

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Área de Investigación

Trabajo Final de Graduación

**La prohibición de publicación en encuestas electorales como una limitación
desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en
Costa Rica**

Alejandro Fernández Sanabria

Carné A21982

2009

San José, 16 de setiembre de 2009

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me permito informarle que he leído el trabajo final de graduación del estudiante Alejandro Fernández Sanabria, carné universitario A21982, titulado “La inconstitucionalidad de la prohibición de publicación de encuestas electorales en Costa Rica” y que lo apruebo en virtud del cumplimiento de los requisitos de fondo y forma exigidos por la Facultad de Derecho.

Atentamente,



Armando M. González Rodicio

Lector

Eduardo Ulibarri

APARTADO 128-2050, SAN JOSÉ, COSTA RICA

San José, 28 de setiembre de 2009

Dr. Daniel Gadea Nieto, director
Área de Investigación
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

Estimado Dr. Gadea:

Es un placer dirigirme a usted para informarle que he leído cuidadosamente el trabajo final de graduación del estudiante Alejandro Fernández Sanabria, carné universitario A21982, titulado *La inconstitucionalidad de la prohibición de publicación de encuestas electorales en Costa Rica*, el cual considero que cumple plenamente con los requisitos de fondo y forma exigidos por la Facultad de Derecho. Por tal motivo, cuenta con mi aprobación.

Sin más por el momento me despido,

Atentamente,



Eduardo Ulibarri Bilbao, M.A.,
lector.

29 de setiembre 2009

Señor
Dr. Daniel Gadea
Área de Investigación
Facultad de Derecho

Estimado señor:

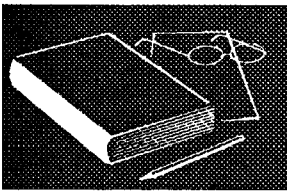
En mi condición de director de la tesis de grado del egresado Alejandro Fernández Sanabria sobre "La inconstitucionalidad de la veda a la difusión de encuestas electorales", me permito manifestar lo siguiente:

- a. Me he reunido en diversas ocasiones con el alumno Fernández y hemos discutido los principales puntos de su tesis.
- b. El alumno ha entrevistado a personas ligadas con el tema, sugeridos por el suscrito.
- c. Se trata de una verdadera tesis, en el sentido de sostener puntos de vista, compartidos o no por el suscrito. Esos puntos los defiende con convicción y firmeza, producto de un tiempo razonable de estudio y de reflexión durante el proceso necesario para elaborar la tesis.
- d. Los razonamientos están bien fundamentados con doctrina, experiencia y jurisprudencia.
- e. El lenguaje es claro y directo, con una buena redacción.

Con base en estos criterios, apruebo la tesis por cuanto reúne satisfactoriamente los requisitos exigidos por la Facultad.

De usted muy atentamente,


Hugo Alfonso Muñoz



Tania González Pérez
Filóloga Clásica
Incorporada al COLYPRO
Graduada Universidad de Costa Rica

San José, 1 de octubre de 2009

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación

Estimado Señor:

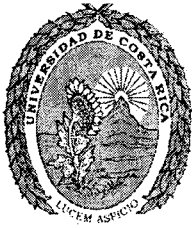
Hago constar que leí y corregí, en calidad de filóloga, el Trabajo Final de Graduación denominado: *“La prohibición de publicación en encuestas electorales tres días inmediatos anteriores y el propio día de los procesos eleccionarios como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica”*, elaborado por el estudiante Alejandro Fernández Sanabria, carné A21982, egresado de la Facultad de Derecho.

Corregí el trabajo en aspectos concernientes con la estructura gramatical (morfología y sintaxis), construcción de párrafos y vicios del lenguaje, que se trasladaban al escrito; ortografía, puntuación y otros aspectos relacionados con el campo filológico.

He comprobado que las correcciones hechas por mi persona han sido incorporadas al documento en mención; por lo que, hago constar que cuenta con una correcta estructura para ser entendido por quien lo leyere, por cuanto reúne las condiciones de un documento con valor filológico para ser presentado ante las autoridades de la Universidad.

Suscribe cordialmente,

Tania González Pérez
Filóloga Clásica- UCR
Incorporada al COLYPRO
Carné N° 023429



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA INVESTIGACION



14 de octubre del 2009.

Lic.
Pedro Bernal Chaves Corrales
Decano a.i.
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

FERNANDEZ SANABRIA ALEJANDRO

Titulado: “LA PROHIBICION DE PUBLICACION EN ENCUESTAS ELECTORALES COMO UNA LIMITACION DESPROPORCIONADA E ILEGITIMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION EN COSTA RICA”

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	DR. FERNANDO CRUZ MORA
Secretario:	DR. LUIS ANTONIO SOBRADO GONZALEZ
Informante:	DR. HUGO ALFONSO MUÑOZ QUESADA
Miembro:	LIC. ARMANDO GONZALEZ RODICIO
Miembro:	MSC. EDUARDO ULIBERRI BILBAO

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día 26 de octubre del 2009, a las 16:00 p.m. en la Sala de Replicas.


Dr. Daniel Gadea Nieto
Director

Teléfono/Fax 2511-4089



*A mi padre, Guillermo Fernández, y a sus amigos y maestros Bosco Valverde
(q.e.p.d), Fernando Guier y Enrique Benavides (q.e.p.d).
Por sus espíritus rebeldes incondicionalmente al servicio de la Libertad, la
Democracia y el Periodismo.*

*Al amor, lealtad y paciencia de Samantha, Soledad y mis hermanos, las personas
que más quiero en la vida.*

*“Well you can fight or you can run,
Hide under a rock till the war is won,
Play it safe and don't make a sound,
But not us we won't back down
True believers all the way,
You and I...”
The Bouncing Souls*

Fernández, A. (2009) La prohibición de publicación en encuestas electorales como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Trabajo Final de Graduación. 234 p.

Resumen

Esta investigación pretende demostrar que la veda a la difusión de encuestas electorales 72 horas antes y el propio día de las elecciones vigente en Costa Rica no encaja con las autorizaciones excepcionales para limitar el derecho a la información delimitadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y violenta el principio de igualdad.

INTRODUCCIÓN.....	7
1. LA RESTRICCIÓN DE LA PUBLICACIÓN DE ENCUESTAS ELECTORALES 72 HORAS ANTES Y EL PROPIO DÍA DE LOS PROCESOS ELECCIONARIOS.....	18
1.1 CONCEPTOS BÁSICOS	18
1.2 LA INCURSIÓN DE LAS ENCUESTAS ELECTORALES EN COSTA RICA	20
1.3 LA RESTRICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE	28
1.3.1 La restricción de publicación de encuestas en otras naciones	36
1.4 POR QUÉ SE PROHÍBE LA PUBLICACIÓN DE LAS ENCUESTAS PREELECTORALES.....	47
1.4.1 El papel de las encuestas preelectorales en una campaña política y las principales críticas que se esgrimen contra ellas.....	47
1.4.2 Principales argumentos esgrimidos para limitar la publicación de encuestas electorales.....	56
1.5 SÍNTESIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL VOTO MAYORITARIO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA EN QUE SE CONSIDERA CONSTITUCIONAL LA PROHIBICIÓN DE DIFUSIÓN DE ENCUESTAS EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO. (A.682. XXXVI-“ASOCIACIÓN DE TELEDIFUSORAS ARGENTINA Y OTRO C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ AMPARO”- CSJN- 07/06/2005).....	74
2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA RESTRICCIÓN DE PUBLICACIÓN DE ENCUESTAS ELECTORALES PREVIO A LA EJECUCIÓN DE PROCESOS ELECCIONARIOS.....	78
2.1 NEGACIÓN DEL EFECTO NOCIVO DE LAS ENCUESTA EN LOS PROCESOS ELECTORALES.....	78
2.2 LAS ENCUESTAS APORTAN INFORMACIÓN OBJETIVA, ÚTIL Y DEMANDADA POR EL VOTANTE QUE FORTALECEN LOS PROCESOS ELECTORALES.....	92
2.3 LA RESTRICCIÓN ES INÚTIL Y GENERA MÁS DAÑOS QUE BENEFICIOS.....	101
2.3.1 Una restricción inútil superada por la realidad tecnológica.....	102
2.3.2 Distorsión del mercado y la consecuente difusión de encuestas de mala calidad: un llamado a la autorregulación.....	104
2.3.3 Violación del principio de igualdad.....	107
2.4 SÍNTESIS DEL RAZONAMIENTO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO PARA RECHAZAR LA PROHIBICIÓN EN EL 2005 (EXP. N° 02-2001-AI/TC).....	110
3. LA PROHIBICIÓN DE PUBLICACIÓN DE ENCUESTAS ELECTORALES EN COSTA RICA COMO UNA RESTRICCIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.....	120
3.1 ¿CUÁLES RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN SON LEGÍTIMAS?.....	121
3.2 SOBRE LA SUPUESTA INCIDENCIA DE LA DIFUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS EN LA LIBRE FORMACIÓN DEL VOTO.....	144
3.3 SOBRE PRESUNTO EL RIESGO DE LA DIFUSIÓN DE ENCUESTAS ELECTORALES CON RESULTADOS IMPRECISOS.....	169

3.4 SOBRE LA POSIBLE A ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.....	185
3.5 LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD	195
CONCLUSIONES.....	213
BIBLIOGRAFÍA.....	237

“La prohibición de publicación en encuestas electorales tres días inmediatos anteriores y el propio día de los procesos electorarios como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica”.

Introducción

El Código Electoral vigente, en el párrafo final del artículo 138¹, prohíbe en Costa Rica la difusión de encuestas electorales 72 horas antes de los procesos electorarios y su propio día por cualquier medio de comunicación.² El Código anterior a éste también establecía una restricción como ésta, pero se refería a 48

¹ ARTÍCULO 138.- Encuestas y sondeos de opinión.

Los institutos, las universidades, cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral deberán registrarse ante el TSE dentro de los quince días posteriores a la convocatoria de elecciones, identificando a la empresa y a los profesionales responsables, así como los demás requisitos que determine el Tribunal.

El Tribunal publicará en un medio de comunicación escrita y de circulación nacional, los nombres de las empresas, las universidades, los institutos y cualquier ente, público o privado, que se encuentre autorizado e inscrito en el Tribunal para realizar encuestas y sondeos de carácter político-electoral.

Se prohíbe la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión y encuestas relativas a procesos electorales, durante los tres días inmediatos anteriores al de las elecciones y el propio día, y los elaborados por empresas no registradas durante el período de la campaña electoral.

² Una restricción similar pero incluso más restrictiva por prohibir, además de la difusión y publicación, el comentario de encuestas, fue establecida en la ley 8492, que decreta la regulación del referéndum. En su artículo 21 se establece: “Regulación de la publicación de encuestas. Prohíbense la publicación, la difusión total o parcial o el comentario de los resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión, dos días antes de la votación y el día de la celebración del referéndum, así como las operaciones de simulación de voto realizadas a partir de sondeos de opinión, directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum.”

horas, es decir, 24 horas más corta³.

Los motivos para sustentar legalmente esta restricción son de distinta naturaleza.

Según algunos especialistas, la medida restringe legítimamente la libertad de informar y ser informado para proteger al votante de influencias externas y que con ello, éste pueda formar su opinión de manera reflexiva, racional y completamente libre. Se protege entonces, la libre formación del voto y también, las elecciones mismas, que son base fundamental de la democracia, aseguran sus promotores.

Este voto “sin influencias” y “puro” al que aspiran los promotores de esta restricción se imposibilita, afirman, cuando en tiempos de veda electoral, se publican encuestas o sondeos de opinión que muestran los resultados de la elección en un momento específico. Esta libre formación de la voluntad electoral se vería influenciada y alterada, con mayor intensidad, cuando estas encuestas publicadas son de salida (*exit polls* o encuestas de boca de urna) y se dan a conocer pocas horas antes de que se cierren las urnas electorales.

Teóricamente, algunos especialistas han concluido, acerca de la conducta electoral, que la difusión encuestas posiblemente genera reacciones diferentes en los votantes potenciales, al recibir de forma adelantada el posible resultado de las elecciones, todas son consideradas inapropiadas para el discurrir del proceso

³ **Divulgación de encuestas y sondeos**

Artículo 85 ter.

(...) Prohíbese la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión pública o encuestas relativas a procesos electorarios, durante los dos días inmediatos anteriores al de las elecciones y el propio día.

electoral: a) si el candidato de la preferencia del votante va ganando o perdiendo por muchos votos la contienda electoral, éste se puede inhibir de votar, pues “todo está ganado” o “todo está perdido” y ya de nada sirve ese voto; b) si el candidato de su preferencia va perdiendo, el votante posiblemente lo abandone para apoyar al ganador (*bandwagon effect*); o por el contrario, c) tras saber los resultados de las encuestas, es probable que el ciudadano decida mejor votar por el que va perdiendo, para dar un voto compasivo y apoyar el débil (*underdog effect*).

Con igual preocupación, se ha establecido que la restricción procura mantener el orden público y la seguridad nacional que se pueden ver alteradas con la publicación de encuestas poco tiempo antes del cierre de las urnas electorales.

De esta forma, la medida restrictiva hacia la difusión de encuestas electorales, según afirman algunos especialistas en materia electoral, es parte del conjunto de prohibiciones en el Código Electoral patrio para mantener el orden, la reflexión y evitar desórdenes públicos. Como ejemplo de más restricciones de este tipo, según algunos abogados, está la prohibición, en ciertos momentos precisos, de la difusión de propaganda electoral y el establecimiento de una “ley seca”, ya derogada, que prohibía la venta de bebidas alcohólicas a nivel nacional 24 horas antes del día de las elecciones, en el cuerpo legal sobre elecciones, previo al vigente.

Otros motivos esgrimidos, para justificar la medida restrictiva, son la posibilidad de que las encuestas se equivoquen o sus datos sean manipulados y

falseados, y con ello que el elector se vea mal informado y vote con base en una percepción errónea de la realidad. Esta posibilidad implicaría, asimismo, según los que apoyan la veda, que los partidos afectados políticamente por el error al salir en desventaja en las encuestas electorales, no tengan tiempo de cuestionar y “defenderse” del error informativo que les desfavorece si se diera poco tiempo antes del cierre de urnas.

También se afirma que la difusión de encuestas responde a intereses comerciales y propagandísticos, lo que resulta indeseable en medio de un proceso que lo que busca es mantener en alto los principios democráticos.

Aseguran que todos estos factores son suficientes para que la libertad de expresión e información se vea limitada de forma legítima, pues ningún derecho fundamental es ilimitado y deben contrapesarse y equilibrarse con otros valores jurídicos insoslayables.

Esta investigación pretende retar y cuestionar estos motivos y línea de razonamiento tradicionales en América Latina para proponer que la restricción de publicación de encuestas, en Costa Rica, violenta la libertad de información, de forma ilegítima y contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política, por cuanto incumple con las exigencias básicas para la limitación de derechos fundamentales, al ser una medida desproporcionada, carente de razonabilidad y sustento técnico- científico, que a la postre, trae consigo más efectos nocivos que beneficiosos para la democracia y los procesos electorales.

La línea de pensamiento tradicional con respecto a la difusión de encuestas

electorales, que en esta investigación se somete a examen, parte de premisas débiles y sin sustento pleno. Por ejemplo, sobre el fenómeno *bandwagon* y el *underdog*, de los cual mucho se ha discutido y son múltiples las fuentes de alto nivel de seriedad y actualidad que afirman que en este momento, si bien el avance teórico es grande, no existe consenso científico que permita concluir sobre la existencia real de este fenómeno⁴ y se advierte sobre los problemas y dificultades de los estudios realizados que sugieren estas conductas.⁵

Medidas restrictivas, como la que se cuestiona, evidencian una injusta e irreal visión de las campañas electorales en las que se presume la irracionalidad y estulticia del votante, que actúa, según pareciera concluirse por los censores, irracionalmente y de forma mecánica y pasiva ante las encuestas y la demás información que se difunde en las campañas electorales, y de las cual hay que protegerlo, según optó el legislador patrio, por medio del silencio.

Esta percepción del ciudadano pasivo ha sido advertida por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión cuando en un informe para el 2005 trata

⁴ “The occurrence of bandwagon and underdog effects as a result of exposure to preelection poll results has been widely studied from different theoretical perspectives and various research designs including surveys, experiments and experiment imbedded in surveys. The literature does not show a consensus as to the existence of these effects as the various research designs have yielded evidence of shifts towards the bandwagon or underdog, no evidence of statistically significant shifts, and effects that cancel out at the aggregate level.” Diaz-Castillo, L (2005). Bandwagon and Underdog Effects on a Low-Information, Low-Involvement Election. Trabajo final de graduación para optar por el grado académico de doctorado. Lugar: Universidad Estatal de Ohio.

“But studies analyzing the results of surveys of voters conducted after presidential elections have been unable to present conclusive evidence of substantial effects of projections. Reported relationships have been weak even when they were statistically significant, and the number of voters affected has been very small.” Mann, T., Orren, G. (Comp.) (1992). *Media Polls in American Politics*. Washington, D.C., EE.UU: The Brooking Institution.

⁵ “There appears, then, to be sufficient theoretical justification for the existence of bandwagon and underdog effects, but the existence is never likely to be demonstrated conclusively because of conceptual difficulties and high costs associated with appropriate research designs.

específicamente el tema en cuestión.

Las visiones más mecánicas consisten en creer que los candidatos pueden persuadir a los votantes simplemente inyectándoles un mensaje adecuado. Ese modelo, conocido como el de la “aguja hipodérmica”, ha sido ampliamente criticado y superado: prácticamente hoy todos los teóricos entienden que los medios masivos de comunicación no son fuerzas monolíticas que se imponen ante un receptor pasivo, inerte y aislado sino que, por el contrario, las audiencias se apropian de los mensajes y recrean y producen significados en función de un contexto y una dinámica sociocultural determinada. En contraste con el modelo hipodérmico, por ejemplo, el denominado “modelo de resonancia” postula que los mensajes de campaña operan en consonancia con las predisposiciones y sentimientos que ya tienen los votantes, siendo la más importante la identificación partidaria. En definitiva, la idea misma de que el elector decide su voto sin influencias es irreal. (2006, p. 161)

Considerando lo anterior, cabe mencionar que en materia de derechos fundamentales es imprescindible sustentar y motivar de forma plena que la conculcación del derecho fundamental, en este caso, la libertad de información es necesaria para asegurar el objetivo propuesto, es decir, la simple intuición del legislador y su afán de “proteger” al ciudadano “indefenso” y manipulable y a la democracia, no son razones suficientes para limitar un derecho fundamental como la libertad de información.

En este sentido y concretamente con respecto a la prohibición de la que se propone análisis y cuestionamiento en este trabajo, la jurisprudencia canadiense (también lo ha hecho la nacional, pero no específicamente en este tema) ha sido insistente en exigir que tal medida prohibitiva o limitante de la libertad de informar, o cualquier otra que limite derechos esenciales, se someta a un examen de proporcionalidad que estime tres aspectos: a) que exista una relación racional

entre el objetivo de la norma limitante de derechos y el contenido de la misma, b) que dicha norma cause el mínimo daño posible al derecho fundamental que se “sacrifica”, y c) que exista proporcionalidad entre el objetivo y la medida concreta que se toma para conseguirlo.

De forma muy similar, y con mayor relevancia para nuestro contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 5-85, al hacer referencia sobre la obligación de los periodistas de colegiarse para ejercer su trabajo, desarrolla un análisis legal sobre la forma justificada y razonable en que se debe limitar la libre expresión, en el que grosso modo, define que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una necesidad social imperiosa" y que para que una restricción de la libertad de expresión sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna".⁶

Tomando en cuenta lo anterior, esta investigación se propone analizar si la prohibición de publicación de encuestas 72 horas antes y el propio día de las elecciones, establecida en artículo 138 del Código Electoral vigente, cumple con las exigencia delimitadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y desarrolladas en la Opinión Consultiva 5-85 para la limitación del derecho de expresarse y ser informado.

Se pretende probar que la prohibición de difusión de encuestas electorales a los medios de comunicación violenta el principio constitucional de igualdad de

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5-85.

cuatro formas; la primera establecida por el Tribunal Constitucional peruano⁷ tras declarar inconstitucional una restricción similar a la del Código Electoral costarricense, porque la prohibición, al regular, como es obvio, sólo a los medios masivos dentro del territorio peruano, sí admite que sean difundidos por empresas internacionales por medio de Internet o televisión por cable, medios a los cuales una porción muy baja de la población peruana tiene acceso por motivos económicos y educativos, lo que representa un trato desigual contrario a la dignidad humana.

La segunda forma en que se violenta el principio de igualdad es al considerar que la difusión de encuestas por medios de comunicación masiva representa la forma más barata y accesible en la que el ciudadano común puede obtener este tipo de información electoral de plena utilidad para tomar su decisión y conocer el posible destino de su país al saber quién es el posible presidente electo de la República, por ejemplo.

Como la prohibición implica la imposibilidad de publicar, pero no de realizar sondeos y encuestas, los partidos políticos, al tener recursos suficientes pagan por ellas y las utilizan para sus fines, pero los ciudadanos “de a pie”, que no cuentan con ese dinero, pero también encuentran gran utilidad en este tipo de datos, no pueden hacerlo, lo cual resulta denigrante para el ser humano sin los recursos necesarios para tener acceso a esa información.

La tercera forma de discriminación generada por la veda es al impedir que

⁷ Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N.º 02-2001-AI/TC.

las empresas encuestadoras difundan la información que generan 72 horas antes y el propio día de los comicios, pero por ejemplo, esta restricción no aplica para los periódicos y demás medios de comunicación masiva.

Una cuarta forma de discriminación se detecta en el tanto las casas encuestadoras no pueden difundir su producto informativo (las encuestas) con la misma libertad que la sala de redacción de un medio de comunicación puede llevar a los ciudadanos su mensaje informativo.

Por todo lo anterior, toma especial relevancia entrar a estudiar el problema que acá se propone, pues entran en debate y análisis temas de plena trascendencia y actualidad, como el derecho fundamental de informar (especialmente, en una era donde los medios de comunicación tienen especial papel) en relación con la protección (o al menos la intención de hacerlo) del justo e inalterado resultado de las elecciones como eje fundamental de la actividad y vida democrática; o la contraposición y relación entre la “buena” intuición del legislador, la prueba científica y la convicción del juez al respecto.

Se pretende contribuir a generar un debate racional y crítico sobre las limitaciones de derechos fundamentales y a las condiciones necesarias para que se den dichas limitaciones, específicamente, a la libertad de información, la cual, para el caso específico, es el eje esencial de una actividad electoral verdaderamente participativa y de libre elección y participación.

La estructura de esta investigación se divide en tres capítulos. El primero desarrolla los argumentos esgrimidos a favor de la veda por la doctrina y la jurisprudencia; el segundo los razonamientos en contra; y el tercero analiza, bajo

la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la de la Sala Constitucional, si la medida restrictiva es legítima.

La metodología utilizada en esta investigación de índole jurídico propositivo fue documental deductivo, basada en el análisis de normativa, doctrina, jurisprudencia y entrevistas con especialistas en el tema, tanto de ámbito nacional como internacional.

Problema de investigación

¿Es el último párrafo del artículo 138 del Código Electoral, que establece la veda de publicación de encuestas electorales 72 horas antes y el propio día de los procesos electorales, una medida restrictiva legítima de la libertad de expresión y de información, según la Convención Americana de Derechos Humanos?

Hipótesis

La restricción de publicación de encuestas, en Costa Rica, violenta la libertad de información, de forma ilegítima y contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política, por cuanto incumple con las exigencias básicas para la limitación de derechos fundamentales, al ser una medida desproporcionada, carente de razonabilidad y

sustento técnico- científico, que a la postre, trae consigo más efectos nocivos que beneficiosos para la democracia y los procesos electorales.

Objetivo general

Analizar si el último párrafo del artículo 138 del Código Electoral, que establece la veda de publicación de encuestas electorales 48 horas antes y el propio día de los procesos electorales, es una medida restrictiva legítima de la libertad de expresión y de información, según la Convención Americana de Derechos Humanos.

Objetivos específicos

1- Explicar los argumentos jurídicos y técnicos sobre los que se basan quienes argumentan a favor de la restricción de publicación de encuestas electorales previo a la ejecución de procesos electorarios, haciendo especial énfasis al razonamiento de la Corte Suprema de Argentina del año 2005.

2- Exponer los argumentos jurídicos y técnicos sobre los que se basan quienes argumentan en contra de la restricción de publicación de encuestas electorales previo a la ejecución de procesos electorarios, haciendo especial énfasis a los razonamientos del Tribunal Constitucional Peruano del año 2001.

3- Analizar, bajo la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Opinión Consultiva 5-85, si la restricción a la publicación de encuestas es legítima y si respeta el principio constitucional de igualdad.

Capítulo 1.

1. La restricción de la publicación de encuestas electorales 72 horas antes y el propio día de los procesos electorarios.

1.1 Conceptos básicos

Un sondeo o una encuesta de opinión se refieren a métodos para recopilar información sobre las personas haciéndoles preguntas, usualmente en un cuestionario estandarizado, y por lo general, la información se reúne en una muestra de personas y no en toda la población. (Traugott y Lavrakas, 1997, p. 19)

El cuestionario consiste en varias preguntas que pueden ser aplicadas por un entrevistador cara a cara, por teléfono, por correo o por cuestionarios autoaplicados. El grupo de individuos entrevistados casi siempre consiste en una muestra seleccionada entre una población mayor. Para que esa muestra sirva para hacer inferencias sobre la población, dicha muestra debe seleccionarse de manera científica utilizando métodos probabilísticas. (Ibíd. P. 20)

La única forma de medir las opiniones de la gente de manera confiable y válida es combinando una muestra seleccionada y realizar científicamente un

cuestionario bien diseñado y administrado. Esa información se utiliza para hacer inferencias sobre la distribución de opiniones en toda la población. Una muestra probabilística se usa para hacer inferencias sobre la población. Las preguntas se utilizan para evaluar el fundamento y la intensidad de las opiniones del público. (Ibíd. P. 22)

Cabe aclarar que esta investigación tratará, de forma indistinta, los términos encuesta y sondeo de opinión, sin embargo, aunque no genera diferencia para este trabajo, se considera relevante mencionar que existe una tenue distinción entre los términos, según los especialistas en el tema, pues si bien,

En principio un sondeo de opinión y una encuesta son la misma cosa (...) el sondeo de opinión, por lo general, se aplica a las investigaciones que realizan las organizaciones comerciales, incluidas las de los medios de comunicación (mientras que) las encuestas casi siempre las realizan investigadores académicos y gubernamentales, quienes usualmente utilizan cuestionarios más largos y tamaños de muestras más grandes. (Ibíd. P. 29)

Por su parte, una encuesta electoral es aquella encuesta de opinión que se realiza sobre temas relacionados con la campaña electoral o que se conduce durante el período principal de la misma. Algunas se llevan a cabo para que los candidatos organicen su campaña electoral; otras, para ayudar a los medios de comunicación en la producción de historias noticiosas; y otras patrocinadas por politólogos y otros investigadores sociales, pretenden comprender cómo funcionan las campañas y explicar la repercusión que tienen los eventos y la cobertura de los mismos sobre los votantes. (Ibíd.)

La encuesta de boca de urna (de salida o *exit poll*) hace referencia a las

encuestas electorales conducidas el mismo día de las elecciones para mostrar cómo la gente ha votado, y pueden también sugerir el resultado final de los comicios. (Ibíd.)

Es importante tener en cuenta que las encuestas de salida se diferencian de las encuestas electorales realizadas antes de las votaciones (conocidas como encuestas preelectorales) en que “mientras que las encuestas preelectorales se hacen sobre la intención de voto, éstas (las encuestas de salida) son acerca de votos ya realizados, no reales, porque nadie está, obviamente, obligado a desvelar el sentido de su voto, pero sí confesados”. (Soler, 2001, p.119)

Bajo un concepto jurídico, la campaña electoral se define a continuación como:

Conjunto de actos políticos susceptibles de regulación positiva en tanto que forman parte de la realidad jurídico-constitucional de un Estado de Derecho, las encuestas electorales, instrumentos cuyo uso se ha generalizado en el periodo del proceso electoral y cuya utilización infiere en el ámbito de los derechos y las libertades de los ciudadanos en un Estado democrático y de derecho, han quedado sujetas a las disciplina pertinente de los ordenamientos jurídico constitucionales. (Ibíd., p.196)

1.2 La incursión de las encuestas electorales en Costa Rica

Este breve apartado pretende sintetizar la incursión de las encuestas en los procesos electorales costarricenses para lograr cierta contextualización en el lector. También se hace una pequeñísima referencia a su desarrollo a nivel global, específicamente, en procesos electorales estadounidenses, en los cuales se reportan los primeros intentos por hacer encuestas electorales.

Según Oconitrillo (2004), la primera vez que se utilizaron computadoras para hacer proyecciones sobre los resultados electorales en el país fue en 1970, para las elecciones en las que José Figueres Ferrer fue electo por tercera vez, a sus 64 años. Si bien no se trató de una encuesta, sino del uso de resultados oficiales acumulados para calcular el posible desenlace de la contienda electoral, es una referencia que indicaría el inicio de técnicas científicas para inferir la intención de voto del ciudadano. (P.193)

Oconitrillo no explica quiénes fueron los encargados de tales proyecciones, ni si la iniciativa era estatal o privada, sólo menciona que se trató de una cadena informativa de empresas de radio, televisión, periódicos y computación.

Existe consenso en que la primera empresa en el país que incursionó en la creación de encuestas electorales fue la Consultoría Interdisciplinaria en Desarrollo (CID) S.A., fundada en 1977, por Carlos Denton, Olda Acuña y otras cuatro personas más, con el fin de brindar servicios desde diversas áreas de investigación social. (Denton y Acuña, 2009, p. 35)

Esta empresa se mantiene en el presente y lleva el nombre CID-Gallup. Desde 1978, publicó encuestas de opinión en el periódico “La Nación”. Entre ese año y 1982, se miden las opiniones de la gestión del presidente Rodrigo Carazo Odio. (Ibíd. P. 49)

Durante ese mismo periodo, de cara a las elecciones de 1982, para elegir al sucesor de Odio Carazo, el diario La Nación también publica, en julio 1981, según Oconitrillo (2004, p. 246), los resultados de una encuesta de intención de voto entre los candidatos Luis Alberto Monge (71%), Rafael Ángel Calderón

(9%) y Mario Echandi (3%).

Oconitrillo no dice explícitamente, pero es probable que esa encuesta de julio de 1981 fuera también realizada por CID-Gallup, pues durante ese periodo la encuestadora y ese medio trabajaban de forma conjunta.

Después de 1982, surgen otras empresas encuestadoras, como Investigaciones Psicosociales S.A., que también brindó servicios al diario La Nación en procesos electorales, pero es hasta la campaña electoral 1985-1986, cuando se habla de una “guerra de las encuestas” (Oconitrillo. 2004. P. 321), en la que los protagonistas son JAV S.A. y CID (hoy CID-Gallup), según se infiere del libro de Guido Fernández, “El primer domingo de febrero”, publicado en 1986.

J.A.V. S.A fue creada por José Alberto Rodríguez y Víctor Borges, y entre 1985 y 1986 ambos especialistas se dedican a realizar encuestas para medir la opinión de los votantes. Los resultados de sus investigaciones eran para el uso exclusivo del Partido Liberación Nacional en la campaña presidencial entre Oscar Arias Sánchez y Rafael Ángel Calderón, en la que salió victorioso el primero.

El libro de Fernández, al ser el autor testigo de primera línea por dirigir tal campaña electoral, evidencia el uso que le da a las encuestas los partidos políticos costarricenses desde esa época.

En el relato de Fernández queda claro como la herramienta se había institucionalizado y existía expectativa, dependencia y respeto no sólo de la encuesta interna del Partido Liberación Nacional, elaborada por J.A.V S.A., sino también por la de CID que difundía nacionalmente el diario La Nación (p. 54).

Es claro, según el libro de Fernández, que los resultados de las encuestas

electorales dirigen las decisiones de campaña de los partidos políticos, ya sea como termómetro para saber cómo se está moviendo el parecer de los ciudadanos hacia una u otra opción política en medio de la incertidumbre o incluso, para hacer propaganda.

Ambos usos quedan evidenciados en los siguientes fragmentos del texto de Fernández:

A fines de noviembre contaríamos ya con el resultado de la encuesta del CID para La Nación, sabríamos exactamente cuál sería la temperatura del ambiente político y entraríamos entonces en la fase de diciembre y enero. Adelantarse a plantear temas para esa etapa, particularmente cuando todavía faltaba nueve meses cargados de incertidumbre e interrogantes, habría sido audaz y posiblemente torpe. (Fernández, 1986, p. 57)

Este extracto evidencia los usos propagandísticos que hacen los partidos políticos cuando las encuestas les favorecen:

Fuera de estas directrices y en cuanto Guillermo Constenla dispuso de algunos fondos, habíamos elaborado una serie de avisos de televisión muy breves con el resultado la encuesta de la CID de febrero. Los datos favorecían a Oscar, y por ello era aconsejable consolidar la ventaja lograda, sin duda, gracias al clima de interés político que se logró en la convención del 27 de enero. (Ídem)

El texto de Fernández deja claro el celo con el que se manejan las encuestas dentro de las élites políticas, especialmente, cuando los números no favorecen al candidato para quien se realizaron los sondeos.

En una parte de su libro, el autor se queja de que, como dirigente de la campaña, lo tienen trabajando “a ciegas”, pues no le dan accesos a los resultados

de las encuestas de J.A.V. SA, ya que son negativos para el partido.

Lidiette había oído decir que la encuesta ya había concluido; los datos estaban tabulados, pero el resultado era tan penumbroso, que por órdenes superiores -me imagino que por decisión del mismo Oscar- le había echado cuatro llaves. Les pregunte si, a su juicio, estaba bien que el director de propaganda no se hallase enterado y si podría seguir trabajando a ciegas, como si no hubiera información sobre los índices de popularidad del candidato. La pregunta era redundante. (Ibíd. P. 121)

Posteriormente, el autor cuenta como una funcionaria del partido lo apoya y asegura que para nada le ocultan a Fernández tal información, si de todos modos, cuando se publique la encuesta de CID en La Nación, se van a saber los resultados del momento. (Ibíd. P. 122)

El texto también relata que ante un empate técnico de los candidatos Arias y Calderón, reflejado por las encuestas, el famoso asesor político estadounidense, Joseph Napolitan, utiliza en las encuestas aconsejar al Partido Liberación Nacional a realizar cambios drásticos en la campaña, pues se “trabó” y según su análisis, el 80% de los ciudadanos ya tienen compromisos con los candidatos. (Ibíd. P. 262)

Es luego de este consejo dado por Napolitan, brindado parcialmente con base en las encuestas, que se toman decisiones, las cuales según el autor, llevan a que Arias gane las elecciones de 1986.

Después de estos procesos electorales, el uso de las encuestas es la norma tanto por parte de los medios de comunicación masiva como por los partidos políticos.

La empresa J.A.V S.A. se disolvió tras esa campaña y sus socios crearon su propias firmas. En 1986, Víctor Borges funda “Borges y Asociados”, y José Alberto Rodríguez funda “Demoscopia”, en 1989.

Denton (2009) en conversaciones personales cuenta que también surgió “Unimer”, que hoy le brinda servicios a La Nación y es una de las más grandes del mercado. Este diario ya no compra los servicios de CID-Gallup, firma que publica sus encuestas electorales en el diario La República.

Además, participa en el mercado de las encuestas electorales la Escuela de Estadística y Matemática de la Universidad de Costa Rica y hay muchas empresas pequeñas que nacen y mueren brevemente. (Comunicación Personal, Gutiérrez. Junio 2009)

Lo que no ha sido la norma, obviamente debido a la veda en cuestión, es la difusión de encuestas electorales de boca de urna por los medios de comunicación.

En 1994, el periódico “Al Día” publicó, después del cierre de los comicios, los resultados de una encuesta de boca de urna en una edición vespertina que anunció la victoria de José María Figueres Olsen como candidato presidencial, lo cual fue confirmado por los resultados oficiales. (Comunicación Personal. Fernández. Enero 2009)

En 1998, el noticiero de Canal 7, Telenoticias, irrespetó la veda al difundir, esta vez dos horas antes del cierre de los comicios, los resultados de una encuesta de boca de urna que le daba la victoria a Miguel Ángel Rodríguez, quien oficialmente ganó las elecciones en esa ocasión (Ibíd.)

En este caso, la publicación generó mucha polémica y reclamos provenientes, principalmente, del partido perdedor, Liberación Nacional (Mora, 1998). El caso llevó a que, por petición del Tribunal Supremo de Elecciones, el Ministerio Público allanara varias casas encuestadoras, debido a una denuncia contra Telenoticias, primer difusor de la encuesta, el extinto noticiero NC4 y el periódico Al Día, quienes repitieron la difusión de los resultados, al igual que algunas estaciones de radio.

Al final, la denuncia fue desestimada, pues la Sala Constitucional había anulado, en 1997, la norma que penalizaba tal conducta de los medios de comunicación. (Solórzano, 1998)

El inicio de las encuestas de opinión a nivel global

Fue para las elecciones presidenciales de 1824, en la que se eligió a John Quincy Adams, en Estados Unidos, cuando por primera vez, se publicaron en las revistas *Harrisburg Pennsylvania* y *Raleigh Star*, los resultados de una “votación particular”, llamada “votos de paja”, que se prolongaría hasta lo que hoy se conoce como “encuestas de opinión” (Monzon. 2005. P. 79)

Los votos de paja eran papeletas impresas en la prensa que los lectores voluntariamente recortaban, rellenaban y enviaban al medio de comunicación, se sacaban de tarjetas enviadas a direcciones desconocidas o simplemente se preguntaban a los transeúntes.

La revista *Literary Digest*, utilizando los “votos de paja”, en 1916, acertó

el candidato ganador de la presidencia, con lo que consolida la práctica, pero en 1936 fracasa su predicción. (Ibíd.)

Esta práctica carente de toda rigurosidad científica se ve corregida con el establecimiento de la sociología científica, que impulsa a que se investigue el método de la encuesta en el contexto de las preocupaciones de la clase media que busca corregir los desajustes sociales de los procesos de industrialización y urbanización. (Ibíd. P. 80)

El nacimiento de las encuestas científicas de opinión se sitúa a finales del periodo entre guerras mundiales, donde los protagonistas son científicos como Gallup, Roper, Lazarsfeld, Crossley y Stouffer. Esto se da en el contexto del método representativo, los estudios de mercado y la medida de las actitudes. (Ibidem)

El método representativo, el método científico adecuado para conocer características de la población apoyándose en un número reducido de muestras bien seleccionadas, es aceptado tras intentos entre 1825 y 1901 por el Instituto Internacional de Estadística. En 1925, se generaliza por todo el mundo el método, luego de que el danés A. Jansen diera un informe favorable a la técnica. (Ibidem)

Además del fracaso en 1936 de la revista *Literary Digest*, en 1946, la revista "Fortune" se equivocó en un 12% en los resultados de la encuesta que daba por ganador de la elección presidencial de Estados Unidos a E. Dewey, cuando el victorioso fue H.S. Truman. En este momento, los sondeos de George Gallup se equivocaron en un 5%. (Ibíd. P. 82)

Pese a los escollos, la ciencia estadística se desarrolló a nivel global. En

1935, Gallup había fundado un instituto de encuestas que extendería hasta Inglaterra y otros países. En 1937, aparece la revista *Public Opinion Quarterly*. En 1938, se funda el *Institute Francaise de l' Opinion Publique*. En 1940 y 1941, respectivamente, en las universidades de Princeton y Denver se crean los primeros centros de investigación de la opinión pública. En 1941, se crean institutos análogos en Canadá y Australia. (Ídem)

Como muestra de consolidación del estudio de la opinión pública, en 1946, se crea la Asociación Estadounidense de Estudio de la Opinión Pública (AAPOR). En 1947, se crea la Comisión Europea de Estudios de Opinión y de Mercado (Esomar) y en 1957, se establece la Asociación Mundial de Estudio de la Opinión Publica (Wapor), asociada a la UNESCO. (Ibíd. P. 83)

En naciones como España, se da un desarrollo retrasado por restricciones de la dictadura franquista. No se prohíbe explícitamente la ejecución de encuestas, pero hay dificultades para su publicación, y es hasta los últimos años del régimen de Francisco Franco cuando se tiene acceso a datos políticos de encuestas en medios de comunicación. (Ibidem)

1.3 La restricción en el ordenamiento jurídico costarricense

El artículo 138 del Código Electoral costarricense reza de la siguiente forma:

ARTÍCULO 138. -Encuestas y sondeos de opinión.

Los institutos, las universidades, cualquier ente público o privado y

las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral deberán registrarse ante el TSE dentro de los quince días posteriores a la convocatoria de elecciones, identificando a la empresa y a los profesionales responsables, así como los demás requisitos que determine el Tribunal.

El Tribunal publicará en un medio de comunicación escrita y de circulación nacional, los nombres de las empresas, las universidades, los institutos y cualquier ente, público o privado, que se encuentre autorizado e inscrito en el Tribunal para realizar encuestas y sondeos de carácter político- electoral.

Se prohíbe la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión y encuestas relativas a procesos electorales, durante los tres días inmediatos anteriores al de las elecciones y el propio día, y los elaborados por empresas no registradas durante el período de la campaña electoral”. (Código Electoral, 2009)

Como se deduce del texto, el párrafo final es el que establece la prohibición en cuestión.

