

## Fallo de la Corte Constitucional Federal Alemana\* —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 artículo 20 párrafos 1 y 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 computadoras electorales o urnas electrónicas, 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—**

**Pronuncia 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 —2° Senado— con el concurso de los jueces y juezas. Vicepresidente Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Melllinghoff, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau.

---

\* La traducción literal del presente texto de la sentencia estuvo a cargo de Manfredo Koessl, Magister en partidos políticos, CEA-UN Córdoba, Argentina; Máster en Ciencias Políticas en Iberoamérica, La Rabida-U.I. Andalucía, España; doctorando Universidad de Hamburgo, Alemania. Los párrafos en cursivas son 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](http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html)

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

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 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) es incompatible con el artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, en la medida en que no asegura ningún control acorde con el 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 fue compatible con el artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 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, producidos 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 compone 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) y ESD2 (HW 1.01; SW 3.08).

3

Estas computadoras electorales son gobernadas por medio de un microprocesador y un software. Los votos emitidos se depositan exclusivamente en una memoria electrónica y al finalizar la jornada electoral son escrutados por medio de la computadora electoral. Luego de la determinación del resultado, la computadora electoral muestra los votos otorgados para cada propuesta electoral; los resultados pueden ser impresos por medio de una impresora integrada a la computadora. El 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 la computadora 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, p. 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

Las computadoras electorales muestran un campo de teclado, sobre el que está cargado un papel con la imagen una boleta electoral oficial. Arriba del teclado hay un indicador LCD, que guía al elector con el 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 la conexión para el módulo de almacenamiento de memoria. Las computadoras electorales están conectadas 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 de cada elector al aumentar en uno el indicador de electores. Una vez que el elector emitió su voto, la computadora electoral queda bloqueada para otras emisiones de voto, hasta que la junta electoral la 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 estos módulos 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

La computadora 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 de 1950 se intentó en Alemania reemplazar el proceso electoral tradicional del conteo manual de boletas, por métodos más racionales y el empleo de urnas electrónicas. Según el artículo 35 párrafo 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 el 13:*

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

14

3. 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).

15

La prescripción tiene el siguiente texto:

16

§ 35

17

Votación con computadoras electorales.

18

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

19

(2) Las computadoras electorales en el sentido del inciso 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 de la computadora electoral. La utilización de una computadora electoral admitida oficialmente debe ser autorizada 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 computadoras 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 una computadora electoral en el modelo sobre la versión oficialmente admitida,

24

4. la prueba pública de una computadora 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 computadoras electorales en relación con 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 párrafo 1, oración 1 y párrafo 2.

*29-32. Competencia para dictar la reglamentación del uso de computadoras electorales. La decisión sobre el uso la 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 y 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-Téc-*

nica 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 probados y no han sido manipulados. Una autenticación por medio de una cadena de caracteres para el programa original y las copias no ha sido garantizada 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 realizada 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 del 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 sea 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. Las pruebas realizadas en la preparación del acto electoral no son suficientes.*

41

*Los aparatos electorales no están a la altura 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 la 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 el 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 otro lado, 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 con-

troles 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 garantizadas.*

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 del fabricante de los aparatos electorales prevalece el interés del público respecto 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 Electora-*

*les). 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 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 permita la ocurrencia de tales 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 sí 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 más importantes para evitar las manipulaciones. Cada Comuna decide cómo y dónde guardan las máquinas, lo que obliga al manipulador no sólo a poseer conocimientos técnicos, sino el saber dónde y cómo 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 niet”<sup>1</sup>. El software y el hardware de la versión holandesa ES3B, que en opinión del autor del estudio sólo tienen 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 posible de ser descubierto previamente. El cambio del software es viable 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.*

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 más complejas lleva necesariamente a sistemas aún más 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*

---

<sup>1</sup> Nota del traductor: en neerlandés equivale a “No confiamos en computadoras de sufragio”.

*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 qué 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 están 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 artículo 38 de la Constitución en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2. La utilización de los aparatos electorales guiados por ordenador de la empresa Nedap tampoco era compatible 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 artículo 38 párrafo 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 códigos fuente del software.*

## I

93- 105

*Rechazo del recurso interpuesto por el 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 con la publicidad de la elección (artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la 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 esté 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 de julio de 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 (artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la 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 confían 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, p. 184).

109

bb) En la República la elección es cosa de todo el pueblo y asunto comunitario de todos los ciudadanos. A ello 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 apoyada 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 estén sujetos a la revisión pública, mientras otros in-

tereses 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 cómo se cuentan y ordenan la totalidad de los votos, excluye del control público elementos procedimentales centrales de la elección, y por ello no bastan 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 párrafo 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, p. 130).*

115

Es en primera línea, tarea del legislador regular cómo asegurar la comprensión de los pasos esenciales del proceso electoral. El artículo 38 párrafo 3 de la Constitución empodera y obliga al legislador a determinar las particularidades de la formación del derecho electoral (en especial del sistema electoral y el proceso electoral) y el cumplimiento de los principios del derecho

electoral (cfr. Magiera, en: Sachs, GG, 5. Ed. 2009, artículo 38 Rn. 106 ff., 113 ff.). En el mandato de regulación del artículo 38 párrafo 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, artículo 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 con base en un mandato legal (cfr. Magiera, en: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, artículo 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 qué 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 ley fundamental bajo estrictas condiciones.

