



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

Stefan Jost (Alemania)*

El uso de equipos de votación electrónicos: sentencia doctrinal del Tribunal Constitucional Federal

RESUMEN

En una sentencia doctrinal el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional el uso de equipos de votación electrónicos durante las elecciones al Parlamento federal (*Bundestag*) de 2005, por lesionar el principio de la publicidad del proceso electoral (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental). El uso de tales equipos no se prohíbe de principio, pero su conformidad constitucional queda sujeta a fuertes condicionantes. Se requiere tanto el control eficaz de la acción de votar como la verificabilidad efectiva de los resultados. Ambas condiciones se cumplen en la medida en que los electores tienen la posibilidad de comprobar que los votos válidos emitidos correspondieron efectivamente a las listas electorales y que se determinó correctamente el total de los votos correspondientes a cada lista.

Palabras clave: computadoras electorales, aplicación de la ley, jurisprudencia comentada, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

In einem Grundsatzurteil hat das Bundesverfassungsgericht den Einsatz von elektronischen Wahlgeräten bei der Bundestagswahl 2005 wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl (Art. 38 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) für verfassungswidrig erklärt. Der Einsatz solcher Geräte ist zwar nicht grundsätzlich verboten, jedoch nur unter engen Voraussetzungen verfassungsgemäß. Erforderlich ist eine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung selbst und eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses. Dies ist nur dann gegeben, wenn der Wähler nachvollziehen kann, ob die abgegebenen gültigen Stimmen den Wahlvorschlägen zutreffend zugeordnet und die auf die einzelnen Wahlvorschläge insgesamt entfallenden Stimmen zutreffend ermittelt wurden.

Schlagwörter: Wahlcomputer, Rechtsanwendung, kommentierte Rechtsprechung, Deutschland.

* Jurista y politólogo (Universidad de Tréveris), fue representante nacional de la KAS para Bolivia entre 1993 y 1998 y director del programa regional de la KAS Estado de Derecho y Democracia en América Latina de 1998 a 2001. Dirige actualmente la oficina de la KAS en Colombia. <Stefan.Jost@kas.de>

ABSTRACT

In a doctrinal decision of the Federal Constitutional Court the use of electronic voting equipment during the election of members for the Federal Parliament (Bundestag) in 2005 was declared to be unconstitutional, because it disregarded the principle of publicity of the electoral process (Fundamental Law, Articles 38 and 20). Although the use of such equipment is not forbidden in principle, its conformity with the Constitution is subject to strict requirements, including the effective control of the act of voting as well as reliable verifiability of results. Both conditions are met to the extent electors are able to accurately determine that votes legally cast actually correspond to the electoral lists, and that the total number of votes was correctly determined for each list.

Keywords: voting machines, law enforcement; annotated jurisprudence, Germany.

En una sentencia doctrinal el Tribunal Constitucional Federal ha declarado inconstitucional el uso de equipos de votación electrónicos durante las elecciones al Parlamento federal (*Bundestag*) de 2005 por lesionar el principio de la publicidad del proceso electoral (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental). El uso de tales equipos no se prohíbe de principio, pero su conformidad constitucional queda sujeta a fuertes condicionantes. Se requiere tanto el control eficaz de la acción de votar como la verificabilidad efectiva de los resultados. Ambas condiciones se cumplen en la medida en que los electores tienen la posibilidad de comprobar que los votos válidos emitidos correspondieron efectivamente a las listas electorales y que se determinó correctamente el total de los votos correspondientes a cada lista.

El uso de equipos de votación electrónicos, también conocidos como *computadoras electorales*, ha cobrado una relevancia creciente. Mientras en algunos países de América Latina fueron introducidos hace varios años, en otros, como por ejemplo Colombia, las obligaciones legales contraídas han colocado la adopción de tales equipos en la agenda política.

Por ahora los equipos de votación electrónicos tienen una incidencia mínima en la República Federal de Alemania, aunque las bases legales para su uso se sentaron hace varias décadas. Sobre la base de la Ley Electoral federal, aprobada en 1956 y enmendada en 1975, se promulgó en 1961 un decreto “sobre el uso de equipos para el conteo de los votos durante las elecciones al *Bundestag*”, que se enmendó en 1975. Este autorizó el uso de equipos de votación mecánicos y eléctricos en esas elecciones, con la condición de que los modelos empleados estuvieran habilitados y su aplicación contara con la necesaria autorización. Sin embargo, por varias razones esos equipos mecánicos de votación no tuvieron éxito en Alemania.