El Código Electoral derogado por el vigente establecía la veda en el tercer párrafo del artículo 85 ter., pero por 48 horas, no 72 como sucede en el presente.

“Prohíbese la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión pública o encuestas relativas a procesos electorarios, durante los dos días inmediatos anteriores al de las elecciones y el propio día”. (Código Electoral derogado, 2004)

Ante el silencio al respecto en pronunciamientos oficiales que interpreten exhaustivamente el significado literal de la prohibición, para efectos de esta investigación, se presume la equiparación de los términos “difusión” y “publicación” y de “sondeos de opinión pública” y “encuestas relativas a

procesos electorales” por parte del legislador.

Del cuerpo legal vigente se entiende que la veda aplica para todo proceso electoral sometido, lógicamente, bajo la competencia del Tribunal Supremo de Elecciones, 72 horas antes y el propio día de las elecciones.

Uno de los pocos pronunciamientos que tratan el tema han interpretado de la norma que se admite, en principio, la realización y difusión de encuestas electorales, con dos únicos límites: 1) el deber de las empresas encuestadoras de registrarse ante el Tribunal Supremo de Elecciones y recibir una acreditación previa sobre su idoneidad técnica; 2) la prohibición de divulgar los sondeos de opinión en los tres días inmediatos al de las elecciones y el propio día.

Así, la Resolución 3773-E-2006 del Tribunal Supremo de Elecciones estableció sobre el artículo 85 ter, ya derogado, que:

La lectura de esta norma permite entender que la legislación electoral autoriza la realización de encuestas y la libre difusión de sus resultados, con dos únicas limitaciones, a saber: que, durante el período electoral, las empresas encuestadoras deben registrarse ante el Tribunal, previa acreditación de su idoneidad técnica, y la prohibición de divulgar sus estudios en los dos días inmediatos al de las elecciones y el propio día. (Código Electoral derogado, 2004)

Cabe resaltar que en la misma Resolución se confirma la existencia en el ordenamiento jurídico nacional de una doble limitación sobre las encuestas de tipo electoral.

La primera limitación obliga al registro, previa acreditación del Tribunal

Supremo de Elecciones, de las empresas encuestadoras para garantizar su idoneidad técnica por dicho órgano.

Si bien esa Resolución hace referencia al Código Electoral derogado por el vigente, tales restricciones se mantienen con el nuevo cuerpo normativo.

El párrafo primero del artículo 138 establece la autorización previa para el funcionamiento legítimo de una casa encuestadora en un proceso electoral:

Los institutos, las universidades, cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral deberán registrarse ante el TSE dentro de los quince días posteriores a la convocatoria de elecciones, identificando a la empresa y a los profesionales responsables, así como los demás requisitos que determine el Tribunal. (Código Electoral. 2009)

En concordancia con lo que indicaban las normas electorales ya derogadas por el código vigente, que ordenaban la reglamentación de la materia, el Tribunal Supremo de Elecciones decretó la norma 11-97, denominada “Reglamento para la inscripción de empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral”, que establece, entre varias cosas, siete requisitos con los que deben contar las empresas encuestadoras para recibir una autorización de publicar encuestas electorales.

Estos se establecen en el artículo 2 de dicho reglamento, a continuación se citan:

Para su inscripción en el registro correspondiente, las empresas

interesadas deberán presentar su solicitud a la Secretaría del Tribunal, apegándose a los siguientes requisitos:

a) Se consignará la cédula de identidad y calidades del empresario o la razón social de la empresa y su número de cédula de persona jurídica.

b) Se indicarán las calidades de los personeros de la empresa en el caso de sociedades.

c) La solicitud será firmada por el empresario o representante legal de la empresa.

d) Se informará acerca de la experiencia de la empresa en la realización de encuestas y sondeos de carácter político-electoral o de naturaleza semejante.

e) Se explicarán de manera sucinta las metodologías a utilizar por la empresa, de modo que se garantice la objetividad y calidad de las encuestas.

f) Se indicará lugar para recibir notificaciones.

g) Se adjuntará certificación de la personería de la empresa en el caso de sociedades. (Reglamento para la inscripción de empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral, 1997)

El código vigente establece el deber de quienes realicen encuestas de conservar su información y tenerla a disposición del Tribunal Supremo de Elecciones en caso de denuncias.

ARTÍCULO 140. -Plazo de custodia y entrega de documentos.

Los institutos, las universidades, cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral inscritos según el artículo anterior, mantendrán en custodia y a disposición del TSE los documentos que respaldan las encuestas y los sondeos publicados durante el período de campaña electoral, desde el día de su publicación hasta el día siguiente a la declaratoria oficial del resultado de las elecciones para diputados o alcaldes, según corresponda.

Admitida una denuncia por el TSE, los documentos originales o sus copias, certificadas por notario público, deberán ser remitidos a más tardar tres días después de realizado el requerimiento respectivo. El Tribunal determinará, vía reglamento, los documentos que requerirá de acuerdo con la denuncia presentada. (Código Electoral. 2009)

En relación con las sanciones vigentes ante el irrespeto de las normas vigentes, el artículo 85 ter establecía sanciones exclusivamente a los partidos políticos que irrespeten la prohibición.

Cuando la violación sea cometida por los partidos políticos, se les sancionará con una disminución del cinco por ciento (5%) del aporte estatal que les corresponda luego de la liquidación de gastos ante el Tribunal Supremo de Elecciones, lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el inciso c) del artículo 151 de este Código. (Código Electoral, 2004)

Cabe mencionar que el artículo al que hace referencia este párrafo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional en la Resolución 1750-97.

El inciso c) de tal artículo establecía una pena de entre 2 y 12 meses de prisión a “las persona físicas, los representantes de las empresas, de los partidos políticos y de las instituciones públicas que desacataren lo dispuesto en el artículo 79, en los incisos d), e), f), g), h) y j) del artículo 85, artículo 85 bis, artículo 85 ter, y artículo 176 bis”. (Código Electoral. 2004)

El motivo de la inconstitucionalidad se debió, en medio de la valoración de la Sala Constitucional sobre las restricciones establecidas en relación con la propaganda electoral, con la violación del principio de tipicidad penal y por ser la pena una medida desproporcionada.⁸

⁸ “14. Art. 151 inc. c) (antes párrafo penúltimo, impugnado). Tanto este inciso, en su versión actual, como el párrafo penúltimo del artículo 85 anterior, que se impugna expresamente, resultan incompatibles, en su totalidad, con el Derecho de la Constitución, por violación del principio de tipicidad penal, al establecer tipos

El Código Electoral vigente no tipifica como delito el incumplimiento de la veda a la difusión de encuestas, sólo establece multas a los encargados de los medios de comunicación en dos escenarios distintos:

ARTÍCULO 286. -Multas sobre publicación extemporánea de propaganda y encuestas.

Se impondrá multa de dos a diez salarios base:

a) Al director(a) o el encargado(a) del medio de comunicación que, durante los tres días inmediatos anteriores a las elecciones o el propio día en que estas se celebren, por acción u omisión permita la difusión o la publicación, total o parcial, por cualquier medio o de cualquier manera, de los resultados de sondeos o encuestas de opinión relativas a los procesos electorarios.

b) Al director(a) o el encargado(a) del medio de comunicación que autorice la difusión o la publicación, total o parcial, por cualquier medio o de cualquier manera, de los resultados de sondeos o encuestas de opinión relativas a procesos electorarios; realizados por personas físicas o jurídicas no inscritas en el TSE.

c) (...)

Aunque es presumible, la restricción aplica, según lo ha interpretado el Tribunal Supremo de Elecciones, también para el caso de una segunda ronda electoral.

abiertos —o tipos en blanco tan indeterminados que prácticamente equivalen a su indefinición—, lo mismo que por la absoluta desproporción que una misma sanción significa para infracciones de muy diversa gravedad. Además, en lo que hace al texto anterior, en reiteradas ocasiones esta Sala ha señalado la inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva en materia penal (sentencia No.500-90 de las 17:00 horas del 15 de mayo de 1990); así como la de la conversión que establecía de la pena de multa en prisión (sentencia No.1054-94 de las 15:24 horas del 22 de febrero de 1994); ambas normas hoy desaparecidas, por lo que de todos modos no serían de aplicación.”

En la Resolución 135-E-2002 dicho Tribunal estableció, claramente, que la prohibición aplica para el caso en que se deba ir a una segunda ronda electoral para las elecciones del Presidente y Vicepresidente de la República si no se alcanza una mayoría de votos del 40%, tal y como lo ordena el artículo 138 de la Constitución Política.

En dicha resolución, ante la consulta Humberto Arce Salas, Secretario General del Partido Acción Ciudadana y candidato a Diputado por la Provincia de Alajuela, en representación de dicho partido, se solicitó la aclaración de dudas referentes a la celebración de una segunda vuelta electoral en las elecciones presidenciales de febrero del 2002.

La décima y última pregunta planteada establecía: “¿Cuál será el límite temporal para la aplicación y divulgación de encuestas en una segunda elección popular?”

Ante lo cual el Tribunal respondió que de conformidad con lo que establece el artículo 85° ter del Código Electoral, las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral, serán las mismas que se encuentren debidamente registradas ante este Tribunal para el actual proceso electoral. Lo señala de la siguiente forma: “Será prohibida la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión o encuestas relativas a procesos electorarios, durante los dos días inmediatos anteriores al de la segunda vuelta electoral y el propio día (5, 6 y 7 de

abril del 2002). (Tribunal Supremo de Elecciones. 2002)

Una norma similar, pero, según nuestro criterio, más restrictiva que párrafo segundo del artículo 138 en cuestión, es la que establece la prohibición para el caso del referendo. En tal normativa incluso se restringe el comentario de los resultados de las encuestas, lo que no sucede en el Código Electoral.

La ley 8492, que regula el referendo en el país, establece la prohibición de la siguiente forma:

ARTÍCULO 21. -Regulación de la publicación de encuestas.

Prohíbense la publicación, la difusión total o parcial o el comentario de los resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión, dos días antes de la votación y el día de la celebración del referéndum, así como las operaciones de simulación de voto realizadas a partir de sondeos de opinión, directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum. (Ley 8492, 2006)

Como se entiende, se prohíbe, igual que en el artículo 138, la publicación y difusión, pero a diferencia de ella agrega (y por esto se afirma que es más restrictiva la norma que aplica para el referendo) el comentario de los resultados de encuestas o sondeos de opinión.

Todo esto queda prohibido las 48 horas previas al día de la elección y el propio día de ellas, un período 24 horas menos que establece el Código Electoral vigente para los procesos electorarios en general.

1.3.1 La restricción de publicación de encuestas en otras naciones

Tras explicar el funcionamiento de la restricción de publicación de encuestas electorales a nivel nacional, pareciera conveniente hacer un esfuerzo por contextualizar la situación de la restricción o libertad de publicación de encuestas a nivel global, sin pretender, vale advertirlo, profundizar en los detalles de la restricción en cada nación.

Seguidamente, se sintetizan los principales hallazgos de un estudio del año 2003 realizado bajo el auspicio de la *Foundation for Information* y dirigido por *European Society for Opinion and Marketing Research (ESOMAR)* y *World Association for Public Opinion Research (WAPOR)*, titulado “*The Freedom to Publish Opinion Poll Results. Report on a Worldwide Update.*”

Dicha investigación pretende hacer un reporte global de la libertad de publicación de encuestas de opinión a nivel mundial.

Antes de recopilar los resultados, vale reconocer que pese al nivel excepcional de calidad y seriedad de dicho estudio, realizado desde 1984, no fue posible encontrar uno más reciente y que además, abarcara más países.

Esta investigación realiza una revisión de 66 países solamente, falencia incluso reconocida por sus creadores. Lo anterior no obsta, sin lugar a dudas, para que tal trabajo resulte ser un gran aporte para esta investigación.

El primer hallazgo del estudio es que de los 66 países cubiertos en el 2002, el 46% (30) tiene restricciones para impedir la publicación de los resultados de las encuestas preelectorales y el 54% (36) no tiene esta prohibición establecida, por lo que estos resultados pueden ser difundidos libremente en esas naciones.

Por lo tanto, la minoría de los países considerados en el estudio, por una diferencia de 8% (6), tenía la restricción vigente en el año 2002.

Cuando este estudio se realizó en 1996, dice el reporte, de los 78 países cubiertos, el 39% (31) tenía este tipo de restricciones (9 de ellos la tenían establecida sólo para el propio día de las elecciones); mientras que el 61% no tenía veda alguna contra la publicación de encuestas preelectorales.

Como puede verse, la diferencia entre los países con restricción y sin restricción, en 1996, fue de 22% a favor de las naciones sin prohibición, una suma muy superior a la del estudio del 2002, sin embargo, son más las naciones sin veda en ambos informes.

Entre la investigación de 1996 y la del 2002 fueron cubiertos 56 países en común. Al comparar los cambios en ese período de 6 años, sale a relucir que en 15 de esos 56 países, el período de veda fue disminuido o eliminado. Durante ese mismo lapso, 5 países mantuvieron inalterado su período de restricción; 27 sostuvieron su posición de no tener veda alguna, y en 9 se fortalecieron las restricciones.

Para facilitar la comprensión de los resultados, las tres tablas siguientes fueron extraídas del informe.

- La Tabla 1 compara la situación de 30 países en el 2002, en comparación con 1996.
- La Tabla 2 hace una comparación entre los países sin veda a las encuestas preelectorales en el 2002 en relación con el informe en 1996.
- La Tabla 3 compara la restricción en los 56 países cubiertos de forma común en los informes de 1996 y 2002.

Tabla 1. Periodo de prohibición antes de las elecciones en el 2002 comparado a 1996.

País Total (N=30)	Número de días reportado en el 2002	Número de días reportado en 1996	Cambio
Argentina	1	0	+1
Bolivia	2	2	0
Bulgaria	7	1	+6
Canadá	2	3	-1
Colombia	1	7	-6
Costa Rica*	2	-	-
Croacia	1	1	0
Chipre	7	0	+7
República Checa	7	-	-
Francia	1	7	-6
Grecia	15	0	+15
Israel	1	0	+1
Italia**	15	28	-13
Luxemburgo	30	30	0
Macedonia	5	0	+5
México	7	7	0
Nepal*	1	-	-
Panamá*	1	-	-
Perú	7	15	-8
Polonia	1	12	-11
Portugal	1	7	-6
República de Corea	23	0	+23
Rumania*	2	-	-
Eslovaquia*	14	1-	-
Eslovenia	7	1	+6
España	5	5	0
Suiza	10	7	+3
Turquía	7	30	-23

*= No incluido en 1996.

**= Publicación durante este periodo de 15 días está prohibido. Fuera de este periodo, la publicación siempre tiene que estar acompañada de una “nota informativa” publicada junto a los resultados, y grabado en un sitio Web dedicado a este tema. Esto aplica en general a sondeos políticos y no políticos.

Tabla 2. Países sin prohibición en el 2002 comparado a 1996.

País	Número de días de prohibición en el 2002	Número de días de prohibición en 1996	Cambio
Total (N=36)			
Australia	0	0	0
Austria	0	0	0
Bangladesh*	0	-	-
Bélgica	0	0	0
Bosnia y Herzegovina*	0	-	-
Brasil	0	0	0
Dinamarca	0	0	0
Estonia	0	0	0
Finlandia	0	0	0
Georgia*	0	-	-
Alemania	0	0	0
Honduras*	0	-	-

Islandia	0	0	0
Indonesia	0	21	-21
India	0	0	0
Irlanda	0	0	0
Japón	0	0	0
Kazajstán	0	1	-1
Latvia	0	0	0
Malasia	0	0	0
Holanda	0	0	0
Nueva Zelanda	0	1	-1
Nigeria	0	0	0
Noruega	0	0	0
Pakistán	0	0	0
Filipinas	0	0	0
Puerto Rico	0	0	0
Rusia	0	2	-2
Sudáfrica	0	42	-42
Suiza	0	0	0
Taiwán	0	0	0
Tailandia	0	0	0
Ucrania	0	0	0
Emiratos	0	0	0

Árabes Unidos			
Reino Unido	0	0	0
Estados Unidos	0	0	0

*=No incluido en 1996.

Tabla 3. Comparación de periodo de prohibición antes de las elecciones en 56 países de 1996 al 2002.

9 países con incremento en el periodo de prohibición	5 países sin cambio en el periodo de prohibición	15 países con reducción en el periodo de prohibición	27 países sin periodo de prohibición en 1996 o en el 2002
Argentina	Bolivia	Canadá	Australia
Bulgaria	Croacia	Colombia	Austria
Chipre	Luxemburgo	Francia	Bélgica
Grecia	México	Indonesia	Brasil
Israel	España	Italia	Dinamarca
República de Corea		Kazajstán	Estonia
Macedonia		Nueva Zelanda	Finlandia
Eslovenia		Perú	Alemania
Suiza		Polonia	Islandia
		Portugal	India

		Rusia	Irlanda
		Sudáfrica	Japón
		Turquía	Latvia
		Uruguay	Malasia
		Venezuela	Holanda
			Nigeria
			Noruega
			Pakistán
			Filipinas
			Puerto Rico
			Suecia
			Taiwán
			Tailandia
			Ucrania
			E. Árabes Unidos
			Reino Unido
			Estados Unidos

A continuación, con base en los datos del estudio del 2002, se realizó la Tabla 4, la cual sintetiza el estado de la prohibición en todos los países examinados.

Tabla 4. La situación de la prohibición en todos los países examinados.

	Países	Prohibición
E u r o p e a	Austria	Sin prohibición
	Bélgica	Sin prohibición ni limitaciones de
	Bosnia y Bulgaria	Sin prohibición No se espera cambio Prohibición de 7 días. No se espera
	República Croacia	Prohibición de 7 días No se espera Prohibición de 24 horas No se espera
	Chipre	Prohibición de 7 días
	Dinamarca	Sin prohibición No se espera cambio
	Estonia	Sin prohibición
	Finlandia	Sin prohibición No se espera cambio
	Francia	En 1977 se estableció una prohibición de 7
	Holanda	Sin prohibición No se espera cambio
	Noruega	Sin prohibición No se espera cambio
	Polonia	Prohibición de un día comparado a los 12
	Portugal	La publicación de sondeos no es permitida
	Rumania	Prohibición de 2 días No se espera
	Federación Eslovaquia	Sin prohibición pero hay un cambio Prohibición de 14 días Se espera cambio
	Eslovenia	Prohibición de 7 días comparado a las 24
	España	Sondeos solo se pueden publicar como
	Suecia	Sin prohibición No se espera cambio
	Suiza	Prohibición de 10 días comparado a los 7
	Turquía	Prohibición de 7 días comparado a los 30
Ucrania	Sin prohibición No se espera cambio	
Reino Unido	Sin prohibición. No se espera cambio alguno.	
A m é r i	Canadá	Prohibición de 2 días No se espera
	Estados Argentina	Sin prohibición No se espera cambio Prohibición de 1 día. Los medios
	Bolivia	Prohibición de 2 días No se espera
	Brasil	Sin prohibición
	Colombia	Prohibición de 1 día
	Costa Rica	Prohibición de 2 días No se espera
	Honduras	Sin prohibición No se espera cambio
	México	Prohibición de 7 días
	Panamá	Prohibición de 24 horas
	Puerto Rico	Sin prohibición No se espera cambio
	Perú	Prohibición de 7 días Se esperan cambios
	Uruguay	Prohibición de 7 días

	Venezuela	Prohibición de 2 días. Algunos esperan alargar ese período.
Asiáticos	Australia	Sin prohibición No se espera cambio
	Bangladesh	Sin prohibición No se espera cambio
	China	Se prohíbe la difusión de encuestas de
	India	Sin prohibición No se espera cambio
	Indonesia	Sin prohibición
	Japón	Sin prohibición No se espera cambio
	Malasia	Sin prohibición No se espera cambio
	Nepal	Prohibición de 1 día
	Nueva Zelandia	Sin prohibición No se espera cambio
	Pakistán	Sin prohibición
	República de Corea	Prohibición de 23 días Se espera un
	Filipinas	Sin prohibición No se espera cambio
	Singapur	Prohibición durante el período electoral
Pacífico	Taiwán	Sin prohibición ni limitaciones de
Medios	Tailandia	Sin prohibición ni limitaciones de publicación. No hay interferencia de parte del gobierno. No se espera cambio alguno.
	Egipto	No hay regulación específica, pero para
	Israel	Prohibición de 1 día. Se espera una
Medios	E. Árabes	Sin prohibición. No se espera cambio
	Unidos	alguno.
	Nigeria	Sin prohibición

	Sudáfrica	Sin prohibición, no hay limitaciones en la publicación, ni interferencia de parte del gobierno. Anteriormente, era un periodo de prohibición para la publicación de sondeos de opinión de 6 semanas antes de las elecciones.
--	-----------	--

1.4 Por qué se prohíbe la publicación de las encuestas preelectorales

1.4.1 El papel de las encuestas preelectorales en una campaña política y las principales críticas que se esgrimen contra ellas.

Nadie niega que las encuestas relativas a las elecciones sean una herramienta informativa muy útil, tanto para partidos políticos como medios de comunicación y votantes. Las encuestas se han convertido en una herramienta habitual en los sistemas políticos democráticos. (Soler. 2001. P. 193)

Los resultados de las encuestas electorales para las agrupaciones políticas representan un insumo muy importante para la toma de decisiones en campaña y hasta llegan a determinar aspectos esenciales, como la recaudación de ingresos para los intereses de la organización.

Traugott y Lavrakas (1997) aseguran, haciendo referencia a las campañas

de las elecciones presidenciales estadounidenses, lo siguiente:

Cada candidato realizará decenas de sondeos en los dieciocho a veinticuatro meses que dure la campaña. En la fase previa a la nominación, la campaña necesita obtener información sobre la posición relativa y la imagen de su candidato, por sí mismo y en relación con los demás. Esta información también puede ser útil para estimular donaciones a la campaña y disuadir a los contribuyentes del contendiente contrario. (P. 52-53)

Los autores agregan lo siguiente:

Los candidatos usan los sondeos de opinión con muchos fines: primero, en las campañas los utilizan para enterarse de cuáles son los temas importantes para los votantes. Los resultados de tales sondeos proporcionan una amplia imagen del contenido temático de la contienda (¿qué temas tengo que tratar?); también son una manera para destacar las fuerzas relativas del candidato y de la oposición en términos de las posturas que tomen sobre el tema en particular (¿cuáles son los puntos más fuertes para mí? ¿En cuáles tengo ventaja sobre mi oponente?) (Traugott y Lavrakas. 1997. p.52-53)

Durán Barba asegura que “las encuestas y las investigaciones ayudan al candidato a tener una visión objetiva del proceso electoral y a cumplir con los objetivos que se propuso cuando inició la campaña: ganar la elección, fortalecer su partido, impedir que otro candidato gane o cualquier otro objetivo que se haya planteado”. (2000. P.489)

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2006) atribuye importante utilidad de las encuestas para todos los protagonistas de la vida en democracia.

Las encuestas de opinión cumplen importantes funciones en las

sociedades modernas. En primer lugar, informan sobre lo que piensan los hombres y mujeres de un lugar determinado y brindan herramienta para la toma de decisiones, tanto por parte de los políticos y funcionarios públicos como ciudadanos. Pero además, las encuestas pueden contribuir al control de la autoridad al someter a los políticos y a las medidas de gobierno al examen de la opinión pública. Durante las elecciones, además, los sondeos de boca de urna sirven para que los ciudadanos, al informarse por otras vías, puedan fiscalizar a las autoridades y exigirles explicaciones a ellas y a las empresas encuestadoras en caso de variaciones en los resultados. (P. 160)

Para los medios de comunicación, las encuestas electorales son fuentes riquísimas y muy valiosas de noticias para los votantes. Los medios masivos toman las encuestas y junto con análisis de hechos y declaraciones de los protagonistas de los procesos electorales, realizan interpretaciones del estado de las distintas etapas de las campañas electorales para informar de ello al público.

Según Durán Barba (2000), “Las encuestas ayudan a comprender la realidad, a establecer tendencias, a analizar lo que ocurre dentro de un proceso electoral, a ganar elecciones elaborando estrategias (...)”. Precisamente de estas posibilidades sacan provecho los medios de comunicación. (P.486)

Como la realización de una encuesta seria y de calidad es, desde hace muchos años, relativamente costoso, y si bien los partidos políticos son organizaciones con dinero y apoyo estatal para realizarlas y utilizarlas para satisfacer sus intereses, los electores comunes no pueden, por lo general, pagar sus propias encuestas y conocer toda la información que puede brindar una encuesta electoral. Ante esta situación, los periódicos, que contratan diversas

encuestas para analizar las campañas electorales, se convierten en la forma barata, y por ello accesible, de los ciudadanos comunes de conocer el estado de las cosas en una elección nacional.

En el marco del primer foro sobre Encuestas de Opinión de Carácter Electoral (1994), se afirmó lo siguiente:

Las encuestas son un elemento indispensable e insustituible del análisis y el ejercicio de la actividad política en el mundo de hoy. De otra parte, con un interés similar al de quienes ejercen la actividad pública, las personas del común encuentran que los resultados y las predicciones basadas en encuestas son una manera interesante de ejercer derechos como el acceder a la información. (P.41)

Para algunos autores los votantes se acercan a las encuestas electorales para más que simplemente acceder a información. Si bien es cierto, hay quienes parten de la irracionalidad del ciudadano y manejan teorías que sostienen que los electores reciben las encuestas de opinión electoral y sin pensarlo, por ejemplo, votan por el que los resultados posicionan en ventaja (como se ha afirmado anteriormente, el fenómeno llamado *bandwagon effect*, es mencionado innumerables veces dentro de la literatura y las sentencias judiciales consultadas). Por ejemplo, Emery (1994) afirma que *“The so-called "bandwagon" effect assumes that knowledge of a popular "tide" will likely change voting intentions in favor of the frontrunner; that many electors feel more comfortable supporting a popular choice or that people accept the perceived collective wisdom of others as being enough reason for supporting a candidate”*.

Se ha asegurado que las encuestas son parte de un gran cúmulo de información que maneja el elector para tomar una decisión racional antes de ir a votar. Este punto se abordará más adelante con detalle, pero cabe introducir la tesis de Popkin al respecto en su libro que precisamente se titula “*The Reasoning Voter*”, en el cual establece que el votante sí razona su voto, y utiliza varias vías cortas o atajos para alimentar su racionalidad, la cual denomina “*low information rationality*” o “*racionalidad de baja información*”. Entre estos atajos está obtener datos provenientes de los medios de comunicación masiva.

Si consideramos que los medios publican, entre muchas cosas, resultados de encuestas que ellos mismos contratan pareciera razonable aplicar la teoría de Popkin a determinada información como las encuestas.

La tesis de Popkin se resume en este párrafo:

I have argued throughout this book that the term low-information rationality, or “gut” rationality, best describes the kind of practical reasoning about government and politics in which people actually engages. I have emphasized that low information reasoning is by no means devoid of substantive content, and is instead a process that economically incorporates learning and information from past experiences, daily life, the media, and political campaigns. As Tony LaRussa, the manager of of the Oakland Athletics put it: “When you trust your gut you are trusting a lot of stuff that is there from the past. (1994, p. 212)

Sobre el *bandwagon effect* generado, en muchos casos, por la publicación

de resultados de encuestas electorales que van poniendo en ventaja a un candidato presidencial, Popkin afirma lo siguiente:

The idea that bandwagons based on nothing but victories can persuade people is simply wrong. Voters do not always follow the loudest band or join the biggest parade. People learned to read the political and personal strengths and weaknesses of individual candidates. This should not surprise us. Most people may not be able to read sheet music, but they know something about tunes the new bands are playing, and they most certainly know what tunes the older, more established bands have been playing. (1994, p.116)

Bajo esta tesis, la información que publican los medios de comunicación, entre ello, según dicen, las encuestas electorales, tiene un papel muy relevante para el elector, pues junto con otro tipo de información difundida previo a las elecciones toma la decisión final y decide por quién votar.

Además de la discusión sobre el uso racional o irracional que se hace de la información difundida en las campañas electorales por los electores, se ataca el bombardeo de sondeos de todo tipo y calidad en las campañas electorales, junto con su mitificación y exceso de atención que les prestan los candidatos, pese a que, contradictoriamente, también las critican.

Monzón (2005) establece que:

Sobre todo con la democracia, las encuestas aparecen con mayor frecuencia en los distintos medios de comunicación y su popularidad va llegando lentamente al hombre medio de la calle. Esta presencia y notoriedad hará que en democracia las encuestas se conviertan en factor básico de la comunicación política, aunque se extienda la idea de falsedad, invalidez, manipulación o inoperancia. Cada vez se hacen

más encuestas de opinión, aparecen con más frecuencia en los medios de comunicación y los políticos no pueden disimular su posición contradictoria de seguimiento (dependencia) y de crítica (rechazo) a la vez. (P. 116)

Este mismo autor recopila las principales críticas que, según él, se hacen a las encuestas de tipo electoral, en medio de lo que él denomina “la relación clásica de amor/odio” de los políticos con las encuestas, pues mientras las critican, dependen y están pendientes de ellas. (P. 112)

Se ha dicho, por ejemplo:

- ✓ Que los sondeos pueden empobrecer el diálogo político, fomentar la apatía y la indiferencia política, porque todo está determinado estadísticamente de antemano.
- ✓ Que pueden inducir al empobrecimiento de la vida política, porque son pocos los temas, y siempre los mismos, los que sacan a la publicidad; que pueden contribuir al reforzamiento de actitudes maniqueístas de ganadores/perdedores, mayorías/minorías, izquierdas/derechas, éxito/fracaso, entre otros.
- ✓ Que siguiendo con la tendencia ascendente de las últimas tres décadas en las democracias occidentales, su frecuencia en los medios contribuye al auge del populismo y la personalización política (barómetros de popularidad e imagen).
- ✓ Que tiene una influencia específica sobre el grupo de los indecisos, aunque esta influencia haya que entenderla en múltiples direcciones: aquellos que se suman a la corriente mayoritaria (hipótesis del “vagón de cola”, “ignorancia pluralista” y “espiral del silencio” o la que aquellos, por oposición, reacción u ocultamiento del voto responden en las elecciones de manera contraria a la prevista en las encuestas).
- ✓ Finalmente, destacar el uso que hace el gobierno (o cualquier otra institución pública) de las encuestas como si estas fueran una

consulta democrática”. (P. 112)

Soler (2001) habla de “exaltación de las encuestas” en los procesos electorales en el siguiente texto:

Hasta la mitificación por parte de los gobernantes, grupos políticos o simples grupos de poder pues les permite obtener un casi diario conocimiento de lo que piensan los ciudadanos. Esto ha llevado a lo que, en un tono cercano a lo sarcástico, Alain Mine denomina la “democracia de la opinión pública. (P. 193)

Otras críticas hacen referencia al superficial e incorrecto uso de los sondeos de opinión para fines periodísticos. En este sentido, se menciona que los medios utilizan las encuestas como si las campañas electorales se trataran de una carrera de caballos. Este aspecto lo menciona la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2006) de la siguiente manera: “(...) otras de las objeciones que se hacen a las encuestas señala que obsesión por los sondeos y la atención que reciben de los medios de comunicación ha convertido a las campañas políticas en una carrera de caballos, donde el foco está puesto en ver quién gana y quien pierde y no en el debate de las propuestas y programas de los candidatos”. (P.162)

Este argumento contra las coberturas periodísticas también se descargó por los promotores de la prohibición al analizar la Corte Suprema de Canadá la constitucionalidad de la medida.

Citando a Ansolabehere e Iyengar (1994) acerca del voto disidente afirmó:

The extent that media coverage of election campaigns focuses on polling results, it focuses less on the merits of the candidate and their positions and tends to distract voters attention from substantive issues pertaining the good government of the country. The reliance of polls has become so pervasive that some commentators characterize campaigns as “horse races”. Corte Suprema de Canadá. Thomson Newspaper Co v. Canada (Attorney General), (1998). 1 S.C.R. 877.

En el mismo sentido Traugott en un libro compilado y editado por Mann y Orren (1992) expone la preocupación, que representa para ciertos sectores, el énfasis que hacen los medios de comunicación en el ganador y perdedor en las elecciones, hasta incluso asegurar que las encuestas denigran la decisión privada de votar hasta contaminarla.

Of equally great concern, the reporting of survey results and their use to focus on which candidate is ahead or behind has led to suggest that media polls harm democracy. The horse race emphasis conditions the electorate to evaluate candidates in terms of their electability instead of their positions on issues. And increasingly vocal segments of society feel that frequent reporting of candidate standings, especially late in the campaign diminishes the value of their vote and represents an intrusion into the electoral process. Reports of a consensus about who is likely to win denigrates a concept held by many citizens that their voting decision is private. For some their decision seems to be contaminated by the extensive information about how others are deciding. (P. 127)

Del mismo modo, se ha advertido sobre el peligro del mal uso de los datos de las encuestas para informar a los ciudadanos.

En un debate sobre los pros y contras de la publicación de encuestas preelectorales y de boca de urna en 1984, el periodista Robert Salant, quien

cubrió cinco elecciones presidenciales en Estados Unidos, advirtió sobre el uso de encuestas en las coberturas electorales de los medios lo siguiente:

El punto en el que enfatizo es que, en elecciones, al igual que en otros artículos periodísticos, reportar hechos verdaderos y crudos sin interpretación, sin contexto, sin explicación, puede ser completamente dañino. Muchos derechos pueden hacer un gran mal. Ningún periodista responsable quiere que eso suceda. (Milavsky, Swift y Roper, 1985, p.11)

1.4.2 Principales argumentos esgrimidos para limitar la publicación de encuestas electorales

A continuación, se sintetizan los argumentos básicos que descargan los promotores de la veda para justificarla. Simplificando las cosas en dos apartados, se abordan los siguientes alegatos:

1. La necesidad de librar al votante de influencias externas a la hora de ejercer su voto.
2. La posibilidad de que se difunda información electoral errónea, manipulada, con fines propagandísticos o que esta afecte la seguridad nacional y el orden público.

1.3.2.1 Librar al votante de influencias externas

El principal temor de quienes prohíben la publicación de encuestas y lo que, al mismo tiempo, se argumenta para justificar su censura es que éstas incidan o afecten la decisión del votante, haciéndolo tomar acciones que no vienen de su conciencia o de un motivo interno, sino de estímulos externos que lo hagan actuar irracionalmente y de una forma que no lo haría sin esa información no hubiera llegado a su conocimiento. Esta incidencia limita su libertad de ejercer un voto libre, aseguran los críticos de la publicación en encuestas preelectorales. El bien jurídico a proteger es, entonces, la libertad de votar por quien el elector desea realmente, y no por la presión generada por las encuestas. Esto pretende limitar la libertad de informar.

Soler (2001) describe la intención del legislador en el caso español, donde existe tal restricción.

El legislador opta en nuestro ordenamiento por la protección de la libre formación del voto, entendiendo que la influencia del conocimiento de los resultados de análisis demoscópico puede ser perversa para la preservación del menos influenciado ejercicio del derecho al voto.

La limitación de este eficaz instrumento propagandístico puede suponer una colisión con el artículo 20 de la Constitución (libertad de expresión), pero el legislador ha optado por hacer prevalecer un derecho, el de la libre participación, mediante un voto la máxima libertad posible. (P. 211)

Más adelante, Soler (2001) asegura lo siguiente:

A lo largo de toda la campaña electoral se produce una potencial

colisión de derechos en el lógico ejercicio de éstos. En un momento de especial relevancia, en tanto que lo que está en juego es la participación ciudadana en la configuración final mediante el voto de la representación de la voluntad popular la colisión entre derechos toma especial importancia y el legislador debe ponderar que preferentemente quiere preservar.

La justificación de la ponderación que ha hecho la mayoría de las legislaciones, entre las que se encuentra la nuestra, estableciendo una serie de requisitos en la difusión de encuestas, así como una limitación en el tiempo en que pueden ser difundidas, puede basarse en dos motivos: la no incidencia en la formación del voto, y/o el control del contenido de las encuestas que se publican alternativa o conjuntamente consideradas estas motivaciones. La mayoría ha optado por la primera⁹, la no incidencia en la formación del voto. (P. 212)

Esta línea de razonamiento es compartida por Sobrado (2008), quien hace énfasis en la necesidad de mantener un ambiente reflexión en las elecciones, cuya importancia se hace mayor conforme se acerca el día de las elecciones, lo que también justifica y da sentido a otras prohibiciones, como la restricción a la propaganda electoral y al consumo de bebidas alcohólicas, cuando tenía vigencia en el Código Electoral anterior.

Desde luego, hay una enorme discusión sobre el impacto real que puede tener la difusión de encuestas, pero que lo tiene, lo tiene. Podemos discutir si el impacto es tan decisivo como para aconsejar la restricción, pero sí hay un efecto. Es decir, una difusión de una encuesta momentos antes de un proceso electoral puede generar dos efectos: si la diferencia entre una opción y otra es muy grande, puede generar desaliento en el que va perdiendo y entusiasmo en el que va ganando, ampliándose la brecha ya de por sí establecida a nivel de preferencias. Pero cuando la diferencia es corta puede tener el efecto contrario. Más bien puede motivar al que va en segundo lugar a redoblar sus esfuerzos para tratar de acortar y eventualmente superar

⁹ Esto no es cierto, al menos partiendo de los datos del estudio de The Foundation for Information (2002), pues la mayoría de las naciones ahí estudiadas no tiene vigente la restricción bajo estudio.

la diferencia. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

Acerca de los posibles efectos de las encuestas sobre el electorado, en una discusión sobre la constitucionalidad de la prohibición en la Corte Suprema de Canadá, parte de la prueba pericial brindada por el procurador canadiense, quien defendía la prohibición, fue el informe realizado por un especialista en conducta electoral, llamado el *Lachapelle Study*, el cual hace referencia al apellido del investigador.

El estudio menciona seis efectos potenciales provocados por la exposición de los electores a encuestas de opinión en tiempos de campaña electoral, a saber:

1. *Bandwagon effect*, los electores votan por el candidato que va ganando en según las encuestas.
2. *Underdog effect*, el elector vota por el que va perdiendo en los sondeos.
3. *Demotivating effect*, el elector decide no ir a votar ante la certeza de que su candidato de preferencia va a ganar.
4. *Motivating effect*, en que el elector se entera de que se está dando una elección por las encuestas y decide ir a votar.
5. *Strategic effect*, en que el elector decide cómo votar con base en la relativa popularidad que muestren los partidos en las encuestas.
6. *Free-will*, en que los electores votan para probar que las encuestas está erradas.

Este estudio de Lachapelle agrega que si bien la literatura está dividida sobre los efectos de las encuestas pre-electorales y que no ha sido demostrado científicamente su impacto sobre el resultado de las elecciones, tampoco se puede

rechazar o ignorar la hipótesis de que un impacto de las encuestas exista y tenga consecuencias en la conducta del elector.

Cabe destacar que el efecto más mencionado en la literatura es el *bandwagon effect*, el cual presume una reacción afectiva y no cognitiva del votante ante las encuestas, y consecuentemente al decidir el voto. Es una reacción en la que el votante se lleva por la marea ganadora, actitud que según Irwin G. (2008) es vista de forma negativa por los políticos.¹⁰ Esto sucede, principalmente, en votantes indecisos o con posiciones poco definidas.

En Costa Rica, potenciales efectos de este tipo han motivado proyectos de ley. Un caso muy claro es el de una propuesta legislativa de los diputados José Miguel Corrales y Sigifredo Aiza para alargar el plazo de prohibición de dos días antes de las elecciones y el propio día de las elecciones a un mes, junto con la implementación de mayores controles de calidad de las encuestas por parte del

¹⁰ Sobre el bandwagon effect, resulta interesantísimo el dato histórico que brinda Irwin, G. (2006) sobre el posible origen del uso del término en la política y de por qué obtendría una connotación negativa entre políticos y hasta periodistas. “It is difficult to determine the exact origin of the term, but William Safire traces its origins to usage by the most famous circus leader in 19th century United States, P.T. Barnum, who referred in 1855 to the sale of a circus “bandwagon”. When the circus came to town, the bandwagon led the parade through the streets, trying to draw crowds to the circus grounds to watch the performance. Safire notes that bandwagons were depicted in political cartoons as early as 1884 and 1896 and that “[f]rom 1902 onward the word became well established in American political terminology”, after it was used to depict of the career of Theodore Roosevelt. In terms of voting the analogy is that voters want to jump onto the bandwagon to support a winner. Even before the first public opinion polls based upon modern, scientific sampling principles were held, observers spoke of bandwagon effects for the winner. Horse-race journalism is far from new and the first reported “straw polls” in the United States were held in 1824. In the 19th century, American newspapers regularly made attempts to predict the winner of an upcoming election, at times to boost support for their preferred candidate. In a book that is as fascinating to read today as it must have been when it appeared in 1932, Claude Robinson notes that predictions about victory at an upcoming election “are of course part of the current coin of electioneering.”⁶ Politicians felt that if they could create an impression that they would win the election, it would lead to additional votes. Robinson continued: *For purely practical purposes it is thought necessary to strain every effort to create a victorious psychology, not only to keep the campaign workers on their toes, but to attract the so-called “bandwagon” vote which prefers to back the winning side*. The picture of the “bandwagon” voter was not positive and Robinson seemed to share that view. *There are, according to this view, a large number of voters who have no well-defined political convictions, and who swing with the tide, their chief desire being to vote with the winner. Straw polls indicate the probable victor, and thus unfairly deliver this “bandwagon” support to the majority party.* This picture of the bandwagon voter has become so ingrained in popular thinking that I suppose that it is hardly surprising that journalists and politicians maintain a negative view of voters who are influenced by opinion polls”.

