Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2004, Pág. 184.

⁴³ Vide Manfredo KOESSL, “Análisis de la Sentencia BVerfG, 2 BvC del 3 de marzo de 2009”, en esta misma publicación.

⁴⁴ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 110 “cc”.

⁴⁵ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 113 “c”, con cita del BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio de 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <992>, a la que remite.

⁴⁶ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (23/05/1949, B. O. Federal 1, p. 1; enmendada por Ley del 26/11/2001, B. O. Federal 1, p. 3219), Artículo 38: “(1) Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia. (2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad. (3) La regulación se hará por una ley federal”. Consultada en <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html> el día 02/05/2009.

publicidad que venimos tratando, y en consecuencia tampoco es factible que el mismo sirva de fundamento de una amplia limitación de la controlabilidad del acto electoral y del escrutinio; dado que entre ambos principios no existe “área de tensión” que pudiera justificar tales limitaciones⁴⁷.

En este sentido, la sentencia destaca que históricamente el voto secreto puede haber sido una ruptura de la publicidad del proceso electoral, porque renuncia a la emisión pública del voto para proteger la libertad de la elección⁴⁸. Y también entiende que bajo el dominio de la Ley Fundamental que prescribe a la elección expresamente como secreta para proteger su libertad, el principio de publicidad no resulta de aplicación para el acto de emisión del sufragio; concluyendo que mientras la publicidad de la elección no excluya el estricto respeto de la creación inobservada del voto, el proceso electoral está bajo el dominio del principio de publicidad⁴⁹.

Efectos de la Sentencia

La interpretación llevada a cabo por la Corte Constitucional Alemana no se agota sólo en el tratamiento de las impugnaciones de fondo y su consecuente inclinación por la inconstitucionalidad del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales; sino que abarca también un interesante debate sobre los efectos que en relación a la elección del 16° Parlamento habría de tener su pronunciamiento.

En este sentido, el Tribunal realiza una exquisita exégesis del principio de interpretación restrictiva de los errores y de las nulidades y del principio de relevancia; salvaguardando así la Voluntad Popular expresada durante los comicios correspondiente al 16° *Bundestag* Alemán.

A partir del primero de ellos, el razonamiento de la Corte concluye que sólo en los casos en los que un error o nulidad electoral repercuta en la distribución de mandatos en el Parlamento, corresponde la declaración de nulidad de tales comicios. Sin embargo, tal decisión sólo comprenderá hasta donde el error o la nulidad electoral hayan sido

⁴⁷ *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 128 “bb”.

⁴⁸ Con cita de Breidenbach/Blankenagel, *Rechtliche Probleme von Internetwahlen*, Berlin 2000, Pág. 34 f. *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 129.

⁴⁹ Con cita de H.H. Klein, en: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 113 [März 2007]; Seifert, *Bundeswahlrecht*, 3° Edic. 1976, Art. 38 Rn. 35. *Vide* Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 129.

constatados; lo que se funda en la exigencia de protección de la existencia de una auténtica y efectiva representación popular en tanto mandato esencial de la democracia. Consecuentemente, influencias “...electorales simples, sin peso, no llevan por ello a la invalidez de una elección...”⁵⁰.

A tal punto entiende la Corte que la interpretación de los errores y de las nulidades en materia electoral debe ser de interpretación restrictiva y con proyección acotada en sus efectos, en favor del mantenimiento de la representación popular; que llega a sostener que incluso allí donde se registre un error relevante en la distribución de los mandatos, el mismo debe ser limitado sólo a aquellos que se han visto afectados por él, no debiéndose declarar inválida la totalidad de la elección, sino encauzar tal declaración de modo que pueda resultar a favor del interés democrático del mantenimiento de la representación⁵¹.

Desde otro lugar, el principio de relevancia es aquel por el cual el error y la nulidad electorales sólo revestirán interés jurídico a los fines de un pronunciamiento judicial, cuando los mismos alcancen una dimensión o proyección en sus efectos que puedan influir o resultar relevantes para modificar o alterar el contenido de la Voluntad Popular. Es decir, el error o la nulidad en materia electoral, debe contar con entidad suficiente como para afectar la conformación de la Voluntad Popular, de modo tal que su contenido carezca de legitimidad frente al electorado, violentando así el principio democrático.

