

## LAS ENCUESTAS ELECTORALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA PRIMERA REFLEXIÓN

Edgar CORZO SOSA\*

**RESUMEN:** Las encuestas electorales se han alejado del elector y se han acercado a los partidos políticos y medios de comunicación olvidando el objetivo primordial de su función que es la generación de opinión pública. Esta situación daña gravemente los derechos políticos y humanos del ciudadano, en especial cuando se refiere a la prohibición de difusión de las encuestas desde ocho días antes a la celebración de la elección según lo establece el artículo 190.4 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, disposición que es inconstitucional pues atenta contra el derecho de igualdad, de información, de expresión y de imprenta, así como del derecho de encuesta que propone el autor y que debería regirse por los mismos principios del derecho al voto. En consecuencia, sugiere, entre otras cosas, la expedición de una ley y la creación de un Registro de Organismos Encuestadores.

**Palabras clave:** Encuestas electorales, opinión pública, derechos humanos, elector, derecho de encuesta.

**ABSTRACT:** *Electoral polls have forgotten the elector and approached to political parties and media forgetting theirs main function that is the creation of public opinion. This causes serious damages to political and human rights of the citizens, specifically the prohibition of the poll publication eight days before the polling day according to the article 190.4 of the Electoral Procedures and Institutions Federal Code, which is an unconstitutional legal disposition because it is damaging the equality right, the information right, the speech freedom and the press freedom and also the poll right that the author proposes, which should be applied with the same principles of the right to vote. So the author proposes among other ideas, the creation of a law and a poll companies registry.*

**Descriptors:** *Electoral polls, public opinion, human rights, elector, poll right.*

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad democrática de nuestros días la aparición de datos estadísticos en los medios de comunicación en relación con la intención de voto de los ciudadanos es parte fundamental de la vida cotidiana. La idea de la representación política y de la renovación temporal de los titulares de los órganos del poder que implica la democracia presupone la participación activa del ciudadano y, al mismo tiempo, hacen necesaria la existencia de instrumentos que propicien la formación de la opinión pública. Participación y opinión pública forman un binomio irremplazable en un constitucionalismo democrático. Los procesos electorales, como espacios canalizadores de la representación, han tomado un lugar estelar, a nivel tal que mucho de lo que sucede en ellos constituye reflejo del grado de democracia presente en la sociedad. Pero no basta con la representación y la renovación política, ni con los procesos electorales, es indispensable que todos ellos se efectúen de manera civilizada, respetando la posición de los electores y garantizando en todo tiempo su participación.

El ciudadano debe saber quienes son los sujetos que lo van a representar así como las propuestas que sostienen, pero también debe proporcionársele una visión imparcial del proceso electoral en el que participa, conociendo la intención de voto del electorado.

Surgen así las encuestas electorales o los sondeos de opinión en materia electoral, mecanismos a través de los cuales se ofrece a la sociedad, al elector en especial, la información obtenida mediante una consulta en relación con la intención de voto. Se trata de una averiguación sobre la opinión pública que en materia electoral prevalece en el electorado en un cierto momento, con la aclaración de que las encuestas no predicen ni anticipan los resultados electorales, sólo muestran, como una simple fotografía, las preferencias electorales en el instante en que se realizan.<sup>1</sup>

El papel que están desempeñando las encuestas en los procesos electorales se ha incrementado alarmantemente, llegando incluso a constituir un tema primordial en torno al cual gira la contienda electoral. Es común advertir que los candidatos basan sus actos proselitistas en función muchas veces de las encuestas electorales, como si éstas constituyeran el

1 Véase Gálvez Muñoz, Luis, "Organismos de sondeos, encuestas electorales y derecho", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 110, octubre-diciembre de 2000, pp. 107 y 108.

preludio de los resultados de la jornada electoral. Por ello, el número y la intensidad de las encuestas aumentan conforme se acerca la jornada electoral, lo cual provoca la presencia de múltiples empresas encuestadoras y criterios diversos en los medios de comunicación que las dan a conocer. Esta situación no tendría nada de extraordinaria a no ser que los datos estadísticos que se manejan en unas y otras difieren e incluso el énfasis en los resultados varía dependiendo el interés que se busque.

Ha sido tal la presencia que han adquirido las encuestas electorales, y tal el interés que han despertado, que lo más preocupante es que se alejan lastimosamente de los ciudadanos y se acercan peligrosamente a los partidos políticos y medios de comunicación, como si fueran éstos el origen de la fuente de información manejada.

Por tal motivo, pretendemos exponer la relación que guardan las encuestas electorales con los derechos no sólo políticos sino también humanos, para lo cual en una primera parte, y con el ánimo de esclarecer la noción y conformación de las encuestas, hacemos referencia al procedimiento que se efectúa para elaborarlas. En una segunda parte abordaremos dos problemas en específico, la publicidad y el levantamiento de las encuestas, para finalmente exponer una conclusión.