El primer uso masivo de los equipos de elección electrónicos¹ se produjo en 2005, en ocasión de las elecciones a la 16.^a legislatura del *Bundestag*. En esas elecciones unos dos

¹ Las bases para la introducción de los equipos de votación electrónicos se crearon mediante la introducción de enmiendas a la Ley Electoral federal, en 1993, y al decreto federal sobre el uso de equipos de votación, en 1999.

millones de electores habilitados emitieron su voto por medio de equipos controlados por computadora.

Los equipos de votación utilizados² son controlados por un microprocesador y un programa de *software*. Los votos emitidos por medio de esos equipos se almacenan exclusivamente en una memoria electrónica; después del cierre de los colegios electorales el equipo de votación procede al conteo electrónico de los votos. A continuación el equipo indica los resultados, que pueden ser impresos por una impresora integrada al equipo.

El programa, que regula el registro de la emisión de los votos y el conteo de los resultados, está integrado a dos *chips* de almacenamiento electrónico. Estos están instalados en el equipo, que cuenta con una cubierta fijada con tornillos y protegidos con dos sellos colocados por el fabricante. Los votos que se emiten mediante este equipo de votación —además de las combinaciones entre ambos (primer y segundo voto)—³ se registran en una unidad de almacenamiento extraíble en forma de disquete, el llamado *módulo de almacenamiento de los votos o urna electrónica*. En este módulo se registran asimismo los datos correspondientes a las hojas de votación, las relaciones entre las teclas y las listas electorales, la fecha de las elecciones y el colegio electoral.

Los equipos de votación tienen un teclado (la *pantalla del elector*) sobre el cual está colocada una copia de una hoja de votación igual a la hoja oficial impresa. Por encima del teclado se encuentra un *display* (*display* LCD) que sirve de guía al elector durante la emisión del voto y le permite el control de su elección. Tanto el teclado como el *display* LCD cuentan con dos protectores visuales laterales. Los equipos de votación están conectados a una unidad de control sobre el escritorio de la mesa electoral. La unidad indica a la mesa la emisión de cada voto mediante el incremento en uno del número total de electores registrados. Luego de la emisión del voto por un elector, el equipo de votación queda bloqueado hasta que la mesa electoral lo habilite para el elector siguiente.

El equipo de votación cuenta con un componente de programación y lectura, mediante el cual la dependencia municipal autorizada está en condiciones de preparar, en combinación con una computadora personalizada, los módulos de almacenamiento de los votos antes de las elecciones y de leer la información relativa a la votación luego de concluir la acción de votar, para facilitar su posterior procesamiento.

El equipo de votación puede desplegar e imprimir el número único de identificación de cada equipo, así como los números de modelo del *software* y *hardware* y dos sumas de control, formadas por un algoritmo que integra el *software* del equipo de votación. Estos datos pueden ser comparados con la información indicada en la placa de datos técnicos del equipo de votación y la declaración de concordancia de la construcción.

² Algunas partes de la descripción de los equipos repiten textualmente la exposición de antecedentes del Tribunal Constitucional Federal.

³ Mediante el primer voto se elige el candidato del distrito electoral y por medio del segundo —de importancia decisiva para la distribución de los mandatos y por ende para la relación de fuerzas entre los partidos— una lista partidaria.

Según las disposiciones vigentes, los equipos de votación electrónicos requieren la habilitación del modelo de construcción y la autorización previa de su uso. La habilitación del modelo está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos técnicos, incluidos la identificación, el diseño técnico y el funcionamiento de los equipos. En esta instancia se adopta una serie de definiciones en torno a la presentación de las listas electorales, el manejo y la facilidad de manejo del equipo, la emisión del voto, el almacenamiento de los votos y el copiado de seguridad. La certificación queda a cargo del Instituto Federal de Física y Metrología.

Después de la emisión del certificado, que habilita el modelo, la utilización de los equipos de votación de cualquier tipo debe ser autorizada con anterioridad a cada elección. En esa instancia se debe presentar una declaración de concordancia de los equipos de votación utilizados con el modelo ensayado y habilitado.