Tribunal Supremo de Elecciones.

En la justificación de estos cambios, como consta en el expediente legislativo 15238, ambos diputados hacen énfasis en las distorsiones potenciales que implica, según aseguran, la publicación de encuestas electorales en una campaña de esta naturaleza.

Para un sistema democrático, como el que vivimos en Costa Rica, es fundamental que una persona al momento de ejercer su derecho al voto, lo haga en forma racional y objetiva.

Por ello, resulta necesario que el elector tenga en su entorno todos los elementos necesarios para lograr ese objetivo. En ese sentido, deben eliminarse todas las distorsiones que podrían afectar su decisión.

Precisamente, una de las distorsiones que se ha presentado en recientes procesos electorales en nuestro país, es la publicación de resultados de encuestas y sondeos de opinión político-electorales, días antes o el propio día de las elecciones nacionales, los cuales han diferido sustancialmente del resultado final y por ende, provocaron esa distorsión de la que hablamos, dado que habrían incidido en la decisión del elector por una parte, y por otra, en el ánimo del dirigente del partido político y del candidato presidencial que apareció en desventaja en esa encuesta.¹¹ (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2003)

Traugott habla de los efectos directos e indirectos de la publicación de encuestas preelectorales en las campañas.

Los directos son, según su punto de vista, sobre el votante, quien altera su conducta al recibir los resultados de una encuesta. Pese a que reconoce que no hay prueba sólida de los efectos y que los estudios realizados para intentar confirmar esta hipótesis son débiles y que estas falencias probablemente nunca

¹¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2003). Proyecto de ley 15238: Modificación de los artículos 85 ter y 86, y creación de un nuevo inciso del artículo 152 del Código Electoral relacionado con la difusión de encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral. Departamento de Servicios Parlamentarios.

sean superadas por lo costoso que resulta llevar a cabo estudios de esa naturaleza.

Polls may increase support for the underdog or create a bandwagon for the leading candidate. The publication of poll results before an election could stimulate turnout when the outcome is in doubt or depress it when there is a clear favorite. And election night projections of likely presidential winners before the polls have closed everywhere in the United States may cause those who vote late in the day. (Mann y Orren, 1992, p.126)

Según Traugott, los efectos indirectos no son sobre los votantes, sino sobre la élite política, alterando las decisiones aquellos que potencialmente financiarían una campaña electoral.

The effects of the polls are not limited to members of general public during an election campaign. Polls can influence political elites as well. Most financial contributors, for example, want to back a winner. Results from media polls, as well as private polls paid for by a campaign, are commonly used by candidates to encourage support for their efforts or to discourage contributions to an opponent who, they would argue, has little chance of winning. These effects can be especially pronounced early in the campaign, when candidates are often not well known and not rated highly in polls. (1992, p.128)

Finalmente, el mismo autor hace énfasis a tres aspectos a tener en cuenta al considerar los estudios que pretenden demostrar los posibles efectos de las encuestas pre-electorales al ser publicadas por los medios de comunicación.

1. Los efectos pueden ser tanto directos como indirectos.
2. A pesar de que algunos críticos concluyen que las encuestas son extremadamente nocivas, la introducción de información con bases empíricas sobre los candidatos y sus campañas ha mejorado la calidad de la cobertura de noticias, en muchos sentidos, y ha

beneficiado al elector.

3. Cualquier discusión sobre el impacto de las encuestas no puede divorciarse de consideraciones sobre la etapa de la campaña en la que la información se pone a disposición del público, pues ello determina la atención, interés y necesidad de información del elector. (Ídem)

1.3.2.2 Riesgo de difusión de información electoral errónea, su manipulación, usos propagandísticos y la posible afectación de la seguridad nacional y orden público

Posibilidad de errores en las encuestas

Otro de los motivos por los que se alega que la difusión de encuestas debe ser prohibida en cierto período previo y posterior a las votaciones es la posibilidad de que la información sea errada y no coincida con el resultado real de las elecciones.

Tal situación afectaría la percepción del votante, quien tomaría una decisión de voto con base en datos falsos y manipulados, con los cuales asistiría a las urnas a plasmar su voluntad.

La posibilidad de un error mezclada con la autoridad que se le da a la información de las encuestas electorales por tener mucha validez científica dentro de la sociedad despierta aún más preocupación para los críticos de las encuestas. Esto es más grave aún, según los críticos, cuando la publicación se hace muy

cerca o el propio día de las elecciones, pues la capacidad de reacción y de revisión de la metodología de las encuestas por votantes y partidos políticos se minimiza, lo que aumenta la posibilidad de que se vote con base en datos imprecisos.

De esta manera argumentó el criterio disidente de la Corte Suprema Canadiense, en 1998, cuando se discutió la constitucionalidad de la prohibición, como parte de los razonamientos para admitir la medida restrictiva:

Before this court, the respondent submitted that the sole objective of the provision on which it was relying was to provide a period during which the accuracy of a poll could be publicly questioned and debated, so that the scientific validity and accuracy of any particular poll would be more fully known to canadian voters. The harm, then, which the provision purportedly addresses is the possibility that the scientific accuracy of polls may overestimated by Canadian voters in a particular election and that they may cast their vote based on this inaccurate perception. (1998)

Esta preocupación la comparte Sobrado (2008), ya que, según él, existe siempre el riesgo de que las encuestas se equivoquen o sean manipuladas.

La verificación de su seriedad (la de las encuestas) es ex post, y si la encuesta fue manipulada ya el daño está hecho y sin posibilidad de reacción de los partidos políticos. Es que eso es fundamental. Cuando en época normal se lanza una encuesta vos le das una opción a los partidos de reaccionar y cuestionar el resultado de una encuesta, pero cuando se lanza en tiempo de veda es burro amarrado contra tigre suelto. No hay capacidad de reacción partidaria. Y en ese sentido, los medios tienen la política de que por ahí del jueves tiran su última encuesta y se acabó la discusión y las personas pueden tener como elemento los resultados de las encuestas. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

La veda toma mayor sentido, asegura Sobrado, si se considera que en el país no existe un control previo de cada encuesta, lo cual sería poco razonable por tratarse de la libertad de expresión. Por ello, lo que se solicita es una inscripción previa de las encuestadoras y éstas pueden ser obligadas a dar al Tribunal Supremo de Elecciones información de naturaleza metodológica, por ejemplo.

No hay un control previo de los resultados de las encuestas, hay un trámite previo de inscripción y se debe demostrar la seriedad de la empresa, pero la empresa asume el compromiso de mantener a disposición del tribunal los documentos y la metodología que sustenta la encuesta con la posibilidad de que se verifique que es un resultado serio. Esto pasa después de que sale la encuesta, no es que antes de la publicación el TSE haya verificado la seriedad de la misma, porque no podría haber un control previo, pues todo lo que se trata de libre expresión está sometido a un régimen represivo y no preventivo. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

Dentro de este tipo de argumentaciones sobre los errores de las encuestas, se han dado hechos históricos en Centroamérica, Europa y Norteamérica que se utilizan como prueba de que las encuestas se pueden equivocar y que no funciona, según sus más fuertes críticos.

Durante las campañas políticas, las encuestas y los pronósticos ocupan el centro de atención. Sin embargo ha habido numerosas fallas históricas: en 1948, todas las empresas predijeron la derrota de Harry Truman en los Estados Unidos; en 1990, la mayor parte de las encuestas predijeron el triunfo sandinista sobre Violeta Chamorro en Nicaragua; en 1970, las encuestadoras se equivocaron al pronosticar la victoria laboralista sobre los conservadores en Gran Bretaña, entre otros casos. (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2006, p. 160)

El caso del expresidente estadounidense Harry Truman, mencionado en la cita anterior, es uno de los que más han reflejado la polémica de la publicación de encuestas electorales por medios de comunicación.

En este caso, el diario “Chicago Tribune” sacó a la calle una edición especial en la que titulaba “*Dewey Defeats Truman*”, anunciando que, como lo venían diciendo las encuestas días antes, Truman perdió las elecciones ante Thomas E. Dewey, su contrincante, cuando en realidad, según los datos oficiales, Truman las había ganado.

Además de la desconfianza sobre las encuestas electorales y los medios de prensa que generó el caso, según Irwin (2006) este ejemplo se ha utilizado para ejemplificar el *underdog effect*, del cual, advierte el autor, al igual que el *bandwagon effect*, no se tiene prueba empírica de su existencia.

Los teóricos aseguran que *underdog effect* sucede cuando la gente vota compasivamente por el que va perdiendo según las encuestas.

A new term had entered the discussion concerning the effects of polls—underdog effects. Such effects are strongly associated with the presidential election in the United States, in 1948. The polls had so overwhelmingly predicted that the incumbent, Harry Truman, would lose, that the journalists and editors of the Chicago Tribune opened an early edition with the headline “Dewey Defeats Truman”. The photo of a triumphant Truman holding up a copy of is now part of American election folklore. The explanation was that at the last moment voters had turned out to support the underdog. (Irwin, 2008)

Manipulación e intereses comerciales

En las campañas electorales, otro temor que generan las encuestas es la

posibilidad de que sean manipuladas, que “lancen” los resultados deseables y con ello, logren satisfacer los intereses de quienes están detrás de los sondeos distorsionados. Con esto, aseguran, se distorsiona también la voluntad del elector, lo cual violenta el derecho a unas elecciones justas y equitativas.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2006) menciona este aspecto dentro de su análisis del tema que en esta investigación se aborda.

Otras voces críticas señalan el peligro de que las encuestas sean manipuladas o distorsionadas. Los sondeos de opinión pueden ser manipulados de distintas formas —al seleccionar las preguntas, la muestra, el momento de aplicarlas— con independencia del margen de error natural que comporta toda la encuesta. Para reducir este peligro, muchos países incluyen en sus legislaciones la obligación de los medios de comunicación de difundir, cuando se publican las encuestas, determinada información sobre la empresa que la ha conducido y sobre cómo ha sido realizada”. (P. 161)

La posibilidad de manipulación de las encuestas preelectorales (y con ello de los electores) ha sido discutida dentro de la Asamblea Legislativa en el contexto del proyecto de ley 16212, que se convirtió luego en el Código Electoral vigente.

Así consta en la moción número 30 discutida por la Comisión Especial de Reformas Electorales y Partidos Políticos. Dicho proyecto pretende ampliar el plazo de prohibición de publicación de encuestas de 48 horas y el propio de las elecciones, a 72 horas y el propio día de los comicios. También procuraba, aunque después los diputados desistieron de ello, establecer penas de prisión a directores de los medios de comunicación y encargados de empresas

encuestadoras que violaran la veda.

Según dicha Comisión, presidida por el diputado Fernando Sánchez Campos, al discutir el artículo 131¹² del proyecto (la enumeración de artículos del proyecto de ley en aquel momento no corresponde con la de la versión final), la potencial manipulación de los sondeos de opinión y la posibilidad de que esta dé al traste con contiendas electorales justas y equitativas, se debe analizar bajo la luz de los justos intereses de las encuestadoras de realizar sus sondeos y de los medios de difundirlo.

Lo relativo a las encuestas electorales es un tema delicado, toda vez que, por una parte, su manipulación puede distorsionar una sana y equitativa competencia electoral. Por la otra, su regulación puede crear conflictos entre los legítimos intereses de las empresas que las elaboran y los medios que las difunden, cuya actividad lícita representa el ejercicio de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, y la aspiración colectiva, también amparada constitucionalmente, de procesos electorales justos, transparentes y respetuosos de la voluntad popular. (Asamblea Legislativa, 2007)

Esta inquietud sobre la manipulación la comparte Sobrado (2008), quien

¹² ARTÍCULO 131.- Encuestas y sondeos de opinión.

Los institutos, universidades, cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral deberán registrarse ante el Tribunal Supremo de Elecciones dentro de los quince días posteriores a la convocatoria de elecciones, identificando a la empresa y el o los profesionales responsables, y los demás requisitos que determine el Tribunal.

El Tribunal publicará en un medio de comunicación escrito y de circulación nacional los nombres de las empresas, universidades, institutos y cualquier ente público o privado que se encuentre autorizado e inscrito en el Tribunal, para realizar encuestas y sondeos de carácter político electoral.

Se prohíbe la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión y encuestas relativas a procesos electorales, durante los tres días inmediatos anteriores al de las elecciones y el propio día; y los elaborados por empresas no registradas, durante el período de la campaña electoral.

asegura que a diferencia de las noticias y artículos editoriales que publican los medios de comunicación, las encuestas, por su naturaleza, tienen más capacidad de manipular la voluntad de los votantes.

Pero cuando transmitís una encuesta estás dando la idea de que la mayoría de un país está apoyando una opción, y eso de alguna manera puede ser más convincente y por tanto, con una mayor capacidad para manipular la voluntad del elector de lo que puede ser una posición editorial o un artículo. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

Esta presunción de manipulación de las encuestas de Sobrado ha quedado plasmada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Elecciones. Tal premisa ha sido utilizada para justificar la obligación de inscripción y el control que ejerce este tribunal sobre las empresas encuestadoras.

Dado que al dar a conocer encuestas o sondeos de preferencia partidaria puede tener un profundo impacto en la decisión del votante, el legislador se preocupó por establecer un trámite de registro por cuyo medio se garantizara la seriedad de las firmas encuestadoras y sus estudios a fin de evitar su utilización como maniobra electorera para distorsionar la correcta expresión de la voluntad popular. (Tribunal Supremo de Elecciones, 2002. Resolución 126-2002)

Junto con la manipulación de las encuestas para distorsionar la voluntad de los electores, se cuestiona la finalidad de fondo que persiguen los medios de comunicación y las encuestadoras al difundir los sondeos en los procesos electorales. Se habla fundamentalmente de intereses comerciales encubiertos en el discurso de la libertad de información y expresión.

Como parte de esos razonamientos Sobrado (2008) asegura que es dudoso que la libertad de expresión esté de por medio en este debate. Para él se podría tratar de una limitación a la libertad de empresa.

Yo tengo mis dudas de que en la difusión de una encuesta esté de por medio la libertad de expresión o de opinión, me suena más que está en juego la libertad de empresa, porque acá no le tomamos el parecer a una persona, sino que estamos midiendo comportamientos y haciendo predicciones sobre la base del momento actual ¿Eso es libertad de expresión? Podría ser libertad de empresa, pero libertad de expresión tengo mis dudas. Diferente es que yo le diga que ese día no se puede escribir de tal tema. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

El criterio disidente de la Corte Suprema de Canadá, al discutir, en 1998, sobre la legalidad de la restricción de publicación de encuestas ha advertido que Carta de Derechos de esa nación no debe servir intereses comerciales, lo cual sucede, aseguran, si se considera que la restricción lesiona derechos es contraria esa ley suprema.

The Charter should not become an impediment to social and democratic progress and be made to serve substantial commercial interests in publishing opinion poll results by defeating a reasonable attempt by parliament to allay potential distortion of voter choice. (Canada Supreme Court, 1998)

Los intereses de los grupos económicos, apoyados por los medios de comunicación y encuestadoras en la ejecución y difusión de encuestas, se mencionan entre los motivos esgrimidos en el proyecto de ley 15238, para establecer la ampliación de la prohibición de publicación de su difusión un mes antes del día de las elecciones, para proteger la soberanía del elector, aseguran los que promueven la iniciativa.

Por otra parte, es de conocimiento público que los medios de comunicación, en nuestro país, responden a intereses de grupos económicos, por lo que su asocio con firmas encuestadoras para realizar este tipo de investigaciones, sin el control estricto y permanente de los órganos electorales, podría reforzar la influencia de esos grupos en detrimento de la soberanía del elector. (Asamblea Legislativa, proyecto de ley 15238, 2003)

Veda electoral, seguridad nacional y orden público

Ciertos críticos se refieren a las encuestas finalidades publicitarias que rompen, según sus promotores, con el clima de reflexión que pretende establecer el legislador nacional al prohibir, además de la difusión de encuestas electorales, la venta de licor y la difusión de propaganda política.

Dentro de esta corriente, las encuestas son consideradas parte de varios elementos que pueden conducir al rompimiento del orden público en la campaña electoral, en las cuales las pasiones políticas que despiertan las votaciones pueden ser fuente de situaciones que lleguen a afectar la seguridad nacional, y con ello, el apropiado discurrir de las elecciones. Por ejemplo, las encuestas electorales pueden llegar a crear incertidumbre y zozobra entre los ciudadanos si se difunden sus resultados antes que los resultados oficiales, aseguran algunos, por lo tanto, lo apropiado es prohibir su publicación, de esa forma, se protege al elector, al proceso electoral y con ello, la democracia.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2006) menciona el temor que genera para algunos, específicamente, la difusión de encuestas de boca de urna para el orden público:

Distintas restricciones legales también se aplican sobre la publicación de los sondeos de boca de urna, ya que algunos países vedan la difusión de estos resultados hasta que hayan cerrado los comicios o hasta cierto tiempo después de se hayan cerrado. Los plazos, nuevamente, varían de acuerdo al país. En este caso las justificaciones más comunes que se esgrimen tienen que ver con garantizar la tranquilidad del acto electoral, evitar las tensiones que podría provocar las informaciones contradictorias, prevenir que los electores se confundan con resultados que luego podrían cambiar o que resultados no oficiales influyan en las decisiones de los electores que aun no han votado, sobre todo en los países que atraviesan distintas horas horarias. (P. 163)

Sobrado (2008) enfatiza, con base en la legislación vigente antes del nuevo Código Electoral, cómo las encuestas preelectorales pueden romper con el la tranquilidad pública, junto con la venta de licor y difusión de propaganda partidaria:

En el Código Electoral, por medio de varias disposiciones, se configura un período de reflexión. Se tratan de crear condiciones para que los ciudadanos, poco antes de ir las urnas, tengan un espacio de reflexión personal sin estar sometido al bombardeo propagandístico de quienes participan en la elección. El plazo de dos días antes de la elección rige parejo, en primer lugar para establecer una veda de publicidad partidaria, y paralelamente, durante el mismo plazo, la difusión de encuestas. Repito: se pretende crear un espacio de reflexión para el ciudadano, que no esté contaminado con el bombardeo de publicidad partidaria y con el manejo publicitario que se puede dar a las encuestas. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

Sobre la prohibición de la venta de licor en campañas para preservar el orden público, como regía antes del nuevo Código Electoral, Sobrado asegura lo siguiente:

Hay que recordar que además el día previo de elecciones se prohíbe el expendio de bebidas alcohólicas, que también procura fortalecer este espacio de reflexión preelectoral y también, para generar condiciones

en la que la jornada transcurra en condiciones de normalidad, de tranquilidad y orden. Es una cláusula de orden público. Las elecciones desatan pasiones políticas de manera más o menos intensa, y esa profilaxis que crea ese espacio pretende establecer condiciones de orden público.

La prohibición de publicación de encuestas y todo el conjunto de prohibiciones que pretenden mantener el orden público tienen mucho mayor sentido en América Latina que en Norte América o Canadá, pues, según Sobrado, en esas naciones se lucha contra otro “fantasmas”. (Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

En América Latina se parte de la desconfianza en los ciudadanos y las esferas políticas, debido al turbio pasado político de nuestras democracias, considera el actual presidente del Tribunal Supremo de Elecciones. Esto justificaría la existencia de la restricción en naciones latinoamericanas, como Costa Rica, lo que hace a la difusión de encuestas una preocupación válida que la justifica.

En países como Canadá, a lo que habría que sumar Europa, etc., en toda la regulación electoral parten de una premisa de confianza. Latinoamérica, por su historia, por sus condiciones, parte en la regulación electoral desde la desconfianza. Eso explica que solo en América Latina existan organismos electorales especializados, en cambio en Europa las elecciones las organiza el Ministerio del Interior, controlado por el partido del Gobierno y el día de las elecciones los resultados los da el Ministro del Interior y los conflictos los resuelve la jurisdicción contencioso administrativa. (Sobrado, Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

No hay un sistema mejor que otro, pero operan en sociedades distintas, donde los fantasmas son distintos. En América Latina, donde se ha adulterado la voluntad popular de manera sistemática en la mayor parte de la vida independiente de estos Estados, obviamente el ordenamiento se construye a partir de premisas diferentes.

Por eso creo que hay una preocupación válida de mantener el orden público y de reforzar las garantías de la libertad electoral, y eso hace que los días antes de la votación estemos sometidos a un régimen especial, que en nuestras realidades se justifica. (Sobrado,

Comunicación Personal, 16 de setiembre, 2008)

1.5 Síntesis de la argumentación del voto mayoritario de la Corte Suprema Argentina en que se considera constitucional la prohibición de difusión de encuestas en el ordenamiento argentino. (A.682. XXXVI- “Asociación de Teledifusoras Argentina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”- CSJN- 07/06/2005)

Cabe resumir los argumentos bajo los cuales la mayoría de la Corte Suprema Argentina mantuvo, en el 2005, la vigencia de la prohibición de publicación de encuestas en esa nación.

La Asociación de Teledifusoras Argentinas y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas presentaron una acción de amparo para que se declare inconstitucional el artículo 5 de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires.

Tal numeral establece que desde las 48 horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales.

Como primer punto, el voto mayoritario de la Corte Suprema establece que, más allá de un enjuiciamiento de las encuestas, sus aciertos y errores, lo que corresponde es analizar la razonabilidad de la medida y la validez de las limitaciones que genera sobre otros derechos.

En ese sentido, reconoce la importancia de mantener la pureza del sufragio, por lo que debe impedirse todo lo que pueda contribuir a alterarla. De esta

manera, se han creado todo un conjunto de normas que limitan la libertad de contratar, gozar y usar la propiedad (restricciones al financiamiento partidario, a la extensión de la campaña electoral, a la práctica de juegos de azar, venta de licor), a la libre expresión (veda de declaraciones proselitistas, por ejemplo) y al derecho de reunión (prohibición de espectáculos públicos y otros). Todas estas restricciones tienen validez, por tanto protegen un voto libre.

La corte sudamericana remite a un caso de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, *Burson v. Freeman*, 504 US 191-1992-, en que se prohibía, en el Estado de Tennessee, que dentro de 100 pies, contados desde la entrada del lugar, se desplegara y distribuyera material de campaña e incitaciones de voto. Tal medida fue considerada necesaria para obtener el fin perseguido, el cual era evitar el fraude electoral o la intimidación, males contra los que se han realizado múltiples reformas en Estados Unidos y en otros países.

Este criterio norteamericano se liga sobre la limitación a las encuestas electorales.

Dentro de ese mismo orden de limitaciones debe inscribirse la prohibición de difundir encuestas de intención de voto y de boca de urna, toda vez que la difusión por parte de los medios —tanto durante el período de reflexión como con mayor razón durante el comicio y antes de su cierre efectivo en todos los lugares de votación— del eventual ganador de las elecciones podría influir en los electores que aún no han emitido su voto; si la cantidad de dichos electores es considerable, podría verse afectado el resultado mismo de la elección. (Corte Suprema de Argentina, 2005)

Por otro lado, la Corte asegura que los sondeos tienen indudables fines electorales, y aunque no existe certeza científica, es posible que su publicación

influya positivamente en los electores.

Esta es la razón a la que con toda evidencia —tal como resulta de la lectura del debate parlamentario, tanto de la ley local cuestionada como de la reforma al Código Electoral Nacional— responde la prohibición temporaria de publicación de sus resultados, que coincide por lo demás con prohibiciones similares de otras conductas igualmente susceptibles de influir en la serena reflexión de los votantes que el legislador ha tratado de preservar durante escasos tres días. (Corte Suprema de Argentina, 2005)

Junto a esto, asegura el voto mayoritario, esta prohibición es muy frecuente en el derecho comparado y acepta que si bien un Sala Penal francesa consideró la medida restrictiva violatoria de los derechos humanos, la sentencia carece de todo desarrollo argumental.

Del mismo modo, la Corte razona que si bien es incuestionable que la libertad de expresión debe tener un carácter preferente para favorecer un debate robusto, pero en el caso concreto lo que se defiende es la auto expresión, que no debe tener ese carácter preferente, pues para elegir a sus gobernantes el pueblo necesita un periodo de reflexión alejado de perturbaciones proselitistas, encuestas y demás que pueden influir en las personas.

En este argumento utiliza la analogía del orden que debe haber en un concierto o en un debate para que su discurrir sea apropiado para todas las partes, lo que no sucede cuando todos los participantes gritan.

Limitar la libertad de expresión de los que concurren a una sala de conciertos y así posibilitar que todos puedan escuchar la orquesta no es violar la Constitución Nacional. Respetar el orden de exposición de los oradores en un debate es de sociedades civilizadas y sólo puede confundirse con una restricción al derecho de expresar las ideas si se piensa en que ese debate no supone necesariamente alteridad. Pues bien, la norma cuestionada sólo asigna un "turno" a la difusión de las

encuestas, para respetar la necesaria e indispensable expresión del cuerpo electoral que cabalmente y como tal, sólo se manifiesta en las urnas. (Corte Suprema de Argentina, 2005)

Con respecto al alegato de que la restricción violentaría el principio de igualdad por cuanto impide la difusión de los resultados al público en general, pero permite que las empresas sí se los brinden a sus clientes, no sólo descarta que la situación esté acorde con la doctrina de igualdad desarrollada por el Tribunal, sino que considera que el argumento es más efectista que real, pues “del mismo modo podría decirse que la prohibición de realizar actos proselitistas o declaraciones públicas a los candidatos no es hábil para impedir que éstos comenten en sus respectivos núcleos de allegados cuestiones políticas, estableciendo así una diferencia entre los ciudadanos que los integran y el resto de la comunidad”. (Corte Suprema de Argentina, 2005)

Sobre la veda durante las tres horas posteriores al cierre de las urnas, la corte considera que, por las mismas razones esgrimidas antes, la restricción es válida también en esa etapa.

El voto termina cuando afirma que el tiempo de veda es muy breve y concluye que es constitucional, y niega que se afecte con ella la función de la prensa.

La importantísima función que la prensa cumple en el desarrollo del proceso electoral no se ve afectada por aquella limitación, mucho más si se tiene en cuenta que la cobertura de las elecciones no puede confundirse con la de una carrera de caballos o un partido de fútbol en cuanto a la importancia o necesidad de la "instantaneidad" en la transmisión del dato. (Corte Suprema de Argentina, 2005)

Capítulo 2.

2. Argumentos en contra de la restricción de publicación de encuestas electorales previo a la ejecución de procesos electorarios.

Este capítulo desarrolla los principales alegatos esgrimidos para establecer la nocividad de restricción bajo debate. Los principales argumentos se pueden esquematizar en tres principales, que corresponden a cada uno de los apartados siguientes: 1) la negación de la premisa de que las encuestas generan un efecto nocivo para el electorado y los procesos electorales; 2) se parte de que, en vez de un efecto nocivo, las encuestas aportan información objetiva, útil y demandada por el votante, las cuales fortalecen los procesos electorales; 3) la veda es inútil y superada por la realidad tecnológica que vive actualmente el mundo, lo que la hace no idónea, pero además genera más efectos negativos que positivos, pues, por ejemplo, se distorsiona el mercado de las encuestas, pues si varias encuestas fluyeran libremente en cualquier momento de la elección se generaría una autorregulación y se minimiza el efecto de una sola encuesta electoral imprecisa.

2.1 Negación del efecto nocivo de las encuesta en los procesos electorales

En la discusión sobre el efecto de la difusión de encuestas electorales hay quienes minimizan y niegan sus efectos con base en la falta de evidencia empírica. También se niega la efectividad de la utilización de “encuestas” falsas o manipuladas, por alguna agrupación para obtener más adeptos.

Durán Barba asegura que “la tesis del poco impacto electoral de la publicación de encuestas está respaldada por la opinión de consultores políticos profesionales del primer nivel”. El propio Joseph Napolitan (2000), con su enorme y variada experiencia afirma tajantemente que “la publicación de encuestas electorales no ejerce influencia sobre la intención de voto de los electores porque produce un conjunto de reacciones contradictorias que suman cero”. (P. 491)

Este mismo autor niega que mediante la manipulación de los sondeos de opinión y emisión de mensajes políticos que afirmen que tal candidato va en ventaja en las encuesta se aumente efectivamente el caudal de votos a favor de éste.

En nuestros países se da más importancia a la “viveza criolla” que al uso científico de las encuestas como instrumento científico de análisis. Algunos políticos creen que pueden conseguir votos engañando a los electores acerca de sus propias posibilidades electorales y falsifican “encuestas” para convencer a la gente de que van a ganar. Quienes así proceden, usan un fusil de alta precisión para cazar conejos dando golpes con la culata. La encuesta sirve para todo lo que enumeramos anteriormente y es un arma extraordinariamente poderosa para poder ganar una elección. Si se la utiliza para mentir sobre porcentajes su eficiencia es baja. (Barba, 2000, p.490)

Durán Barba (2000) agrega que “a esta altura de las investigaciones sobre el tema, está claro que las encuestas son armas formidables para armar estrategias electorales de gobierno. Como truco para conseguir votos publicando simulaciones que exageran la posibilidad de éxito no son eficientes y pueden ser nocivas”. (P. 493)

En específico sobre la veda en cuestión este autor asegura lo siguiente:

“Siguiendo una iniciativa que se tomó por primera vez en Francia, varios países de América Latina han prohibido la publicación de encuestas electorales por un período de tiempo (sic.) anterior a la elección. Esa prohibición tiene varios supuestos: se cree que las encuestas empujan a muchos votantes a votar a favor de los candidatos “ganadores” perjudicando a pequeños candidatos que mejorarían un poco su posición si la gente no supiera que están tan mal. Hay la idea de que para que el votante sea libre no debe recibir información que sea fruto de una investigación, sino que debe tomar su decisión en la ascepcia de él mismo antes su conciencia. En realidad esas prohibiciones expresan más bien el temor de las élites y de los políticos antiguos frente a un mundo que se transforma”. (P. 495)

El mismo autor también critica la pretensión de un voto sin influencias:

La idea misma de que el elector decide su voto sin influencias es irreal. En el último mes de campaña la televisión, las paredes, las radios, los periódicos están plagados de propaganda electoral que trata de influir en la voluntad de los electores. No se sabe el porqué sea nocivo que en medio de esa avalancha publicitaria exista algo de información basada en investigaciones. (P. 496)

Con respecto a los efectos de las encuestas electorales la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión realizó un comentario muy relevante sobre las premisas teóricas tras quienes aceptan y temen a los efectos, en su informe del 2005 publicado en el 2006:

Lo cierto es que no hay una opinión unánime, ni hallazgos concluyentes sobre el impacto que producen los sondeos -y en general, los medios de comunicación- sobre las audiencias. En cambio, hay una variedad de teorías. Las visiones más mecánicas consisten en creer que los candidatos pueden persuadir a los votantes simplemente inyectándoles un mensaje adecuado. Ese modelo, conocido como el de “aguja hipodérmica” ha sido ampliamente criticado y superado; prácticamente hoy todos los teóricos entienden que los medios masivos de comunicación no son fuerzas monolíticas que se imponen ante un receptor pasivo, inerte y aislado sino que, por el contrario, las audiencias se apropian de los mensajes y recrean y producen significados en función de un contexto y una dinámica

sociocultural determinada. En contraste con el modelo hipodérmico, por ejemplo, el denominado “modelo de resonancia” postula que los mensajes de campaña operan en consonancia con las predisposiciones y sentimientos que ya tienen los votantes, siendo la más importante la identificación partidaria. En definitiva, la idea misma de que el elector decide su voto sin influencias es irreal. (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2006, p.161)

Irwin (2006) desarrolla todo un análisis de por qué el *bandwagon effect*, aquella percepción de que los ciudadanos dan su voto al que gana las encuestas es, según su parecer, un mito. Con esto, en el contexto holandés, descarta la posibilidad de que las encuestas generen conductas irracionales entre los receptores de los mensajes.

Cabe advertir que el concepto de *bandwagon effect* que Irwin utiliza en sus investigaciones implica un efecto irracional, específicamente, sobre el votante no comprometido con las elecciones y desinteresado.

Según cuenta Irwin (2006), entre 1998 y 1999 se dedicó a estudiar 79 artículos científicos que trataran el tema de la influencia de las encuestas en el elector, concretamente, el *bandwagon* y el *underdog effect* (cuando, en vez de votar por el ganador en las encuestas, se siente simpatía por el perdedor y se vota por él). Según él, en la literatura estudiada no encontró definiciones claras de ambos fenómenos, halló contradicciones y pocas investigaciones realizadas en sistemas electorales multipartidarios.

Irwin comenta lo siguiente:

There was little discussion of what psychological theory might underlie such effects. The results were often contradictory. And there was little evidence carried out in the context of a multiparty system.

Según Irwin, si bien se asegura que los indecisos y los que aseguran tener menor interés en las elecciones son los que forman parte del fenómeno *bandwagon*, esta correlación no se percibió en sus investigaciones en Holanda.

Lo que sí se percibió en las elecciones parlamentarias del 2003, es que entre muchas opciones de voto, los electores usaron las encuestas para decidir a quien darle el apoyo, por lo que se trata, según él, de un voto estratégico, no uno emocional, o irracional, como lo hemos denominado en esta investigación.

En síntesis, estas son las principales conclusiones de Irwin (2006) en el contexto holandés:

a) Hay poca evidencia de voto emocional ante encuestas: *“There is still little evidence that voters react emotionally or affectively to polls—just jumping on the winners bandwagon. We do not find voters who report having been polls to be uninterested, uninformed or uncommitted.”*

b) Los votantes que utilizan las encuestas para decidir por quien votar no son desinteresados, poco comprometidos o despreocupados.

Such voters do not fit the picture of the classic bandwagon vote—uninterested, uncommitted, unconcerned. Instead, such voters are interested, committed and sufficiently concerned in order to make the effort to make such a difficult choice. Such voters should be admired by politicians and journalists, not reviled.

c) Hay evidencia de reacción cognitiva ante las encuestas.

Instead, there is evidence that voters react cognitively to the polls. Polls provide information concerning the relative strength of support for political parties at a particular moment and which parties are

gaining or losing when compared to the previous election or previous polls. Based heavily on this information voters formulate expectations concerning the outcome of the election and the consequences of the expected outcome will be. Which party will become the largest after the election; will a party fall below the electoral threshold or a threshold it has set for participation in government; an most importantly, which coalition possibilities are possible or likely? These are strategic considerations for many voters, especially those who do not have a straight forward preference for a single party.

d) No se debe prohibir la publicación de encuestas:

The answer to the follow-up questions concerning whether polls should be banned is undoubtedly quiet obvious from the previous conclusion. Polls provide information to voters, that is useful to them in determining their vote, just as they use the information from debates and other sources to determine their vote.

La World Association of Research Professionals, en un estudio de The Foundation for Information (2002, II), al igual que Irwin, niega y minimiza los efectos de las encuestas en el electorado. Además asegura que son una herramienta neutral y racional para interpretar las elecciones y votar.

The conclusion is that any effects are difficult to prove and in any case are minimal. Opinion polls do provide a form of “interpretative assistance” which helps undecided voters make up their minds. But the media are full of such interpretative aids, including interviews, and commentaries, and in this perspective election polls are relatively neutral an rational interpretative aid. (The Foundation for Information, 2003, II)

Díaz-Castillo (2005), en su tesis doctoral de la Universidad Estatal de Ohio, también llega a la conclusión de que, tras analizar la bibliografía, diseñar y aplicar un modelo experimental sobre el *bandwagon* y *underdog effect*, las evidencias no permiten concluir que tales hipótesis sean ciertas.

This study attempted to add to the literature of bandwagon and underdog effects by conducting an exhaustive review of the literature and carrying out a research design conceived with the factors most likely to determine the occurrence of bandwagon and underdog effects, now joins the inconclusive evidence on bandwagon and underdog effects. (P. 139)

A esta misma conclusión llega Badeni (2002) al referirse al voto de la Corte Suprema de Argentina en que los magistrados consideraron razonable la restricción bajo estudio. Badeni asegura que no hay prueba de los efectos de las encuestas y que la medida responde de dirigentes políticos que quieren justificar su fracaso electoral.

En el siguiente párrafo Badeni afirma:

En cuanto a este último aspecto, no existe estudio científico alguno que permita aseverar, con relativa certeza, que las encuestas o propaganda política, realizadas poco antes o durante los comicios, influyan sobre la decisión de los electores. Más que a un razonamiento científico, la afirmación parece provenir de ciertos dirigentes políticos para justificar su fracaso electoral. (P. 399)

El mismo autor niega que las encuestas den al traste con la tranquilidad pública en el contexto argentino.

Con respecto al orden y la tranquilidad pública, en la experiencia electoral argentina no se registran antecedentes de perturbación sobre aquellos valores. Y, si se han presentado, en modo alguno puede tener preeminencia sobre el derecho a la información que tiene la ciudadanía sobre las opiniones atinentes a uno de los actos fundamentales de un sistema republicano de gobierno. (P. 339)

En otro documento, Badeni (2005), partiendo de la premisa de que las encuestas no generan efectos en los votantes y apoyando el voto disidente de los magistrados Petracchi y Belluscio en la sentencia de la Corte Suprema de

Argentina sobre el tema, acepta que la medida es una muestra clara de paternalismos estatal, que en realidad intenta llevar calma a la clase política.

Es que tal y como lo destacan los jueces Petracchi y Belluscio, citando a Geoffrey Stone, la desconfianza que inspiran tales restricciones obedece a tres razones: a) esas restricciones distorsionan el debate público; b) los funcionarios tienden a prohibir, a través de ellas, a expresiones que consideran poco valiosas o perjudiciales; c) son restricciones inspiradas en el miedo al impacto comunicativos de la expresión prohibida: los funcionarios no creen que los ciudadanos expuestos a determinadas expresiones, puedan hacer las opciones que las autoridades consideran correctas.

También el gobierno teme que la expresión que se prohíbe pueda provocar la respuesta de una audiencia hostil. Advierte el autor que en todas esas posturas subyace un fuerte e intolerante paternalismo.

La reflexión es acertada porque en definitiva la prohibición apunta a disipar el temor de los funcionarios gubernamentales, de los partidos políticos y de los candidatos por la publicación de las encuestas y no a tutelar la reflexión y sosiego de los electores.

Badeni cuestiona los efectos nocivos de la publicación de encuestas de boca de urna, pues asegura que en 1983, en Argentina, la difusión de encuestas preelectorales fue amplia, sin que se pudiera acreditar que ellas alteraron el resultado electoral que se tendría que haber producido, pero de todos modos, según él, si se alterara, cuestiona por qué tendría que aceptarse que esas encuestas alteraron indebidamente la voluntad del elector. Se pregunta también: “¿no podríamos sostener que, por el contrario, y merced a ellas y su conocimiento por la prensa el elector tuvo plena conciencia sobre cuál debía ser el destino de su voto? En este marco de hipótesis y conjeturas, ¿se justifica cercenar la libertad de prensa mediante la censura?” (2005)

Traugott en una compilación de Mann y Orren (1992) realiza una profunda revisión de la documentación científica sobre el *bandwagon* y el *underdog effect*,

llega a dos conclusiones, básicamente: a) ha sido muy difícil, como en toda investigación en ciencias de la comunicación, probar tales fenómenos y, b) es posible que se generen reacciones diferentes en distintos segmentos de los votantes, por lo se pueden cancelar los efectos o estadísticamente, el resultado puede ser insignificante.

Establishing the existence of bandwagon and underdog effects is as difficult as any research task in communications. The problem is to understand a citizen's initial attitude or behavioral predisposition, to know that he or she was exposed to news content containing polling information, and the to ascertain whether a change in attitudes or behavior has taken place because of that exposure. Ideally this problem would overcome as plausible alternative explanations for observed changes were eliminated. But analyzing bandwagon and underdog effects is complicated by the likelihood that they could occur simultaneously and might vary among different segments of the electorate. In the aggregate, they could cancel each other out or result in such a small net effect as to appear statistically insignificant. (Traugott, en Mann y Orren, 1992, p.137)

El mismo autor ha dicho que:

Studies analyzing the result of surveys of voters conducted alter presidential elections have been unable to present conclusive evidence of substantial effects of projections. Reported relationships have been weak even when they were statistically significant, and the number of voters affected has been very small. (P.143)

Además en su artículo Traugott menciona la posibilidad de efectos indirectos de las encuestas, además de algunos beneficiosos e insiste en la dificultad de probar verdaderos efectos en los votantes. De la misma manera, asegura que en esta discusión ha prevalecido la preocupación de posibles efectos negativos:

There is a wide range of documented effects of media polls on the

public, some more indirect than others. For those who expected the main effects to be large-scale shifts in the voter preference or actual voting behavior based on information about what other citizens are thinking or doing, these effects cannot be demonstrated conclusively. Media polling and the reporting of the results of public and private polls can have some salutary effects on public attitudes and behavior. But media critics have been more concerned about possible harmful influences and their consequences for eroding public confidence in the electoral process and the role of news organization in it. (P. 146)

Los argumentos sobre la falta de solidez científica del efecto de las encuestas son mencionados también por el ex legislador estadounidense Al Swift en una compilación de Milavsky y otros (1985).

