

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.

Introducción

En 2009, la Corte Constitucional Federal Alemana sentó un muy interesante precedente respecto al régimen jurídico aplicable a los sistemas informáticos de votación o voto electrónico. En efecto, el 3 de marzo de 2009 declaró incompatibles las previsiones del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales¹ fundándose para ello en las disposiciones del artículo 38 y de los párrafos 1° y 2° del artículo 20 de la Ley Fundamental alemana. De dicha incompatibilidad emanó la consecuente inconstitucionalidad de la norma de inferior jerarquía, fundada en la ausencia de garantías acordes con el principio de publicidad de la elección en los sistemas informáticos de votación o computadoras electorales utilizados en la elección del 16° *Bundestag* alemán.²

Consecuentemente, la inconstitucionalidad no se pronuncia en relación con el denominado “voto electrónico” ni respecto de las “computadoras electorales” o “urnas electrónicas”, sino en relación directa con cuestiones de índole reglamentaria y operativas concernientes al poder de poli-

¹ *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). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana —2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07—, traducción del magister Manfredo Koessler, 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

² 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 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). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana —2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07—, cuya traducción estuvo a cargo del magister Manfredo Koessler, a quien agradecemos su desinteresada e invaluable colaboración.

cía electoral reglamentario y de ejecución, al que no siempre se le presta la atención que su importancia merece.

Para ello, la Corte alemana funda 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.

Implementación del voto electrónico: requerimientos normativos

Alemania registra antecedentes de larga historia³ en cuanto a la implementación de nuevas tecnologías en el proceso electoral. Al respecto cabe destacar que cuenta con una profusa y prolija reglamentación destinada a regir las vías y procedimientos de implementación de computadoras electorales o urnas electrónicas, es el denominado Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales.⁴ Es decir, en Alemania no se ha improvisado sobre el tema. Todo lo contrario, se ha trabajado desde hace mucho tiempo para regular adecuadamente este delicado asunto, y resulta impensable que su tratamiento esté fuera de un marco legal adecuado en el que se contemplan todos los procedimientos y controles necesarios para garantizar el ejercicio de los derechos políticos, por cuanto conforman los derechos

³ “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 más racionales y el empleo de aparatos electorales. Según el 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). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-.

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

constitucionales por excelencia en un sistema republicano, democrático, representativo y federal.

La sentencia que nos convoca deja en claro que en dicho país, para poder utilizar aparatos electorales en un proceso electoral determinado, siempre tendrá que garantizarse el secreto de la votación. Para hacer efectiva dicha garantía, la implementación de nuevas tecnologías al proceso electoral requiere de una doble instancia de control y autorización. La primera de ellas radica en su debido registro, homologación o certificación⁵ de cada una de las versiones o modelos de computadoras electorales o urnas electrónicas, las que deberán ser oficialmente admitidas por el Ministerio del Interior alemán, a solicitud del fabricante. La segunda instancia, una vez adquirida la condición de aparato electoral admitido o certificado, radica en la autorización para su uso comicial, la que puede ser específica y limitada si es concedida sólo para una determinada elección, o genérica e indeterminada si la habilitación es general (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 19 (2)).

Al hablar de voto electrónico no se pueden dejar de lado 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 o prestaciones obedece a un innegable y sano interés comercial, 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. Sin embargo, cabe destacar también 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. Tales argumentos han sido esgrimidos por los impugnantes ante la Corte Constitucional Alemana, afirmando que eventuales intereses del fabricante en proteger sus

⁵ Tal es el caso de los Estados Unidos de América.

secretos comerciales deben ser subordinados a los principios generales que rigen la vida institucional de una república (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 39); llevando el tema hasta el campo constitucional, al reconocer que el derecho constitucional que protege el secreto empresarial debe ceder frente al interés informativo del público, resultando inaceptable una limitación a la publicidad que debe primar en todo proceso electoral (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 72).

En este orden de ideas, la Corte Alemana fue aún más allá al afirmar que la participación del público interesado en el proceso de evaluación o del permiso de aparatos electorales, o 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) no alcanzan a configurar ni contribuyen decisivamente a garantizar el nivel de contralor y de comprensión del proceso electoral exigidos constitucionalmente. Ello debido a que los exámenes técnicos y los procesos oficiales de permiso —que de cualquier modo 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. Para alcanzar la exigencia de una supervisión fiable, la participación del público necesita de medidas complementarias ulteriores (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 125).