## II. LAS ETAPAS DE ELABORACIÓN DE LAS ENCUESTAS ELECTORALES

Para analizar la presencia de los derechos humanos en las encuestas debe tenerse presente los aspectos procedimentales por los que atraviesa en su elaboración. En términos genéricos, y para efectos del presente análisis, puede considerarse que estos aspectos son cinco: el establecimiento de los criterios generales que deben seguir las encuestas; el levantamiento de la encuesta; la obtención de la información, la entrega de la información obtenida y, finalmente, la difusión de la misma.

En lo que a los criterios generales se refiere, queda a cargo del Consejo General del Instituto Federal Electoral la elaboración de los criterios generales de carácter científico,<sup>2</sup> tal y como se dispone en el artículo

2 El artículo 190.5 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone que: “las personas físicas o morales que pretendan llevar a cabo encuestas por muestreo para dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos o las tendencias de las votaciones, adoptarán los criterios generales de carácter científico, que para tal efecto determine el Consejo General”.

190.5 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, establecidos con el ánimo de que las encuestas obtengan un mínimo de calidad y rigor.

El establecimiento de estos criterios metodológicos resulta de gran trascendencia para la elaboración de las encuestas, ya que su cumplimiento constituye un parámetro para determinar su grado de objetividad. Así, por ejemplo, dentro de los criterios más importantes utilizados en otras latitudes se encuentra que la muestra sea representativa, que las preguntas se formulen con claridad y precisión, sin orientar directa o indirectamente el sentido de la respuesta, que la duración de la encuesta sea corta para dar homogeneidad a los resultados y que el trabajo de los encuestadores sea regularmente controlado.<sup>3</sup>

En el caso de México, el Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral relativo a los criterios estadísticos de carácter científico para la realización de encuestas por muestreo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de diciembre de 2005, establece como criterios generales los siguientes: que el resultado de la encuesta indique la persona que lo patrocinó, la que lo realizó y la que ordenó su difusión; debe detallarse la población de estudio, explicar el método utilizado para recopilar la información y el método de muestreo utilizado para seleccionar la muestra del estudio; el tamaño de la muestra; estimaciones o pronósticos incluidos; las fechas de realización del levantamiento de la información y, finalmente, conservar la información relativa al estudio.

Aun cuando de la confrontación entre los criterios mexicanos con los de otros países surgen diferencias como el control del trabajo de los encuestadores, que no lo realizamos en nuestro país, el problema que se nos presenta en este tema consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos. No es suficiente que la institución encargada de la organización de las elecciones emita criterios generales de carácter científico para estimar que con ello las encuestas se realizarán de manera objetiva y científica. La emisión de los criterios no es suficiente, se requiere contrastar la información producida con los parámetros previamente establecidos, pues de no ser así dicha información carecerá de objetividad.

El levantamiento de la información constituye otra etapa crucial en el proceso electoral. Aquí encontramos como preocupación la determina-

3 Véase Gálvez Muñoz, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 118.

ción del sujeto que lo realiza. En un escenario ideal, debiera corresponder al Instituto Federal Electoral, no sólo porque es el organismo constitucional autónomo que vela de manera objetiva por el correcto desarrollo del proceso electoral, lo que hace presuponer un levantamiento serio y objetivo, sino también porque posee una infraestructura con la cual podría efectuar una muestra representativa en todo el territorio nacional.

El Instituto Federal Electoral, sin embargo, no cuenta con facultades a este respecto, es más, en caso de otorgársele seguramente surgiría el problema de falta de presupuesto. Por esta razón, y porque representa una actividad atractiva, las empresas privadas han tomado en sus manos el levantamiento de las encuestas o sondeos de opinión,<sup>4</sup> especialmente por encargo de los partidos políticos.

El levantamiento de una encuesta en materia electoral es una actividad que reviste especial interés, de manera tal que la empresa que la efectúe deberá contar con capacidad técnica y profesional. No cualquier empresa puede levantar con profesionalismo un sondeo con las características necesarias para que se reconozca su objetividad. Por ello, en algunos países, no en el nuestro, se cuenta con una legislación especializada y un Registro de Empresas Encuestadoras, lo que obliga al cumplimiento de los requisitos mínimos para obtener una habilitación que asegure la objetividad y seriedad en su función.

En cuanto a la obtención de la información, no debe perderse de vista que es el elector quien la proporciona. Una encuesta no existe si el elector no proporciona su intención de voto. Esto, que parece tan simple, se olvida frecuentemente, como si una vez obtenida la información ésta se desprendiera del electorado que la produjo.