Here is an issue on which there are many opportunities for honest disagreement. One of the problems is that there is very little solid research on what the effects of early projections is. When we argue about the effects that early projections have we are arguing thoughtful opinion rather than solid research. On my side of the argument are the true believers, on the other side of the argument are the atheist, and neither of us can prove our point. (P. 2)

En la misma recopilación, Burns Ropler, quien fuera presidente de la Asociación Americana de Investigación de la Opinión Pública (AAPOR, por sus siglas en inglés), asegura que hace falta evidencia para concluir sobre los efectos de las proyecciones de resultados en los comicios.

I don't personally think that early calls, by whatever method, affect the outcome of either the same race or other races in locations where the polls are still open. I have never seen any convincing evidence that demonstrates that an early call here affects the outcome of an election there. (Milavsky, Swift y Ropler, 1985, p.5)

Y finalmente, Richard Salant, presidente de CBS News de 1961 hasta 1964 y de 1966 a 1979, se une a los autores que concluyen la falta de evidencia a la

que nos referimos en este apartado.

And over the last decade and a half there have been many scientific studies. I think it's fair to summarize them by stating two conclusions: one, that all the studies are, to a greater or lesser, but still significant degree, flawed. And two, that there is no persuasive, hard evidence of the extent, if any, of the alleged no-show effect of projections. (Milavsky et al., 1985, p. 5)

Mora y Zovatto (2006) aseguran que el efecto de las encuestas es nulo y además, la restricción no puede cumplir realmente su finalidad.

“En la sociedad de la información en la que vivimos, con el uso extendido de Internet, con flujos de comunicación que operan en tiempo real en todo el mundo, es virtualmente imposible lograr que una información no circule”.

Más adelante, los autores cuestionan algún daño específico que generen las encuestas y niegan las tesis que consideran que provocan efectos nocivos.

Después de todo, ¿cuál es el daño que provocan las encuestas en proceso electoral? La campaña electoral es un proceso de comunicación donde, vale decir, comunican los candidatos y los partidos, los medios de prensa, los analistas y los comentaristas políticos, como también, a veces, lo hacen algunas organizaciones sectoriales (empresariales, sindicales, religiosas,), la publicidad de las campañas y las encuestas. Nadie ha demostrado que las encuestas tengan más influencia que cualquiera otra de las fuentes; mucho menos que su influencia sea más perniciosa. Aún admitiendo que a veces la información de las encuestas puede no ser fidedigna, con frecuencia el público atribuye mucha menos credibilidad a los candidatos, a la prensa, y demás, y no por ello se busca limitar la difusión de esos mensajes.

Arbilla (2006) considera inofensivas las encuestas, pues sólo reflejan opiniones y descarta lo que ellos llaman la “tesis del exitismo”, la cual hemos

denominado, en este texto, *el bandwagon effect*.

¿Cuál es la razón por la que las encuestas sean prohibidas? ¿Qué incide en la decisión de los votantes? Sin embargo, sostener esto implica una contradicción, por cuanto lo que hacen las encuestas es reflejar la opinión, la decisión ya tomada, de los ciudadanos. Pero se insiste en ello pese a que los hechos repetidamente confirmen que no es así y que muchas veces los resultados electorales contradigan a los de las encuestas, como ocurrió, por ejemplo, en las elecciones de Costa Rica. Este es uno de los más recientes casos —el de Bolivia es otro— que desvirtúa categóricamente la tesis de la influencia; la tesis del exitismo que envuelve y determina al elector, según algunos. Si fuera así y los resultados de las encuestas determinaran los resultados de las elecciones, George Gallup y Louis Harris podrían haberse puesto de acuerdo para turnarse en la presidencia de EU.

Campos (2004), de la empresa encuestadora Consulta Mitofsky, en un estudio analiza precisamente si las encuestas influyen en los resultados electorales, específicamente, en el Distrito Federal de México.¹³

Según la investigación, tanto en el año 2002, cuando se realizó informe similar, como en el 2004, el 51% de los ciudadanos acepta que el resultado de la encuestas le sirve para decidir su voto, sin embargo, sólo 1 de cada 10 ciudadanos asegura que cambiaría su voto o dejaría de votar si una encuesta muestra al partido de preferencia muy abajo o muy arriba en los resultados.

Pese a que los ciudadanos manifiestan poca propensión a modificar su voto, algunos mantienen la opinión de que los demás ciudadanos sí lo hacen. El 24% creen que las encuestas influyen “mucho” en los ciudadanos, el 7,7% “algo” y el 48,4% considera que “poco”.

¹³ Metodología básica de la investigación: como muestra se entrevistaron cara a cara 400 ciudadanos en viviendas particulares del Distrito Federal de México en diciembre del 2004. El error muestral máximo es de más-menos 5 puntos porcentuales.

Entre varias conclusiones, Campos (2004) asegura que “El que los ciudadanos asignen a la publicación de encuestas un resultado casi “mágico” que empujará votos a su favor, es sólo un reflejo del imaginario popular que así lo cree, sin embargo, al profundizar en las preguntas el efecto existe aunque no es tan grande como se creía”. (P. 7)

Campos plantea un caso hipotético en el que se que el partido político “Negro” va arriba en las encuestas con 55% de los votos y el partido “Blanco” lleva 45%. Si se toman como válidos los efectos que las personas entrevistadas aseguraron en la investigación, el resultado habría sido los siguientes:

a) Resultado del partido “Negro”, según los efectos declarados por la muestra, 52,5% (55% sin la encuesta), con un resultado neto de 55,8%.

b) Resultado del partido “Blanco”, según los efectos declarados por la muestra, 41,5% (45% sin la encuesta), con un resultado neto de 44,2%.

c) 6% decide no votar.

Campos (2004), cierra su reporte con dos conclusiones, que minimizan el papel de las encuestas en los comicios:

En mi opinión, el efecto de la difusión de encuesta electorales es marginal y los ciudadanos que ya decidieron su voto tienden a creerles en función de su predisposición, es decir, sólo si muestran un resultado que ya percibían, y por lo tanto su decisión de mantener o modificar el sentido de voto está tomada por esa predisposición que por la encuesta, la cual sólo sirve para consolidar las opiniones ya existentes.

Este tema difícilmente se agotará y veremos seguramente muchos otros ejercicios que nos acercará a la comprensión del fenómeno, sin embargo aún estamos lejos de entender totalmente los mecanismo de decisión del ciudadano, son muchos y dentro de ellos las encuestas no son uno muy importante. (P. 8)

En comunicaciones personales, Campos (2008) establece que en las legislaciones donde se prohíbe la publicación de encuestas pretenden que no generen efectos, pero existe una contradicción, según su punto de vista, pues la omisión misma de publicación ya es un efecto per se.

Si aceptamos que la publicación de una encuesta influye en el electorado, tenemos que aceptar que el resultado de la elección, en mayor o en menor medida, puede diferir cuando se permite y cuando no se permite la publicación de encuestas.

Esta variación al enunciado lleva el truco de la prohibición, porque lo que logran los legisladores es con su argumento, lograr lo que quieren prohibir. ¿Cómo?

A) si la publicación de encuestas afecta el resultado por la posible modificación del voto de los ciudadanos al conocerlas.

B) entonces la no publicación de encuestas causará que esa modificación no se dé, es decir, lograron afectar el resultado manteniendo las preferencias en el estado en que se encontraban. Escribirlo es más difícil que explicarlo, pero lo que quiero decir es que si el resultado va a depender de las encuestas, tenemos dos posibilidades, Sí las permitimos y permitimos con ello que el ciudadano pueda usarlas para su decisión; o NO las permitimos y fomentamos con ellos que las preferencias se muevan en menor medida.

En el primer caso, las encuestas influyen al generar conocimiento, y en el segundo, afectan al generar ignorancia de los ciudadanos. Y entre las dos formas de afectar, siempre me voy a inclinar por el conocimiento". (Campos, Comunicación Personal, 8 de octubre del 2008)

Campos acepta que existen efectos indirectos de la publicación de encuestas, como el apoyo económico que se reciba en campaña, según la posición de un candidato en tales sondeos, sin embargo, asegura que ese efecto siempre se dará, pues esa información la conocen los actores políticos independientemente de la publicación de los sondeos de opinión.

Sin embargo, la verdad es que aunque no afecten la decisión del votante, las encuestas sí afectan la decisión de los patrocinadores, de los dueños de los medios, de las decisiones de grupos de interés, etc., y esas decisiones cambian el ritmo de las campañas y a su vez inciden en el resultado. En otras palabras, aunque la publicación de encuestas no afecte al ciudadano, sí puede hacer diferencia en el resultado por las decisiones de otros actores. Pero.... ¿A poco esos actores no tienen acceso a las encuestas más allá de su publicación? (Campos, Comunicación Personal, 8 de octubre del 2008)

Por su parte, Soler establece críticas sobre la lógica de la prohibición bajo la premisa de los efectos de las encuestas en los ciudadanos y el plazo de aplicación de la misma, lo cual sería muy difícil en los tiempos presentes:

Si la elección afecta la esfera de la libertad de elección no sólo en el momento de la expresión del sufragio si no sobre todo en el de la preparación de la propia elección lo que se trata de proteger es la emisión de un voto lo menos influenciado posible y en consecuencia, lo más libre. Las legislaciones tendrán que haber previsto extender esta limitación a cualquier relación y situación comunicacional, y el prohibir informaciones, mítines y propaganda de cualquier tipo en el mismo período, esto es, extender, el denominado día de reflexión mucho más allá, hasta abarcar todo el proceso de la campaña electoral hasta el momento mismo de la convocatoria a las elecciones.

Por último, consideramos que el argumento más contundente para que resulte del todo inadecuado el que la limitación temporal deba operar porque permite un voto más puro, menos influenciado, es el hecho de que estamos cada vez más en una sociedad sin barreras en el ámbito de la comunicación. La circulación de la información no conoce, afortunadamente, fronteras. (P. 214-215)

2.2 Las encuestas aportan información objetiva, útil y demandada por el votante que fortalecen los procesos electorales.

Existe una corriente que critica la premisa de que un voto libre se ejerce restringiendo el flujo de información y más allá de información que, contrario a

lo que se publica en medios de comunicación, en forma de noticias o en los discursos de los políticos, es objetiva y con valor científico, aseguran, y por tanto, un insumo necesario para el elector y la clase política.

Durán Barba (2000) es parte de esa corriente:

Hay la idea de que para que el votante sea libre no debe recibir información que no sea fruto de una investigación, sino que debe tomar su decisión en la ascepcia de él mismo ante su conciencia (...) En el período en que no se publican las encuestas casi todos los ciudadanos proclaman que han ganado la elección. No se consigue que la gente de recibir el mensaje de que “Fulano o Mengano” está ganando las elecciones. Lo que se logra es que esta información sea plenamente subjetiva y que las mayorías no tengan acceso a datos con base objetiva. Los políticos mentirosos hacen su “Agosto” y los electores se quedan sin posibilidad de conocer información más seria. Las élites siguen consultando encuestas que aunque no se publican están a su alcance”. (P.495)

En otra parte de su texto, Durán agrega: “(...) No sé el porqué sea nocivo que en medio de esa avalancha publicitaria exista algo de información basada en investigaciones”. (P. 496)

Mann y Orren (1992) reconocen que las encuestas tienen utilidad para cierto tipo de votantes, especialmente lo menos ligados a lo que está pasando en campaña.

Many voters, especially the uninvolved and those with no strong party affiliation may be looking to such analyses to help them understand what's going on in a campaign; and these needs would obviously vary by the amount of time left until Election Day. The same factors suggest limited effects on the politically active, strong partisans, and those with other groups on which they can rely for information. (P. 139)

Badeni (2005), al realizar una crítica sobre el voto que de la Corte Suprema Argentina, específicamente en un razonamiento que admitía la veda, incluso

después del cierre de las urnas electorales, aseguró que las encuestas enriquecen y fortalecen el proceso electoral.

Si, como admiten los magistrados, tales encuestas son conocidas por los ciudadanos 48 horas antes de los comicios, ¿cuál es el reparo para que ese conocimiento, enriquecido con nuevos datos, se pueda suministrar con posterioridad a ese límite? ¿Acaso, no será más transparente el proceso electoral y más preciso la voluntad del votante si conoce tales datos? En definitiva, el conocimiento de tales datos no hace más que brindar elementos informativos al votante que fortalecen la “pureza del sufragio.

Badeni distancia las encuestas electorales de la información propagandística, por tanto, según él, las primeras son objetivas, mientras que las segundas no “porque las encuestas y sondeos de opinión no son actos de propaganda, ni de proselitismo. Son informaciones objetivas que coadyuvan a que el elector pueda formarse una opinión más sólida sobre el destino de su voto”. (2005)

De seguido, el autor critica que la restricción otorgue preferencia a la ignorancia que a la libertad, además asegura que afirmar, como lo hacen quienes apoyan la veda, que la restricción procura la reflexión, es un alegato con carácter dogmático.

El temor de la dirigencia política reside en que la difusión de tales encuestas pueda modificar el destino que los electores pensaban asignar a sus votos. En otras palabras, dan preferencia a la ignorancia en desmedro de la libertad.

¿Podemos sostener seriamente que la publicación de las encuestas preelectorales afecta la “reflexión” y “sosiego” del elector? Si advertimos las actividades que despliega la inmensa mayoría de los electores el día de los comicios, y durante el lapso anterior, comprobaremos el carácter dogmático de aquella afirmación.

Badeni ataca que la prohibición limite la difusión de información objetiva, mientras los candidatos adelanten información sin base científica el propio día de las elecciones.

Sin embargo, durante los comicios, si bien no se emiten encuestas de “boca de urna” por estar prohibidas, los propios dirigentes políticos se esmeran por adelantar los resultados electorales sobre la base de informaciones aportadas por sus fiscales en el curso de las entrevistas radiales o televisivas. Información carente de la relativa precisión que tienen los sondeos y las encuestas realizadas profesionalmente. (2005)

Badeni se pregunta: “¿Por qué privar al pueblo de su derecho a conocer las encuestas preelectorales y las “boca de urna” si con ello se satisface su necesidad de información?”

Además, el autor enfrenta directamente un argumento del magistrado Zaffaroni que intenta descalificar el derecho a difundir las encuestas alegando que de por medio hay intereses comerciales y a la competencia de las empresas de comunicación.

En cuanto a la competencia entre los medios radiales y televisivos durante los comicios, no está determinada por las encuestas sino por el contenido del programa que difunden. La emisión de tales programas no responde a una necesidad forjada artificialmente, sino a una real demanda o requerimiento de la población (...) ¿Qué tiene de negativo esa competencia con la cual se procura satisfacer nuestro derecho a la información? ¿Existiría esa competencia si los ciudadanos permanecieran indiferentes? ¿A qué finalidad responde ese argumento del juez Zaffaroni? ¿Acaso pretende descalificar a la competencia y a la “lógica mercantil” por ser factores perversos que perturban el proceso electoral? De ser así, ¿cómo explica que millones de personas, aunque no en forma continua, presencian tales programas? Porque, claro está, de no existir esa intensa demanda informativa no existirían tales programas a menos que, con una visión distante de la realidad, se pretenda sostener que son los programas radiales y televisivos los que despiertan el interés de la ciudadanía por conocer el resultado de los comicios”. (Badeni, 2005)

Esta necesidad de mantener alejado al votante de la información objetiva ha llevado, según algunos, a que se concluya que existe cierta presunción de que el ciudadano es irracional y no puede manejar información. Soler (2005) habla de esa presunción de irracionalidad que algunos infieren de la restricción.

Se presupone la potencialidad de condicionamiento y de distorsión de la orientación del voto y la consecuente masificación y gregarización de la elección del voto, admitiéndolo en un escenario de democracia protegida restricciones y prohibiciones normativas idóneas para salvaguardar la voluntad de los electores, adscribiendo a estos últimos la incapacidad de comportamientos maduros o racionales. (P. 214)

Campos (2008) pretende que se reconozca la utilidad y riqueza informativa de las encuestas en los procesos electorales para los ciudadanos, y concibe como natural y lógico, que la gente cambie su opinión electoral con base en esa información, tal y como lo hace con discursos políticos e información de todo tipo que circula en las campañas electorales.

Sobre ese último aspecto, critica que se establezcan prohibiciones especiales a las encuestas y no a otro tipo de información, lo que le resulta absurdo. Asegura que las encuestas, en su mayoría, dan información de mucha confianza, y que la posibilidad de error y manipulación persiste en todo tipo de análisis, no sólo en las encuestas.

En comunicaciones personales, Campos expresa su planteamiento en un diálogo que hipotéticamente él mantiene con un legislador con respecto a la prohibición. A continuación, se extraen algunos fragmentos del diálogo; RC

representan al especialista Roy Campos y L al legislador.

RC-¿Por qué prohíben las encuestas?

L-Porque influyen en el electorado.

RC- Aunque no tengo ninguna evidencia, voy a aceptar que lo que dices puede ser cierto, pero que no es ese el sentido de las campañas, que el electorado modifique sus preferencias a través de los mensajes de los candidatos, ¿y si un candidato usa una encuesta para eso cuál es el delito?

L-Es que con las encuestas se pueden decir muchas mentiras.

RC-Entonces la cosa ya está más clara, lo que deben hacer abiertamente es prohibir las mentiras en las campañas, e incluir en esta fase no sólo las encuestas, sino toda afirmación y anuncio en campaña, ¿por qué prohibir las mentiras dichas con las encuestas y no prohibir el resto de mentiras (un candidato puede decir que va a pavimentar toda la ciudad o que no habrá un solo crimen)?

L- No es lo mismo, porque las encuestas generan mentiras creíbles.

RC- Entonces vamos acercándonos, prohíban las mentiras creíbles, que en las campañas sólo se permitan las mentiras que claramente sean mentiras, pero que la mentira es creíble no se permita. ¿Les parece correcto?

L- No, los ciudadanos toman a las encuestas como una verdad y no se la asignan al candidato sino a otras personas, por ello parece una mentira sin sujeto.

RC- Lo mismo pasa con los rumores y no he visto que se castigue a quien difunda un rumor, pero dejemos eso. Lo que la legislación dice ¿es que no puedo entonces salir un día antes y dar a conocer una encuesta preelectoral?

L- Así es, si lo haces violas la ley.

RC- Pero ¿sí puede un analista a decir que un candidato tiene el apoyo de la gente y está seguro que ganará al día siguiente?

L- Sí, porque no es encuesta.

RC- Pero la declaración es la misma, incluso la encuesta asegura no pronosticar, entonces lo que veo que castigan NO es la declaración sino el conocimiento. Se vale decir quién se cree que ganará, pero si se hace con evidencia se castiga, ¿es así?

L- ¡Pues sí, así planteado, un analista puede decir lo que quiere, pero un encuestador no!

RC- ¿Y por qué esa inequidad? ¿No deberían darnos el mismo tratamiento? ¿Ninguno de los dos somos partidos ni candidatos?

L- Es que para muchas personas, cuando ven una encuesta ya creen que la elección terminó y que ya está decidido el ganador, y eso no pasa cuando lo dice un analista.

RC- ¿Y por qué crees que se de ese fenómeno? Antes de que respondas, intuyo que es porque las encuestas tienen un porcentaje altísimo de casos de éxito y los analistas un porcentaje sensiblemente menor. Si es así, la legislación es un castigo al buen trabajo del gremio, porque si las encuestas

se equivocaran estuvieran tan descalificadas que nadie les creería.

L- Puede que tengas razón, pero no queremos que el ciudadano modifique su decisión con una información que se le puede dar distorsionada o falsa.

RC- Insisto, esas etiquetas se les puede dar a todos los análisis y a cualquier anuncio, declaración o discurso en campaña.

L- Pues sí, pero no podemos prohibir la campaña y sí creemos debemos controlar la publicación de encuestas.

RC- ¿Y no va eso contra la libertad de expresión e incluso, contra la de prensa?

L- En materia electoral, las condiciones son distintas, porque aplican otros principios.

RC- ¿Por arriba de las libertades constitucionales?

L- No, sólo en paralelo a ellas, porque tanto la libertad de prensa como la de expresión están limitadas a no afectar los derechos de terceros, y la mala difusión afecta, es lo mismo que la prohibición de hacer campañas días antes.

RC- Aunque no lo creas, apruebo ese periodo de reflexión ciudadana previo a una elección, lo aplican varios países y tiene su sentido, lo que no entiendo es por qué darle un carácter distinto a las encuestas, si crees que los candidatos usarán las encuestas para hacer campaña, por qué prohibirle más tiempo ese instrumento. (Campos, Comunicación Personal, 8 de octubre del 2009)

Luego, el autor cuestiona que sea dañino que el votante utilice las encuestas para decidir a quién brinda su apoyo político, alegando el derecho a tomar una decisión racional.

¿Y si el ciudadano usa a las encuestas para decidir su voto? ¿Si así fuera? ¿Si lo que se intuye es cierto aunque no haya comprobación? en ese caso, yo agrego una simple pregunta: ¿es eso malo?

¿No tiene derecho el ciudadano a tomar la decisión más racional? y para esa decisión racional lo que requiere, como en todos los casos, es la mayor cantidad posible de información útil.

¿Y que otra información podrá ser más útil que conocer los posibles escenarios, las posibilidades, la forma en que pueden votar sus conciudadanos, etc.? ¿Eso le permitiría votar para asegurar el triunfo, votar para que no gane alguien, votar para mantener el registro de un partido o simplemente no votar, pero es una decisión en todos los casos racional basada en información útil, por qué negar ese "derecho" a la ciudadanía y mantenerlo a las élites del país? (Campos, Comunicación Personal, 8 de octubre del 2008)

Campos asegura que al permitir la publicación de encuestas se generan los siguientes aspectos positivos para la democracia:

1. Un mercado competitivo que se acostumbra a rendir cuentas, las empresas que juegan mal permanentemente terminan por desaparecer por el descrédito. Las empresas serias sobreviven, porque el mercado las premia, aunque a veces se equivoquen, la seriedad e imparcialidad se premia.
2. Le quitas influencia a los medios que buscan tener la verdad sin evidencias, las encuestas se vuelven la voz del pueblo con su carácter democrático de mostrar posturas distintas, los comentaristas normalmente tienen una sola visión y hablan como si conocieran a todos los ciudadanos.
3. Un voto más racional, ya que el ciudadano puede decidir darle utilidad al voto. Aunque esto no es automático, es un proceso que las campañas deben trabajar.
4. Le pones rostro a las encuestas, encontrarás a los encuestadores interpretando datos y poniendo su prestigio en juego.
5. La cantidad de encuestas difundidas harán pasar desapercibidas las encuestas falsas, se diluirán ya que los medios tendrán fuentes de donde generar las notas. (Campos, Comunicación Personal, 8 de octubre del 2008)

Soler (2001), al igual que varios autores mencionados anteriormente, cuestiona el hecho de que bajo la lógica de prohibir la publicación de encuestas para no influir en la formación del voto, se elimine la posibilidad de ejercer un voto estratégico.

(...) El otro es el efecto táctico, por el cual el elector, en base a los resultados que vaticinan los sondeos efectúa un voto no ideológico, sino de utilidad. En este sentido, coincidimos con la duda que este mismo autor se plantea sobre si al limitar la difusión de las encuestas durante las campañas lo que se quiere impedir es este último tipo de voto.

Arbilla (2006) coincide con Soler y otros autores en cuanto a que la limitación de la difusión de datos de las encuestas implica limitaciones al derecho del sufragio.

La cuestión es que al ciudadano votante se le prohíbe, al momento de ejercer su soberanía, de un dato muy importante, lo que pone en tela de juicio si pudo ejercer ese derecho con pleno conocimiento y libertad, además de hacerlo víctima de una rechazable discriminación.

En este sentido, en 1993, la Corte Constitucional de Colombia, al decretar contraria a la Constitución, la restricción de 30 días la publicación de encuestas previo a la elección, que regía en esa nación, valoró que las encuestas son un insumo valioso para ejercer el voto.

Es por lo anterior que resulta no sólo injusto, sino altamente inconveniente, el que se prive a la comunidad del conocimiento de los comportamientos políticos que reflejan las encuestas, porque todo ser humano que vive en sociedad tiene el derecho a saber lo que sus conciudadanos piensan sobre el devenir político, entre otras cosas, porque le sirve como elemento de juicio para su reflexión política y para sus propias decisiones. (Corte Constitucional de Colombia, 1993, sentencia No. C-488/93)

Más adelante, esta Corte asegura que “(...) No se puede impedir que a la opinión pública llegue una información sobre la cual recae un legítimo interés público (...)”. (Corte Constitucional de Colombia, 1993, sentencia No. C-488/93)

Salant en Milavsky y otros (1985) no encuentra motivos para que en Estados Unidos, debido a la diferencia de horarios entre las costas y la consecuente diferente hora del cierre de urnas electorales, se prohibiera la difusión de proyecciones de resultados.

Yet, despite its enormous news value, despite the undeniable fact that the presidential election is over, despite that the polls, the insiders, the news people, the candidates, the professional politicians themselves know it, its contended the public should not be told until 2 A.M., EST, when Hawaii and Alaska close, Why? (1985, p.12)

Salant se pregunta por qué, desde el punto de vista periodístico, hay que renunciar a algunos principios básicos, si la discusión se basa en especulaciones:

Should we really overturn the basic, vital tradition and ethics of reporters reporting what they know when they know it, especially on so transcendent a story for something so small, so dubious, so speculative as this? I suggest that even if there is a small handful of foolish people who veer away from the polls because they learn a fact, that a president has been elected, they should not be coddled by holding up that eminently newsworthy piece of information. Informing them of so important a fact doesn't disenfranchise them; they foolishly disenfranchise themselves. (P. 13)

En el mismo documento, otro autor, Abrams, discutiendo el tema de si es correcto prohibir la difusión de proyecciones electorales, considera que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no permite que se prohíba la difusión de afirmaciones ciertas:

We don't ban truth. We don't ban the articulation of truthful statements in this country. We have a vast amount of law which says again and again that when someone tells the truth about something you can't keep him from saying it. There are a few exceptions, but minor exceptions. The espionage laws ban truthful statements of one sort or another when one is passing secret to foreign countries. But you have to reach out that far to find a situation where we make it a crime or illegal in some connection to make a truthful statement. (P. 15)

2.3 La restricción es inútil y genera más daños que beneficios.

Quienes abogan contra la restricción de publicación de encuestas consideran que la medida es excesiva.

Mora y Zovatto (2006) siguen esa tesis, comentando las diferentes formas de regulación que se imponen a las encuestas: “(...) Toda evidencia disponible hasta ahora conduce a una sola conclusión: el remedio es peor que la enfermedad”.

La Corte Constitucional de Colombia razonó, en 1993, en la Resolución 488-93, de una forma similar cuando pretende valorar si la difusión de encuestas atenta contra el orden público. Esa corte consideró que no se altera el orden, y que más bien la limitación invierte los valores al sacrificar la libertad.

Aceptar la democracia implica aceptar este régimen con todos sus riesgos. Naturalmente, el Estado tiene el derecho y el deber de evitar, mediante medidas prudentes, que ellos se traduzcan en desorden público o institucional y en excesos anarquizantes; pero no es sacrificando derechos y libertades fundamentales como se logra ese objetivo, porque si por preservar el orden se sacrifica la libertad, tampoco se realiza aquel, ya que la noción de orden social supone la armonía entre los asociados, y sin libertades no es posible la convivencia armónica, porque la negación de ella equivale al más evidente de los desórdenes, ya que se establece una inversión de los valores. (Corte Constitucional de Colombia, 1993, sentencia No. C-488/93)

Partiendo de la vaguedad de los efectos de las encuestas en la conducta del electorado, analizada infra, esta Corte concluye que genera más daños que los que pretende evitar.

A continuación, algunos de los principales argumentos que intentan evidenciar que la medida no logra su cometido y le genera problemas al proceso electoral.

2.3.1 Una restricción inútil superada por la realidad tecnológica.

Es frecuente que se argumente la inutilidad de la restricción de publicación de sondeos electorales con base en la existencia actual de medios tecnológicos suficientes para burlar la veda.

Se habla principalmente de Internet y de las señales de televisión satelital y radio como elementos técnicos que permiten que la información prohibida se difunda, en cualquier momento, desde fuera de las fronteras de una nación, con lo que el hecho queda fuera de la competencia del Estado restrictor.

Tal aspecto se considera en una sentencia peruana sobre el tema, que se tratará más adelante.

Badeni (2005) sostiene lo siguiente:

En el caso de aquellos ciudadanos que no puedan controlar su ansiedad y deseen conocer, durante el lapso de la prohibición, las encuestas electorales y de boca de urna, podrán acudir a la información emitida a través de la Internet o de medios de prensa extranjeros. Especialmente a las emisiones radiales provenientes de países vecinos que no están alcanzados por la norma que comentamos.

Mora y Zovatto (2006) comparten este criterio y expresan: “En la sociedad de la información en la que vivimos, con el uso extendido de Internet, con flujos de comunicación que operan en tiempo real en todo el mundo, es virtualmente imposible lograr que una información no circule”.

A una conclusión de esta naturaleza llegó el Senado francés al investigar sobre el tema, luego de que la legalidad de la veda se discutiera en la Corte de Casación de ese país. (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, p.166)

Esta Corte, en 1997, sostuvo que la Ley 77/87 del 19 de julio de 1977,

violaba la libertad de expresión y la prohibición de discriminación de la Convención Europea al limitar la difusión de encuestas por una semana previa al día electoral.

Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión:

Luego de la decisión de la Corte de Casación el Senado francés inició su propia investigación de la ley concluyó que (...) las modernas tecnologías de comunicación quitaban eficacia al *blackout* informativo toda vez que la información podía ser publicada en otros países y ser accedida mediante cable o Internet. (P.166)

Al final, el Senado cambió la veda semanal por una de 24 horas.

2.3.2 Distorsión del mercado y la consecuente difusión de encuestas de mala calidad: un llamado a la autorregulación.

Varios especialistas aseguran que la restricción incentiva el surgimiento de un mercado negro de encuestas, o la difusión de información sin fuentes y sin *rostro* de empresas encuestadoras fantasmas, lo que resulta nocivo para los procesos electorales, pues finalmente se difunden sondeos de cuestionable calidad.

Campos (2008) es parte de este criterio. Según él con la prohibición se genera lo siguiente:

Un mercado de encuestas falsas que circulan por medios alternos, generalmente por Internet, en columnas sin evidencias. Se dice que hay varias encuestas que colocan a tal candidato muy arriba, y generalmente serán datos falsos totalmente, los datos así generados no tienen que respetar ningún código de ética ni científico, ni pagan costo de mercado porque no existen, pueden inventar nombres internacionales, domicilios y simplemente son empresas fantasmas

que mandan resultados. (Comunicación Personal, 8 de octubre, 2008)

Durán Barba (2000) sigue las mismas ideas:

La prohibición de publicación de encuestas trae consigo un mercado negro de encuestas falsas. Personas poco escrupulosas falsifican papeles membretados de encuestadoras serias y ponen en circulación encuestas forjadas. Algunos políticos mienten que tienen una encuesta de la embajada americana o de los servicios de información de las fuerzas armadas que son meras invenciones.

La represión a la libertad de información produce basura. La gente sigue recibiendo propaganda, los audaces no dejan de engañar y la falta de datos serios da más espacio al fraude. (P. 496)

Este tipo de ideas llevan a rechazar la prohibición de difusión de encuestas para proponer un sistema autorregulado, o regulado por el mercado.

Como se afirmó anteriormente, Campos (2008) considera que en un mercado libre y competitivo para las empresas encuestadoras obliga a rendir cuentas, y el mercado mismo saca de competencia a aquellas que se equivocan o actúan mal.

Durán Barba (2000) también coincide con Campos en este sentido:

El mejor control que existe sobre estas empresas es el mercado. Una encuestadora que falsifica datos en una elección cae en el descrédito. Solo sobreviven a lo largo del tiempo instituciones que mantienen una ética rígida y un nivel técnico alto. En la medida en que transcurren los procesos electorales la imagen de las empresas encuestadoras se aclara y los pilastres son ubicados y colocados en su lugar por la opinión pública. Las encuestadoras políticas mantienen un espacio gracias a la confianza de la gente en su seriedad. Cuando alguna hace una trampa esto trasciende rápidamente.

Es por esto que uno de los elementos útiles para confiar o no en una encuestadora es su edad. Si está en el mercado mucho tiempo es porque no se ha prestado para estafas. Si George Gallup se hubiera dedicado a mentir con los datos de su suegra, no existiría la encuestadora Gallup, sea cual sea la legislación que norme la vida de

las encuestadoras. (P. 497)

Dentro de las políticas de autorregulación cabe mencionar que en Estados Unidos, donde no se instauró la veda que acá discutimos, existen medios de comunicación que por su iniciativa han acordado que el día de las elecciones no publican ningún sondeo, ni proyección, hasta el cierre de las urnas electorales.

Por ejemplo, según Outing (2004), existe un viejo acuerdo entre televisoras de esa nación y la agencia de noticias Associated Press (AP). En su artículo, Outing reporta cómo este acuerdo entre medios tradicionales fue ignorado por *blogs* políticos en las elecciones del año 2004, en Estados Unidos.

En Milavsky y otros (1985), el excongresista Al Swift relata que desde su cargo ha promovido que se hagan llamados a los medios de comunicación para que, voluntariamente, se inhiban de hacer proyecciones en los procesos electorales, sin pretender imponer una restricción a los medios de comunicación ni intimidarlos.

In Congress we have been trying desperately to get some voluntary compliance to withhold projecting returns until the polls are closed. Voluntary is the keyword. What we wanted to do was to raise the issue to a high enough level that we could get some attention, but not so high that the media would feel that we are trying to harass or intimidate them. (P. 2)

En 1993, la Corte Constitucional de Colombia, en la Resolución 488-93 que declaró inexecutable la restricción en esa nación, abordó el tema de la ética de los medios de comunicación masiva y la autorregulación en este tema:

No hay por qué desconocer una libertad pública ni un derecho

fundamental, cuando la libertad supone responsabilidad y los derechos tienen deberes correlativos. Por ello, la Sala considera pertinente insistir en que la difusión de encuestas de opinión exige siempre un alto grado de responsabilidad social por parte de los medios de comunicación; de ahí que toda manipulación de la información sea un atentado directo contra la ética periodística y, jurídicamente, contra el derecho a la información imparcial y veraz que tienen los asociados. (Corte Constitucional de Colombia, 1993)

2.3.3 Violación del principio de igualdad

Los críticos de la restricción de encuestas electorales también aseguran que la medida impone desigualdades entre los ciudadanos y terminan generando daños más grandes que los que pretende resolver. Además, afirman algunos autores, que limitar la difusión de esos sondeos impide que la ciudadanía pueda verificar la transparencia de los procesos electorales.

Sobre el principio de igualdad, su violación se daría de distintas formas; primero, por cuanto si bien se permite que se ejecuten las encuestas, no así se admite su difusión. Esto implica que la clase política, que puede y desea pagar por encuestas electorales para los fines de su campaña, tiene acceso a esos datos, mientras que el ciudadano fuera de esa élite no, lo que lo pone en desventaja.

Campos (2008) razona:

[Con la restricción]... “Das ventajas a las élites, las encuestas existirán porque las élites siempre buscan la forma de no equivocarse y saber que hacer, los candidatos hacen encuestas y las comparten con esas élites, y estos toman sus decisiones en función de esos escenarios. ¿Por qué deben tener ventaja sobre el resto de los ciudadanos? Si por ejemplo los empresarios deciden sacar capitales ante un probable escenario, la población queda indefensa y afectada por la desinformación. La desinformación es una forma de represión, la información es poder implica como principio democratizador que la

información debe ser socializada”. (Comunicación Personal, 8 de octubre)

Arbilla (2006) coincide en que la prohibición representa una ventaja a la clase política:

Lo concreto es que se prohíba la difusión de encuestas, pero no que se sigan haciendo (sería otra barbaridad que prohibieran su realización), lo que implica que las empresas no pierden su negocio, lo que es su derecho, pero también que haya quienes (los políticos, los gobernantes, los que tienen dinero y pueden comprarlas y también, por su condición profesional, los periodistas) sepan lo que dicen las encuestas hasta el minuto previo del inicio de las elecciones.

En definitiva, al que se le priva de esa información es únicamente al verdadero soberano, al votante, al ciudadano de a pie, y ya de paso, las culpas, como es de orden y habitual, se las endilgan al mensajero.

Es la restricción, según la Corte Constitucional colombiana en la Resolución 488-93, de 1993, una medida discriminatoria contra los ciudadanos y los medios de comunicación.

El acto de prohibir la difusión de las encuestas, sobre asuntos que -se repite- son públicos por naturaleza, por un término de treinta días anteriores a una elección, constituye un acto de censura, por cuanto impide la expresión de determinadas opiniones, aunque no vulneren el orden público. Es, pues, una discriminación, un acto que impide por una parte, que a la opinión pública se le informe de algo que le interesa legítimamente, y por otra a los medios de comunicación ejercer su derecho a informar, esto es, a transmitir y difundir oportunamente las noticias de que dispone. (Corte Constitucional de Colombia, 1993)

Una segunda forma de desigualdad, que según los críticos, se deriva de la restricción en cuestión es que la limitación impide que los ciudadanos que viven un proceso electoral no reciban los datos de los sondeos, sin embargo,

irónicamente, ocurre lo contrario con los ciudadanos fuera de las fronteras, que no necesitan los datos para tomar una decisión informada.

Esta crítica la hace Arbilla (2006) con respecto a la restricción en Perú:

Mi columna de la semana pasada no pudo ser publicada en Lima. En Perú, como en muchos países, está prohibido dar a conocer los resultados de encuestas en vísperas de elecciones. En algunos, por un período que se limita a 72 horas, en otros llega hasta 10 días previos. Lo gracioso o lo ridículo, o quizás peor, lo triste, es que a través de la prensa tuve acceso, hasta el mismo día de los comicios, a todas las encuestas realizadas en Perú, incluidas, por supuesto, las prohibidas. Yo estaba en Miami, pero igual hubiera pasado de estar en México, Panamá, Uruguay, o en el país que fuera, excepto Perú. Cualquiera podía tener acceso a esas informaciones; esto es, cualquiera menos los peruanos, que eran los que más las necesitaban y además eran los dueños de esas informaciones que estaban circunscritas a sus propias opiniones.

Una tercera forma de desigualdad mencionada, en la que se profundizará más adelante al sintetizar un voto judicial peruano del 2005, que eliminó la veda en esa nación, es aquella que plantea que como la restricción prohíbe la difusión de encuestas a sujetos dentro del territorio nacional donde se emitió la norma, sería legal enviar esos datos desde afuera de esa nación a todo el mundo, por medio de un servidor de Internet o un satélite, por ejemplo.

Esto implica que las personas con acceso a Internet o televisión por cable, que son la minoría, sí podrían recibir esas informaciones, y los demás no, lo que resulta discriminatorio.

Soler (2005) tras afirmar que las nuevas tecnologías crean esferas que el derecho no puede regular y por tanto, permiten burlar la restricción, hace mención de que tal aspecto generaría dos clases de electores.

El problema en todo caso se puede generar una vez más porque al final el alcance de estos medios no está totalmente generalizado, con lo que las restricciones generarían electores de dos clases, aquellos que sin problema tienen alcance cualquier medio de información y los que no cuentan con ellos y para los que sería efectiva la desinformación a la que la LOREG nos somete en los días que anteceden al escrutinio. (P. 215)

2.4 Síntesis del razonamiento de Tribunal Constitucional Peruano para rechazar la prohibición en el 2005 (EXP. N° 02-2001-AI/TC)

En el año 2005, la Defensoría del Pueblo de Perú presentó una acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones.

Tal norma establece lo siguiente, según el expediente N° 02-2001-AI/TC:

La publicación o difusión de las encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones.

El día de la elección sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE o a partir de las 22:00 horas, lo que ocurra primero. En caso de incumplimiento, se sancionará al infractor con una multa entre 10 y 100 Unidades Impositivas Tributarias que fijará el Jurado Nacional de Elecciones; lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral”. (Tribunal Constitucional Peruano, 2001, poner sentencia)

Son tres los argumentos que esgrime la Defensoría para solicitar que se declare inconstitucional el segundo párrafo del artículo transcrito, los cuales pretenden sustentar que la medida violenta los derechos de la información y libre expresión:

a) La limitación pretende preservar el orden interno, la credibilidad de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y la confiabilidad de los resultados del proceso electoral. Según la Defensoría, estos motivos obvian que si bien las libertades son formativas no son ilimitadas, se debieron ponderar los derechos diversos y bienes jurídicos en conflicto, y no subordinarlos todos a uno, porque ello va contra los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica

b) La prohibición es irrazonable y desproporcionada, pues la legitimidad de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del proceso electoral no depende exclusivamente de la prohibición de la difusión de proyecciones sobre los resultados electorales, sino también con el respeto al ordenamiento jurídico y la existencia de un marco legal.

c) La restricción se considera desproporcionada, porque existen otros medios para alcanzar los fines perseguidos por la ley.

El apoderado del Congreso de la República, por su parte, solicitó se desestimara la demanda de la Defensoría del Pueblo por tres argumentos:

a) La norma impugnada se aprobó como parte del conjunto de propuestas que surgieron de la Mesa de Diálogo y Concertación para el Fortalecimiento de la Democracia en el Perú, auspiciado por la Organización de Estados Americanos.

b) Esa norma pretendió evitar distorsiones del orden público y evitar

que se produjeran los mismos sucesos que se observaron durante las últimas elecciones generales de abril del 2000, como fue la inexactitud de la información propalada, lo que generó desconfianza en las instituciones del sistema electoral.

c) La limitación impuesta a las libertades informativas no excluye, ni anula su ejercicio, pues se trata de una restricción temporal, razonable y proporcional, y con el objeto de preservar fines constitucionales, tales como el normal desarrollo del proceso electoral y el mantenimiento del orden público.