Varios ciudadanos presentaron recursos de revisión del procedimiento electoral ante el Tribunal Constitucional Federal, luego de que el *Bundestag* rechazara sus objeciones.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 2 de marzo de 2009 (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07) accedió en gran parte a los recursos presentados y los consideró fundados,

[...] en el entendido de que se oponen a que el decreto federal sobre el uso de equipos de votación autoriza la utilización de equipos de votación controlados por procesadores, sin asegurar un control eficaz de la determinación de los resultados. En este sentido se constata una violación del principio de la publicidad del proceso electoral según el artículo 38 de la Ley Fundamental junto con el artículo 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental (91).⁴

En una primera fase el Tribunal Constitucional Federal se ocupa del criterio a seguir en la revisión y de las disposiciones constitucionales que deben ser tenidos en cuenta en este proceso.

La decisión del Tribunal Constitucional Federal parte del supuesto de que el uso de los equipos de votación controlados por procesadores debe ser evaluado a partir del criterio de la publicidad del proceso electoral (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental).

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.

⁴ Entre paréntesis se indican los números al margen de los párrafos de la sentencia.

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

Artículo 20:

(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.

A continuación se exponen las líneas de argumentación más relevantes para la fundamentación de la sentencia con base en criterio mencionado.

En opinión del Tribunal Constitucional Federal la publicidad del proceso electoral constituye la condición fundamental para la formación democrática de la voluntad política. El principio de la publicidad del proceso electoral es deducido de las opciones constitucionales fundamentales por el orden democrático y republicano y el Estado de derecho (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental). La publicidad del proceso electoral comprende el proceso de definición de listas electorales, la acción de votar (con excepción del acto de sufragar, para el cual rige el secreto electoral) y la determinación del resultado electoral. La publicidad del proceso electoral opera como garante de la regularidad y transparencia de los procesos electorales y

[...] crea de esta forma una precondition relevante para la confianza fundada de los ciudadanos en la realización correcta de las elecciones. El régimen de la democracia parlamentaria, en la cual la soberanía del pueblo es mediatizada por las elecciones y por ende no se ejerce de forma inmediata y continua, requiere que el acto de delegación de la responsabilidad por el Estado a los representantes parlamentarios esté sujeto a un control público especial. (106)

Ante la creciente tecnificación de los espacios vitales relevantes, que a menudo viene acompañada tanto de un lenguaje técnico incomprensible para el ciudadano común como de contextos tecnológicos que a juicio de los expertos deberían ser entendidos por todos, una aclaración del Tribunal Constitucional Federal merece ser destacada:

Todos los ciudadanos deben estar en condiciones de comprender y entender fehacientemente los pasos esenciales de una elección, sin disponer de mayores conocimientos técnicos previos. (109)

La legitimidad democrática de una elección exige la posibilidad de controlar el proceso electoral, de modo de excluir o corregir cualquier manipulación y desmentir cualquier sospecha injustificada. La transparencia del ejercicio del poder estatal y la posibilidad de controlarlo forma parte de la fundamentación de la publicidad del proceso electoral a partir del Estado de derecho.

El siguiente aspecto resulta decisivo para la argumentación del Tribunal Constitucional Federal:

El principio de la publicidad del proceso electoral requiere que todos los pasos relevantes del proceso electoral sean públicamente verificables, a no ser que otros intereses constitucionales justifiquen una excepción a este principio. Un procedimiento electoral, en el cual el elector no puede verificar fehacientemente, si su voto queda registrado sin alteraciones e integrado al proceso de determinación del resultado electoral, ni cómo la totalidad de los votos emitidos son relacionados y contados, sustrae algunos aspectos fundamentales del proceso electoral del control público, incumpliendo en consecuencia los requisitos constitucionales. (111, 112)

Es de destacar que el Tribunal no deduce la inconstitucionalidad plena del uso de equipos de votación electrónicos de los principios mencionados. Pero la conformidad constitucional de su uso está sujeta a condiciones estrictas.

El Tribunal Constitucional Federal formula su temor inicial cuando se refiere expresamente al peligro de “posibles manipulaciones y fallas de los equipos de votación electrónicos”, y a que “las injerencias en el funcionamiento de los equipos de votación electrónicos permiten de principio que un esfuerzo relativamente menor produzca un efecto mayor” (118).

Posteriormente la fundamentación de la sentencia del Tribunal establece algunas condiciones para el uso de equipos de votación electrónicos.

Al respecto explica que no será suficiente indicar al elector que, al ejercer su derecho a controlar,

[...] confíe en el funcionamiento del sistema sin la posibilidad de comprobarlo personalmente. Por lo tanto no alcanza con que se le confirme el registro de la emisión de su voto exclusivamente mediante una información electrónica. Por esta vía el elector no puede ejercer un control suficiente (120).