Si el elector es el autor de la información, entonces, debe tenerse presente esta circunstancia al momento de levantar la encuesta y también durante todo el proceso de análisis. De esta manera, al realizarse la encuesta debe indicársele al elector la institución que la solicitó, con qué objeto y cómo será utilizada la información obtenida. Todo esto presupone la existencia de un derecho en favor del elector.

Ahora bien, no puede olvidarse que el elector proporciona la información con el objeto de formar opinión pública en relación con un proceso

4 Las encuestas de carácter científico aparecieron en Estados Unidos debido a la labor de George Gallup, quien fundó precisamente una empresa privada. Véase su obra *The Sophisticated Poll Worker's Guide*, Princeton, Opinion Press, 1972.

electoral. El elector no da a conocer su intención de voto por el solo morbo de ser tomado en cuenta en una estadística. Si la proporciona lo hace para que en la sociedad se genere una idea de las preferencias que en general se están marcando en una contienda electoral. En ningún momento el elector proporciona la información para que los partidos políticos y los medios de comunicación dispongan libremente de ella, más bien estos sujetos están obligados a dar a conocer la información obtenida tal y como la reciben y su responsabilidad consiste precisamente en hacerlo fielmente.

En relación con la entrega de la información, la empresa encuestadora cumple con el contrato firmado entregándola al sujeto que la solicitó, que en materia electoral normalmente son los partidos políticos.

No existe obligación del partido político para compartir los resultados con otros partidos políticos, lo que no quiere decir que no esté obligado a hacerlo, ya que el elector proporcionó la información para generar opinión pública y no para el uso exclusivo de un partido político. El cumplimiento de un contrato nada tiene que ver con la finalidad por la cual fue proporcionada la información. Por tal motivo, nada impide que una vez realizada la encuesta los resultados sean entregados al Instituto Federal Electoral a efecto de dar a conocer dicha información no sólo al partido político que la solicitó, sino a los restantes y a la sociedad en general. Por encima de un interés particular de un partido político debe imponerse el interés general de la sociedad por formar opinión pública.

Por último, la etapa que cuenta con una especial regulación en la legislación electoral es la publicidad o difusión de los resultados de las encuestas o sondeos de opinión en materia electoral. En el código electoral correspondiente se regula la prohibición de difundir o publicar las encuestas durante los ocho días previos a la elección.<sup>5</sup>

5 En el artículo 190.4 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se dispone que: “Durante los ocho días previos a la elección y hasta la hora del cierre oficial de las casillas que se encuentren en las zonas de husos horarios más occidentales del territorio nacional, queda prohibido publicar o difundir por cualquier medio, los resultados de encuestas o sondeos de opinión que tengan por objeto dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos, quedando sujetos quienes lo hicieren, a las penas aplicables a aquellos que incurran en alguno de los tipos previstos y sancionados en el artículo 403 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”.

Esta prohibición hace que nuestro país se ubique entre aquéllos que comparten un sistema prohibicionista, mediante el cual queda suprimida la difusión de encuestas electorales durante todo el periodo electoral<sup>6</sup> o bien durante una fase más o menos prolongada de tiempo,<sup>7</sup> pero que se encuentra en su parte final. Otros países, en cambio, pertenecen a lo que ha sido calificado como sistema liberal y en ellos no existe limitación temporal alguna a la divulgación de encuestas electorales, de manera que el día de las elecciones los ciudadanos pueden consultar en los periódicos los resultados de las últimas encuestas electorales.<sup>8</sup>

### III. PROBLEMÁTICA INHERENTE A LA PUBLICIDAD

El artículo 190.4 del Código Federal de Procedimientos e Instituciones Procedimentales, que consagra la prohibición de publicar o difundir los resultados de las encuestas electorales, puede ser considerado como contrario a la Constitución federal por las siguientes consideraciones.

Nuestro texto legal tomó la opción más difícil para regular un fenómeno tan complejo como la difusión de las encuestas.<sup>9</sup> Al dar lectura al precepto mencionado, de inmediato surge una respuesta proporcionada por

6 Es el caso, por ejemplo, de Japón, Corea, Brasil o Sudáfrica. Véase Gálvez Muñoz, Luis, "La prohibición de difundir encuestas electorales: ¿una norma inconstitucional?", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, 1997, p. 48.

7 Así sucede por ejemplo en Luxemburgo, Canadá, Italia, Rusia, Francia y Portugal. *Idem*. Aquí se encuentran España (artículo 69.7 de la Ley Orgánica 5/1985, del 19 de junio, del Régimen Electoral General) y México (artículo 190.4 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales).

8 El autor que venimos consultando adiciona una tercera categoría, la de sistema mixto, entendiendo que está caracterizada por la prohibición de la difusión sólo durante el desarrollo de la votación y, en su caso, en el llamado periodo de reflexión en que se prohíbe realizar propaganda electoral. Véase Gálvez Muñoz, Luis, *op. cit.*, nota 1, pp. 47 y 49.