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación dando su propia interpretación de la norma impugnada.

Si bien la Defensoría del Pueblo y el apoderado del Congreso de la República interpretaron que esa norma prohibía la difusión de encuestas electorales, el Tribunal no llega a la misma conclusión.

Durante el período limitativo UNICAMENTE está prohibida la difusión de las PROYECCIONES de las encuestas, pero no la realización y difusión de las encuestas mismas. Esta opción interpretativa se deriva de la distinción entre “encuestas” y “proyecciones” que se realiza en el primer párrafo del artículo 191° de la LOE, en tanto que el segundo párrafo –que contiene la restricción– sólo se refiere a las proyecciones. Desde esta perspectiva, como no lo prohíbe en su texto, la norma del segundo párrafo permite las llamadas encuestas a “boca de urna” por parte de las empresas encuestadoras. También permite, -porque tampoco lo prohíbe- por parte de los medios de información, su difusión, divulgando el número de votos que obtuvo cada candidato o cada lista de candidatos. El adverbio “sólo” que utiliza la norma impugnada estaría referido únicamente a la

difusión de PROYECCIONES de las encuestas. (La mayúscula es del original)

Además, dice el Tribunal:

(...) No toda proyección está prohibida, sino únicamente las proyecciones basadas en el muestreo de las ACTAS ELECTORALES. En consecuencia, están permitidas todas las demás, esto es, las que no se basen en el muestreo de actas electorales. Es decir, se permiten las proyecciones de resultados basadas en cualquier otra fuente de información, y entre ellas, las proyecciones basadas en las encuestas a boca de urna, ya que éstas no consultan las actas electorales. (La mayúscula es del original) (Ibíd.)

Sin embargo, el Tribunal menciona que tras analizar las actas de los debates de la Mesa de Diálogo de la Organización de los Estados Americanos y de los escritos de la Defensoría del Pueblo en su demanda, y del Congreso de la República en su contestación, el legislador deseaba prohibir todos los resultados y todas las proyecciones de cualquier tipo de encuestas hasta el primer conteo rápido que efectúe la Oficina Nacional de Procesos Electorales o hasta las 22 horas del día de las elecciones.

Entonces, según interpretó el Tribunal, la norma impugnada no prohíbe el “muestreo” de las actas por las empresas encuestadoras, ni la difusión del número de votos obtenidos por los candidatos, sino únicamente la difusión de “proyecciones” durante el período restrictivo.

Una vez definida la interpretación normativa, el tribunal establece que la prohibición de realizar proyecciones violenta la libertad de pensamiento, porque se prohíbe la realización de operaciones matemáticas. También establece que

violenta la libertad de información y expresión, derechos de rango constitucional.

Al prohibirse las proyecciones lo que resulta prohibido es el derecho a pensar, ya que lo que la norma prohíbe es realizar la “proyección” de los resultados, negando el derecho a interpretarlos, es decir, a traducir los resultados numéricos en proyecciones mediante una simple operación mental matemática, lo que contraría el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución que protege el derecho a la libertad de pensamiento y a la de la información sin trabas de ninguna clase. Dicha protección incluye el derecho a la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. La libertad de expresión y de información representa un valor básico político, pues es herramienta de control de los gobernantes y previene y detiene las arbitrariedades del poder. Más aún, su constitucionalización corresponde principalmente a tal finalidad. (Ibíd.)

El Tribunal establece que el hecho de que el derecho de libre pensamiento, expresión e información derecho tenga un lugar privilegiado en la Constitución, implica que toda interpretación de la norma se tenga que hacer de forma restrictiva.

Posteriormente, los jueces realizan un examen sobre la norma basado en la legitimidad de su fin, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva con el fin perseguido.

Ante ello, el Tribunal se hace la siguiente pregunta: ¿Es necesaria la medida de retrasar la información al público, respecto a las proyecciones de las encuestas realizadas en base a las actas electorales?

Según algunos argumentan que la principal pretensión de quienes apoyan la restricción es mantener el orden público interno, y que su defensa es un bien constitucional, de tal importancia que en ciertos casos sí puede constituir razón válida para restringir el derecho a la información, ello ocurre exclusivamente,

según la doctrina constitucional, cuando el peligro de desorden público es “grave e inminente”.

Entonces para que fuera válido el argumento del mantenimiento del orden público para limitar la divulgación de las proyecciones de las encuestas realizadas sobre el muestreo de las actas de las mesas, tendría que influir negativa, inminente y peligrosamente en el orden interno y de igual manera, en la credibilidad de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y en la confianza ciudadana respecto a la legitimidad del proceso electoral.

Según el Tribunal “(...) el impacto comunicativo de esas proyecciones en la población debe ser de tal peligrosidad que se haga necesario postergar su divulgación, por 6 u 8 horas”. (Ibidem)

Los jueces valoraron que la medida “no se trata de un peligro grave, claro ni inminente” (Ibidem). Dicen que si en las elecciones del año 2000, los resultados oficiales no coincidieron con lo que pronosticaban las encuestas y hubo desórdenes públicos, esto se debió a la situación política que vivía el país en esos momentos y a la predisposición de la ciudadanía para sospechar un fraude electoral, más que al error de las encuestadoras en sus proyecciones respecto al ganador.

Posteriormente, aseguran que la mayoría de los peruanos son concientes de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial en forma pacífica, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de los procesos electorales.

El Tribunal sopesa lo que considera la relativa gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos con el valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informar.

El Tribunal considera que como estos últimos derechos, los tienen especialmente los ciudadanos durante los procesos electorales al ser información en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todo ellos, sería desproporcionado el grado de peligro frente al recorte del derecho de acceso a la información de los ciudadanos, por lo que lo debe prevalecer el segundo.

A continuación, el Tribunal cita el caso “*Schenck vs. United States*”, en que el juez Holmes desarrolló la doctrina del peligro “claro e inmediato”.

Según el juez, citando al Tribunal, “el Estado no tiene razón en “matar una mosca con cañonazos”, restringiendo el derecho a la información por una lejana posibilidad de desorden público.”

Por lo tanto, el Tribunal considera que “La dosis de peligro al orden público que entraña la difusión de las proyecciones, en verdad, no justifica la restricción a derechos tan importantes como la libertad de expresión e información”.

Los magistrados consideran que, si bien es cierto, el derecho a expresarse e informarse no es absoluto, y que estos derechos fundamentales deben armonizarse con otros derechos, como el orden público, también es cierto que los derechos de expresión e información tiene un lugar de privilegio en la pirámide

de principios constitucionales.

Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una restricción a esos derechos, se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera “racionalidad” en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente. El Tribunal opina que la “necesidad” de retrasar la divulgación de las proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión y a la información. Desde este punto de vista, no es respetuosa del Principio Constitucional de Razonabilidad ni al de Proporcionalidad. (Ibíd.)

El Tribunal encuentra sin sentido que si según en Congreso de la República de Perú la restricción pretende reducir la influencia de las proyecciones en el ánimo y comportamiento de los ciudadano y a evitar presiones de agrupaciones política y medios de comunicación en la Oficina Nacional de Procesos Electorales, se dé acceso al muestreo de las actas electorales y su divulgación numérica sin proyecciones, las cuales se pueden hacer con simples cálculos matemáticos.

Por los mismos motivos, no se encuentra sentido en que la norma impugnada permita divulgar, a quien sea, entre ellos medios de comunicación, los resultados de las actas electorales y sus proyecciones a las 22:00 horas, aún en el caso que la ONPE no haya efectuado el primer conteo rápido.

Los magistrados emiten otro argumento contra la veda, el cual se refiere a que la Oficina Nacional de Procesos Electorales no merece que se proteja su credibilidad, más bien los ciudadanos merecen estar informados por otras vías para fiscalizar a esa oficina y exigir cuentas a las casas encuestadoras en caso de

que difieran los resultados calculados por ellas de los oficiales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional estima que la restricción violenta el principio de igualdad debido a que, de conformidad con la norma impugnada, durante el período comprendido entre las cuatro de la tarde y las diez de la noche, no es posible la proyección de encuestas, ya sea cuando éstas se basen en las actas electorales o pudiendo interpretarse también, en las denominadas encuestas “a boca de urna”.

Como la medida no aplica para medios de comunicación fuera de Perú, los ciudadanos pueden obtener, información vedada por medio de televisión por cable o Internet. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la restricción da como resultado que la minoría que puede tener acceso a ese tipo de medios de comunicación se define por razones de ingresos económico y cuestiones culturales, como saber utilizar Internet (los jueces aseguran que Perú todavía padece un predominante analfabetismo informático), al margen de factores aleatorios.

Ante esto, dicen los jueces:

El problema constitucional consiste en que el acceso a la información mencionada (el derecho a la información) se ve condicionado por el acceso (o no) a determinados medios de comunicación (“Internet” y televisión por cable), lo cual, a su vez, estará supeditado a las condiciones económicas y culturales de cada persona. (Ibidem)

Por todo lo anterior, el voto mayoritario del Tribunal Constitucional declara parcialmente con lugar la demanda, considera inconstitucional el párrafo

bajo cuestión y deja subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada con la votación, cualquiera sea su fuente, el día de las elecciones antes de la hora del cierre de las urnas.

Capítulo 3.

3. La prohibición de publicación de encuestas electorales en Costa Rica como una restricción ilegítima de la libertad de expresión e información.

Este capítulo pretende exponer, según nuestro análisis, los roces legales del último párrafo de artículo 138 del Código Electoral vigente, que limita la publicación de encuestas electorales 72 horas antes y el propio día de las elecciones en el país, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, algunos aspectos del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985, que rechazó la colegiatura periodística obligatoria, y el voto 1750-97 de la Sala Constitucional, específicamente, en el desarrollo de la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales, donde se sintetizan algunos aspectos de las sentencias número 3550-93, 3173-93 y 4205-96.

Así mismo, en este apartado, se intenta describir cómo, bajo nuestro criterio, la restricción en estudio violenta el Principio de Igualdad, tomando como parámetro la línea jurisprudencial básica de la Sala Constitucional de Costa Rica.

En el apartado 3.1, se explicará la forma legítima de restringir la libre expresión y pensamiento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Opinión Consultiva OC 5/85 y lo que interesa del voto 1997-1750 de la Sala Constitucional; posteriormente, en el apartado 3.2, se aplica lo establecido en el

caso concreto bajo estudio. De igual forma, se procederá con el principio de igualdad.

3.1 ¿Cuáles restricciones a la libertad de pensamiento y expresión son legítimas?

Aspectos generales

Se expone el marco bajo el cual resulta legítimo restringir la libertad de expresión e información. Dicho marco se crea considerando los motivos excepcionales en los que la Convención Americana sobre Derechos Humanos admite que se restrinja la libertad de pensamiento y expresión. Tal Convención fue ratificada sin reservas por Costa Rica, y sus alcances sobre el tema se definieron por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamentalmente, en su Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, que formará parte del análisis.

Con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Opinión Consultiva OC-5/85, cabe resaltar que dicha Convención tiene autoridad superior a las leyes, según el artículo séptimo constitucional, y tanto las sentencias de la Corte Interamericana como sus opiniones consultivas, son vinculantes según la Sala Constitucional. (Guier, 2007:43)

Al construir este marco de análisis, también se tomará en cuenta el voto

1750-97 de la Sala Constitucional, fundamentalmente, los aspectos para valorar la validez o invalidez de las restricciones a los derechos fundamentales, esgrimidos en el contexto de una acción de inconstitucionalidad que impugnaba el artículo 85 del Código Electoral, que le establece ciertas restricciones a la difusión de propaganda electoral.

Para exponer este marco se considera oportuno tomar la estructura de un documento de Huerta (2002) titulado "Libertad de expresión y acceso a la información pública", y publicado parcialmente en Internet por la Red de Información Jurídica de Perú, el cual sintetiza todo lo relacionado con las restricciones a la libre expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Se inicia mencionando que el artículo 13 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos define los lineamientos a observarse para restringir los derechos inalienables a todo ser humano del libre pensamiento y de expresión. En la Convención, según el inciso 1 del artículo 13, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras o medios (oral, escrito, de forma impresa o cualquier procedimiento).

El inciso segundo de dicho artículo establece lo siguiente:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido, en la Opinión Consultiva OC-5/85, en su párrafo 36, que “la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2”.

En el párrafo 35, la Corte asegura que el término *restricción* debe ser entendido como la "conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión". En el párrafo 55 de la misma Resolución, la Corte estableció como contrario a la Convención "todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención".

El voto 1750-97 de la Sala Constitucional toma especial relevancia para el caso bajo estudio, como se dijo anteriormente, varios votos que se refieren a la limitación de derechos fundamentales, pero además a desarrollar el régimen de restricción de la libertad de expresión en el contexto de un proceso electoral.

Dicho voto establece que la libertad de expresión e información, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, considerando su contenido esencial, tiene dos dimensiones, a saber: la individual y la colectiva; lo que implica la indivisibilidad entre el derecho de expresarse y el de ser informado.

Del contenido esencial de la libertad de expresión e información

resulta asimismo la existencia de sus dos dimensiones concurrentes, puesta de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-5/85, sobre la colegiación obligatoria de los periodistas. Al respecto, la Corte señaló que esa libertad se manifiesta tanto en la dimensión individual, de quien expresa o se expresa, como en otra colectiva, de todos los que reciben el contenido de esa expresión. Estas dos dimensiones están imbricadas de tal modo que cuando se restringe la primera, no es sólo el derecho fundamental de su titular individual el que está siendo limitado, sino también el de todos aquellos a quienes se ha impedido recibir sus ideas e informaciones. Dada esa vinculación tan estrecha entre ambas dimensiones (individual y colectiva), la libertad de expresión e información implica el derecho a utilizar cualquier medio lícito para difundir el pensamiento o la información y hacerlo llegar a cualquier número de destinatarios, situación que revela que la expresión y difusión del pensamiento o de la información son indivisibles, por lo que una restricción de esos medios o de las posibilidades de divulgación significa, al mismo tiempo y en la misma medida, una limitación del derecho de libre expresión e información. (Sala Constitucional, voto 1750-97)

Seguidamente, la Sala Constitucional reconoce que esta libertad tiene un carácter básico al implicar en ella el respeto de los restantes derechos fundamentales, lo que la convierte en un factor determinante para el funcionamiento de la democracia:

De lo anterior, resulta que la libertad de expresión e información tiene un carácter básico al ser presupuesto necesario para los restantes derechos fundamentales, razón por la cual se le ha señalado como factor determinante para la legitimidad del funcionamiento del sistema democrático, al permitir que en todo momento las personas, sin distinción alguna, piensen de la manera que mejor decidan y expresen libremente sus opiniones. A dicho carácter básico contribuye el hecho de que el contenido esencial de la libertad de expresión e información no precisa de especiales exigencias en relación con el contenido, las formas o los medios que emplee el mensaje que se expresa o los niveles de difusión que alcance, situación esta que favorece que por su medio se reconozcan y garanticen manifestaciones de su ejercicio tan variadas como la creación artística o la misma propaganda electoral. (Ibíd.)

Siguiendo con esta línea de pensamiento, la Sala establece que la democracia verdadera exige la máxima circulación de ideas y opiniones y dar el máximo acceso la información y promover el debate de los asuntos públicos:

(...) Una sociedad democrática no puede concebirse sin que se garanticen las mayores posibilidades de circulación de ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la totalidad de los miembros de la sociedad. En igual sentido, no puede hablarse de sociedad democrática si no se promueve el más amplio debate posible acerca de los asuntos públicos, debate en el que todos -independientemente de la perspectiva que adopten o el apoyo que reciban sus propuestas- tengan derecho a manifestarse. (Ibíd.)

Posteriormente, y con alta relevancia para esta investigación, la Sala ubica la inmensa trascendencia de la libertad de expresión en el contexto de los procesos electorales y el ejercicio de los derechos políticos fundamentales de elegir y ser electo para cargos de representación popular y a su vez, la importancia de éstos en el Estado Democrático y Social de Derecho Costarricense:

(...) Tales principios y valores esenciales al Estado Democrático y Social de Derecho Costarricense reclaman, como condiciones necesarias, determinadas garantías instrumentales, entre las que destacan, muy especialmente, las relativas al funcionamiento libre, pluralista, igualitario y puro del proceso electoral y, para éste, a su vez, el respeto y garantía de una importante cantidad de derechos y libertades fundamentales, singularmente, de las libertades de asociación, reunión y expresión. Todos estos elementos son necesarios para que los ciudadanos puedan ejercer dos de sus derechos políticos fundamentales (elegir y ser electos para cargos de representación popular) con pleno conocimiento y, consecuente, responsabilidad, resultando para ello indispensable que se posibilite el más amplio y plural examen y debate sobre asuntos públicos y sobre la conducta, antecedentes, credenciales, etc., de sus gobernantes o de quienes aspiren a obtener sus votos para llegar a serlo. Al respecto, se ha afirmado que es condición esencial de un sistema democrático que todas las personas gocen de plena libertad de elección, especialmente,

cuando de escoger a sus gobernantes se trata. Dicha libertad es inconcebible sin desarrollo y difusión de ideas, sin que se divulguen todas las alternativas existentes, es decir, sin una opinión pública libre. De ahí que uno de los principios sin los cuales resulta inconcebible la existencia de un sistema democrático sea el pluralismo por medio del cual lo que se pretende es garantizar el constante surgimiento de cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la sociedad. (Ibíd. El subrayado es nuestro)

De seguido el voto mayoritario, en el contexto, cabe aclarar, de la difusión de propaganda electoral, establece el importante ligamen entre la participación política y la libre difusión de ideas:

Sentado el hecho de que para el funcionamiento y la pervivencia de un sistema democrático, como el configurado en Costa Rica, con todos los valores, principios y derechos que lo informan, resulta esencial la más amplia difusión de información, sobre todo en materia electoral, la propaganda electoral, por la naturaleza y contenido del mensaje que expresa o difunde, no sólo adquiere un gran valor como manifestación concreta de la libertad de expresión e información (perspectiva más general), sino también como forma de ejercicio del derecho de participación política. Al respecto, la Sala ha mencionado que el derecho de participación política garantiza, la intervención de los ciudadanos en la designación de sus gobernantes, en la formación de las decisiones estatales y en el control de su ejecución. (Sentencia No.980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991) (Ibíd. El subrayado es nuestro)

Regresando a la Opinión Consultiva 5-85 de la Corte Interamericana, es muy relevante, para efectos de esta investigación, sobre la dimensión social de la libertad de expresión, el derecho a conocer la opinión de los demás.

(...) Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la

propia. (Corte Interamericana, OC 5-85)

Resulta imprescindible citar a la Corte Interamericana, con la definición de la función de la libre expresión en una las sociedades libres:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. (Ibíd.)

Tras lo anterior, es apropiado mencionar que una restricción válida debe contar con las siguientes características, según las sintetiza Huerta (2002): deben estar fijadas por ley, orientarse a proteger un objetivo legítimo, ser necesarias para lograr la protección de un objetivo legítimo y aplicarse de forma posterior al ejercicio de la libertad de expresión.

A continuación, el marco de análisis de la validez de las restricciones a la libre expresión:

1- Las restricciones deben estar fijadas por ley:

El artículo 19 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el ejercicio de la libertad de expresión "puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo estar expresamente fijadas por

ley".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la censura previa es inadmisibles y que la libertad de expresión sólo puede estar sujeta a "responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley".

Según Huerta (2002: 3), el artículo 30 de la Convención citada, de alcance general, también aplica para la libertad de expresión, en el cual se establece que "si no es conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas", no se pueden aplicar las restricciones admitidas por ese cuerpo legal internacional.

En este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 6/86, del 9 de mayo de 1986, citada por Huerta, desarrolla lo que se debe entender por "ley".

La expresión "ley" utilizada en el artículo 30 de la Convención no se puede interpretar como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues eso equivale a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar las restricciones en disposiciones de tipo general.

El sentido de esa expresión hace referencia a la ley formal, a una norma adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Ejecutivo, según el procedimiento necesario. Así, sólo la ley formal, entendida de esta manera, puede restringir el goce de derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esa potestad legislativa se puede delegar a otro órgano, mientras que la delegación esté establecida por la Constitución y se ejerza dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, lo cual es confirmado por la Sala Constitucional en la Resolución 1750-97, dentro del marco creado para la legitimidad y validez de las restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales, en este caso, el de la libre expresión, que establece como primer requisito que “Para ser válidas las limitaciones a derechos fundamentales deben estar contenidas en la Constitución o haber sido autorizadas por ésta” .

En la misma Resolución, se menciona el segundo aspecto necesario para limitar derechos fundamentales, los magistrados establecen que:

Los principales factores que han sido justificantes para imponer limitaciones a los derechos fundamentales se encuentran comprendidos en el artículo 28 de la Constitución que establece los supuestos en los que la ley está autorizada a incidir en la esfera de autonomía, libertad e intimidad de las personas, regulando las acciones privadas. Ellos son el orden público, la moral, y la necesaria protección de derechos de terceros. (Sala Constitucional. Resolución 1750-97)

Para complementar la cita anterior, cabe reproducir el artículo mencionado por la Sala en ese fragmento:

Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”. (Constitución Política de Costa Rica)

Con mayor profundidad sobre el principio de reserva de ley, la Sala Constitucional, en la Resolución 1750-97, resalta la importancia del principio de legalidad, del cual el Tribunal desgrana cuatro aspectos básicos para la restricción de derechos fundamentales como los que acá estudiamos:

i) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables (principio de rango constitucional –artículo 39 de la Constitución; rango legal –artículos 19 y 124 de la Ley General de la Administración Pública y reconocimiento jurisprudencial); ii) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar sus preceptos, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; iii) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial; y iiiii) En cuarto, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley". (Sala Constitucional. Resolución 1750-97. El subrayado es nuestro)

Sobre esta particularidad, la Corte Interamericana, en el párrafo 40 de la Opinión Consultiva 5-85, haciendo referencia al artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, establece que "esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido la definición legal debe ser

necesariamente expresa y taxativa.”

2. Las restricciones deben proteger un objetivo legítimo:

Los objetivos legítimos para establecer la restricción a la libertad de expresión, según la Convención Americana, son: 1) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y, 2) proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública (artículo 13 inciso 2). Además, en el artículo 13 inciso 5 de la Convención Americana se establece que estará prohibida por ley la propaganda a favor de la guerra, así como la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

Conjuntamente, como se mencionó, el artículo 28 constitucional y la Sala Constitucional han mencionado que procurar el orden público, la moral y la necesaria protección de los derechos de terceros son objetivos legítimos que justifican la restricción de derechos fundamentales.

Es de especial relevancia tomar en cuenta la siguiente advertencia que hace Huerta (2002):

(...) No basta invocar los objetivos legítimos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos para justificar una restricción a la libertad de expresión. Se requiere asimismo acreditar que esos objetivos legítimos podrían verse afectados como consecuencia del ejercicio de este derecho fundamental. En este sentido, se debe analizar si existe una relación entre la restricción a la libertad de

expresión y la protección de los objetivos legítimos mencionados en las normas internacionales. (Huerta, 2002: Pág. 4)

En el voto 1750-97, al referirse a los justificantes para restringir la libre información, la Sala Constitucional acotó lo siguiente, que llega a determinar la interpretación de tales términos vacíos:

Dichos criterios pueden entenderse comprensivos del concepto de bien común y obligan, debido a la indeterminación de sus postulados, a un esfuerzo interpretativo riguroso en aras de no crear un estado de arbitrariedad e imprevisibilidad en materia tan sensible como es el establecimiento de limitaciones a los derechos humano fundamentales, situación que tiene -en todo caso- carácter excepcional. De ahí que se requiera que en dicha interpretación se respeten las justas exigencias de una sociedad democrática que busca el equilibrio entre los distintos intereses en juego y preserva y garantiza los derechos fundamentales. (Sala Constitucional, voto 1750-97)

De seguido, la Sala Constitucional expresa su concepto de orden público, moral y derecho de terceros:

Bajo esa idea de interpretación y aplicación rigurosa de los criterios del artículo 28 de la Constitución, la Sala ha entendido que el concepto de orden público al que se hace referencia alude a la integridad de los elementos fundamentales del Estado y del conjunto de principios que atañen a la organización del Estado, así como a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad. En la misma línea interpretativa ha concebido a la moral como un conjunto de principios o creencias fundamentales vigentes en la sociedad y, en cuanto a la necesaria protección de los derechos de terceros, ha afirmado que debe tratarse de derechos de igual o mayor rango frente a amenazas de igual o mayor intensidad. (Ibíd. El subrayado es nuestro)

La Sala Constitucional profundiza en lo que se considera por amenazas de o lesiones de mucha gravedad que justifiquen la limitación del derecho fundamental.

(...) Se debe tratar de una situación que plantee una necesidad social imperiosa en la que se pretenda satisfacer un interés público imperativo, elemento este que impone como requisito para la legitimidad de la restricción del derecho fundamental una de las exigencias del principio de razonabilidad, a saber, la necesidad de la medida. (Ibíd.)

Es claro que la Sala Constitucional hace eco a la interpretación que exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conceptos tan vagos como “orden público” y “bien común”.

No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. (Ibíd.)

El Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mencionado en la cita anterior, establece las normas básicas de interpretación de la misma Convención, y se transcribe a continuación:

Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte

uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Con posterioridad, la Corte establece que la libre difusión de ideas compone o es parte del orden público en la democracia:

Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. (Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC/5-85)

En el mismo párrafo se reitera cómo el orden público implica la libre expresión y su respeto: “También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.

3. Las restricciones deben ser necesarias para la protección de un objetivo legítimo:

El artículo 13 inciso 2 establece que las restricciones deben ser “necesarias para asegurar” la protección de los objetivos legítimos citados anteriormente. En

el párrafo 79 de la Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte Interamericana delimita lo que se debe entender por “necesarias para asegurar”.

(...) En los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las "necesarias para asegurar" la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención.

Además, la Corte Interamericana toma de la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar esta el artículo 10 de la Convención Europea, el término “necesidad social imperiosa”, afinando más los que se debe entender por “necesarias para asegurar”.

De esta manera, la Corte Interamericana establece que “Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad " y por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este

estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13, es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26). (Ibíd.)

Siguiendo con la interpretación de la frase “necesaria para asegurar”, la Opinión Consultiva OC-5/85 establece que el inciso c) y d) del artículo 29¹⁴ de la Convención Americana, junto con su artículo 32, inciso 2¹⁵, “(...) representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el por el artículo 13.2. Se desprende de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado

¹⁴ Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹⁵ Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

...

- 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas”. (Ibíd.)

Más adelante, la Corte desarrolla aún más el límite interpretativo que impone el Artículo 29 de la Convención:

Es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión "necesarias en una sociedad democrática", mientras que el artículo 13 de la Convención Americana omite esos términos específicos. Sin embargo, esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda "excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. (Ibíd.)

Debe enfatizarse, también, que el artículo 29 d) de la Convención Americana prohíbe toda interpretación que conduzca a "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre...", reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión. El artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por su parte, dice lo siguiente:

Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.
Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación

y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

La Sala Constitucional hace referencia al aspecto de la necesidad de protección de los objetivos legítimos para justificar las restricciones a derechos fundamentales y desarrolla, dentro del principio de razonabilidad, los de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto:

En este sentido se ha indicado que de existir varias opciones en relación con la limitación del derecho fundamental se debe optar por la que satisfaga la necesidad social imperiosa pero restrinja en menor grado el derecho (idoneidad). Asimismo, ha señalado que la medida restrictiva debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustada estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (proporcionalidad en sentido estricto) (Sala Constitucional, voto 1750-97. Los paréntesis son del original)

En estos casos, la delimitación de un derecho fundamental es relevante para reconocer si su ejercicio de derechos fundamentales puede responder a la vigencia de otros derechos fundamentales y libertades, tal y como lo dispone el voto 1750-97, citando el 3173-93:

(...) En esta hipótesis se hace aún más patente la exigencia, común a todos los supuestos en que se establece algún tipo de frontera a un derecho fundamental, de respeto a su contenido esencial. La delimitación del derecho fundamental puede producirse también en virtud de la exigencia de reconocimiento y garantía de otros derechos fundamentales y libertades públicas. Supuesto ese último en el cual se está ante un resultado ineludible del carácter sistemático del Derecho de la Constitución que admite delimitaciones de derechos fundamentales provenientes de la articulación de cada derecho con los restantes bienes o derechos de igual naturaleza. (Sentencia No. 3173-93 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993) (Ibíd.)

De seguido, el Tribunal se refiere a la forma precisa, justa y necesaria en la

que se deben restringir los derechos fundamentales, citando a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos:

A esta situación parece aludir la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la OC-5/85, referida por esta Sala en sentencia No.3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992, al señalar que los derechos fundamentales están sujetos a las restricciones necesarias para la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. Es decir, los valores, principios y preceptos constitucionales, así como los provenientes de las restantes fuentes del Derecho de la Constitución forman un sistema que admite, en razón de su pervivencia y de la plena vigencia de sus altísimos postulados, restricciones a algunos derechos fundamentales en la justa, precisa y necesaria medida en que se requiera. A pesar de que en estos últimos casos lo que se produce es una definición o precisión del derecho fundamental y no propiamente una restricción, no puede negarse que tal concreción delimita su contenido porque le impone fronteras fuera de las cuales se excedería su ejercicio legítimo”. (Ibíd.)

Por lo tanto, más allá del cumplimiento del principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales, hay que analizar lo que se conoce como “debido proceso sustantivo” o principio de razonabilidad desarrollado bajo el alero de la Carta Magna de los Estados Unidos, y acogido por nuestro sistema jurídico en la sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional, entendido como la armonía de leyes y actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución. Tal y como lo recoge la siguiente cita de la sentencia referida:

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con

la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad. (Sala Constitucional, voto 1739-92)

Sobre tal examen de razonabilidad, para entender de forma más didáctica este tipo de examen, la misma Sala recurre a la jurisprudencia alemana, que considera la legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la norma:

La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo. (Sala Constitucional, sentencia numero 3933-98)

4. Las restricciones se aplican en forma posterior al ejercicio de la libertad de expresión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la censura previa en el artículo 13 inciso 2, donde asegura que el ejercicio de la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado eco a esa idea y en el párrafo 39 de la Opinión Consultiva 05/85 sostuvo que “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”

El artículo 29 de nuestra Constitución Política hace referencia explícita a la censura previa: “**Artículo 29.-** Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.”

La Sala Constitucional establece el carácter excepcional de la censura previa y la forma en la que esta vacía el derecho de libre expresión, junto con sus implicaciones en un sistema democrático:

Al respecto, obsérvese que el carácter excepcional con el que se contempla a la censura previa en el régimen general de la libertad de expresión e información, en virtud sobre todo del tratamiento restrictivo que a nivel constitucional e internacional se hace de las posibles limitaciones a esa libertad, adquiere un especial rigor en relación con el derecho de propaganda electoral, fundamentalmente debido, a un requerimiento estructural del sistema democrático, explicado ampliamente en los considerandos anteriores, que plantea la necesidad de que exista la más amplia y plena comunicación, particularmente, entre quienes plantean opciones políticas o electorales (sobre todo partidos políticos) y las personas a las que van dirigidas, con el objeto de que estas últimas estén en condiciones de ejercer sus derechos políticos fundamentales. De ahí que en materia

de propaganda electoral se lesione el contenido esencial de ese derecho si se admite que autoridades públicas o personas privadas se impongan del contenido de las informaciones u opiniones con el objeto de establecerles condiciones o restricciones que las limiten preventivamente, es decir, que condicionen su elaboración y posible difusión al resultado de un previo examen de su contenido, porque tratándose sobre todo de su ejercicio por parte de los partidos políticos se establece una restricción que, con quebranto del principio de razonabilidad, afecta, singularmente, su espacio legítimo de libertad de acción e impide una auténtica comunicación entre quienes plantean las opciones políticas y quienes las reciben, dada la distorsión que inevitablemente sufre el mensaje o la información que se pretende expresar. Si se admitiera la censura previa en materia de propaganda electoral se estaría, entre otras cosas, impidiendo y obstaculizando un requerimiento esencial del sistema democrático que aspira a un auténtico y libre ejercicio de los derechos de participación política. (Sala Constitucional, voto 1750-97)

Aplicación al caso concreto

Como se puede constatar en el primer capítulo de esta investigación, muchos son los argumentos y de toda naturaleza, que se esgrimen para justificar la restricción de publicación de encuestas electorales, sin embargo, para efectos de este trabajo analizaremos tres, que parecieran ser lo más frecuentes y generalizados:

1. La difusión de encuestas electorales es una influencia externa al votante que afecta su decisión final de cara a las urnas, pues ejerce su derecho al sufragio sin la reflexión deseada por el legislador, lo que debilita su libre formación del voto y altera los resultados de forma indeseable.
2. Existe la posibilidad de que, por motivos propagandísticos, intereses comerciales, error o mala calidad de una encuesta electoral, se difundan

resultados de sondeos con datos que no coinciden con la realidad, lo que implica que el votante se vea mal informado y tome una decisión bajo esas condiciones, lo que afecta el resultado final. Este efecto es todavía más nocivo, cuando la información se difunde cerca del cierre de las urnas de votación, pues los partidos políticos afectados por los resultados falsos carecen de tiempo suficiente para defenderse del daño generado.

3. El tercer argumento de los detractores de la difusión de encuestas, es que la difusión de encuestas electorales puede generar tensión social y conflictos, pues las elecciones despiertan pasiones y el hecho de que se adelanten posibles resultados o se hagan proyecciones podría, eventualmente, llevar a desórdenes públicos que den al traste con la gobernabilidad del país y el buen discurrir de las votaciones.

A continuación, se analizará cada uno de estos argumentos bajo el marco desarrollado en el capítulo anterior, para constatar si representan motivos y medios válidos para limitar el derecho fundamental a la libre expresión e información.

Cabe advertir que se presume en esta investigación, que la norma del Código Electoral que creó esta restricción en el país cumple con todos los requisitos legislativos necesarios para ser una norma creada y emitida de forma legítima, por lo que cumple con el primer requisito establecido en nuestro marco de análisis de legitimidad desarrollado en el apartado anterior, a saber: la restricción debe estar fijada por ley.

Queda pendiente responder si los argumentos analizados, en este documento, demuestran que la norma persigue un objetivo legítimo según los parámetros taxativos de la Convención Americana de Derechos Humanos y si la restricción es necesaria y se aplica de forma razonable y proporcionada.

3.2 Sobre la supuesta incidencia de la difusión de los resultados de las encuestas en la libre formación del voto

Dentro de la lógica de este argumento esgrimido por los detractores de la publicación de encuestas, se puede entender que la restricción implica la contraposición del derecho a la libre información y expresión y el derecho a un voto libre, entendiendo este “voto libre” como uno completamente ajeno a toda posible influencia externa.

Como es obvio, y lo menciona Soler (2001) (véase cap.2), el legislador opta por dar prevalencia al derecho a lo que esta corriente define como “voto libre”.

Esta necesidad de proteger al votante de influencias ajenas es parte, según declara Sobrado (2008) de otras medidas que, de la misma forma, pretenden dar un espacio de reflexión y “profilaxis” o protección a los votantes, a saber: la ley seca o la normativa que prohibía la venta de licor días previos al día de las elecciones y la veda a la publicidad electoral también días previos. (Vease comunicación personal, cap. 1)

No sobra aclarar desde el inicio que en este primer argumento se razona

bajo un escenario en que las encuestas son metodológicamente serias y apegadas al método científico. Por decirlo de alguna forma, son encuestas “buenas”.

Dentro de este razonamiento podría entenderse que la restricción, según sus promotores, se encasilla en el inciso 2 a) del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto la restricción procuraría el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. El derecho ajeno sería, como se mencionó, poder ejercer el voto de forma libre (entiéndase “voto libre” como se definió en párrafos atrás).

Según nuestro criterio, de primera entrada es fácil localizar tres premisas muy débiles que sustentan este razonamiento: a) se parte ciegamente de que existe, es deseable y hasta posible un voto libre de influencias en un proceso electoral; b) se entiende por “voto libre” y ejercido de modo reflexivo aquel ajeno y “protegido” de cierta información electoral; y c) se asume que las encuestas generan conductas irracionales y hasta nocivas en los votantes, tal y como lo podría hacer, según quienes apoyan esta veda, la propaganda electoral y el consumo de licor.

Sobre la primera premisa cabe hacerse algunas preguntas básicas:

- 1) ¿Es posible o realista hablar de un voto sin influencias o “puro” en un proceso electoral?
- 2) ¿Tiene algo de nocivo un voto “impuro”, entendido este como aquel que se “contaminó” con información como las encuestas electorales?
- 3) ¿Logra realmente la veda a la publicación de encuestas su cometido de un voto “limpio”?

Consideramos que la respuesta a estas tres interrogantes es negativa. En primer lugar, la idea de un voto libre de influencias carece de sentido, pues si por “influencia” entendemos que el votante utilice información de toda naturaleza recibida por partidos políticos, el Estado y los medios de comunicación para decidir y fundamentar su voto, es indiscutible que mal hizo el legislador con establecer la veda, por 72 horas, sólo a la publicación de sondeos electorales, si antes de ese período el flujo de información suficiente para que el ciudadano absorba todo lo necesario para dar sustento y dejarse “influir” por toda la información que desee, lo cual, dentro de la lógica que acá se critica, es algo indeseado y visto como una distorsión nociva.

En este punto, adquieren importancia las críticas antes expuestas en este trabajo que hacen autores como Barba, Campos, Irwin, Soler y Badeni, quienes coinciden en la inutilidad de la medida para conseguir su finalidad, pues si el legislador lo que quiere es eliminar toda la influencia de la información externa que distorsionaría el voto, lo conveniente, bajo ese razonamiento, sería prohibir toda forma de comunicación durante toda la campaña electoral.

Es por esto que, por ejemplo, el estudioso Irwin cierra su artículo, que critica a quienes defienden esta restricción en Holanda, donde la medida no se ha establecido y las encuestas fluyen libremente en cualquier momento, con la siguiente expresión cargada de ironía:

(...) Polls provide information to voters that is useful to them in determining their vote, just as they use the information from debates

and other sources to determine their vote. If you ban polls during the last week of the campaign you might just as well ban debates, and if you do that why not just place a complete ban on all campaigning and all media reporting. Just imagine, the election campaign period as a time for quiet contemplation!

Es claramente contradictorio que si dentro de este razonamiento, lo que se quiere evitar son influencias externas al votante dos días antes de las elecciones, durante ese período de prohibición, por ejemplo, la prensa difunda libremente todo tipo de información y opinión (con excepción de las encuestas electorales, claro), que sin duda sería un insumo mayor dentro de todo el mar informativo que puede encauzar hacia algún lado la voluntad del votante, que es precisamente lo que se quiere evitar con este argumento y bajo esa lógica.

Resulta indudable que un editorial de un periódico o una noticia de última hora, difundida por Internet, que ofrezca hechos de interés público tiempo antes del cierre de las urnas electorales, podría ser información que los votantes utilicen racionalmente para decidir por quién votar, o bien, no votar del todo.

Antes esto, de forma preliminar, cabe indicar la evidente falta de conexión racional entre la finalidad de la norma prohibitiva (evitar distorsiones en el voto por influencias externas) y su ámbito de aplicación, pues definitivamente es insuficiente en cumplir su objetivo, es decir, se evidencia una falta de idoneidad entre el fin y los medios.

Esta imposibilidad se da por dos motivos: como ya se dijo, la norma no prohíbe la difusión de toda la información que podría incidir en el voto del elector, pero además, tal y como lo advierten varios autores citados

anteriormente, como el Tribunal Constitucional Peruano (vease cap.2), la prohibición se esquiva fácilmente aprovechando los adelantos tecnológicos, como el Internet y la televisión satelital.

Por citar un caso hipotético, es posible que desde un servidor de Internet, ubicado fuera del territorio nacional, se difunda en un sitio Web el resultado de una encuesta de boca de urna horas antes de cierre de la contienda electoral, a la cual podría tener acceso toda buena parte de la ciudadanía.

Cabe retomar un aporte interesante y atinado, según esta investigación, que realiza Campos (2008), en el que se evidencia, de nuevo, la irracionalidad del argumento de la necesidad de minimizar la influencia de factores externos al voto. (Véase capítulo 2)

En conversaciones personales, Campos considera que la misma limitación del flujo de las encuestas en cualquier etapa de la campaña electoral se convierte en un “efecto” o una “influencia” en el voto, lo que contradice, precisamente, el razonamiento de los detractores de la libre difusión de encuestas durante todo el proceso electoral, quienes quieren alejar las influencias externas del proceso de decisión del voto. Del mismo modo, asegura que las encuestas generan un efecto si son de conocimiento del público, pero también generan un efecto cuando el ciudadano queda sumido en la ignorancia. Según él, entre las dos formas de afectar al ciudadano, él se inclina por el conocimiento, no por la ignorancia.

Aunque Campos no lo llama así, podríamos hablar entonces, sin tener ninguna certeza científica al respecto, pero aplicando la lógica de los que apoyan la veda bajo discusión, “de un efecto o influencia sobre el voto generado por la

prohibición misma”, lo que evidencia la ficticia finalidad de la prohibición, es decir, si conocer la información de las encuestas genera efectos y altera la conducta de los votantes, como lo asegura esa corriente de pensamiento, lo lógico es pensar, bajo su alero, que suprimir del público esta misma información generaría, entonces y de la misma forma, algún efecto o distorsión.