Consecuentemente, la Corte Constitucional Alemana rechazó el pedido de nulidad comicial acompañado en la presentación de los impugnantes; aduciendo como fundamento que el interés en el mantenimiento de la representación popular a partir de la confianza depositada en el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, prevalece sobre los errores electorales efectivamente detectados en el mismo⁵². Por lo tanto, y a falta de indicios de que los aparatos electorales utilizados durante la elección del 16° Parlamento Alemán hayan funcionado incorrectamente o hayan sido efectivamente

⁵⁰ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 161 “a”.

⁵¹ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 161“a” y 162“b”.

⁵² Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 162 “b”.

manipulados, tales hipótesis se configuran como consecuencias inciertas que no justifican la solicitud de declaración de invalidez parcial de tales elecciones⁵³.

Bajo estas condiciones, no hay un error electoral que haga imposible sostener la continuación de la representación popular, finaliza diciendo la sentencia de la Corte Constitucional.

Conclusiones

La interesante sentencia que nos convocara, contiene un rico desarrollo de las cuestiones relativas a la implementación del voto informatizado o electrónico, esto es, mediante la utilización de aparatos electorales guiados por ordenadores en Alemania y con relación a los comicios relativos la conformación del 16° *Bundestag*.

Pero en el caso de nuestro país, este fallo se convierte en un importantísimo decálogo de condiciones y requisitos de implementación de las tecnologías de la información a los procesos electorales, especialmente en lo relativo a la emisión, captación, almacenamiento y difusión informatizada del sufragio.

No reflexionar a tiempo sobre la imperiosa e ineludible necesidad de contar con un adecuado y profuso marco jurídico que reglamente los procedimientos de implementación de aparatos electorales informáticos para cualquier clase o categoría de elección; es exponer a situaciones sumamente delicadas a las nuevas TIC's, sin que explicación alguna posterior le permita comprender al ciudadano común que quizás la tecnología no es la responsable de tal o cual error o nulidad electoral.

Por otra parte, entendemos altamente recomendable la doble instancia de implementación de estos aparatos informáticos de votación, esto es una primer registración u homologación ante un organismo que garantice los contenidos tecnológicos indispensables para que los mismos operen adecuadamente en respuesta a los requerimientos que el sistema político y el régimen electoral vigentes le exijan; y luego la habilitación por parte del nivel estadual correspondiente con miras a su efectiva utilización en un proceso comicial determinado.

⁵³ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 162 "b".

Reiterativo –por obvio que resulta– sería destacar el rol de los principios generales del Derecho Electoral, por cuanto a lo largo de este trabajo entendemos ha quedado sobradamente demostrado.

Más si nos interesa poner de relieve que el pronunciamiento de la Corte en relación a la inconstitucionalidad planteada por los impugnantes, no afecta en sí mismo a los sistemas de votación informatizados o electrónicos, sino que recae sobre parte del ordenamiento jurídico destinado a su implementación en Alemania. De esta forma, el Tribunal deja en claro que el *“...legislador no está impedido de utilizar aparatos electorales en elecciones, si se ha asegurado la posibilidad constitucional de un control de corrección confiable...”*⁵⁴; remarcando que en todo caso debe quedar asegurado que el elector domina su emisión del voto, y que tanto los órganos electorales como los ciudadano interesados puedan verificar fiablemente el resultado electoral sin previos conocimientos técnicos especiales⁵⁵.

Lo expresado nos lleva a repetir una vez más que el Derecho no debe subordinarse a la tecnología, sino ser su guía. Nuestra responsabilidad democrática nos sitúa ante la obligación de adecuar la tecnología a la libertad; y la herramienta es, indudablemente, el Derecho.

Córdoba, 2 de Mayo de 2009

⁵⁴ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 121 “bb”.

⁵⁵ Vide Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 122.