118

a) Al emplear aparatos electorales electrónicos, debe poderse revisar los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado de ma-

nera 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 resulta poco posible —o de cualquier manera sólo con un esfuerzo considerable y un riesgo de descubrimiento muy alto y de efecto preventivo— la manipulación y falsificación electoral bajo las condiciones marco de las prescripciones vigentes, a los que pertenecen también las reglas sobre publicidad; las intervenciones en los aparatos electorales dirigidos electrónicamente pueden, en principio, con un esfuerzo relativamente escaso, modificar los datos. Incluso alteraciones en una sola urna electrónica pueden 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 ocasiona con las modificaciones y mal funcionamiento de un solo software que se extiende a todas las urnas electrónicas. El efecto de gran alcance de los posibles errores de las urnas electrónicas 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 mis-

mo 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 la urna electrónica 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 los 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 se-

ñalan 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, p. 162 <170>) o posteriormente (por ejemplo con un scanner de boletas electorales; cfr. para ello: Schönau, *Elektronische Demokratie*, 2007, p. 51 f.; Khorrami, *Bundestagswahlen per Internet*, 2006, p. 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 compa-

rar 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 control 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[1] 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 artículo 38 párrafo 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 de 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 artículo 38 párrafo 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 la computadora electoral, sino que también al mismo tiempo de manera independiente (véase 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 las urnas electrónicas autorizadas para la elección del 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, p. 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, artículo 38 Rn. 110 [Marzo 2007]; Pieroth, JuS 1991, p. 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, p. 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, artículo 38 Rn. 113 [März 2007]; Seifert, *Bundeswahlrecht*, 3° Edic. 1976, artículo 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. artículo 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 deba estar a la vista apenas cierran 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 párrafo 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 artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 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 artículo 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 artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 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 con 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 párrafo 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 sólo 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, p. 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 se debe 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 (artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la 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 fue registrado auténticamente por la urna electrónica. Por medio del indicador en la unidad las juntas electorales sólo podían reconocer si la urna electrónica registraba

un voto, pero no sobre si los votos fueron registrados por las urnas electrónicas sin modificaciones de contenido. En estos aparatos no se previó la posibilidad de un registro de los votos independiente del módulo de memoria de votos, que le permitiese a cada elector verificar su voto.

156

También los pasos esenciales del escrutinio por medio de urnas electrónicas 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 sí 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 corresponden con los requisitos del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, en especial de las directivas para la construcción de aparatos electorales (Anexo 1 artículo 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 tales censuras tuviesen fundamento, estos errores electorales no tienen un peso especial al lado de la constatación de lesión del principio de publicidad del artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la 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 Con-

trol 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 considerarse 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. En 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, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt,  
Landau

## Anexo

### Artículos de la Constitución alemana citados, en los que se funda la sentencia de la Corte\*

#### 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.

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

# Los principios generales del derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico

*General principles electoral law and their influence upon unconstitutionality of the German system of electronic voting*

José M. Pérez Corti\*

## RESUMEN

La Corte Constitucional Federal Alemana, observando un interesante razonamiento lógico fundado en los principios generales del derecho electoral contenidos en su Ley Fundamental, no se ha pronunciado sobre la legalidad o la ilegalidad de los diferentes sistemas y mecanismos electrónicos de votación, sino que ha centrado su mirada en la revisión constitucional del marco normativo que rige los procedimientos y requerimientos técnicos de habilitación e implementación de aquellos.

En efecto, la inconstitucionalidad se articula sobre cuestiones de índole reglamentaria y operativa, íntimamente relacionadas con el poder de policía electoral reglamentario y de ejecución. Para ello, no duda en fundar sólidamente su decisión en argumentos relativos a los principios generales y constitucionales del derecho electoral, válidos para todo el proceso electoral, por considerarlos matriz insuperable de pro-

---

\* Magister en Partidos Políticos, Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Relator Electoral, de Competencia Originaria y de Asuntos Institucionales, Tribunal Superior de Justicia 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).

tección de la voluntad popular en el marco de un régimen democrático, republicano y federal.

PALABRAS CLAVE: voto electrónico, sistema electoral alemán, publicidad del voto, control del elector, elecciones y nuevas tecnologías.

### ABSTRACT

The German Federal Constitutional Court, having an interesting logical reasoning based on general principles of law in its receptive Electoral Basic Law has not ruled on the legality or not of the various systems and electronic voting mechanisms. Although it has focused its gaze on the constitutional review of the regulatory framework governing the procedures and technical requirements and of their implementation.

Indeed, the unconstitutionality is divided on issues of regulatory and operational nature, closely related to the electoral police power and regulatory enforcement. To do this, they do not hesitate to firmly establish their decision on arguments relating to general principles of constitutional and electoral law, valid for the entire election process, considering these an unsurpassable protection array of popular will in a democratic, republican and federative context.

KEYWORDS: electronic vote, german electoral system, publicity of the vote, control of the voter, elections and new technologies.