No sólo es ficticio hablar de un voto puro o libre de influencias, sino que el razonamiento trae consigo la percepción de que, como se establece en la segunda premisa de esta línea argumentativa, en un proceso electoral un voto es libre en el tanto se le impida al elector recibir cierta información, la cual distorsiona el resultado electoral. Lo anterior, bajo nuestro criterio, es falso y contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto vacía de su contenido esencial al derecho de la libre información y expresión en el contexto de las elecciones.

Pensar que en una sociedad democrática limitar el libre flujo de información electoral y la libre expresión es beneficioso para un proceso electoral, resulta absolutamente contradictorio a lo que ha establecido la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, de forma sistemática, en toda su jurisprudencia; un ejemplo entre muchos posibles, en la Opinión Consultiva 5-85:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté

suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. (Corte Interamericana de Derechos Humanos.)

Con base en este razonamiento de la Corte Interamericana, al reconocer que una sociedad mal informada no es libre plenamente, puede deducirse fácilmente que un voto que se emite en condiciones restrictivas al flujo de la información no es plenamente libre tampoco. De hecho, La Corte Interamericana reconoce explícitamente el derecho de conocer la opinión de los demás.

Por lo cual, contrario a lo que sostienen los promotores de la veda a la difusión de encuestas, debe partirse, en cambio, de que un voto verdaderamente libre es aquel que se emite con base en la información más actual, objetiva, útil y de interés del elector. Lo anterior nos lleva naturalmente a discutir la tercera premisa del argumento en cuestión, para lo que se plantean las siguientes preguntas:

- ¿Las encuestas electorales son “buenas” o “malas” para el proceso electoral y consecuentemente con la democracia?
- ¿Es válido asumir que las encuestas generan conductas irracionales indeseables nocivas para el buen discurrir del proceso electoral?
- ¿Las encuestas fomentan o menoscaban un voto libre?

No es difícil notar que la corriente restrictiva de la difusión de las encuestas está determinada por una percepción negativa de estas. Existe una marcada inclinación de apoyar hipótesis que indican que el votante al conocer los resultados de una encuesta electoral (tal como se planteó en el capítulo 1), altera

su decisión de voto de forma al incitar a una decisión no cognitiva, ni reflexiva, sino emotiva, impulsiva o irracional, apoyando al candidato que muestra ventaja o desventaja, porque quiere ser de los ganadores o quiere ser solidario con el que sale como perdedor y ayudarle a mejorar su posición (*bandwagon* y *underdog effects*). Otra posibilidad, entre muchas más que se citan, es que el votante se inhiba de participar en la elección por considerar que todo está decidido con el resultado que muestran los sondeos.

El legislador nacional abraza tales hipótesis y considera indeseable que el voto se emita de forma, según presumen, poco reflexiva e irracional, por lo que opta por establecer la restricción. Lo anterior es cuestionable en el tanto no existe prueba empírica coincidente o hallazgos sólidos que determinen que la difusión de las encuestas genere tales conductas irracionales o basadas en emociones en los votantes tras recibir los resultados de una encuesta electoral, o en general de los medios de comunicación (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2006)

En este tema, sí hay acuerdo en que la evidencia es inconclusa sobre los llamados “*bandwagon*” y “*underdog effects*” y en que los experimentos llevados a cabo para probar reacciones conductuales ante información electoral tienen muchas limitaciones y son muy costosos. Mann y Orren y Milavsky (vease cap. 2).

Asumiendo lo anterior, no hay motivos válidos y de peso para considerar que las encuestas son una influencia “nociva” para un votante y para la celebración del proceso electoral, entendiendo la nocividad como la generación

de una reacción emotiva o irracional en el público que altere los resultados finales de forma indeseable, tal cual se lo proponen los que apoyan la veda y que por tanto, haya que restringir el flujo de esa información por el bien de los derechos de terceros, como un “voto libre”.

Entonces la premisa de que un voto es libre en el tanto al ciudadano se le aleje de las encuestas electorales el día mismo de las elecciones, por ejemplo, no tiene bases sólidas. No existe prueba de que las encuestas “aturdan” a los votantes y los hagan cambiar su voto contra su racionalidad o su voluntad, dando al traste con el proceso electoral. Mas bien, podría pensarse que, tal y como lo intenta probar Irwin (2006) en el caso del público holandés en las elecciones parlamentarias del 2003, en una investigación que analiza 79 artículos científicos sobre el tema del “*bandwagon effect*”, hay alguna evidencia de una reacción cognitiva de los votantes hacia las encuestas, lo que implicaría que en lugar de ser un factor nocivo para el votante y el proceso electoral, sería un importante aporte positivo para el ciudadano.

Estos sondeos, según Irwin, brindan información concerniente al apoyo relativo que los partidos políticos están ganando o perdiendo en un momento preciso, y cuáles están ganando o perdiendo soporte en relación con las elecciones y las encuestas pasadas. Fuertemente basados en esta información, los votantes crean expectativas concernientes al desenlace de la elección y las consecuencias que traería éste, como cuál partido será el más agrande tras la elección, cuál se ubicará más debajo de su umbral que determine su relevancia en la participación en el gobierno, cuáles coaliciones son posibles o similares, etc.

Todas estas son consideraciones estratégicas de muchos votantes, especialmente, de aquellos que no tienen una preferencia por un solo partido. Por eso, Irwin concluye que las encuestas brindan información valiosa y útil para el votante, de la misma forma en que lo hacen los debates y otras fuentes de información para decidir por quién votar.

Otros autores e instituciones comparten este criterio y ven en las encuestas mucha utilidad, asimilándolas no como nocivas o peligrosas, sino como cualquier información que se difunde durante el proceso electoral en la prensa, por ejemplo, por lo que merecen ser consideradas herramienta de asistencia interpretativa de lo que sucede en el proceso electoral (The Foundation for information 2003).

Si se toma en cuenta la analogía que realiza Popkin (1994. Pág. 9-10) para explicar su teoría sobre la decisión de voto por el ciudadano en el proceso electoral, se logra tomar conciencia de que entre más información reciba el elector puede tomar una mejor, sólida y más fundada decisión, con lo que podríamos, quizás de forma más acertada que como lo proponen los que promueven la restricción de publicación de encuestas electorales, contribuir a que se ejerza un voto realmente libre, que es precisamente, el derecho de terceros que se pretende resguardar por los que apoyan la existencia de la veda.

Dentro de las corrientes que parten de que, en vez de una reacción irracional ante las fuentes de información, como se presume de las encuestas electorales, se da una decisión de voto racional con baja información (*low-information rationality*) proveniente de fuentes diversas, Popkin se distancia de

psicólogos sociales que comparan la decisión de votar como el proceso para ir a comprar un bien al mercado. Según estos teóricos, se trata, de una decisión de consumo independientemente de si la recolección de información por parte del comprador es profunda o superficial y si las creencias son acertadas o no, estables o inestables. (Popkin. Pág. 9, citando a Hilde Himmelweit)

Popkin más bien desarrolla su tesis con la analogía de un inversionista, en lugar de un comprador, siempre, insistimos, partiendo de que hay racionalidad en el inversionista, y por lo tanto, en el votante. Según él, un inversionista toma su decisión de invertir en bienes colectivos con costosa e imperfecta información bajo condiciones de incertidumbre. Esta analogía con el inversionista abarca elementos del proceso de razonamiento del voto que, según Popkin, la analogía del consumidor deja de lado.

(...) the analogy is appropriate because the voter expends time and effort in the expectation of some later return, a return that will depend in large part on what others do. The investor analogy, as I will use it, does something the consumer analogy cannot. It draws attention to the difference between public and private goods and allows us to begin to predict several things: when information gathering will be searching and when it will be superficial; when voter beliefs will be accurate and when they will be misleading; and, to a lesser extent, when those beliefs will be transient and when they will be stable. (Popkin, p. 10)

Popkin hace énfasis en que votar no es lo mismo que comprar un televisor. El votante es un inversionista público, no un consumidor privado, lo que implica una gran diferencia. El votante realiza el esfuerzo de votar con la expectativa de obtener una satisfacción futura. Esta decisión se toma en medio de escenarios en

los que la probabilidad de que se den ciertos resultados es de difícil determinación. El proceso de esta siempre rodeado de incertidumbre y se apuesta por un bien que generaría réditos a largo plazo y de forma posterior a la compra.

(...) they are investors in future benefits to be derived from government, not purchasers of goods to be consumed immediately. This investment, furthermore, must be made in situations in which the likelihood of different outcomes is not easily calculated, for want of either data or theory to guide the decision-making process. Many consumer decisions involve clear alternatives and immediate results, but a decision about voting always involves uncertainty and the prospects of a long-term payoff". (Ibid.)

A continuación, se sintetizan algunos aspectos que según Popkin (p. 13) diferencian las decisiones públicas, como el voto, de las decisiones privadas, como comprar un televisor, ejemplo suyo:

- 1) Los recursos gastados, previamente, en recolectar y procesar información al realizar decisiones personales de consumo tienen directo impacto en la calidad de los resultados para el consumidor. Mientras el tiempo y los recursos utilizados para reunir información antes de decidir qué consumir inciden en un mejor resultado, esto no necesariamente se da en el caso de decidir por quién votar. En el caso de los procesos electorales, si todos los ciudadanos, menos yo, están bien informados sobre los candidatos en la elección presidencial, por ejemplo, y yo sólo me preocupo por dónde guardar mis ahorros, yo gano un mejor gobierno por la buena decisión que pudieron haber tomado los demás y además, una mejor inversión personal.

- 2) A diferencia de las decisiones personales de consumo, que son actos individuales, las votaciones son actos colectivos. Las votaciones se ganan cuando suficientes personas votan juntas. Por eso, al decidir en cuáles problemas enfocarse y por quién votar, el elector se ve afectado por la información de lo que los demás votantes están haciendo. La información sobre las preferencias de los otros ayudan a decidir si hay suficientes personas con las mismas preocupaciones o preferencias para lograr una masa crítica. La información afecta mi percepción de si un problema es sólo mío o de todos; si ese problema es común a varios como individuos o colectivo; y si ese problema colectivo es “nuestro” de nuestro gobierno.
- 3) Las decisiones públicas implican, a diferencia de las privadas, la provisión de servicios. El político entregará un producto a futuro, del cual el votante tiene conocimiento limitado, lo que conlleva la incertidumbre sobre si el producto será entregado y dará los resultados prometidos. Esta incertidumbre se puede dar al tomar una decisión privada de compra de un producto, pero en la elección de un candidato el asunto es más complejo. Los votantes consideran no sólo al candidato, sino a los políticos que se afilian a él.

Las anteriores distinciones se exponen con el fin de que se comprenda que existe, según algunos modelos teóricos, una racionalidad en el ciudadano, y que la racionalidad implica el flujo de información, lo cual se hace notar en todos los puntos anteriores.

Cabe resaltar que en el segundo punto expuesto se da especial relevancia, para el proceso de formación de formación del voto, al conocimiento de lo que piensan los demás ciudadanos y de si cierta idea o cierto candidato tienen suficiente fuerza de apoyo para concretarse o entrar en el poder de forma legítima bajo las reglas de la democracia.

En este sentido, la información que se publica en los medios de comunicación masiva contribuye a que el votante pueda hacer una apuesta o “inversión”, más o menos, riesgosa según su criterio. Entre toda esa información están las encuestas electorales, que permiten, de forma confiable y precisa en la mayoría de casos, saber lo que piensan los demás que toman esa decisión colectiva, esa inversión a largo plazo. Conocer lo que piensan los demás tiene sentido y es una necesidad, además de un derecho, de los ciudadanos.

De hecho, en el razonamiento de Popkin (Pág. 44) se habla de “atajos de información” o “*information shortcuts*”, que son información fácil de obtener, la cual se convierte en la “segunda mejor” opción entre los datos difíciles de conseguir y llegan a llenar las brechas de conocimiento que tiene los ciudadanos. Estos atajos son, según el autor, por ejemplo: el aprendizaje de experiencias pasadas, de la vida diaria, de los medios y de las campañas políticas. Son atajos para evaluar, obtener y retener información.

Otra atajo es precisamente el conocimiento de la opinión de los demás para suplir alguna falta de información:

Voters rely on the opinion of others as a shortcut in evaluating

the information they have, because even when they do know about an issue, they are unaware of many relations between government and their lives. They may not be able to evaluate news for relevance or veracity, and they may not have appropriate standards for assessing the performance of the government. Thus, even when they do have the facts about an issue, voters turn to others for help with evaluation because they are uncertain about the meaning of the news and want to know how others have interpreted events. (P. 44)

Podría pensarse que las encuestas, al condensar el pensamiento de los demás, son uno de los atajos que sirven al ciudadano para saber cómo los otros están interpretando los hechos, como están viendo a los candidatos y a quien le están dando su apoyo en un momento preciso. Es evidente que bajo este modelo teórico no se presume que las encuestas sean nocivas o que generen distorsión al provocar reacciones irracionales y contrarias a su “verdadera” voluntad en los ciudadanos, afectando negativamente el derecho al voto libre y reflexivo.

Cabe hacer otra crítica a la argumentación de quienes promueven la veda. Según esta corriente, para que el voto sea reflexivo y no impulsivo, lo correcto es, mediante leyes, alejar al votante de las encuestas unos días antes del ejercicio del sufragio, lo cual evidencia que se asimila el concepto de reflexión con desinformación, lo cual es abiertamente errado.

Según la Real Academia Española “*reflexionar*” es “considerar nueva o detenidamente algo”. Por lo cual, ejercer un voto reflexivo no se debe entender como ejercer un acto alejado del mundo y de la realidad social que transmiten, parcialmente, los medios de comunicación. El libre flujo de información no se contrapone ni agrede la necesidad, según los que promueven la veda, de que los ciudadanos se tomen con seriedad y calma su derecho a votar.

En realidad, es viable y apropiado presumir todo lo contrario. Si pretendemos hacer al ciudadano decidir por quien desee con calma, se le debe dar la materia prima del razonamiento y del libre pensamiento, que es toda la información posible, que él mismo debe discriminar según su buen juicio. De esta forma, se obtiene un votante que crea su propio voto según la realidad que lo rodea. Se trata de convertir el voto en una decisión reflexiva ejercida desde la plena y libre información, no desde el silencio y la incertidumbre, que se ve fomentada por medio de la censura.

Tal y como lo comenta Soler esa necesidad, a todas luces irreal e imposible de lograr, de filtrar información para que el ciudadano vote con base en su conciencia, lejano a información externa y desde alguna cumbre contemplativa, muestra que el legislador da preferencia a un voto ideológico en vez de a uno estratégico, lo cual no tiene razón de ser. (Vease cap. 2)

Un voto estratégico basado en los resultados de las encuestas muestra en el ciudadano interés y preocupación por el pensamiento social del momento, por el camino hacia el que se dirige la decisión de sus iguales, y da la oportunidad de cambiar el destino o pretender hacerlo si el votante así lo desea, lo cual es su derecho y libertad; éste es el simple ejercicio de un derecho, contrario a que sea ese un acto que se debe reprimir.

Esa forma de crear un voto, echando mano de hechos, versiones, creencias y otros miles de datos que rodean al votante, es una muestra natural de racionalidad, de reflexión y de un legítimo y encomiable deseo de participar en la contienda electoral, un evento de pleno interés público, de manera inteligente y

libre.

Que el votante actúe de esta manera y que se le permita materialmente hacerlo, fomentando el libre flujo de información, no hace más que consolidar la garantía reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 23, que dice: “participar en la dirección de los asunto públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

Como contraparte, el modelo de pensamiento contrario, que sostiene la veda, ve al votante como un ser pasivo, ingenuo, carente de racionalidad y fácilmente maleable por unas encuestas que de por sí son percibidas como peligrosas, impide una participación libre y plena, y responde, más bien, tal y como lo ha mencionado la misma Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en un informe para el 2005, a teorías de comunicación superadas, como la de la “aguja hipodérmica” desarrollada y aplicada por varios científicos, principalmente, por el sociólogo estadounidense Harold Lasswell desde la década de 1920. Algunos de los estudios de Lasswell se dieron en el contexto de la Segunda Guerra Mundial y la propaganda de guerra, en específico la del fascismo. (Sproule, 1997: 195)¹⁶

Simplificando sus enunciados, la teoría de la aguja hipodérmica (*hypodermic needle theory*, también conocida como *The Magic Bullet Theory* o la Teoría de la bala mágica) sugiere que los mensajes de los medios de

¹⁶ Resulta interesantes notar que, según Sproule, Lasswell, bajo su teoría e investigaciones, hizo las de perito para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en procesos judiciales contra estadounidenses que distribuían propaganda nazi. “The Justice Department turned to Lasswell in the belief that the aura of scientific certainty abiding in Lasswells tabular aproach couls helps the agency to muster evidence sufficient to convict pro-Nazi propagandists. Federal prosecutors reasoned that objetive procedires would enable their witnesses to satisfy a jury that certain American publications represented dangerous propaganda because they mimicked themes disseminated by overseas fascist media”. (Sproule, 1997: 195)

comunicación son “inyectados” en una audiencia pasiva que se ve inmediatamente influenciada por el mensaje. Este modelo ve al receptor de la información como a alguien indefenso que no puede resistir el impacto del mensaje. (University of Twente)

Pero este modelo fue posteriormente superado por la teoría de los efectos limitados, que logró probar, mediante encuestas y estudios de laboratorio, que la premisa de que los medios de comunicación tengan ese poder de manipulación que les atribuía Lasswell, era muy débil. (López, 2004: 144). López sintetiza los principales enunciados de esta teoría de la siguiente forma:

- 1) Las comunicaciones de masas no son, normalmente, la causa necesaria y suficiente de los efectos que producen sobre el público, sino que actúan entre varios factores.
- 2) Los factores intermediarios hacen que las comunicaciones de masas sean un factor cooperador, y no la causa única. Los medios de comunicación contribuyen mas a reforzar que a cambiar las opiniones existentes.
- 3) Estos factores intermediarios, cuando son operantes, pueden favorecer el efecto directo de los medios, y cuando actúan como refuerzo, pueden favorecer el cambio.
- 4) Este modelo establece que la eficacia de los medios de comunicación se ve

favorecida por una serie de aspectos relativos a los medios, las comunicaciones y condiciones en que se lleva a cabo el proceso de comunicación.

Esta teoría de los efectos limitados también ha recibido múltiples críticas, pero lo que se pretende describir, en este trabajo, es que la concepción de las encuestas como factor que altera a un pasivo e ingenuo votante quien vería afectada su voluntad y libertad, tal y como lo propone el modelo de la aguja hipodérmica, no tiene asidero. Por el contrario, se hace evidente que tesis como la de Popkin, en las que se describe al votante como un ser activo y dinámico, cual si fuera un inversionista buscando información y considerando muchísimos factores y “atajos” para tomar una decisión (formar su voto), se acerca más a la teoría de los efectos limitados.

De hecho Irwin niega el *bandwagon effect* y el *underdog effect*, y establece que las encuestas electorales podrían, si acaso, reforzar la opinión de los que ya tienen un voto decidido, y ser un elemento de voto estratégico para los que están construyendo su criterio.

Pestano (2000) describe de forma precisa, en el contexto de la televisión educativa, la evolución que se ha dado en las concepciones de los medios de comunicación. Se hace evidente un paso de la modificación de conductas hacia el fortalecimiento de actitudes ya existentes.

La concepción primitiva de los medios y en particular de la

televisión como instrumento capaz de modificar conductas y actitudes evoluciona hacia una comprensión de la televisión como instrumento capaz de fortalecer determinadas actitudes, ya existentes o latentes, en detrimento de otras de las que no se habla o se habla negativamente. En los objetivos deberán aparecer los principios que hagan participar a los receptores, no sólo como evocación retórica de la audiencia, como puede ser la participación en concursos, sino en la propia dinámica de la construcción de la producción de televisión educativa.

De la misma forma, esta evolución en los modelos de estudio de la comunicación de masas la comparte la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, como se explicó en el capítulo 2, que en lugar del modelo de la aguja hipodérmica, el modelo de resonancia, también llamado el de la “caja de resonancia”, postula que los mensajes de campaña enviados por los medios de comunicación operan en consonancia con las predisposiciones y pensamientos que ya tiene el votante, con la identificación partidaria como la más importante.

Si bien esta investigación no tiene como objetivo establecer cuál es el paradigma o esquema teórico correcto detrás de la corriente que restringe o la que libera el flujo de encuestas electorales, ni tampoco validar o rechazar los estudios técnico científicos sobre el tema, sí se pretende analizar cuál de esos modelos o esas percepciones es acorde, o no, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe insistir que ninguna de las premisas del razonamiento de la corriente restrictiva tiene fortaleza suficiente para demostrar que la prohibición de publicación de encuestas responde a una “necesidad social imperiosa” por la cual haya que proteger a terceros de cara a un interés público imperativo, tal y como lo exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la ha replicado la Sala

Constitucional.

Se ha argumentado por qué a nuestro parecer no tiene cabida, ni sentido pretender, e incluso desear y defender, por medio de leyes, un voto libre de influencias externas, en tanto esos factores externos sólo sean información electoral, contrario a lo que establece la primera premisa analizada. La realidad social y tecnológica anulan tal pretensión, pero además, tal finalidad es innecesaria y más bien nociva.

Esto último nos lleva a referirnos de nuevo a las premisas segunda y tercera del razonamiento restrictivo, que es entender por “voto libre” y ejercido de modo reflexivo aquel ajeno y “protegido” de la información electoral; y asumiendo también que las encuestas generan conductas irracionales y hasta nocivas en los votantes, tal y como lo podría hacer, según quienes apoyan esta veda, la propaganda electoral y el consumo de licor.

No se han encontrado argumentos que sustenten que las encuestas electorales publicadas, en cualquier momento del proceso electoral, limiten la libertad del votante por llevarlo a tomar decisiones carentes de racionalidad y juicio. No existen estudios técnicos conclusivos y sólidos que permitan demostrar que el conocimiento de las encuestas electorales por el votante lo lleve a hacer algo contra su voluntad y limiten su capacidad de reflexionar su decisión.

No se halla ninguna justificación de peso que legitime el objetivo de proteger a tercero de la publicaciones encuestas electorales, por cuanto no lesionan ningún derecho, de la misma forma en que no es nocivo, ni lesivo de derechos: leer entrevistas, editoriales, noticias de los candidatos y escuchar

opiniones de otros ciudadanos, el propio día de las elecciones para tomar una decisión de voto.

No existen motivos que justifiquen diferenciar la información que recibe un ciudadano de una encuesta de la que obtiene de una noticia. Ambas son fuentes de información valiosa y útil para que el votante pueda ejercer el derecho del sufragio de forma libre y con pleno conocimiento de las circunstancias que rodean la elección.

Al tocar este punto cabe retomar la Sentencia 1750-97 de la Sala Constitucional y hacer notar que en ese voto uno de los aspectos más importantes para justificar el control y restricción de la propaganda electoral en ciertas etapas del proceso es que, según los magistrados, se trata de una “manifestación particular de la libertad de expresión e información”. Esto es así, según los magistrados, porque la actividad propagandística tiene la característica especial de pretender inclinar la intención del voto de los electores a favor de la opción política que respalda o en contra de la que combate, lo que justificaría que por razones de orden público una regulación especial del Estado, es decir, su intromisión de forma legítima en ejercicio de tal derecho.

Si bien en la aplicación del argumento de orden público, en este problema de investigación, se tratara con mayor profundidad en el siguiente apartado, cabe adelantar que contrario a la propaganda, las encuestas y la información que proviene de ellas no tiene como fin natural y primordial, y por tanto “especial”, de inclinar el voto de los ciudadanos, sino conocer por medio de una herramienta de alta confiabilidad y validez científica, el pensamiento de los demás en un

momento preciso, algo que es un elemento natural, valioso y oportuno para formar el voto, pero no cualquier voto, sino uno inteligente, razonado y si se quiere, estratégico, tal y como resulta deseable de una decisión de trascendencia pública.

Cabe aclarar que aceptamos la posibilidad de que una encuesta electoral sea una herramienta que los partidos políticos utilicen como “brújula” o punto de referencia para plantear su estrategia de propaganda electoral, pero ese es un segundo momento, distanciado y no atribuible a la naturaleza propia de las encuestas, pero sí a la de los partidos políticos, que pretenden obtener adeptos, lógicamente y haciendo uso de sus derechos reconocidos como agrupación con fines políticos.

El hecho mismo de afirmar en una noticia de última hora el día de las elecciones, con base en los datos obtenidos por una empresa encuestadora autorizada por el Tribunal Supremo de Elecciones, que el candidato A lleva una ventaja de cierto porcentaje de votos en relación con el candidato B en un momento preciso, no pretende inclinar el voto del elector hacia el ganador o el perdedor. Esa es la simple descripción de un hecho corroborado y con validez científica. Por lo tanto, es información electoral que, por ejemplo, una sala de redacción de un periódico debe manejar con rigurosidad y seriedad propias del oficio y del tema que se aborda, al igual que con cualquier otro dato que difunda un medio de comunicación, que puede ser un insumo valioso para el votante, al igual que una noticia, una entrevista, una columna de opinión, es el votante quien debe valorarla, juzgarla y hacer con el dato lo que mejor le parezca.

Tal y como lo acota el Badeni (La Ley, 2005) “(...) Las encuestas y los sondeos de opinión no son actos de propaganda, ni de proselitismo. Son informaciones objetivas que coadyuvan a que el elector pueda formarse una opinión más sólida”.

Con ello, se hace más consistente la tesis acá sostenida, de que entender la formación del voto y el discurrir los procesos electorales, bajo la lógica de la corriente restrictiva y los modelos teóricos que a ella subyacen, va contra principios democráticos fundamentales y vacía el derecho de la libre información de su contenido, sin motivos que lo justifiquen.

También es nocivo otro elemento que se infiere de las premisas anteriormente desacreditadas, a saber: la presunción de que el votante es un ser inmaduro, pasivo y con una inteligencia menor a la del legislador, por lo que debe ser protegido por el Estado de los efectos “distorsionadores” de las encuestas en el ciudadano.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2006) también hace referencia a este aspecto y critica esa perspectiva de “paternalista” y contraria a la democracia:

“(...) subyace el supuesto de que los electores no son lo suficientemente maduros o inteligentes para exponerse y juzgar determinados contenidos, un concepto paternalista que se contradice con la idea de democracia. Al contrario, la democracia concibe al individuo como “un ser dotado de la capacidad elegir entre opciones diversas, asumiendo responsablemente las consecuencias de tales elecciones, es decir, como un ser autónomo, razonable y responsable”.

Precisamente, en este punto, se da la mayor diferencia entre la lógica de la

corriente restrictiva y la liberal en cuanto a la difusión de las encuestas electorales, pues Pokin, como se explica en el capítulo 2, ve al ciudadano como un ser racional, capaz de obtener y analizar información de todo tipo para ejercer el derecho al voto, prueba de ello es que lo compara con un inversionista público que toma una decisión en cierta condición de incertidumbre, considerando la opinión de los demás y recibiendo información de todo tipo, esperando réditos futuros de su decisión, que sería, en su analogía, el trabajo que haría un gobierno cuando llega al poder.

En el modelo del inversionista, para explicarse la formación del voto en un proceso electoral se parte de la plena libertad de difusión de ideas y la información de toda naturaleza es vista como un insumo para tomar una mejor decisión, incluyendo la información proveniente de las encuestas electorales, pues permiten conocer y contextualizar hacia dónde dirigen su apoyo los que rodean al ciudadano, es decir, sus iguales.

Bajo esta otra lógica, en contraste con la de la corriente restrictiva, se deja de lado la premisa falsa y sin sustento de que las encuestas son influencias externas indeseables que el votante no sabe digerir y que por tanto, su voluntad o libertad del voto se ve menguada generando una reacción irracional; y en su lugar, se concreta la idea, promovida fuertemente por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, de que un voto libre es el más informado y de que la libre difusión de información es realmente la “piedra angular” de una sociedad democrática verdaderamente libre.

Se concluye así, en este apartado, que el primer alegato esgrimido por

quienes defienden la restricción de publicación de encuestas, de proteger a terceros de los resultados de encuestas electorales para ahuyentar influencias externas y garantizar un voto libre, invoca de forma errada un objetivo legítimo, el cual no responde de ninguna forma a una necesidad social imperiosa, por lo que incumple con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al no acoplarse al artículo 13 inciso 2-a de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La posibilidad de que esos datos lleguen a los ciudadanos no sólo no es nociva, ni le genera problemas al ciudadano, ni al proceso electoral, tal como se analiza arriba, sino que por el contrario, lo enriquece y fortalece, según los mandatos de ese cuerpo legal internacional.

Al ser el objetivo alegado inválido desde su origen, es innecesario pasar a la siguiente etapa, de análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad de los medios utilizados para restringir la libertad de información bajo ese argumento.

3.3 Sobre presunto el riesgo de la difusión de encuestas electorales con resultados imprecisos

Otro de los argumentos esgrimidos por los detractores de la difusión de encuestas para sostener la restricción es la posibilidad de que por motivos propagandísticos, intereses comerciales, error o mala calidad de una encuesta electoral, se difundan resultados de sondeos con datos que no coinciden con la realidad, lo que implica que el votante se vea mal informado y tome una decisión de voto con base en datos errados, lo que afecta el resultado final y distorsiona

una sana competencia electoral.

Este efecto es más nocivo, según dicen, cuando la información se difunde cerca del cierre de las urnas de votación, pues los partidos políticos afectados por los resultados falsos carecen de tiempo suficiente para defenderse del daño generado.

Para quienes apoyan esta corriente, la posibilidad de difusión de información imprecisa en las encuestas genera más temor debido a que, según su parecer, los medios de comunicación de comunicación pueden entrar en contubernios con grupos de poder y alterar el curso de la elección con la difusión de datos falsos, simplemente por satisfacer intereses comerciales.

El riesgo se incrementa si se considera que las encuestas tienen un aura científica y por ser instrumentos de alta confiabilidad, se les otorga especial credibilidad a los datos de los sondeos de opinión.

Bajo este segundo argumento, es presumible que el objetivo legítimo alegado sea defender el derecho de terceros de recibir información veraz y precisa, para así lograr el cometido de que se ejerza un voto verdaderamente libre y sin influencias externas que confundan al elector.

Cabe mencionar desde ahora que consideramos válido este objetivo alegado, por cuanto la difusión de encuestas electorales con datos falsos y metodologías débiles y poco serias o rigurosas puede afectar la decisión del votante de una forma indeseable.

Partimos de que el votante, como se consideró en el apartado anterior, al ser un ciudadano racional y con capacidad de decidir, toma diferentes insumos

para llegar a definir su voto. Entre estos insumos está la decisión de sus iguales plasmada en una encuesta electoral, bajo la cual elector puede saber cuál sería el destino de su país si en ese momento se ejerciera el voto, y con ello, tener un panorama claro que le permita votar de modo informado.

Es cierto que la información imprecisa y falsa en una campaña electoral puede provenir de otras fuentes y puede llegar al votante en cualquier momento por medio de la prensa en un reportaje o de un candidato presidencial, no sólo de las encuestas, lo que sirve para cuestionar la idoneidad de la medida para cumplir su objetivo, lo que adelanta un examen de razonabilidad de la restricción, sin embargo, consideramos que aplicando el sentido común, la veda sí impediría o minimizaría las posibilidades, de que se difundan encuestas electorales manipuladas o con datos falsos, lo que evitaría que se emitan votos con base datos falsos derivados de los sondeos.

No se puede negar que la posibilidad de que un grupo de votantes que emitan su voto con base en datos de las encuestas electorales que resulten ser falsos es un peligro del cual los votantes merecen protección.

Los principios sostenidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, defendidos y desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de defensa del flujo de información en campañas electorales para garantizar un voto libre y un pleno ejercicio de derechos electorales se concretan realmente cuando la información difundida es veraz, pues la materia prima de un voto libre es la información, pero debe ser información lo más cercana a la realidad.

Es imprescindible tener claro que el hecho de que la veda sea útil, razonable u oportuna para cumplir con la meta deseada (en este caso, impedir que lleguen datos de encuestas falsas o manipuladas al elector para que tome su decisión con base en datos precisos y reales) no implica que la medida, que sin duda restringe el derecho a la libre difusión de información, sea realmente necesaria, entendiendo la “necesidad” bajo el concepto de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente la Opinión Consultiva OC 5-85.

Cabe recalcar que el artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libre difusión y recepción de ideas. En el mismo artículo, pero en el inciso 2 se establece que ese derecho no se somete a censura, sino a responsabilidades ulteriores fijadas por ley y que sean “necesarias para asegurar” el objetivo.

Ese requisito de “necesidad” implica la legalidad de la medida restrictiva de la libre expresión. Según la Corte Interamericana en la Resolución OC 5-85, en el párrafo 46, acogiendo un criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, esa necesidad debe satisfacer un interés público imperativo, ya sea el derecho de tercero o su reputación, y orden público, pero además, nos lleva a considerar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida como parte del juicio para determina su legalidad.

Primero, debe elegirse, entre varias opciones para alcanzar un objetivo preponderante frente a la necesidad social del pleno goce del derecho a informar y ser informado, la que restrinja en menor escala el derecho protegido y segundo,

la restricción no debe limitar el derecho de la libre difusión de ideas más allá de lo estrictamente necesario.

Aclarado este aspecto, cabe preguntarse, ¿cumple la medida en cuestión con ese estándar de proporcionalidad? Bajo nuestro criterio no lo cumple, por al menos tres motivos que se explican a continuación:

En primer lugar, la medida es desproporcionada al estar disponibles en la legislación vigente otros mecanismos de control razonables y efectivos que cumplen con el fin propuesto, dañando en menor medida el bien el derecho fundamental a la libre difusión de ideas.

En nuestro ordenamiento existe una doble limitación al derecho de la difusión libre de encuestas, tal y como lo reconoce el Tribunal Supremo de Elecciones en la Resolución 3773-E-2006, según la cual, con base en el Código Electoral anterior al vigente, la legislación autoriza la realización de encuestas y su libre difusión con sólo dos excepciones o limitaciones a ese derecho esencial. Con algunas variantes, estas dos mismas limitaciones básicas se mantienen en cuerpo legal actual.

La primera, según la Resolución 3773-E-2006 haciendo eco a lo que establecía el párrafo primero del artículo 85 ter del Código Electoral derogado, es que las casas encuestadoras que pretendan realizar sondeos de opinión de carácter político electoral se registren y demuestren su experiencia y aptitud ante el Tribunal Supremo de Elecciones, dentro de los quince días posteriores a la convocatoria de elecciones, para ser autorizadas y poder llevar a cabo su actividad. Este es un mecanismo, según reconoce el mismo Tribunal Supremo de

Elecciones, para acreditación de la idoneidad técnica de la empresa encuestadora.

La segunda restricción se establecía en el mismo artículo 85 ter del Código Electoral derogado, pero en el párrafo tercero, y es precisamente la prohibición total de publicación de encuestas electorales 48 horas antes de las elecciones y el propio día, que acá cuestionamos.

El Código Electoral vigente también mantiene esas dos restricciones mencionadas por el Tribunal Supremo de Elecciones; en el primer párrafo exige ese registro previo, pero amplía la cantidad de sujetos que deben someterse a él, a institutos, las universidades, cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral, y en el último establece la veda de publicación de 72 horas.

Tanto en Código Electoral vigente como el derogado, nos encontramos ante el caso de dos medidas restrictivas, pero una (la segunda) más intrusiva en la libertad de difusión y recepción de ideas, pues cabe duda que la restricción absoluta lesiona, hasta vaciarlo, el derecho fundamental a la libre difusión de ideas durante 72 horas y el propio día de las elecciones, específicamente en la legislación actual.

Por su parte, si bien no está entre los objetivos de esta investigación analizar la legitimidad de la constatación de la idoneidad técnica de las empresas por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, la cual vale la pena analizar sobre su establece una forma de censura ilegítima, es fácil reconocer que tal medida de autorización previa de funcionamiento de empresas es relativamente menos lesiva del derecho fundamental a la libre expresión e información, por cuanto

permite la publicación de encuestas a empresas que cumplan con varios requerimientos, con el fin de comprobar la capacidad y experiencia en la realización de encuestas electorales.

De hecho, tras leer, en el artículo 2 del “Reglamento para la inscripción de las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter políticos electoral”, los siete requisitos solicitados por el Tribunal Supremo de Elecciones a las empresas para obtener una autorización, se nota que los requisitos solicitados son razonables y de ninguna forma imposibles de cumplir para muchas empresas. Además, este registro previo cumple, en buena forma, con el objetivo legítimo planteado en el segundo argumento que analizamos, el cual consideramos en esta investigación como legítimo, que sería proteger al votante de recibir información falsa e imprecisa derivada de una encuesta electoral.\

Específicamente, el inciso del artículo 2 del reglamento mencionado establece como requisito que la empresa que solicita inscripción “informará acerca de la experiencia de la empresa en la realización de encuestas y sondeos de carácter político-electoral o de naturaleza semejante”. Y de forma más clara, demuestra que el registro pretende mantener un estándar de calidad en las encuestas, el inciso e) establece que estas empresas “explicarán de manera sucinta las metodologías a utilizar por la empresa, de modo que se garantice la objetividad y calidad de las encuestas”.

Otra medida de control de calidad de las encuestas establecida por este Reglamento está en el artículo 3, que obliga a las empresas encuestadoras a conservar y tener a disposición del Tribunal Supremo de Elecciones “durante un

término mínimo de un mes, los documentos que permitan verificar la objetividad y calidad de las encuestas que realicen durante el periodo electoral, incluyendo los detalles del plan de muestreo, la lista de encuestadores, la lista de instrucciones dadas a los encuestadores y los controles existentes sobre los mismos, los materiales relativos al tratamiento de las respuestas, y los documentos utilizados en el proceso de tabulación”.

Ante esta situación, es necesario aplicar el examen de proporcionalidad mencionado párrafos atrás y construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5/85, en que se nos obliga, para que la restricción del derecho fundamental sea legítima, a elegir, entre varias opciones para alcanzar el objetivo deseado, la que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Por tanto, no es difícil concluir que entre permitir la publicación de encuestas con un registro previo que logre corroborar la idoneidad de las empresas encuestadoras para tales labores y restringir, absolutamente, la publicación de sondeos 48 horas antes y el propio de las elecciones, la segunda opción resulta relativamente desproporcionada e invade en mayor medida el derecho garantizado por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Consideramos, siguiendo con las exigencias de proporcionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el registro previo de las empresas encuestadoras para controlar la calidad de las encuestas como lo ha estructurado el legislador y el Tribunal Supremo de Elecciones, es una medida

idónea que cumple plenamente y de forma equilibrada con el objetivo legítimo argumentado de garantizar un alto estándar de calidad de las encuestas realizadas y posteriormente, difundidas.

Siendo así, esta medida, en comparación con la restricción absoluta de la difusión de encuestas, se convierte en una forma de cumplir el objetivo restringiendo el derecho de libre difusión de información no más de lo estrictamente necesario.

Por lo tanto, esta simple comparación de ambas medidas, establecida en nuestro ordenamiento, que pueden lograr el objetivo de garantizar la idoneidad técnica de las empresas encuestadoras y de sus sondeos de opinión, según el mismo Tribunal Supremo de Elecciones y el legislador lo enuncian explícitamente, nos permite concluir que el párrafo final del artículo 130 incumple con el examen de proporcionalidad para la legitimidad de normas restrictivas de derechos fundamentales, establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ya existe una medida que logra el fin propuesto lesionando en medida relativamente menor el derecho fundamental, en comparación con la prohibición de difusión de encuestas 72 horas y el propio día de las elecciones, pero junto a esta primera conclusión, cabe acoger acá el razonamiento de la Corte Suprema Canadiense, emitido en 1998, para considerar contra la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* la veda de 72 horas que regía en esa nación.

Esa Corte, aunque acepta que es legítimo presumir una conexión racional entre el objetivo de evitar un efecto nocivo de la llegada de datos falsos e

imprecisos a los votantes y la veda para evitarlo, considera que la restricción no genera el daño mínimo posible al derecho de libre información, lo que indicaría que la medida es desproporcionada, tal y como lo argumentamos en párrafos anteriores.

Para llegar a esta conclusión la Corte trata de definir el peligro real que implica la posibilidad de que se difundan encuestas electorales erradas, analizando tres factores contextuales.

El peligro o riesgo que evidencien estos factores contextuales determinará, según los magistrados, el grado de deferencia o complacencia que deberá tener la Corte con respecto a los medios utilizados para lograr el objetivo deseado. A continuación el análisis de los tres factores:

a) La vulnerabilidad del grupo que se desea proteger. Según la Corte, la evidencia científica que provee la ciencia social a este caso no indica que el votante canadiense sea un grupo vulnerable en relación con las empresas encuestadoras y medios de comunicación masiva que publican los sondeos electorales.

La presunción debiera ser, según la Corte y como se considera en esta investigación, que el votante canadiense es un actor racional con posibilidad de aprender de la experiencia y hacer juicios independientes sobre el valor de fuentes particulares de información electoral. Si bien hay estudios que pueden indicar que hay votantes que consideran las encuestas para tomar su decisión de voto, la Corte asegura que ante ella no se ha probado que los votantes hayan

sufrido malentendidos considerando la precisión de una sola encuesta. De hecho, según la Corte, el hecho de que algunas encuestas hayan dado resultados dramáticamente diferentes sugiere que los votantes han experimentado con los defectos de algunas encuestas. Así, uno de los factores contextuales más importantes sería que las encuestas estén abiertamente disponibles durante toda la campaña electoral, no sólo en grandes cantidades, sino que se reciben desde diferentes fuentes informativas.

Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted appropriately.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el votante ya ha creado cierta sensibilidad hacia el peligro que el Estado pretende solucionar con la veda en la publicación de encuestas.

b) Los intereses de las encuestadoras no se oponen a los de los votantes. Para la Corte nada sugiere que los intereses de los votantes y las encuestas se encuentran en oposición o que las encuestadoras pretendan manipular al ciudadano. No existe un interés natural que favorezca la difusión de encuestas imprecisas desde las encuestadoras hacia el público canadiense, y los medios de comunicación lo que pretenden es informar sobre los resultados de encuestas electorales, que son de interés de los votantes y mantienen su reputación que brindan información con cierta integridad y precisión. Asimismo, las casas encuestadoras también tienen un interés de mantener una reputación de medición

precisa de la opinión pública y de los posibles resultados electorales. La Corte acepta que las empresas de encuestas podrían construir metodologías para que los resultados favorezcan a sus clientes, como a un partido político, por ejemplo, la industria de encuestas como un todo no favorece a una u otra agrupación política. Si se dan divergencias entre resultados de diferentes encuestas, resultará obvio para los votantes (un grupo que demanda encuestas precisas) y además, con eso se atenuará el “aura” científica de esas encuestas divergentes.

Finalmente, la Corte separa la difusión de las encuestas electorales de los mensajes publicitarios. *“Unlike the advertising cases, this is not a case in which the government is intervening against a powerful interest to prevent expression from being a means of manipulation and oppression”*.

En este caso, el sentido común no indica que haya peligro que justifique la medida. Según la Corte, existen casos en los que no existe prueba científica certera del daño que se puede generar a un grupo vulnerable, y pese a ello, el sentido común y la experiencia cotidiana, junto con cuerpos sólidos de opiniones coincidentes, pueden justificar que se limite un derecho fundamental, por ejemplo, pese a que no se ha encontrado evidencia científica de un vínculo preciso entre la difusión de pornografía entre ciertos grupos etarios y una percepción degradante de la mujer que lleve al maltrato, y con ello al daño social, el sentido común y opiniones coincidentes y cierta evidencia (aunque no precisamente de una correlación con validez científica) permiten crear un cierto temor razonado de daño (*“reasoned apprehension of harm”*, dice textualmente la Corte) que admite la intervención estatal y la regulación de este tipo de

información, especialmente, considerando que haya grupos vulnerables que merezcan protección, sin embargo para la Corte, éste no es el caso y ese razonamiento no aplica en estas circunstancias, pues el sentido común no indica que el votante canadiense sea un grupo que históricamente sea vulnerable o se encuentre en desventaja. Tampoco se puede sostener que haya un solo grupo que la autonomía o dignidad esté en riesgo con la posibilidad de que se difundan encuestas imprecisas, o que por lo menos tengan intereses contrarios a un grupo potencialmente más poderoso. Además, no se puede afirmar que la publicación de una encuesta imprecisa lleve a los canadienses a tal extremo de tomar decisiones erradas e ilegítimas.

Ante esto, la Corte alega falta de evidencia que la lleve a considerar necesaria la medida restrictiva:

I am therefore, unable to accept that the harm which the government is seeking to prevent affects a large number of voters, or that such possible distortions are significant to the conduct of an election, without more specific and conclusive evidence to that effect.

Por lo tanto, la Corte concluye que, tras el análisis de los factores que permiten medir el posible daño que genera la eventual difusión de encuestas erradas, manipuladas o imprecisas, los medios elegidos no tienen su deferencia o complacencia.

Trasladando estos razonamientos al contexto nacional, a nuestro criterio, y coincidiendo plenamente con lo que dice la Corte Suprema de Canadá, no se encuentran motivos para considerar a los votantes costarricenses como un grupo especialmente vulnerable a encuestas manipuladas o erradas, menos

considerando que en gran parte de las campañas electorales se difunden encuestas de todo tipo y de muchas casa encuestadoras, por lo que un error o una encuesta manipulada se vería anulada o subsanada por las demás.

Además, igual que en el contexto canadiense, ni las casas encuestadoras nacionales, ni los medios de comunicación del país tiene intereses opuestos a los de los electores; más bien ambas industrias viven y se mantiene en el mercado por la credibilidad que los ciudadanos tienen de sus informaciones, y siendo ese su mayor insumo y más importante valor intangible, sería muy mala idea, por ejemplo, difundir datos de una encuesta de boca de urna del día de las elecciones manipulada y sin cumplimiento de los requerimientos metodológicos básicos, si es posible que esa misma noche los informes oficiales salgan y desnuden su ánimo de engañar al público.

El mercado mismo, tal y como lo plantea Duran (2000), es el mejor control que reciben las casas encuestadoras, pues una encuestadora que falsifica datos de una elección cae en el descrédito. Conforme pasan las campañas electorales, la imagen de las empresas electorales se aclara.

Resulta relevante mencionar que la experiencia de una casa encuestadora es uno de los criterios previos de inscripción que exige el Tribunal Supremo de Elecciones, precisamente uno de los elementos a los cuales el mismo autor atribuye como criterio fundamental para confiar en una casa encuestadora, en una frase que vale la pena repetir, pues refleja, de forma graciosa, que la naturaleza de las empresas que viven de la medición de la opinión pública es dar precisión a sus datos para sobrevivir en el mercado:

Es por eso que uno de los elementos útiles para confiar o no en una encuestadora es su edad. Si está en el mercado mucho tiempo es porque no se ha prestado para estafas. Si George Gallup se hubiera dedicado a mentir con los datos de su suegra, no existiría la encuestadora Gallup, sea cual sea la legislación que norme la vida de las encuestadoras. (Duran, 2000:497)

Hablamos de autorregulación, ya sea de cada casa encuestadora o del mercado de encuestas mismo, y de la misma forma, bajo esta línea argumentativa, un medio de comunicación inteligente que desea mantenerse vigente y respetado, no sólo no publican encuestas imprecisas, manipuladas o falsas para exponer su credibilidad, sino que no negocia con encuestadoras de mala fama, podría presumirse.

Hay varios modos de regulación y autorregulación, oficiales y no oficiales, que procuran un estándar de calidad en las encuestas sin que sea imprescindible recurrir a la censura total por 72 horas de los resultados de encuestas electorales, una medida a todas luces extrema en relación con otras opciones disponibles que logran el mismo objetivo sin hacer tanto daño al derecho protegido.

Cabe considerar, sin embargo, una falencia que detectó la Corte Suprema Canadiense en legislación y que debería ser acatada por el legislador nacional para garantizar no sólo que se mantenga un estándar alto en la calidad de las encuestas que se publican, sino que los votantes tengan la posibilidad de analizar con mayor sentido crítico la información que reciben, presumiendo su nivel de madurez, racionalidad y experiencia con los sondeos de opinión, como corresponde, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte asegura que si bien establecer un periodo de prohibición es desproporcionado y el legislador canadiense va más allá de lo necesario, siendo la restricción ilegítima, también advierte que en otros puntos el legislador se queda corto, como en la establecer normativa que obligue a los medios de comunicación y a las encuestadoras a publicar las metodologías utilizadas para obtener esos resultados, aspecto de fundamental importancia que tampoco se regula en la legislación costarricense y presumiblemente, contribuiría a que el votante pueda discernir entre una encuesta con un amplio margen de error y otro con uno relativamente más pequeño, por ejemplo.

De todos modos, cualquier medio de comunicación responsable tiene el deber ético, sin que medie una legislación que lo exhorte a hacerlo, de publicar todos los datos que permitan a su audiencia obtener un criterio informado de los datos que recibe, es decir, que le permitan ser juicioso con ellos. Por eso, cabe traer de nuevo a colación el llamado que hace la Corte Constitucional de Colombia en la Resolución 488-93 al mantenimiento de la responsabilidad social de los medios de comunicación, tras decretar la inconstitucionalidad de la medida restrictiva en 1993:

Por ello la Sala considera pertinente insistir en que la difusión de encuestas de opinión exige siempre un alto grado de responsabilidad por parte de los medios de comunicación; de ahí que toda manipulación de la información sea un atentado directo contra la ética periodística y, jurídicamente, contra el derecho a la información imparcial y veraz que tienen los asociados

Por todo lo anterior, se determina que el objetivo de impedirle al votante la recepción de resultados de encuesta electorales mediante la veda en cuestión es

legítimo, sin embargo, esto no basta para considerar la legalidad de una medida restrictiva.

El siguiente paso, según lo ha desarrollado extensamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a lo que ha hecho eco nuestra Sala Constitucional, es elegir, entre varias opciones disponibles, siempre la medida que logre que ese objetivo se logre de la forma o con los medios menos dañinos para el derecho fundamental en cuestión (la libre difusión y recepción de ideas), existiendo ya en el país medidas que procuran estándares de calidad de los sondeos de opinión electoral al exigir, el Tribunal Supremo de Elecciones por medios de un reglamento, ciertos requisitos a las empresas encuestadoras, como cierta experiencia y declaración de metodologías utilizadas, por lo que la veda total es desproporcionada, por tanto ilegítima, mas aun considerando que el comportamiento del mercado de encuestas y de los actores (votante, casas encuestadoras y medios de comunicación) no lleva a una natural contraposición de sus intereses, lo que minimiza las probabilidades de un posible daño que sufra el votante por la difusión de datos falsos o manipulados.

3.4 Sobre la posible alteración del orden público

Otro argumento esgrimido para limitar la difusión de encuestas electorales es que éstas pueden alterar el orden público en ciertos contextos. Por ejemplo, según esta línea argumentativa, una encuesta de boca de urna difundida el día de las elecciones, previo al cierre de urnas, en un ambiente de mucha competitividad

y pasiones políticas, puede generar desórdenes públicos, por diversos motivos, como incertidumbre, zozobra, enojo de los perdedores o tensión, según el resultado que midió en un momento preciso el sondeo de opinión. Así, al igual que la limitación de la venta de licor o ley seca en procesos electorales y a la difusión de propaganda electoral, lo que se procura es mantener un ambiente de calma durante la campaña electoral.

El objetivo de la restricción de publicación de encuestas sería la protección de orden público. El alegato recurre entonces al artículo 13 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Fundamento en un mal hipotético y falta de proporcionalidad y razonabilidad

En primer lugar, bajo nuestro criterio, un mal hipotético y eventual de desórdenes públicos generados por la publicación de encuestas, nunca antes presentado en el país pese a que ya en dos ocasiones medios de comunicación han irrespetado la veda (ver cap. 1), no es motivo suficiente para establecer la restricción, pues no representa una “necesidad social imperiosa en la que se pretenda satisfacer un interés público imperativo”, tal y como lo establece la Sala Constitucional en la requisito básico para que el objetivo de la veda sea legítimo.

Es fundamental considerar entonces que la simple posibilidad de que se genere tensión, zozobra o malentendidos por la difusión de algunos datos por medios de comunicación masiva no son razón suficiente para prohibir la difusión

de información de interés de los ciudadanos. Si así lo fuera, entonces sería justificado y legítimo prohibir venta de periódicos el día de las elecciones o la transmisión de información por medio de Internet, la televisión o la radio, pues sus coberturas y los hechos que los medios de comunicación difunden también podrían, hipotéticamente, generar desórdenes públicos en mayor o menor medida.

Bajo ese razonamiento, sería correcto prohibir el adelanto de información oficial parcial del conteo de votos que hace la noche del día de las elecciones el Tribunal Supremo de Elecciones, pues los “cortes” de votos transmitidos en directo por tal órganos también podrían generar tensión, zozobra y malentendidos, más en elecciones presidenciales reñidas como las del 2002, en las que los datos brindados no eran suficientemente claros como para decretar un ganador. Lo mismo sucedió con el referendo del 2007, que tuvo expectante a la población hasta altas horas de la noche, sin que pudiera decretarse un resultado contundente en las proyecciones realizadas por los analistas.

Es más lógico y apegado al sentido común pensar que tales medidas, tal y como lo consideramos de la restricción de publicación de encuestas, carecerían de razonabilidad y proporcionalidad por basarse sólo en una leve posibilidad de desorden público, lo que resultaría violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si las experiencias pasadas sirvieran para ejemplificar que las encuestas de boca de urna difundidas en Costa Rica no provocan desordenes públicos que impliquen la necesidad imperiosa de restringir la difusión de encuestas electorales, en 1994, en la elecciones presidenciales, el periódico Al Día, tras el

cierre de urnas, una edición especial vespertina en la que indicaba como el Partido Liberación Nacional ganaba la elección, sin que se generara algún hecho grave o un desorden público; lo mismo hizo Canal 7, pero antes del cierre de urnas, el día de las elecciones presidenciales de 1998, y no se dieron altercados, ni problemas que afectaran el desarrollo del proceso electoral. (Véase cap. 1)

Estamos conscientes de que el hecho de que históricamente no se hayan dado altercados por una encuesta de boca de urna no es prueba suficiente de que ello no pudiera suceder, pero sí prueba que en otras ocasiones la población costarricense ha reaccionado de forma pacífica y normal ante esta información, por lo que no hay antecedentes que determinen que se vio influenciada de forma que se generara especial tensión o problemas al discurrir de las elecciones.

Sobre esa posibilidad de que se altere el orden público, cabe repetir el cuestionamiento de Badeni (2005) “¿Podemos sostener seriamente que la publicación de encuestas preelectorales afecta la “reflexión” y “sosiego” del elector? Si advertimos las actividades que despliega la inmensa mayoría de los electores el día de los comicios, y durante el lapso anterior, comprobamos el carácter dogmático de aquella afirmación” (Revista La Ley).

Posteriormente, este mismo autor cuestiona un razonamiento del magistrado Eugenio Raúl Zaffaroni cuando alega, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, alineado en este punto con el criterio mayoritario, que avala la restricción incluso tres horas después del cierre de urnas alegando que se protege “la tranquilidad pública” de esa nación.

Con respecto a la prohibición de publicar encuestas y proyecciones

sobre resultados de la elección durante la realización del comicio y hasta 3 horas después de su cierre, el bien jurídico protegido sería “la tranquilidad pública” procurando “evitar la influencia indebida en el electorado (voto de la mayoría y de Zaffaroni). Al margen que “tranquilidad” no está contemplada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se advierte cuál sería esa influencia “indebida”. Aparentemente, privar al ciudadano de información es una influencia “debida” y ofrecerle esa información es indebido.

Cabe insistir, como se hizo en el apartado anterior, en que las encuestas y sus efectos en el elector no son comparables con los del licor, ni tampoco sus fines son equiparables a los de la propaganda electoral, lo que implica que no existe una contraposición de intereses entre el ciudadano y las encuestas y la industria que la genera, con lo que se minimiza el eventual “peligro” que podría generar esta información en la población votante.

Como se ha reiterado en esta investigación, las encuestas no son un tóxico o una sustancia estimulante que lleve al desorden. Por el contrario las encuestas son información que es parte de otro gran cúmulo de información, en la cual las personas confían al reflexionar sobre su decisión de voto y permiten que el votante haga un voto inteligente considerando la opinión de los que lo rodean.

En concreto, cabe preguntarse, ¿la medida es razonable y proporcionada?

Para responder, primero es necesario comprender y retomar el principio de razonabilidad y proporcionalidad que debe cumplir toda medida restrictiva, y para ello nos parece apropiado abordar de nuevo este punto, tocado en el apartado anterior, con una clara conceptualización de este principio que hace la Sala Constitucional tomada de la doctrina alemana, que exige, más allá de que la

norma simplemente haya sido creada por el legislador, que sea legítima, idónea, necesaria y proporcionada, lo que concuerda con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Resolución OC 5-85, mencionada en el apartado anterior para tratar la proporcionalidad de la medida en otro escenario:

La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo”. (Sala Constitucional, sentencia número 3933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de 1998)

A nuestro criterio, la medida carece de idoneidad, por cuanto el orden público, como lo entienden los que dan sostén a la restricción, se podría alterar, considerando únicamente los medios de comunicación (lo que implica alejarse mucho de la realidad), con cualquier información difundida, no sólo las encuestas, es decir, la medida que impide la difusión no es, a todas luces, apta para alcanzar su objetivo. Bajo ese razonamiento, podría concluirse que toda información de interés legítimo para el elector difundida en medio de la campaña electoral podría, hipotéticamente, afectar el orden público, y por lo tanto, debe censurarse, lo cual es absurdo.

Lo anterior hace que al mismo tiempo la medida carezca del sentido de

necesidad, por cuanto tal examen de la medida se realiza entre métodos aptos para cumplir su finalidad, y en este caso esa aptitud no existe. Por lo tanto, la proporcionalidad se ve afectada por la carencia misma de idoneidad y de un carácter de necesidad. Es clara la falta de prueba de peso de una necesidad imperiosa de protección que justifique la veda.

Las restricciones a los derechos fundamentales, como lo dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son excepcionales. No bastan juicios hipotéticos de posibles desordenes públicos como fundamento de una veda de este tipo.

Cabe retomar y apoyar el criterio del Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia que decreto la inconstitucionalidad de la veda, en Perú, en el 2005.

Este tribunal, al realizar su análisis de proporcionalidad y razonabilidad, considera que el mantenimiento del orden publico interno puede ser justificante o razón valedera para restringir el derecho a la información , sin embargo ello ocurre cuando el peligro de desorden público es “grave e inminente”, lo que no sucede con el problema en cuestión, pues para que tal alegato tenga peso es necesario demostrar que la publicación de encuestas influye de forma negativa, inminente y peligrosa el orden interno, y además que afecte la credibilidad de su órgano fiscalizador y administrador de los procesos electorales y en la confianza ciudadana con respecto a la legitimidad del proceso electoral, lo que no se da por demostrado. (EXP. No. 02-2001-AI/TC)

Literalmente, el voto mayoritario de los jueces asegura que “no se trata de un peligro grave, claro ni inminente”. Además, le atribuye al ciudadano peruano la capacidad de entender que las encuestas electorales no son exactas y que es necesario esperar de forma pacífica el resultado oficial.

Es por esto que para el Tribunal la medida, al ser desproporcionada, equivale a “matar una mosca con cañonazos”, recurriendo al caso “Schenk vs. United States”, en el que el juez Holmes desarrolla la doctrina del peligro claro e inmediato.

Retomando el voto peruano, es necesario reiterar su criterio al respecto: “el Estado no tiene razón en “matar una mosca con cañonazos”, restringiendo el derecho a la información por una lejana posibilidad de desorden público”.

Según el Tribunal, en este caso “la dosis de peligro al orden público que entraña la difusión de las proyecciones, en verdad no justifica la restricción a derechos tan importantes como la libertad de expresión e información”. No basta, entonces, como se sostuvo en el apartado anterior, una mera ocurrencia que nos haga pensar que la medida restrictiva es necesaria, sino que la necesidad debe ser imperiosa y urgente.

Un término vacío que desemboca la creación más daños que beneficios

Al ser una medida desproporcionada y carente de razonabilidad, sus beneficios son dudosos, pero sus daños muy concretos y determinables: violenta el derecho a la libre difusión de ideas con base en peligros lejanos y conceptos vagos.

Es por esto, que resulta vital para una democracia, establecer un límite claro a argumentos que recurren al término “orden público”, pues si bien el

concepto puede ser utilizado para ponderar libertades, también puede suceder así para vaciarlas de contenido y cercenarlas, tal y como ha sucedido en las peores dictaduras a nivel mundial.

La Sala Constitucional, haciendo suyo el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció, en el voto 1750-97 que “de ninguna manera podrá invocarse el orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.

En este sentido, es imprescindible considerar que el artículo 29 b) de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que ninguna norma se puede interpretar para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes”.

Considerando esto, una interpretación ilegítima y contraria a la libertad y por tanto, a la Convención Americana de Derechos Humanos se comete en este caso, pues el término orden público se utiliza para limitar la libre difusión de información, las encuestas electorales, sin justificación de peso suficiente, como se argumentado en párrafos anteriores.

Esto lleva a que se dé una situación en la que bajo la lógica de los que apoyan la veda, alegando la protección del orden público, más bien se altere el orden público democrático mismo, pues según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como se menciona supra) en la Resolución OC-5/85 estableció que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y

radical de la democracia, que no es concebible sin que la disidencia tenga pleno de manifestarse”.

La Corte insiste en este punto: “También interesa al orden público democrático, tal y como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.

Este criterio es parte de la tesis de la Corte Constitucional de Colombia emitida en 1993, en la Resolución 488-93, para decretar inconstitucional la restricción en esa nación.

La Corte consideró que la difusión de esta información no altera el orden público, y por el contrario es la veda misma la que invierte los valores democráticos al sacrificar la libertad (véase capítulo 2). Además, acepta que la vida en democracia implica riesgos que deben ser asimilados íntegramente por la ciudadanía:

Aceptar la democracia implica aceptar sus riesgos. Naturalmente el Estado tiene el derecho y el deber de evitar, mediante medidas prudentes, que ellos se traduzcan en desorden público o institucional y en excesos anarquizantes; pero no es sacrificando derechos y libertades fundamentales como se logra ese objetivo, porque si por preservar el orden se sacrifica la libertad, tampoco se realiza aquel, ya que la noción de orden social supone la armonía de los asociados, y sin libertades no es posible la convivencia armónica porque la negación de ella equivale al más evidente de los desordenes, ya que establece una inversión de valores.

Tras considerar este punto, hay que recordar que las limitaciones al libre flujo de información son excepcionales, y toda interpretación de conceptos como orden público y bien común, en cuanto se invoquen como fundamento de

limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5/85.

Por todo lo anterior, se considera que el objetivo alegado es ilegítimo, pues en el caso concreto, no se configura la excepcional posibilidad de alegar el mantenimiento del orden público para limitar derechos fundamentales, más bien la interpretación de este término vacío y laxo se hace contra la libertad de información y con base en situaciones hipotéticas hasta vaciar el derecho fundamental.

Junto a ello, es necesario agregar, por obvio que parezca, que las herramientas idóneas para evitar y reprimir desórdenes públicos no son normas que censuren y violenten derechos privilegiados, como el de información y comunicación, sino, por ejemplo, la ejecución del poder de la policía para situaciones extremas.

3.5 La violación al principio de igualdad

Antes de proceder a argumentar sobre por qué la restricción a la difusión de encuestas violenta el principio de igualdad, es necesario explicar en qué consiste éste, su sustento legal y sintetizar cómo se ha desarrollado localmente

por la Sala Constitucional.

El principio de igualdad y no discriminación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Sala Constitucional.

En el artículo 1, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, contra la discriminación, que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 24 del mismo cuerpo legal enuncia el principio de igualdad ante la ley al establecer que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En nuestra Constitución Política, el artículo 33 establece, reuniendo los conceptos de igualdad y discriminación, que “Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, recurriendo a varios cuerpos legales internacionales, establece que la ley no puede ser apoyo para un trato discriminatorio:

De conformidad con el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la

Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda medida que propicie un trato perjudicialmente distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano y sujetas a su jurisdicción, es contraria al reconocimiento de igualdad ante la ley, que prohíbe todo tratamiento discriminatorio con apoyo en la ley.

Específicamente, sobre la no discriminación en cuanto al derecho de la libre expresión e información, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, del año 2000, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su principio segundo, establece la igualdad de oportunidades:

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Hasta este punto es evidente la sólida protección que se da tanto en convenios internacionales como en la Constitución Política de la igualdad y del desprecio de la discriminación. La Sala Constitucional lo confirma al establecer que “la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y para ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente”. (3435-92, 11 de noviembre de 1992)

Esta Sala ha desarrollado el principio de forma profusa en varios votos, permitiendo obtener una interpretación realista de él, pues es a todas luces imposible aplicar literalmente el artículo 33 de la Constitución Política, porque dar trato igual a la totalidad contradice la diversidad humana. El principio de igualdad se trata más bien que todas las personas que se encuentran en una misma situación deban ser tratadas en forma igual.

El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, solo es violada cuando la desigualdad esta desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. (Sala Constitucional voto 1770-94.)

La aplicación del principio de igualdad debe ser caso por caso, y no implica obtener una igualdad real y efectiva:

(...) La igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, como tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real efectiva. (Ibíd.)

Hay entonces, formas de discriminación aceptadas y justificadas por la Sala Constitucional.

(...) mientras la discriminación no atente contra la dignidad humana o mientras la creación de categorías que otorguen a las personas un trato diferente sea razonable, la igualdad jurídica es respetada. Deben recibir igual tratamiento quienes en igual situación se encuentren. Como la regla no es absoluta, ha de entenderse como mandato de tratar igual a todos los que sean parte de una determinada categoría. Tradúcese así el problema en que las categorías no deben ser arbitrarias y en que tampoco deben serlo los criterios para formar parte o ser excluido de ellas. (Voto 843-95)

Aplicación al caso concreto

Es un hecho no controvertible, tal y como se ha descrito en el capítulo, que la mayoría de los dirigentes de los partidos políticos relativamente grandes, haciendo uso legítimo de sus derechos, contratan encuestas electorales durante toda la campaña, incluyendo el día mismo de las elecciones para definir sus estrategias y acercarse más al votante o hacerlo de una forma específica.

Sin duda, las encuestas electorales son una herramienta útil para que estos actores políticos reduzcan, hasta cierto margen, la incertidumbre que se vive en el proceso y puedan tomar mejores decisiones, que satisfagan sus intereses de obtener adeptos que se alineen a sus ideales.

De la misma forma, en la campaña electoral, partiendo de su racionalidad, el votante puede hacer uso de muchas herramientas informativas para tomar una mejor decisión, entre ellas las encuestas electorales, que le permiten saber cómo piensan sus iguales. Cabe recordar aquella analogía del inversionista (Popkin) en

la que el acto que realiza el ciudadano al votar es similar a una inversión que genera beneficios a largo plazo que son inciertos, y que para tener éxito la mayor cantidad de información da pie a tomar mejores decisiones. Así, también es un hecho que la prohibición de publicar encuestas electorales genera que los votantes estén en condiciones desiguales, por lo menos en relación con los ciudadanos de la élite política o los que dirigen partidos políticos, en relación con la información disponible que tiene cada uno para tomar las decisiones que les corresponde según su papel en la campaña política: elegir y ser elegidos, respectivamente, haciendo pleno y legítimo ejercicio de sus derechos electorales.

Esto es así porque como la veda restringe la difusión, pero no la ejecución de encuestas, por lo cual los ciudadanos que pertenecen a los partidos políticos pueden, en el periodo de prohibición, contratar las encuestas más actuales y utilizarlas en su círculo privado para los fines de su organización, pero el votante promedio, fuera de los círculos políticos, no tiene el dinero suficiente para tener acceso a esta información directamente de una casa encuestadora, sino que sólo puede obtenerla con los medios de comunicación masiva, por lo que con la veda, que prohíbe la difusión, queda ayuno de ella en un plazo antes y el propio de las elecciones.

Cabe preguntarse, ¿Esta desigualdad en el acceso a información de pleno interés y utilidad para todos los actores del proceso electoral impuesta por la veda es legítima considerando los preceptos descritos en el apartado anterior? ¿Se basa esa desigualdad en elementos objetivos y razonables considerando la

proporcionalidad entre medios y fines de la desigualdad? ¿Es esta desigualdad una discriminación contraria a la dignidad humana?

Es necesario explicar que los dirigentes y demás integrantes de los partidos políticos y los votantes están —o debieran estarlo— en condiciones de igualdad frente a la ley. Si bien cada uno, por su naturaleza, es sometido a diferentes regulaciones específicas, como la regulación de donaciones recibidas o de la propaganda emitida en el caso de los partidos políticos, en la arena política, estos actores son complemento necesario para el ejercicio de derechos electorales tan básicos y fundamentales como el de elegir y ser elegido. Están al mismo nivel por ser ciudadanos, ya adicionalmente cada parte se necesita para que se pueda elegir a un gobernante y se consolide la democracia representativa. Es claro y obvio que sin partidos políticos representados por un candidato y su equipo de trabajo no habría a quien elegir popularmente para que dirija a una nación, y sin votantes que decidan a quien dar su apoyo mayoritario no habría forma de elegir candidatos.

Vistos de esta manera, la dirigencia política y los ciudadanos promedio, en la campaña electoral los partidos políticos y los votantes son pares, son iguales, son actores que están o debieran estar al mismo nivel y jugar con las mismas reglas.

Esta igualdad es respetada por la veda a la difusión de encuestas, pues todos, tanto los ciudadanos que integran los partidos políticos como medios de comunicación y votantes, tienen prohibido difundir encuestas por distintos

motivos esgrimidos anteriormente (cada uno de ellos fue debidamente descartado por ser ilegítimo o porque los medios para conseguirlos son desproporcionados), es decir, la medida restrictiva de la difusión de encuestas electorales aplica de forma pareja para todos los actores políticos. Por lo tanto, en este sentido, la restricción no establece diferencias o desigualdades de ningún tipo.

Esto indica que la desigualdad en el caso bajo estudio no reside en el objetivo mismo de la medida restrictiva cuestionada, sino que las diferencias se establecen de forma colateral a la consecución de tales objetivos ya analizados y desacreditados. Así, se generan desigualdades, que de origen están viciadas por responder a objetivos no aceptables, por sí solas son también discriminatorias.

Uno de esos efectos colaterales de la restricción de publicación de encuestas es, como se mencionaba antes, que el votante se queda sin posibilidad de tener acceso a las encuestas electorales más actuales, mientras que los ciudadanos que dan vida a los partidos políticos, por ser parte de organizaciones con mayores ingresos, pagan por ellas y se mantienen informados, y pueden utilizarlas para tomar mejores decisiones.

¿Existe alguna justificación o razón objetiva que legitime esta desigualdad tal y como lo exige la Sala Constitucional? No encontramos ninguna.

Consideramos que la veda de difusión de encuestas establece un régimen discriminatorio contrario a la dignidad humana, pues si los ciudadanos que participan en agrupaciones políticas y los votantes son contrapartes fundamentales para la democracia, que necesitan de sí para el debido

funcionamiento del proceso electoral y son actores que en la campaña política deben estar al mismo nivel y tener, en términos generales, los mismos derechos para que las libertades fundamentales como el derecho de elegir y ser elegido sea ejercido de manera justa, libre y transparente, y con esta medida estatal lo que se logra más bien es que el acceso a información tan relevante como las encuestas electoral se limite a la élite política, que puede pagarlas y regir sus decisiones con base en ellas, y se deja en desventaja y se debilita a una de las partes, a los ciudadanos votantes, que tienen el mismo derecho y la misma necesidad de tener información útil, confiable y relevantes que les de un panorama amplio de la forma de pensar de los otros ciudadanos.

No encontramos razón objetiva alguna que justifique y permita considerar apropiado, aceptable o siquiera tolerable para la vida en democracia que el votante no tenga acceso a herramientas informativas confiables y útiles como las encuestas electorales en la última etapa de la campaña electoral, que los medios de comunicación masiva le podrían hacer llegar durante la etapa de cierre y el propio día de las elecciones a un bajo costo (por la compra de un diario) o de forma gratuita (en la radio o televisión), tal y como se hace durante toda la campaña, pero que no es así por motivo de una restricción estatal que impide su difusión.

Esto es todavía más aberrante y contrario a la dignidad humana si consideramos que organizaciones como los partidos políticos se pongan en

ventaja frente a su contraparte en la campaña electoral —el votante— con motivo de esta misma restricción estatal.

No se encuentra ningún motivo que justifique el acceso desigual a esta información que por su naturaleza es de pleno interés público para todas las partes.

El Estado argentino, en el voto mayoritario que toleró la restricción en esa nación, ha argumentado que si se considera discriminatorio que a lo interno de los partidos se maneje información estratégica, como las encuestas electorales, que no llega a los votantes con motivo de la veda, entonces implicaría también una discriminación que un candidato a la presidencia, que tiene prohibido hacer actos proselitistas en un plazo previo a las elecciones y el propio día de ellas, le comente información de su campaña políticas a su círculo de confianza a allegados, lo cual, según los magistrados, sería absurdo.

Sin embargo, es insoslayable trazar la diferencia entre ambas situaciones que se utilizan en ese argumento. La información que no estaría llegando a los votantes con motivo de la prohibición estatal de difusión de encuestas no son simples “detalles”, chismes de campaña o información confidencial y de uso restringido y de exclusivo interés para la organización política. Tampoco se trata de propaganda electoral, cuya naturaleza, tal y como lo establece la Sala Constitucional, tiene como fin primordial dirigir o “volcar” la voluntad de los votantes hacia su organización para obtener su voto, lo que justificaría una cierta regulación estatal, según el voto 1750-97, sino que estamos hablando de

obstaculizar el derecho fundamental a conocer, de forma confiable y precisa, por medio de una encuesta electoral, lo más cercano a la opinión de los demás ciudadanos; información que es de total interés para cualquiera de las partes, por ser un insumo de alta calidad, en el mejor de los casos, que deja tomar una decisión informada, y si se quiere, estratégica por parte del ciudadano.

Estamos, desde el punto de vista de la contienda política, ante una desigualdad injustificada interpuesta entre partes iguales (al menos formalmente) y complementarias, como son los votantes y quienes dirigen a los partidos políticos. Hablamos de desigualdad entre iguales que responde a motivos arbitrarios y a consecuencia de la restricción a la difusión de encuestas, que es precisamente la situación que la Sala Constitucional prohíbe, y que permite concluir que esta desigualdad impuesta es discriminación contraria a la dignidad humana, pues impide el ejercicio del derecho fundamental de ser informado.

La Corte Constitucional de Colombia sigue este criterio, acá apoyado, de que la veda implica una discriminación, ya mencionado en páginas anteriores, agregando que incluso somete a tratos desiguales injustificados a los medios de comunicación.

Los magistrados, en un voto que declara inconstitucional la veda de 30 días que regía en esa nación, establecieron que “el acto de prohibir la difusión de encuestas sobre asuntos que —se repite— son públicos por naturaleza (...) constituye un acto de censura (...) Es, pues una discriminación, un acto que impide por una parte, que a la opinión pública se le informe de algo que le

interesa legítimamente, y por otra, a los medios de comunicación ejercer su derecho a informar, esto es, a transmitir y difundir oportunamente las noticias de que dispone”.

Un régimen que priva de información de su natural interés exclusivamente a una de las contrapartes del “juego” de la campaña electoral —a los que eligen y no a los que son elegidos— definitivamente degrada toda vida en democracia y mengua la posibilidad de ejercer un voto verdaderamente libre, midiendo esa libertad, al menos, por cantidad y calidad de información recibida para decidir por quién votar, y es además, evidencia sólida de que la veda para difundir encuestas electorales es desproporcionada y genera mas daños que los que, según presumen los que la apoyan, pretende evitar.

Esto contraviene directamente la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión del año 2000, documento que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha catalogado como fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su principio segundo, como se citó anteriormente, establece que “Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo (...)” .

Otras formas de discriminación derivadas de la veda de difusión de encuestas

El hecho de que se prive de información de plena utilidad para todos los ciudadanos por el evidente interés que conllevan los resultados de encuestas electorales, no sólo genera desigualdades discriminatorias entre ciudadanos de la élite política y fuera de ella, sino también entre las mismas agrupaciones políticas del país. Por ejemplo, los ciudadanos que dirigen un partido político pequeño, cuyos ingresos no le permiten pagar por encuestas electorales a las casas encuestadoras, podrían utilizar los sondeos que se difunden en los medios masivos para tomar decisiones estratégicas que les permitan obtener mayores votos, pero el sistema vigente les impide el acceso a esa información por la veda de publicación de encuestas, y de nuevo, sin una justificación objetiva, colateralmente, los lleva a que sean los partidos políticos con más dinero los únicos que puedan utilizar información precisa, como los sondeos electorales, para dirigir a su organización política.

Podría argumentarse que la razón objetiva para justificar la diferenciación entre agrupaciones políticas con respecto al acceso a información proveniente de encuestas electorales es su ingreso económico, el cual sería el elemento diferenciador, pero es necesario insistir en que está de por medio el derecho fundamental a recibir información de interés público para, en este caso, poder ejercer acciones que permitan lograr otro derecho electoral fundamental, que es ser elegido o que la agrupación electoral pueda obtener cierto apoyo popular.

El acceso a derechos fundamentales no puede estar exclusivamente supeditado al ingreso económico, pues se trataría de un trato diferenciado

irrazonable y degradante en el sentido que se ha explicado en anteriores párrafos, por lo que estamos en presencia de un trato discriminatorio contrario a la dignidad humana.

El derecho fundamental a recibir información no es un privilegio de un grupo de ciudadanos que constituyen organizaciones con fines políticos que manejan ciertos ingresos, pero así se establece cuando se limita a la ciudadanía a tener acceso a encuestas electorales publicadas por los medios de comunicación, irónicamente, establecida por el Estado mismo, que en su lugar debería garantizar el respeto de estos derechos fundamentales, y fomentar el acceso igualitario a derechos de todas las organizaciones políticas, es decir, el Estado, quien está obligado a eliminar divisiones que violentan la dignidad humana, más bien establece categorías entre iguales que violentan la igualdad jurídica, por medio de la veda a la publicación de encuestas electorales.

Citando de nuevo un fragmento del segundo enunciado de la Declaración de Principios sobre la Libertad de expresión, es necesario hacer énfasis en que “Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información (...) sin discriminación, por ningún motivo (...) posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Siguiendo esta misma línea argumentativa para otro tipo de violaciones al principio de igualdad, consideramos que lleva plena razón el Tribunal Constitucional Peruano al considerar discriminatorio que por la falta de idoneidad de la medida restrictiva de la difusión de encuestas electorales, superada por los

avances tecnológicos, sólo una minoría resulte debidamente informada por razones injustificadas.

En el 2001, según la Resolución del 4 de abril del 2001 (EXP n 02-2001-AI/TC) ya citada, este Tribunal no sólo consideró que la medida restrictiva violentaba la libre expresión, sino que además el principio de igualdad, pues como la prohibición sólo se circunscribía al territorio peruano, los datos de una encuesta electoral de boca de urna el propio día de las elecciones podían obtenerse en Internet o televisión por cable, al cual tiene acceso un sector minoritario de toda la población, lo que de nuevo lleva a que el respeto al derecho fundamental de la libertad de información se vea condicionado a factores económicos y sociales.

El problema constitucional se encuentra, según el Tribunal, en que “el acceso a la información mencionada (el derecho a la información) se ve condicionado por el acceso (o no) a determinados medios de comunicación (Internet y televisión por cable), lo cual, a su vez, estará supeditado a las condiciones económicas y culturales de cada persona”.

Al respecto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en su informe del 2005, dedica un capítulo para analizar el tema de investigación y ha advertido la necesidad de que “eventuales regulaciones estatales no traigan como consecuencia que algunos sectores dispongan de determinada información relacionada con las elecciones mientras que otros —por no poder acceder a

ciertos medios de comunicaciones— se vean privados de las mismas posibilidades”. (Pág. 181)

Además de la discriminación entre ciudadano fuera de las élites políticas y dentro de ellas; entre los que partidos políticos pequeños sin dinero para pagar una encuesta exclusiva y los que sí tienen el dinero; y entre los que tienen acceso a Internet o televisión por cable o satélite, cabe agregar que se detecta una cuarta forma de discriminación ante la veda en cuestión, específicamente entre medios de comunicación y todas las demás entidades que realicen encuestas, por tanto, por ejemplo, una sala de redacción de un periódico recolecta información electoral de diversas formas para luego informar a la ciudadanía, pero una empresa encuestadora o una universidad no puede hacerlo para publicar una encuesta. Es decir, los medios de comunicación crean su producto mediático el propio día de las elecciones y lo pueden difundir sin limitación alguna, sin embargo, una entidad que de la misma forma y en las mismas condiciones, recolecte información sobre el parecer de los ciudadanos, no puede publicar su producto informativo, por el simple hecho de que su producto es una encuesta electoral, información como cualquier otra y de pleno interés público, pues los resultados de las encuestas electorales no son más que datos recolectados de la sociedad, procesados y luego devueltos a la sociedad misma para informarla.

¿Existe alguna razón objetiva por la que una entidad que crea su producto informativo, en este caso una encuesta, no pueda publicar su información y un medio de comunicación tradicional sí? Ninguna.

Podría argumentarse que las encuestas son un producto informativo que no se pueden publicar libremente pues pueden estar erradas o manipuladas, lo cual es grave, pues las encuestas generan credibilidad, por lo tanto, se justificaría un trato desigual, ya que las condiciones son desiguales, pero estas mismas características las tiene cualquier información periodística y no por eso se justifica la censura a la información que la prensa difunde. Si la información de los periódicos, al igual que las encuestas que generan diferentes entidades, no generaran credibilidad, su negocio sería un fracaso, pues ese es su principal insumo: el negocio está en que la gente atribuya credibilidad a la información que difunden.

Sin embargo, como se ha afirmado antes, si de todos modos el legislador pretende tener un cuidado especial sobre las encuestas electorales que se difunden, hay otras medidas precautorias ya disponibles en el ordenamiento jurídico que son relativamente menos nocivas, como el registro previo de empresas para corroborar su idoneidad en tales funciones, del cual, cabe advertir, podría discutirse, aunque no es nuestro objetivo, su legitimidad constitucional.

También hay otros métodos recomendables que se podrían aplicar en el país y mencionados antes, como exigir que se publique el detalle de la metodología utilizada para el sondeo electoral para que el ciudadano pueda juzgar la calidad de la información que recibe.