Cualquier tentativa de implementación de sistemas informáticos destinados a la emisión, captación y procesamiento del sufragio ciudadano, requiere ineludiblemente de un adecuado marco legal y procedimental, además de órganos de control profesionalmente formados y capacitados a tal fin (Pérez 2005, 151). En este contexto, otro tema a partir del cual se debe planificar cualquier proyecto de implementación de mecanismos informáticos de votación, radica en la existencia de un interés comercial acotado al fin perseguido con la actividad desarrollada a través de sus sistemas informáticos y las nuevas tecnologías de la información.

El derecho electoral y sus principios jurídicos o generales (Pérez, 21)

Desde hace algún tiempo es posible advertir en el mundo jurídico la mayor presencia de los denominados “principios jurídicos” o “principios generales del derecho”. En parte esto se debe a la crisis de la norma legal que ha dejado de ser identificada o asimilada como derecho único; aunque también es notable la presencia del Poder Judicial para brindar soluciones satisfactorias a la sociedad ante el aumento de su demanda de respuestas concretas y justas. A esto cabe agregarle puntos 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, así como las profundas críticas formuladas desde los “realismos” a las pretensiones de “pureza” jurídica otrora enarboladas por el sueño legalista y logicista que durmieron Europa y nuestro continente desde comienzos del siglo XIX, y que finalizó hace ya algunas décadas.

Destacada doctrina afirma que 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 qué 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 (Vigo 2000, X).

Para definir lo que entendemos por “principio” recurriremos a Aristóteles (2000, 196), 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.

Como parte integrante del mundo jurídico, en el derecho electoral 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 efecto 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.

En este orden de cosas, los principios jurídicos atañen a diferentes aspectos del derecho electoral, pudiéndolos diferenciar en tres grandes grupos, a saber:

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.

Dichos principios 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. La norma, en su formalidad intrínseca y natural, no siempre 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 dé respuesta a las necesidades diversas y hasta contrapuestas de la sociedad.

Pronunciamiento de la Corte Constitucional Federal Alemana

En el fallo de la Corte alemana encontramos cuatro ideas centrales en torno a las cuales se desarrolla el debate jurídico por el que se arriba a la decisión judicial definitiva. Tales lineamientos son el marco jurídico reglamentario vigente para la implementación del voto electrónico, el interés empresarial, los principios jurídicos o generales del derecho electoral, y finalmente las garantías que preservan o comprometen la implementación de un determinado mecanismo o sistema de votación electrónica.

Una vez más destacaremos la existencia de un preciso e indispensable marco jurídico que determine el procedimiento a seguir para implementar un sistema informático de votación. Es en este sentido que la decisión judicial no hace más que reforzar la necesidad de tal régimen normativo, en tanto que 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.

La Corte se encarga también de afirmar el reconocimiento constitucional del interés comercial y empresarial de quienes han desarrollado los aparatos o máquinas de votación electrónica, aunque sin otorgarle carácter absoluto, sino antes bien, encuadrándolo adecuadamente dentro del conjunto de derechos e intereses que se hallan 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 o corrección de manipulaciones o sospechas injustificadas, de tal modo 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 manifestado.⁶

En esta construcción de la decisión judicial, son las mismas partes en litigio las que recurren a los principios generales del derecho electoral, procurando a través de ellos la gradual equiparación de situaciones jurídicas, fácticas e hipotéticas que le permiten a la Corte Constitucional Federal Alemana arribar a la convicción sobre la invalidez del marco jurídico reglamentario, su prudente proyección sobre el proceso electoral del 16° *Bundestag*, así como 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 aquellos principios constitucionales relativos al derecho electoral que son desarrollados a lo largo de la sentencia mediante reiteradas invocaciones, encontramos el de democracia, el de estado de derecho y el de publicidad.

Principio de democracia o democrático

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. Esto es, 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. Por lo tanto, el principio democrático es aquel que procura garantizar la presencia y la actuación de la voluntad popular dentro de un régimen democrático, especialmente si es republicano y representativo, a través de las instituciones y procedimientos del derecho electoral.

En el contexto del derecho electoral, este principio se traduce en la protección del contenido real e inalterabilidad cualitativa y cuantitativa de

⁶ Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108.

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 la sentencia *sub examine*, los impugnantes recurrieron reiteradamente a este principio para argumentar y sustentar sus posiciones. Así entendieron que debían encontrarse subordinados al principio democrático:

- La protección de los secretos y eventuales intereses comerciales de los fabricantes de máquinas o urnas electrónicas de votación (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 39).
- El uso de aparatos electorales guiados por ordenadores o computadoras (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 44).
- 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 Popular (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 70).