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional Federal formula explícitamente el requisito de un “control complementario”: luego de la emisión los votos de los electores no deben ser almacenados exclusivamente en un procesador electrónico (120). Se necesita un “control fehaciente de la veracidad” (121). Este se podría garantizar por medio de equipos de votación electrónicos

[...] que ofrezcan otro registro de los votos, a parte del almacenamiento electrónico. Esto será posible especialmente mediante el uso de aquellos equipos de votación electrónicos que complementen el registro electrónico del voto con la impresión de un protocolo sobre papel del voto emitido que sea legible para cada elector, que pueda ser controlado previo a la emisión definitiva del voto y que sea entregado para facilitar el conteo de control (121).

La sentencia discute seguidamente algunos argumentos a favor del uso de los equipos de votación electrónicos.

Se establece que, con respecto a la implementación de la equidad electoral según el artículo 38.1, frase 1, de la Ley Fundamental el argumento que hace referencia a la posibilidad de evitar errores en el relleno de la hoja de votación debe ser tenido en cuenta. Sin embargo, no se podrá deducir del mencionado argumento “la renuncia a la verificabilidad de la acción de votar” (127).

El Tribunal Constitucional Federal rechaza también la alegación según la cual se trataría de establecer, con la mayor brevedad, las bases para la formación de una representación popular con capacidad de actuar. La Ley Fundamental no obliga a que el resultado final del escrutinio se conozca a poco tiempo de cerrar los colegios electorales.

En resumen, el Tribunal Constitucional Federal no reconoce la existencia de otros intereses constitucionales en función de los cuales se podrían imponer restricciones al principio de la publicidad del proceso electoral.

Aun para aquellos casos en que este principio no esté lesionado, el Tribunal se refiere expresamente a la reserva parlamentaria, con base en los principios del Estado de derecho y de la democracia, según la cual es competencia del Poder Legislativo tomar las decisiones relevantes en las áreas normativas fundamentales y muy especialmente en materia de realización de los derechos básicos:

[...] teniendo en cuenta las particularidades del uso de los equipos de votación electrónicos su reglamentación corresponde al poder legislativo, porque se trata de establecer los prerequisites para la utilización de tales equipos. En este marco se debe decidir tanto sobre la admisibilidad de la utilización de equipos de votación como sobre los prerequisites generales para su utilización. Decisiones como éstas no pueden ser delegadas a la autoridad con poder de reglamentación. (134)

El Tribunal Constitucional Federal concluye:

[...] a raíz de que la determinación del resultado fue exclusivamente el objeto de un proceso de procesamiento de datos al interior de los equipos de votación, ni los órganos electorales ni los ciudadanos presentes durante la determinación de los resultados tuvieron la posibilidad de verificar, si los votos válidos emitidos se relacionaron correctamente con las listas electorales y si se determinó correctamente el total de los votos emitidos por cada lista electoral. (156)

El Tribunal asignó una importancia tal a este aspecto que ni siquiera se expidió acerca de la admisibilidad de las otras alegaciones de los demandantes. Estas se refieren al diseño de los equipos electorales y el *software*, el ensayo insuficiente de los prototipos y la habilitación del modelo de construcción. En opinión del Tribunal, estas alegaciones no tendrían ningún peso específico al lado de la lesión del principio de la publicidad del proceso electoral, aun en la eventualidad de que todas fueran fundadas.

El Tribunal Constitucional Federal desestimó parcialmente los recursos de revisión del procedimiento electoral, negando la solicitud de los demandantes de anular y repetir las elecciones en los distritos electorales afectados. Para fundamentar su posición el expuso fundamentalmente lo siguiente (158-162):

El error electoral incurrido debido a la admisión y utilización de los equipos de votación a pesar de la definición insuficiente de las bases legales no modifica, en sí, el resultado de las elecciones ni cobra relevancia alguna con respecto a los mandatos. Aun suponiendo que fuera relevante para la asignación de los mandatos no se produciría la anulación de las elecciones al *Bundestag*. En caso de comprobarse la relevancia para la asignación de los mandatos,

[...] la decisión de la revisión de procedimiento electoral del Tribunal Constitucional Federal queda sujeta al principio de la menor intervención [...] En todos los casos deben equilibrarse el requisito de proteger la estabilidad de la representación elegida por el pueblo, cuyo fundamento legal está dado por el principio democrático, y los efectos del error electoral detectado [...] Aun en aquellos casos en que el error electoral con relevancia para la asignación de los mandatos esté limitado a determinados mandatos, por lo que no habría que anular la elección en su totalidad, se debe proceder a una valoración, cuyo resultado podría ser favorable al principio de protección de la estabilidad.