Al impedir la difusión de encuestas electorales se impide que los resultados de la única herramienta que puede medir con plena precisión la opinión pública,

como son las encuestas, llegue a la ciudadanía, mientras que la información que generan las salas de redacción, que no puede cumplir específicamente tal fin con tanta precisión, sí pueden difundir cualquier dato que intente, aunque erradamente y sin metodología alguna, exponer el parecer de la población. Esto, no cabe duda, además de violatorio de derechos fundamentales, resulta extremadamente irónico contradictorio.

Conclusiones

En respuesta directa al problema planteado en esta investigación, se concluye que la restricción a la difusión de encuestas electorales en Costa Rica, 72 horas antes y el propio día de los procesos electorales, es ilegítima y contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto los principales argumentos esgrimidos por quienes apoyan la restricción no coinciden con las autorizaciones excepcionales para limitar la libertad de información y expresión definidas en ese cuerpo legal y desarrolladas en la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son vinculantes para la Sala Constitucional.

Por otro lado, se concluye que esa misma restricción violenta, al menos de cuatro formas distintas, el principio de igualdad, por cuanto, según lo desarrollado en tal materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Constitucional, el trato diferenciado en el acceso a la información de las encuestas electorales que implica la veda a la difusión de encuestas no responde a razones objetivas, ni a fines legítimos.

Sobre el derecho a la información

En específico, sobre la ilegitimidad de la veda por violentar el derecho a la expresión e información, la Convención Americana sobre Derechos Humanos

establece que únicamente cuando es necesario asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, se puede censurar la difusión de un mensaje.

Se determina que ninguno de los tres argumentos esgrimidos por los que defienden la veda bajo investigación y analizados en este documento, empata con esas exigencias tal y como han sido desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En primer lugar, se arguye que la difusión de encuestas electorales es nociva, pues éstas generan una influencia en el votante que, según los que promueven la veda, le impide ejercer su voto libremente, y a la postre se alteran los resultados reales que podrían tener las elecciones si éstas no se difundieran.

Ante ello, para empezar, se detecta una evidente y clara falta de idoneidad de la medida, pues si lo que se pretende es aislar al votante de información que le permita cambiar su decisión de voto, sería necesario impedir que toda la información política, contando noticias de la prensa, artículos de opinión e incluso, las opiniones de otros votantes, lleguen al ciudadano, lo cual no sólo resulta violatorio de derechos humanos, sino que es imposible y hasta absurdo pretender aislar al votante de algún tipo de la recepción de información.

Además, tal y como se ha mencionado en esta investigación, si lo que se quiere evitar es que se genere un efecto en el votante cuando se difunden las encuestas, la misma desinformación y censura de la difusión de los sondeos, inevitablemente, genera un efecto que incluso es más nocivo que lo que se pretende evitar, pues la desinformación es el verdadero enemigo de un voto libre,

es decir, la omisión de difusión de información electoral, como una encuesta, genera por sí sola una influencia o un efecto sobre el votante, que es precisamente lo que la veda pretende evitar, y ese efecto es más dañino que la posible influencia que pueda tener una encuestas sobre el votante.

Esto nos ha llevado a la necesidad de desnudar, en este trabajo, la interpretación contraria a los derechos humanos implícita en la corriente restrictiva de “influencia” sobre el ciudadano y de “voto libre”, por cuanto empodera la ignorancia del ciudadano frente a su conocimiento.

Por “influencia” de las encuestas esta corriente entiende un efecto en el votante, al conocer la forma de pensar, en un momento específico del proceso electoral, en que el ciudadano, perdiendo su capacidad racional, simplemente vota por quien vaya en ventaja en el sondeo (*bandwagon effect*), por el que va perdiendo (*underdog effect*) o incluso, pierda interés en votar.

Al respecto, es necesario advertir que no existe evidencia científica concluyente que pruebe estos y otros efectos que se le atribuyen a las encuestas, lo cual, por sí solo, prueba que la difusión de encuestas no genera ningún daño a terceros que autorice a un Estado, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a impedir el envío de tal información.

Es por ello que resulta abiertamente abusivo, de parte del Estado, limitar y hasta vaciar el derecho de los ciudadanos de informarse con una encuesta electoral con base en un simple mito que históricamente ha recorrido el mundo y que el legislador, arbitrariamente, decidió fortalecer acoger en un nuestro ordenamiento jurídico sin motivos de peso.

Esto es grave puesto que la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha establecido que la limitación de un derecho privilegiado, como el de informar y ser informado, debe responder a una “necesidad social imperiosa”, no sólo que la medida sea útil, razonable u oportuna, rasgos que de todos modos no se ven plasmados en la tesis que apoya la veda.

Esta falsa premisa sobre la que se basa parte del razonamiento de los que pretenden proteger al ciudadano de las encuestas electorales evidencia un absurdo paternalismo estatal en que se ve al ciudadano como un ser tonto y manipulable por mensajes emitido en los medio de comunicación masiva, en lo cual subyacen teorías comunicativas muy superadas y cuestionadas, como la de la “aguja hipodérmica”.

En esta investigación, se concluye que la única influencia atribuible con plena certeza a los sondeos de opinión sobre los votantes es la informativa, por lo cual, en lugar de ser nociva su influencia, es completamente beneficiosa y resulta ser un contenido protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior nos lleva a criticar la concepción de “voto libre” implícita en la corriente restrictiva.

Según los que apoyan la veda, un voto libre es un voto sin influencias, por lo que el efecto que puedan tener las encuestas en el proceso de decisión del voto es nocivo, pues elimina la racionalidad y da al traste con un voto reflexivo deseable en una democracia. Sin embargo, en ello reside otro error grave en la

corriente que apoya la veda, pues la reflexión no se hace desde una situación desinformada, sino, por el contrario, desde la información. Es abiertamente errado e ilegítimo creer que un voto será más reflexivo y racional si se le quita información de interés público al elector, como la que brindan las encuestas electorales. Si reflexionar es considerar algo detenidamente, como lo define la Real Academia Española, es lógico pensar que las consideraciones detenidas que se toman alrededor de un problema no se pueden hacer sin información disponible, pues sería un completo sinsentido.

La reflexión previa a la toma de cualquier decisión es realmente efectiva y valiosa cuando ese ejercicio se realiza con base en la información más actual y precisa, y no sucede así cuando el votante no puede recibir datos de encuestas electorales.

Por lo tanto, un voto libre, en vez de ser uno alejado de supuestas influencias de las cuales hay que proteger al ciudadano, como lo concibe la corriente restrictiva y de las que no existe prueba, es por el contrario, aquel que se ejerce con toda la información disponible. Es en una situación de libre flujo de información de todo tipo desde donde se puede reflexionar el voto, no desde una burbuja ficticia en la que el Estado decide, sin motivos de peso, filtrar la información que recibe el votante.

Por ello, en esta investigación se considera sano para la vida en democracia y para los procesos electorales partir de la racionalidad del votante y de que una mejor decisión de voto se toma cuando la mayor cantidad de información está disponible para el elector.

Un reflejo de cómo la mayor cantidad de información puede llevar a una mejor toma de decisiones, se ejemplifica con la analogía entre el votante y un inversionista en bienes, explicada por Popkin (1994). En ese escenario, el votante al decidir a quién dar su apoyo en un proceso electoral, se encuentra, al igual que un inversionista, en condiciones de incertidumbre y con costosa e imperfecta información, y los réditos que reciba de su decisión no se ven de inmediato, sino dependiendo de rendimientos futuros, como sucede cuando está en el gobierno quien fuera candidato presidencial.

En esas condiciones, los votantes usan varios atajos para obtener manifestaciones que llenan brechas de información. Estas formas abreviadas de obtenerla son, por ejemplo, experiencias pasadas, la vida diaria, los medios de comunicación y las campañas políticas. Todos permiten evaluar, obtener y retener información.

Uno de esos atajos es el conocimiento de la opinión de los demás, para confirmar y evaluar hechos, y precisamente, en este aspecto lo puede suplir, con precisión científica una encuesta electoral que oriente al votante sobre como se comportan sus iguales y con base en ello, tomar una decisión informada y racional. La encuesta electoral se convierte en una herramienta para realizar un voto estratégico, para hacer una mejor inversión de su voto.

Esta percepción, contraria a la que apoya la veda, de que el votante requiere información de primera mano para ejercer una decisión de voto acertada coincide con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Constitucional. Ambas han afirmado que el libre flujo de la información es

un presupuesto necesario para el goce de otros derechos fundamentales y determina el funcionamiento de la democracia, sin distinción, para que los ciudadanos piensen de la mejor manera, decidan y expresen sus opiniones libremente.

En el sentido de confirmar que un voto realmente libre es el que se emite con libertad de expresión e información plena, el voto 1750-97 de la Sala Constitucional es claro al afirmar que los principios y valores del Estado Democrático y Social de Derecho Costarricense reclaman singularmente las libertades de asociación, reunión y expresión, siendo este último el que defendemos.

Todos estos elementos son necesarios para que los ciudadanos puedan ejercer dos de sus derechos políticos fundamentales (elegir y ser electos para cargos de representación popular) con pleno conocimiento y consecuente responsabilidad, resultando para ello indispensable que se posibilite el más amplio y plural examen y debate sobre asuntos públicos y sobre la conducta, antecedentes, credenciales, etc., de sus gobernantes o de quienes aspiren a obtener sus votos para llegar a serlo. Al respecto, se ha afirmado que es condición esencial de un sistema democrático que todas las personas gocen de plena libertad de elección, especialmente, cuando de escoger a sus gobernantes se trata. Dicha libertad es inconcebible sin desarrollo y difusión de ideas, sin que se divulguen todas las alternativas existentes, es decir, sin una opinión pública libre. De ahí que uno de los principios sin los cuales resulta inconcebible la existencia de un sistema democrático sea el pluralismo por medio del cual lo que se pretende es garantizar el constante surgimiento de cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la sociedad. (Sala Constitucional, voto 1750-97)

Por todo lo anterior, con respecto al primer argumento de la corriente restrictiva de la difusiones de sondeos de opinión analizado en esta investigación,

se determina que el objetivo alegado para limitar el derecho a la información no tiene sentido, pues no es necesario proteger los derechos de terceros por una influencia nociva de la difusión de encuestas electorales y esa limitación al derecho fundamental no responde de ninguna forma a una necesidad imperiosa, por lo que no se acopla al artículo 13 inciso 2a de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por el contrario, es la veda misma la que impide que el votante pueda ejercer un voto racional e informado.

El segundo argumento invocado por los que apoyan la veda bajo estudio para establecer es que existe una posibilidad de que por motivos propagandísticos, intereses comerciales, errores o mala calidad de una encuesta electoral, se difundan encuestas que no reflejan realmente opinión social del momento, lo que engaña al elector.

En este caso, se considera que el objetivo de proteger a los ciudadanos de recibir información carente de veracidad es legítimo, sin embargo, la medida es claramente desproporcionada, ya que existen en el ordenamiento jurídico, medida que pueden lograr ese objetivo sin lesionar de forma tan severa el derecho a informar, tal y como lo exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una de esas formas menos restrictivas, aunque también discutible en cuanto a su constitucionalidad, es la aprobación previa, por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, de las empresas encuestadora que demuestren experiencia en el manejo de sondeos de opinión y brinden algunos datos que permitan probar su confiabilidad y uso de altos estándares que garanticen calidad.

Esta medida es razonablemente menos dañina que la censura total de

difusión, aunque es necesario estudiar a profundidad en futuras investigaciones si esa autorización previa constituye una censura previa contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual no se discute en este trabajo.

Otro motivo por el que la medida es desproporcionada es porque una mera posibilidad de errores o manipulación no es un motivo de suficiente peso como para privar a los ciudadanos de conocer los resultados de una encuesta electoral.

Ante esto cabe insistir en los tres factores contextuales señalados por la Corte Suprema Canadiense para considerar que la veda de 72 horas que regía en esa nación era contraria a la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, pues la medida era desproporcionada frente al peligro real que implica la posibilidad de que se difundan resultados de encuestas alteradas.

El primer hecho es que la evidencia científica que proveen las ciencias sociales no indica que los votantes sean un grupo vulnerable en relación con las empresas encuestadoras y los medios de comunicación masiva que publican las encuestas.

Es necesario insistir en que la vida en democracia implica presumir que el ciudadano es un ser racional, no sólo para poder votar libremente, sino también para juzgar conforme a su educación y experiencia las fuentes que utiliza para tomar su decisión. De hecho, es razonable pensar que si hay muchas encuestas electorales (incluso hay quienes se quejan de un exceso de sondeos de opinión en los procesos electorales modernos), eso implica que hay varias fuentes disponibles, de las cuales el mismo elector puede juzgar por sí mismo sobre su calidad y confianza.

Junto a ello, el hecho de que haya varias casas encuestadoras realizando sondeos, así como varios medios de comunicación difundiéndolos, minimiza los efectos engañosos o distorsionadores que pueda tener una sola encuesta errada o manipulada entre varias acertadas que fluyan durante cualquier etapa del proceso electoral.

Además, hay que admitir que tarde o temprano, al final de un contienda electoral saldrán a la luz los resultados oficiales, y se sabrá cuáles casas encuestadoras se acercaron más a los resultados oficiales, con lo que los ciudadanos podrán saber cuál aplicó criterios más precisos y de mayor calidad, con el fin de discriminar por su cuenta a cuáles datos les atribuye más fidelidad. No hay que perder de vista que el principal insumo de las casas encuestadoras y los medios de comunicación es su credibilidad.

Esta conclusión lleva a establecer el segundo factor contextual que minimiza el daño hipotético que pudiera generar la libre difusión de encuestas: los intereses de las casa encuestadoras no se encuentran en oposición a los intereses de los votantes. No existe tampoco un interés natural de las casas encuestadoras que favorezca la difusión de encuestas electorales imprecisas, por el contrario, su mercado les demanda la mayor calidad y precisión posible. En un país donde las encuestas fluyen siempre en libertad, los votantes tienen el poder de comparar los resultados de las encuestas entre ellas y con los datos oficiales, con lo que además se atenúa el aura científica de las encuestas imprecisas.

Cabe advertir que la finalidad de las casas encuestadoras es brindar información útil y precisa para sus clientes, y no encaminar la voluntad de los

ciudadanos hacia una agrupación. Esto es muy relevante para tenerlo en cuenta, pues no se puede equiparar la información de las encuestas electorales con los mensajes publicitarios o propagandísticos y también, por esto mismo, es que no se puede alegar que al prohibir la difusión de encuestas electorales o controlarlas, se intenta dar un espacio de reflexión al votante; o, dentro de otros razonamientos inaceptables, que se lucha contra un interés poderoso de las empresas encuestadoras de manipular u oprimir, como podría argumentarse, no sin ser discutible, de la industria publicitaria en ciertos aspectos.

Vale insistir en lo siguiente: las encuestas electorales brindan información precisa sobre la opinión pública que ningún otro instrumento existente puede brindar con tal confiabilidad, por lo que permite al votante ejercer el sufragio de modo inteligente e informado. Por ejemplo, un votante puede recibir datos de una encuesta la noche antes de la votación o el mismo día de las elecciones, y con base en los datos decidir por quien votar o por quien no hacerlo con base la medición que se hizo del pensamiento de sus iguales en algún momento de la realidad social.

Esa es la influencia que pueden tener las encuestas y cualquier otra información de tipo electoral sobre el ciudadano, pero contrario a la influencia mitificada que se le ha atribuido sin evidencia de peso a los sondeos electorales que implican una decisión irracional de votar por el ganador y demás variantes, se trata de una influencia deseable que demuestra que hay votantes interesados en la elección y sus resultados. Un votante que utiliza una encuesta electoral, en cualquier etapa de la campaña, como parte de la base para decidir por quien votar

no actúa mal, por el contrario, realiza un voto informado, que es algo deseable en una democracia.

El tercer factor contextual que la Corte Suprema Canadiense da por probado, y que merece su aplicación para el caso costarricense es que, pese a que no haya evidencia científica de un daño que pueda generar la difusión de encuestas, tampoco la aplicación de mero sentido común lleva a que tenga que protegerse al ciudadano de un temor razonado de daño (*reasoned apprehension of harm*) con base en la existencia comprobada de un grupo vulnerable a efectos negativos, y que el sentido común y la experiencia cotidiana, junto a cuerpos sólidos de opiniones coincidentes, lleven a la limitación de un derecho fundamental mediante intervención estatal.

Estamos entonces ante una situación de desproporción de una medida legal en relación con el eventual daño hipotético que se puede crear por la difusión de una encuesta errada o manipulada, pues ya existen medidas menos dañinas del derecho a informar, pero además, siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Canadá, se denota la carencia de otras más, que permiten al ciudadano utilizar su criterio para juzgar la calidad de las encuestas, como por ejemplo, hacer obligatorio publicar la metodología utilizada por las casas encuestadoras para obtener los resultados difundidos.

Haciendo uso de otra analogía, exhortar a la publicación de la información metodológica se asemeja a la obligación de los productores de alimentos preempacados de informarle al consumidor, en una etiqueta, sobre los ingredientes y datos nutricionales del producto. Esto le permite al potencial

consumidor juzgar sobre sus ingredientes, su fabricación, su calidad y demás rasgos básicos, para decidir si éstos cumplen lo que busca y decide si paga o no por él.

Exactamente lo mismo permite hacer la metodología de una encuesta electoral al votante, es decir: el margen de error, el tamaño de la muestra y la forma en que se recolectó y demás datos, le permiten al ciudadano ser crítico sobre la validez y precisión de un sondeo electoral.

Utilizando esta misma analogía de los productos podemos entender también porqué la medida restrictiva en cuestión es desproporcionada: existe una posibilidad latente de que una lata de atún salga descompuesta, y ni por esa leve posibilidad, el Estado prohíbe totalmente la venta de atún enlatado en el país en algún periodo de alta demanda, pues eso sería abiertamente desproporcionado e irracional. De la misma forma, existe la posibilidad de que entre varios sondeos electorales, se difunda una encuesta errada o manipulada, pero no por esa leve probabilidad hay que prohibir la difusión de todas las encuestas electorales en cierta etapa de las elecciones.

Además hay un elemento de control propio del ciudadano sobre la calidad de las encuestas que recibe. Así como sucede con las empresas que venden productos de mala calidad, que son castigadas por los consumidores al dejar de comprar sus bienes, en el caso de las encuestas imprecisas, es razonable pensar que el ciudadano las castigará quitándoles credibilidad, y los medios de comunicación, que también viven de la credibilidad del mercado, dejarán de adquirir sus servicios para no exponer su imagen.

Es necesario advertir que si bien parece apropiado reflexionar alrededor de la normativa de la que carece nuestro ordenamiento en cuanto a las encuestas electorales, no se puede perder de vista que en materia de información, la autorregulación, la ética de los medios de comunicación y las casas encuestadoras, y el diálogo transparente entre partes interesadas, son la mejor vía para obtener resultados, pues cuando se trata de los derechos fundamentales privilegiados, las normas mismas pueden resultar groseras y lesivas por esa misma condición de la que gozan tales derechos, en los que la intromisión estatal es completamente excepcional, proporcionada y limitada hasta donde resulte necesaria.

El tercer argumento esgrimido y carente de solidez es el alegato que recurre a la posibilidad de que el orden público se altere con la difusión de encuestas electorales, especialmente, si se trata de encuestas de boca de urna publicadas previo al cierre de las urnas electorales.

El orden público es un motivo admitido por la Convención Americana de Derechos Humanos para limitar la libertad de información, sin embargo, alegar un mal hipotético y eventual de desórdenes públicos no es suficiente para establecer a ciencia cierta que en nombre del orden público hay que limitar la difusión de encuestas electorales. Para ello, es necesario probar, como se ha dicho antes, que se responde a una “necesidad social imperiosa”, según lo exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a un “peligro grave e inminente”, como lo exigió la jurisprudencia colombiana, cuya causa residía en la difusión de encuestas electorales.

En reiteradas ocasiones se ha establecido en este documento por qué la simple difusión de encuestas no representa un peligro para nadie. Incluso se ha establecido por qué ni siquiera la posibilidad de publicación de datos errados o manipulados representa un peligro grave contra la sociedad que amerite lesionar el derecho a informar.

Cabe mencionar que la medida carece claramente de idoneidad, pues bajo la aplicación del razonamiento del orden público de forma tan abierta como lo aplican quienes promueven la veda, habría que impedir la publicación de periódicos en los días previos de las elecciones, la transmisión de las señales de televisión y bloquear sitios de Internet y todo medio de comunicación que difundan información electoral, pues ésta podría, hipotéticamente, provocar descontento entre algún sector que genere desórdenes públicos. La medida simplemente se propone un objetivo que no puede cumplir.

Mas allá de cualquier alegato, quienes aseguran que por razones de orden público se justifica limitar la libre difusión de las encuestas, olvidan o ignoran que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la libre difusión de ideas es parte del orden público democrático y por tanto, podemos concluir que su limitación misma implica la generación de un desorden de esa naturaleza, que es precisamente lo que se quiere evitar; así se puede deducir de la Opinión Consultiva OC-5/85 al decir que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin que la disidencia tenga pleno de manifestarse”.

En este sentido, dando sustento a lo anterior, se considera completamente

válido y acertado el criterio de la Corte Constitucional de Colombia, emitido en 1993 mediante el voto 488-93, en el que advierte que la carencia de libertades implica el desorden social mismo.

Aceptar la democracia implica aceptar sus riesgos. Naturalmente el Estado tiene el derecho y el deber de evitar, mediante medidas prudentes, que ellos se traduzcan en desorden público o institucional y en excesos anarquizantes; pero no es sacrificando derecho y libertades fundamentales como se logra ese objetivo, porque si por preservar el orden se sacrifica la libertad, tampoco se realiza aquel, ya que la noción de orden social supone la armonía de los asociados, y sin libertades no es posible la convivencia armónica porque la negación de ella equivale al más evidente de los desórdenes, ya que establece una inversión de valores.

Como se observa, de todos los argumentos analizados en esta investigación que pretendían justificar la restricción de publicación de encuestas electorales en Costa Rica, ninguno calza con las excepcionales posibilidades de limitar el derecho a informar y ser informado, según lo define la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre el principio de igualdad

En específico, sobre el principio de igualdad, se concluye que la veda a la publicación de encuestas, por implicar una restricción que no impide la ejecución de encuestas electorales, sino sólo la difusión, permite que únicamente grupos económicamente poderosos, como los partidos políticos mayoritarios que cuentan con ingresos suficientes para pagar encuestas exclusivamente para sus fines de

campana electoral, tengan acceso a esa información, mientras que los ciudadanos fuera de esos grupos políticos, si bien podrían tener acceso a datos de ese tipo mediante los medios de comunicación de forma gratuita o por muy bajo costo, no pueden hacerlo y por tanto, esa información objetiva no llega a ser uno de sus insumos para tomar una decisión de voto.

Ese trato diferenciado está desprovisto de una justificación objetiva y razonable, tal y como lo exige la Sala Constitucional para que una diferencia se acepte por el ordenamiento, por lo que se trata de un caso típico de discriminación contraria a la dignidad humana y violatoria de derechos humanos, derivada de una excesiva intromisión estatal. La única razón para generar tal diferencia es el acceso a los medios económicos que puedan pagar por una encuesta electoral, es decir, el goce del derecho fundamental de informar y ser informado con datos de interés para todos los ciudadanos, dentro o fuera de la élite política, para tomar mejores decisiones al ejercer derechos políticos fundamentales como elegir y ser elegido, depende de los ingresos económicos, con lo que se convierte en un privilegio de muy pocos.

Vale repetir lo que el segundo enunciado de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión: “Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información (...) sin discriminación, por ningún motivo (...) posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

De la misma manera, es necesario hacer notar que quienes eligen o son elegidos forman parte de la misma categoría: son ciudadanos, y la jurisprudencia

establece que entre personas de la misma categoría se debe dar el mismo trato y se debe gozar de los mismos derechos, lo que no sucede en este caso.

Se concluye que la diferencia en el acceso no la genera el mercado o el precio de la información por sí solo, sino que la veda impide que los medios de comunicación hagan de acceso masivo los resultados de las encuestas, lo que convierte el acceso a la información en un privilegio de los que tienen más ingresos.

Nótese que no se trata de que los ciudadanos no pueden tener acceso a los rumores o chismes del partido, que no son de interés público, o que se les quita el derecho de recibir propaganda política, que lo que pretende es volcar la voluntad de los ciudadanos, sino que se trata de que la mayoría de la población se ve impedida de conocer, de forma confiable y precisa, por medio de una encuesta electoral, lo más cercano a la opinión de los demás ciudadanos; información que resulta de interés para todos los actores políticos por permitir tomar decisiones informadas, ya sea para un partido político al definir su estrategia o para un ciudadano que quiere votar inteligentemente.

Este efecto indeseable derivado de la norma del Código Electoral por establecer un régimen discriminatorio es otra razón más para considerar que la norma violenta el Principio de Igualdad. La Sala Constitucional ha establecido que además de examinar si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato diferenciado, es necesario analizar la causa de justificación del acto considerado desigual en relación con la finalidad que persigue y sus efectos.

Se ha explicado que la finalidad de la veda carece, bajo ciertos

razonamientos, de objetivos legítimos, y bajo otros, tales fines se justifican, pero los medios utilizados carecen de idoneidad y proporcionalidad para lograrlos, sin embargo, independientemente del fin perseguido, éste se ve anulado por el hecho de que trae como efecto un trato discriminatorio contrario a la dignidad humana.

Cabe agregar que como mínimo y junto al que se ha afirmado, la veda trae consigo otros tres tratos discriminatorios que medie razón objetiva y razonable, ni haya proporcionalidad entre fines y efectos que les legitimen, a saber:

Primero, al no poderse difundir de forma masiva los resultados de una encuesta electoral durante 72 horas y el propio día de la elección, los partidos políticos cuyos ingresos no les permitan pagar una encuesta exclusiva en el lapso de veda, quedan en desventaja con motivo de esa restricción en comparación con las agrupaciones poderosas que sí puedan pagar por ella.

Segundo, aplicando el criterio del Tribunal Constitucional Peruano del 2001, en la Resolución EXP n 02-2001-AI/TC, como resulta posible, dada la falta de idoneidad técnica de la medida, evadir la veda difundiendo los datos de una encuesta por medio de Internet con un servidor fuera de la jurisdicción de la norma o desde un satélite, sólo un sector de la población, con ingresos para pagar Internet y conocer su uso o con posibilidades de pagar el servicio de televisión por satélite, con lo que a la postre, se restringe el acceso a información de interés público con base en las condiciones económicas y culturales de cada persona, y todo con motivo de la veda en cuestión.

Tercero, la prohibición impide, de nuevo sin razón objetiva y razonable, que las casas encuestadoras puedan difundir su producto informativo por el

simple hecho de ser encuestas de tipo electoral, mientras que las salas de redacción de los medios masivos, por ejemplo, sí pueden difundir todo su producto informativo, con excepción de las encuestas electorales, sin restricción alguna. Si se nota que las encuestadoras, al igual que las salas de redacción de los medios de comunicación, lo que hacen es recopilar datos, procesarlos y enviarlos al público, no sólo se advierte el absurdo de la restricción, sino que se denota la arbitrariedad de la medida restrictiva que impone un régimen discriminatorio.

Comentarios adicionales

Cuando se analiza si una limitación a la libertad de información es legítima o no, en el fondo lo que se estudia es si hay motivos suficientes para dejar a la sociedad en ignorancia o permitirle el conocimiento sobre cierto aspecto en específico. Esta decisión es crítica para la vida en democracia y su impacto social no tiene precedentes, tal y como lo ha evidenciado la Historia.

En esta investigación se ha demostrado que en Costa Rica, tanto en el Código Electoral anterior como en el actual (con mayor grado en el presente por cuanto la veda a la difusión de encuestas electorales se extiende 24 horas más) se ha dado prevalencia a la ignorancia en perjuicio del conocimiento del votante. Junto a ello se tiene por demostrada la falta de motivos excepcionales que empaten con las exigencias delimitadas por la Convención Americana sobre derechos Humanos para justificar la privación del ciudadano de información útil para ejercer su voto, como son las encuestas electorales, que por motivos ya mencionados se distancian de la información propagandística o el licor, que,

presumen algunos, impiden un voto reflexivo pretendido por el legislador.

Acá se ha sostenido que las encuestas electorales son información de interés público que, como tal, puede ser utilizada por el votante para decidir por quien votar, con lo que se empodera al ciudadano para que llegue a ejercer un voto libre, lo que sin duda es acorde con los fines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otro lado, como contraste, interpretar que una veda a la difusión de información de interés público, como las encuestas electorales, impide que se realicen votaciones libres por cuanto alteren la decisión del votante atribuyéndole males nunca demostrados científicamente y presumiendo ingenuidad e ignorancia en el votante, sin duda es violatorio de Derechos Humanos.

Nadie niega que las encuestas electorales pueden, hasta cierto punto ser defectuosas o hasta manipuladas, pero, en primer lugar, existen en este momento medios legales para minimizar ese peligro y otros mas se pueden adicionar.

En segundo lugar, cuando varias casas encuestadoras compiten en un mismo mercado y difunden encuestas electorales libremente en cualquier momento de las elecciones, el impacto negativo que podría tener una sola encuesta imprecisa frente a varias de calidad y preocupadas por mantener su credibilidad ante el publico (en el caso de las casas encuestadoras serias, el insumo de mayor valor, y el de los medios de comunicación que las difunden, es la credibilidad), es prácticamente nulo; más si se parte de que el ciudadano es suficientemente racional tanto para votar como para lidiar con encuestas disímiles y diferenciar entre los resultados de un sondeo y los resultados oficiales. En estas

discusiones pareciera que quienes analizan estos temas dan una dimensión al papel de las encuestas electorales mayor a la que realmente les dan los votantes.

Sin embargo, mientras las encuestas sean herramientas precisas para medir la opinión pública, como se ha probado por la ciencia y la Historia, y exista la posibilidad de que esos datos sean un insumo de provecho para los ciudadanos que se encaminan a votar, la legislación debe inclinarse por favorecer su libre flujo por el bien del conocimiento de la sociedad, sin importar eventuales e hipotéticos riesgos, propios de la vida en democracia y con los que hay que lidiar si pretendemos que el ser humano desarrolle su potencial la libertad y no desde la opresión y el temor.

Los juicios hipotéticos y el miedo a asumir riesgos nunca deben ser el motivo por el cual se le otorgue preponderancia a la ignorancia en perjuicio de la libertad y el conocimiento de los ciudadanos.

Finalmente, cabe advertir que mucho se puede argumentar a favor o en contra de la difusión de encuestas electorales, pero es clave analizar y enfocar la discusión en si todas esas argumentaciones cumplen o no con las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se ha intentado hacer en esta investigación.

Por otro lado, cabe llamar la atención en que la ley 8492, que decreta la regulación del referéndum en el país, en su artículo 21, prohíbe, además de la difusión de las encuestas electorales, el comentario mismo de cualquier sondeo 48 horas antes de la votación, así como la simulación del voto. Esta norma es incluso más invasiva que la que impide la difusión pues impide incluso el

comentar resultados. Todo lo que acá se criticado hacia el artículo 138 del Código Electoral vigente aplica para esa norma, la cual también resulta violatoria de derechos humanos.

Además, resulta necesario hacer una advertencia con respecto a una discusión registrada en fallos de algunas jurisdicciones analizadas.

Al debatir sobre la constitucionalidad de la restricción de publicación de encuestas se ha argumentado alrededor de cuanto plazo de veda es aceptable, por ejemplo, en el caso colombiano de 1993, aunque se declaró inconstitucional la norma que imponía la veda durante 30 días por desproporción de la medida, entre otros argumentos, se razonó que imponer la restricción por unos días resultaba razonable.

De forma similar, en el 2005, en Argentina, cuando se declaró constitucional la veda de difusión de encuestas 48 horas antes del día de las elecciones y 3 horas después del cierre de las urnas, el voto mayoritario catalogó la prohibición de “brevisima”, por lo que era, según su criterio, aceptable. Por otro lado, un voto disidente del mayoritario consideró que la veda 48 horas antes de la apertura de los comicios tenía sentido, pero 3 horas después de su cierre resulta inaceptable.

A nuestro criterio, tal debate carece de todo asidero en el tanto si la medida restrictiva es ilegítima y viola derechos fundamentales privilegiados, como la libertad de información, por no perseguir en algunos un fin legítimo dentro de ciertas lógicas, ser desproporcionada o carente de razonabilidad, como se

sostiene, discutir si la violación del derecho debe permitirse por 24 horas o por 10 minutos resulta absurdo, puesto que el respeto de los derechos humanos debe ser perpetuo.

Consideramos que dicha norma simplemente no debe existir en el ordenamiento jurídico, porque atenta contra los derechos humanos. Mal hace un juez cuando considera que una norma que da por desproporcionada e irrazonable mantiene tales vicios si rige por 48 horas, pero los pierde sólo porque rige 24 horas. En ningún lugar de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece que la limitación de un derecho fundamental es válida dependiendo del tiempo durante el que rija la limitación, sin importar si esa limitación misma carece de razonabilidad, proporcionalidad y establece un régimen discriminatorio, como se propone acá.

Bibliografía

Acuña, O. y Denton, C. (2009). Dando voz a la gente. Una historia centroamericana. San José, Costa Rica: CID Galup Latinoamérica. 344 p.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2007). Acta de la sesión extraordinaria n° 30, del jueves 19 de julio de 2007. Comisión especial de reformas electorales y partidos políticos. Expediente N° 16212.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2004). Código Electoral (Derogado). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009). Código Electoral (vigente). San José, Costa Rica: Archivo de la Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley 8492 sobre la regulación del referéndum. Publicada el 4 de abril del 2006 en La Gaceta número 67.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2008). Moción de varios diputados en el expediente 14.268 de reforma de Código Electoral vigente sobre el Capítulo 1 del Título V, Ilícitos electorales. Comisión Especial de Reformas Electorales. Departamento de Servicios Parlamentarios.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2003). Proyecto de ley 15238: Modificación de los artículos 85 ter y 86, y creación de un nuevo inciso del artículo 152 del Código Electoral relacionado con la difusión de encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral. Departamento de Servicios Parlamentarios.

Asher, H. (2007). Polling and the Public (séptima edición). Washington, EE.UU.: CQPress.

Badeni, G. (2005). Censura periodística y encuestas electorales. Revista La Ley (D, 800).

Badeni, G. (2002). Tratado de libertad de prensa. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. 848 p.

Campos Roy (rcampos@consulta.com.mx) (8 de octubre del 2008). RE: Consulta desde Costa Rica. Correo electrónico enviado a Alejandro Fernández Sanabria (afersa91@yahoo.com).

Consulta Mitofsky. (2004). Las encuestas... ¿influyen en los resultados? Estudio de opinión en viviendas. México: Consulta Mitofsky.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

Corte Suprema de Argentina. Asociación de Teledifusoras Argentinas y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Sentencia del 7 de junio del 2005.

Corte Suprema de Canadá. (1998). Thomson Newspaper Co v. Canada (Attorney General), 1 S.C.R. 877.

Consejo Nacional Electoral de Colombia. (1994). Primer foro de encuestas de carácter electoral. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.

Díaz-Castillo, L. (2005). Bandwagon and Underdog Effects on a Low-Information, Low-Involvement Election. Trabajo final de graduación para optar por el grado académico de doctorado. Lugar: Universidad Estatal de Ohio.

Durán, J. (2000). Encuestas electorales. Diccionario electoral (Vol. 1, 694 p.). Costa Rica: CIDH.

Fernández, G. (1986). El Primer domingo de febrero. San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica. 399 p.

González, F. (Ed.) (2006). Libertad de expresión en Chile. Santiago, Chile: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Guier, F. (2007). Elogio a la rebeldía. San José, Costa Rica: Editorial Lumbre.

Milavsky, R., Swift, A., Roper, B. et al. (1985). Early Calls of Election Results and Exit Polls: Pros, Cons, and Constitutional Considerations. Public Opinion Quarterly, 49, (1), 1-18.

Mann, T., Orren, G. (Comp.) (1992). Media Polls in American Politics. Washington, D.C., EE.UU: The Brooking Institution.

Monzón, C. (2005). Encuestas y elecciones. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Mora M. y Araujo (manuel.mora@ipsos.com) (6 de octubre del 2008). RE: Recordatorio desde Costa Rica. Correo electrónico enviado a Alejandro Fernández Sanabria (afersa91@yahoo.com).

Oconitrillo, E. (2004). Cien años de política costarricense: 1902-2002. De Ascensión Esquivel a Abel Pacheco. San José, Costa Rica: EUNED. 400 p.

Popkin, S. (1994). The Reasoning Voter (second edition). Chicago, EE.UU. The University of Chicago Press.

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (2001). (22^a ed.). (2 vols.). Madrid, España: Espasa Calpe.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2006). Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005, volumen 2, 224 p.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 2004-01603.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 5236-99.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 1997-1750.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 1992-1739.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 1995-843.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto número 1994-1770.

Soler, M. (2001). Campañas electorales y democracia en España. España: Universitat Jaume. 243 p.

Traugott, M. y Lavrakas, P. (1997). Encuestas: guía para electores. Coyoacán, México: Siglo XXI Editores. 238 p.

Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N° 02-2001-AI/TC

Tribunal Supremo de Elecciones. Decreto 11-97 sobre el Reglamento para la inscripción de empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral del 19 de setiembre de 1997.

Referencias electrónicas

Araujo, M. y Zovatto, D. (2006, 25 de junio). Encuestas en el centro del debate. La Nación Digital (Costa Rica) Recuperado el 15 de setiembre del 2008 en:

http://www.nacion.com/ln_ee/2006/junio/25/opinion3.html

Arbilla, D. (2006, 11 de junio). Encuestas y censura. El Universal. Recuperado el 15 de setiembre del 2008 en:

www.eluniversal.com.mx/internacional/50564.html

Emery, C. (1994). Public Opinion Polling in Canada. Recuperado el 18 de setiembre del 2008 en:

<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp371-e.htm>

Goodnough, A. (2006, 25 de octubre). Judge Voids Measure to Bar News Exit Polls. The New York Times. Recuperado el 1 de setiembre del 2008 en:

<http://www.nytimes.com/2006/10/25/us/politics/25exitpoll.html?scp=3&sq=exit+polls+freedom&st=nyt>

Irwin, G. (2006). Bandwagon without a band. Recuperado el 28 de agosto del 2008, de:

https://openaccess.leidenuniv.nl/dspace/bitstream/1887/4483/1/afscheidsrede_irwin.pdf

López, G. (2004). Comunicación electoral y formación de la opinión pública. Universidad de Valencia. 347 p. Recuperado de Google Books el 21 de junio del 2009 en:

http://books.google.co.cr/books?id=HScIbnkFd_gC&pg=PA144&lpg=PA144&dq=teoria+de+los+efectos+limitados&source=bl&ots=-u6-OP48X&sig=Ikzu7bFiyLOXzfvBfmh7X93L50&hl=es&ei=ikZASoy4DMqntgeWtvCjAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=9

Mora, E. (1998). TSE envía a Fiscalía caso de encuestas. La Nación (en línea). 4 de febrero de 1998. San José, Costa Rica. Recuperado el 1 de agosto de 2009 de:

http://www.nacion.com/ln_ee/1998/febrero/04/pais4.html

Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Firmada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Recuperado el 19 de enero del 2008 en:

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Outing, S. (2004). News Before its Time, Blogs Publish Exit Poll Data Projecting Kerry Lead. Poynter Online. Recuperado el 15 de setiembre en:

http://www.poynter.org/content/content_view.asp?id=73841

Pacheco, C. y Velásquez, M. (2005). Las encuestas electorales y su regulación. Recuperado el 18 de setiembre del 2008 en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/8/art/art4.htm>

Pestano, J. (2000). Planificación de los medios de comunicación en los procesos educativos. Revista Latina de Comunicación Social, 28. Recuperado el 20 de junio del 2009 de:

<http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000sab/113pestano.html>

Solórzano, J. (1998). “Fiscalía allanó encuestadoras”. La Nación (en línea). 11 de febrero de 1998. San José, Costa Rica. Recuperado el 1 de agosto de 2009 de:

http://www.nacion.com/ln_ee/1998/febrero/11/pais9.html

Sproule, M. (1995). Propaganda and democracy: The American Experience of Media and Mass Persuasion. Cambridge University Press. 332 Pág. Recuperado de Google Books el 21 de junio del 2009 en:

<http://books.google.co.cr/books?id=GvuivGckIB4C&pg=PP1&dq=sroule+propaganda+and+democracy#v=onepage&q=&f=false>

The Foundation for Information. (2003). The Freedom to Publish Opinion Poll Results: Report on a Worldwide Update. Holanda: Motivaction Group. Recuperado el 15 de setiembre del 2008 en:

www.unl.edu/wapor/Opinion%20polls%202003%20final%20version.pdf

University of Twente. Hypodermic Needle Theory. Recuperado el 16 de febrero del 2009 de:

<http://www.cw.utwente.nl/theorieenoverzicht/Theory%20clusters/Mass%20Medi>

[a/Hypodermic_Needle_Theory.doc/](#)

Comunicaciones personales

C. Denton, presidente de CID Gallup. (Comunicación personal) (2009, 14 de agosto)

Fernández G., periodista, director asociado del periódico Panamá América, Ciudad Panamá (Comunicación personal) (2009, 27 de marzo del 2009).

Gutiérrez E., director de la Escuela de Estadística de la Universidad de Costa Rica. (Comunicación personal) (2009,15 de julio).

Sobrado L.A., actual Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones (Comunicación personal) (2008, 16 de setiembre).