Por su parte, el Tribunal hizo propio 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 de controlar el proceso electoral, para así poder excluir o corregir manipulaciones y refutar sospechas injustificadas (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 106 y 108 “aa” y “bb”).

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, los cuales son, por lo tanto, condiciones de una democracia viable (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 108 “aa”).

Principio del Estado de Derecho

Bien podríamos definir a este principio como aquel en virtud del cual los habitantes de un Estado organizado jurídica y políticamente 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. Consecuentemente, 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 por lo tanto sea capaz de regir el comportamiento de las personas, dependerá de los procedimientos específicos de su creación y aplicación, para lo cual —a su vez— deberán estar regidos por ciertos principios. Por lo anterior, 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 integran.⁷

⁷ 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=c23f106c8_d425f75f137e1415fa5569d.

En otro orden de cosas, 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. De esta forma, la noción de Estado de Derecho procura garantizar dichas funciones evitando a la vez los abusos en los que el monopolio del poder estatal puede degenerar. Si bien no existe una única definición de lo que habrá de entenderse por Estado de Derecho, 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 políticos.⁸

A modo de conclusión, podríamos sostener que el Estado de Derecho es aquel en el que tanto las autoridades legítimamente constituidas

⁸ 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: <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>.

como los individuos que conforman una sociedad determinada, se rigen por la ley mediante la cual se incorporan los derechos y libertades fundamentales, que además es aplicada por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre y garantizan los intereses de todos los integrantes de la misma.

En el fallo que nos convoca, 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 elección se corresponde con los principios constitucionales electorales, puede asegurar la delegación del poder del Estado a intermediación de la representación popular (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 108 “aa”).

Es justamente por ello que 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 seguir durante su desarrollo, amparando así los derechos políticos del electorado y estableciendo las garantías que aseguran el respeto de los mismos.

Principio de publicidad

Para abordar correctamente este principio, primero hemos de acordar que en una República auténtica los actos del gobierno, ya sean legislativos, ejecutivos o judiciales, deben ser necesariamente 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, colectivos, o de los grupos sociales se vieran afectados (Badeni 2007, 590).

Por lo tanto, entendemos por principio de publicidad a aquel que impone a los órganos del Estado que todos sus procedimientos y actos, así como 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 tal modo que cualquier ciudadano pueda acceder a su conocimiento, a sus fundamentos y a los procedimientos utilizados para adoptarlos. Con él se persigue que la actividad que desarrollen los órganos del Estado en ejercicio del poder que les 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.

Este principio es el que le permite a la Corte Constitucional Alemana restringir el derecho constitucional que protege el secreto empresarial de la proveedora de las máquinas electrónicas de votación, 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— deben poder ser revisados todos los pasos esenciales del acto electoral, así como también la determinación de los resultados de manera confiable y sin necesidad de conocimientos técnicos especiales para considerar debidamente amparado y protegido el principio de publicidad de la elección (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 106, 118 “a”).

Este principio se va erigiendo como central de la sentencia de la Corte alemana, a tal punto que ésta afirma que el objetivo de 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 ordena-

dores. Refuerza su razonamiento a partir del mismo texto constitucional, en tanto y en cuanto no surge de él exigencia alguna para 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 proyectar alguna clase de limitación a la publicidad del proceso electoral (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 130 “cc”).

La función y el sentido de este principio son claramente identificados 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 democracia y de la legitimidad democrática de las decisiones estatales...”.⁹

En otro orden de cosas, el principio de publicidad de la elección también concurre en refuerzo y sostén de su par del Estado de Derecho, y en este sentido la sentencia recalca que la publicidad fundada en este 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 poder ser conocidos por la ciudadanía, exigencia que con mayor razón resulta válida para el actuar de los organismos electorales (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 110 “cc”).

No obstante, es el mismo Tribunal el que se encarga de fijar los límites dentro de los cuales resulta aplicable tal principio; y afirma sin hesitación alguna que la garantía del principio de publicidad no proyecta su carácter

⁹ Véase 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, p. 184.

imperativo por sobre todos los actos electorales que implica el desarrollo de un proceso electoral.¹⁰

Es por ello que identifica 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 artículo 38, párrafo 1, frase 1 de la Ley Alemana.¹¹ De este modo quedan resguardados en su constitucionalidad todos los ordenamientos electorales que contemplan procedimientos y operaciones reservadas al control de los organismos electorales y estaduales.

Uno de ellos es —justamente— el principio del secreto del voto, que a criterio del Tribunal no configura un principio constitucional contrapuesto al de publicidad, 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 limitaciones (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 128 “bb”).