Según el Tribunal no hay evidencia de que los equipos de votación “hayan tenido un funcionamiento defectuoso o hayan sido manipulados, lo que habría distorsionado el resultado electoral en los distritos afectados” (162), por lo cual los posibles efectos deberían ser considerados marginales. En el caso bajo estudio prevalece, por lo tanto, el interés en la protección de la estabilidad.

El Tribunal Constitucional Federal pronunció una sentencia doctrinal importante en el momento justo, estableciendo así el marco constitucional y normativo para los futuros debates y regulaciones sobre la utilización de equipos de votación electrónicos.

Esta sentencia, que no se opone a la tecnología, contrapone el escepticismo realista y constitucionalmente fundado a la fe y la confianza sin límites en las supuestas bondades de las modernas tecnologías de la información.

Resultan convincentes los criterios establecidos a partir del principio constitucional de la publicidad del proceso electoral, cuya base es la confianza indispensable de los electores en la realización correcta del proceso electoral como condición primordial de la legitimidad democrática. Gracias a la sentencia, en Alemania se desactivó el peligro del *black-box-voting*. Por lo tanto, no debe sorprender que las reacciones hayan sido enteramente positivas.

Si bien el Tribunal Constitucional Federal ha optado por calificar como no contundentes en comparación con la lesión del principio de la publicidad del proceso electoral a varias de las alegaciones de los demandantes y, en consecuencia, por dejar sin resolver si están fundadas, esto no debe hacer olvidar una serie de problemas adicionales relacionados con la utilización de los equipos de votación electrónicos. Por lo

tanto, no se debe descartar que los aspectos actualmente no decisivos adquieran un peso mayor, aun teniendo en cuenta los requisitos del principio de la publicidad del proceso electoral. Podemos suponer que la decisión actual del Tribunal Constitucional Federal con respecto a los equipos de votación electrónicos será seguida de otras en la misma materia.

En lo referido a temas y problemas constitucionales como el presente, que son el objeto de discusiones en casi todo el mundo, surge lógicamente la pregunta de si una sentencia como la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal podría ser transferida a otros contextos históricos, políticos, sociales, culturales y constitucionales.

Sin duda el legislador tendrá que diferenciar y ponderar críticamente, caso por caso, el significado real de las razones a favor de la introducción de equipos de votación electrónicos. Por ejemplo, carece de fundamento el argumento de que los equipos de votación electrónicos ayudarían a determinar con mayor celeridad los resultados de las elecciones, ya que en Alemania los primeros pronósticos se dan a conocer a pocos segundos del cierre de los locales electorales, seguidos por un primer cómputo a los 20 minutos, que suele mostrar pocas variaciones, y la publicación del resultado oficial de las elecciones a una o dos horas del cierre.

A diferencia del Tribunal Constitucional Federal, que sostiene el peligro de una manipulación de los equipos de votación electrónicos, otros países, especialmente en América Latina, se muestran esperanzados de que la introducción de tales equipos ayude a reducir y hasta a suprimir por completo la posibilidad de cometer fraude electoral.

Si bien se debe tener en cuenta de qué forma las condiciones específicas en cada contexto inciden en la fundamentación de la introducción de los equipos de votación electrónicos, las conclusiones constitucionales de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal podrían servir como guía, a pesar de las diferencias en la configuración de los sistemas constitucionales democráticos. El debate sobre la sentencia en el contexto de otros países podría contribuir, además, a que no se repitan titulares como este: *El uso de equipos de votación electrónicos: "útil, moderno, inconstitucional"*.⁵

Muchos países del mundo comparten la preocupación por la legitimidad democrática y el mantenimiento de la confianza ciudadana en las elecciones democráticas como base del sistema y, en consecuencia, de la continuidad o la creación de democracias estables, y la jurisdicción constitucional está llamada a participar en la protección de las condiciones constitucionales generales.

⁵ Así el título de uno de los principales programas de noticias televisivas de Alemania, *Tagesschau*, del 3 de marzo, luego de conocerse la sentencia del Tribunal Constitucional Federal.