La sentencia se encarga de destacar 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 elección;¹² entendiendo también que bajo el dominio de la Ley Fundamental que prescribe a la elección expresamente como secreta para proteger

¹⁰ Véase 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.

¹¹ 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”.

¹² Con cita de Breidenbach/Blankenagel, *Rechtliche Probleme von Internetwahlen*, Berlin 2000, p. 34 f. Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 129.

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 debe quedar indefectiblemente bajo el dominio del principio de publicidad.¹³

Efectos y derivaciones de la Sentencia

Lo más interesante de la interpretación llevada a cabo por la Corte Constitucional Alemana es que 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 sugestivo debate sobre los efectos que respecto de la elección del 16° Parlamento habría de tener su pronunciamiento.

Para ello el Tribunal realiza una delicada 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.

Partiendo del primero de ellos, 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 proyectará sus efectos hasta donde el error o la nulidad electoral hayan sido 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..." (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 161 "a").

Hasta tal extremo la Corte considera que la exégesis de los errores y de las nulidades en materia electoral debe ser de interpretación restrictiva y

¹³ 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. Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 129.

con proyección acotada en sus efectos, en favor del mantenimiento de la representación popular; que sostiene que incluso allí donde se registre un error relevante en la distribución de los mandatos, éste 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 representación (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 161 “a” y 162 “b”).

Por su parte, 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 alcancen una dimensión o proyección en sus efectos que puedan influir o resultar relevantes para modificar o alterar el contenido de la voluntad popular. Esto es, 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.

En concordancia con lo expresado, 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 mismo (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 162 “b”). Consiguientemente, 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 manipulados, tales hipótesis se configuran como consecuencias inciertas que no justifican la solicitud de declaración de invalidez parcial de tales elecciones (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 162 “b”).

En este marco circunstancial, no hay un error electoral que haga imposible sostener la continuación de la representación popular, finaliza diciendo la sentencia de la Corte Constitucional.

Conclusiones

El estudio de la sentencia *sub examine* nos condujo a identificar un interesante 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 en relación con los comicios relativos a la conformación del 16° *Bundestag*.

Pero en el caso de América Latina, este fallo trasunta un muy importante 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.

Es por ello que su estudio nos impone 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. Lo contrario —y en parte lo que algunas experiencias latinoamericanas han marcado— es exponer a situaciones sumamente delicadas a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), sin que explicación alguna posterior le permita comprender al ciudadano común que quizá la tecnología no es la responsable de los errores o nulidades electorales.

En este orden de ideas, entendemos altamente recomendable la doble instancia de implementación de estos aparatos informáticos de votación, mediante un primer registro u homologación ante un organismo que garantice los contenidos tecnológicos indispensables para que los mismos operen de manera adecuada en respuesta a los requerimientos que el sistema político y el régimen electoral vigentes les exijan; y luego la habilitación por parte del nivel estadual correspondiente con miras a su efectiva utilización en un proceso comicial determinado.

Reiterativo —por obvio que resulta— sería destacar el papel de los principios generales del derecho electoral, por cuanto a lo largo de este trabajo entendemos ha quedado sobradamente demostrado. Pero sí nos importa poner de relieve que el pronunciamiento de la Corte en relación con la in-

constitucionalidad planteada por los impugnantes no afecta en sí mismos a los diferentes 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..." (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 121 "bb"); 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 especiales (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 122).

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.

Fuentes consultadas

- Asociación por los Derechos Civiles. <http://www.adc-sidh.org>
- Aristóteles. 2000. *Metafísica*. Colección Biblioteca Básica Gredos. Madrid: Editorial Gredos.
- Badeni, Gregorio. 2007. "Publicidad oficial y derecho a la información". *Revista Jurídica La Ley* (E 590).
- Cátedras de Derecho Electoral Argentino-Universidades Nacional y Católica de Córdoba. <http://www.joseperezcorti.com.ar>
- Corte Constitucional Federal de Alemania <http://www.bverfg.de>
- Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 19 (2); 39; 44; 70; 72; 106 y 108 "aa" y "bb"; 110 "cc"; 118 "a"; 125; 128 "bb"; 130 "cc"; 161 "a" y 162 "b". http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html
- Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina <http://www.forofederal.org.ar>
- Pérez Corti, José M. 2005. *Reforma Política y Voto Electrónico*. Córdoba: Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-U.N.C.).
- , comp. 2008. *Derecho Electoral Argentino*. Córdoba: Editorial Advocatus.
- Vigo, Rodolfo L. 2000. *Los Principios Jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.