9 Generalmente la legislación electoral también prevé una sanción para el caso de incumplimiento de la prohibición de dar publicidad o difusión a las encuestas en el plazo indicado, sistema que ha sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte cuando se indique una sanción mínima y no se deje la posibilidad de tomar en cuenta diversos elementos para individualizar la sanción, como pueden ser la capacidad económica del infractor o la reincidencia de éste en la conducta que lo motiva. Véase la tesis de jurisprudencia 64/2005, emitida por el Pleno, que lleva por rubro INSTITUCIONES POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA. EL ARTÍCULO 239 DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER QUE LA SANCIÓN POR PRACTICAR ENCUESTAS PÚBLICAS, POR NO AJUSTARSE A LA METODOLOGÍA APROBADA POR EL

nuestro ordenamiento legal: prohibir la difusión toda vez que produce riesgos al cumplimiento de principios constitucionales inherentes a nuestro proceso electoral.

Son varias las preocupaciones que frecuentemente se sostienen a favor de esta posición. Así, podemos encontrar la afirmación, como sucedió en España, de que la prohibición reduce la influencia que las encuestas electorales ejercen sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos; asegura la efectividad de las normas que garantizan la objetividad de las encuestas toda vez que se posibilita la rectificación de las infracciones que se comenta y, finalmente, se impide que las encuestas distraigan la atención de los electores en el debate político durante los días más importantes de formación de la voluntad electoral.<sup>10</sup>

Sin embargo, todas estas afirmaciones participan de un amplio margen de subjetividad. Ante la consideración de que las encuestas ejercen influencia sobre el electorado, cabe oponer la consideración que las encuestas no son predicciones y, por tanto, no es posible comprobar su incidencia en los resultados electorales. Es más, las encuestas tampoco constituyen una especie de presión en el electorado incidiendo en su libertad de elección, ya que en realidad su resultado es un elemento de juicio y no un condicionamiento que violenta su voluntad, tomando en consideración que con la información lo que se trata es de formar la opinión pública. Por último, tampoco influye en la racionalidad de la decisión electoral porque con el resultado de la encuesta un ciudadano puede entregar su voto al partido político con el que se identifica, pero también puede votar por otro, próximo ideológicamente al suyo, al ver que tiene más posibilidades de conseguir escaños.<sup>11</sup>

Que la difusión de la encuesta se prohíba durante unos días previos a la jornada electoral para lograr, en su caso, la rectificación, constituye una preocupación que no es de fácil solución. Contar con ocho días en el caso de México significa el tiempo suficiente para reparar las incorrecciones en que se hubiere incurrido al realizar las encuestas, sin embargo, el procedimiento de rectificación no existe en nuestro país.

INSTITUTO O POR DIFUNDIR SUS RESULTADOS DENTRO DE LOS PLAZOS PROHIBIDOS POR LA LEY, NUNCA SERÁ INFERIOR A TRESCIENTOS MIL PESOS, CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

10 Véase Gálvez Muñoz, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 55.

11 *Ibidem*, pp. 55 a 68.



La distracción de los electores con la difusión de los resultados de las encuestas significa entrar nuevamente en el terreno de las suposiciones no habiendo datos que hagan relacionar la publicación con el desinterés generalizado de los ciudadanos,<sup>12</sup> por tanto no es un dato que merezca especial atención.

Con base en lo anterior podemos concluir que los argumentos que frecuentemente se esgrimen para justificar la prohibición de difusión del resultado de las encuestas electorales no son aceptables, o al menos no son claros y mucho menos contundentes. Estas circunstancias inherentes a la prohibición de difundir las encuestas no la salva de contradecir la Constitución, ya que de todas maneras entra en colisión con los derechos humanos.

Uno de estos derechos que está en relación con las encuestas y especialmente con la opción de levantarlas pero sin publicarlas ocho días antes de la jornada electoral, es la igualdad. La ley, se ha sostenido insistentemente, debe ser igual en su aplicación frente a sujetos que se encuentran en situaciones similares. Levantar y no publicar los resultados de la encuesta implica que sólo será entregada la información, sin difundirla, al sujeto que contrató a la empresa encuestadora. En consecuencia, el resultado sólo será conocido por aquéllos ciudadanos relacionados con el sujeto contratante, con el partido político. Los demás ciudadanos sólo fueron utilizados para formar la opinión pública, pero no participan del resultado de la encuesta.

En este sentido, la negativa de acceso a la información que los propios ciudadanos encuestados generaron rompe con el principio de igualdad.

Por tal razón, como una solución pudiera analizarse la posibilidad que una vez que el resultado es obtenido la empresa encuestadora lo entregue al Instituto Federal Electoral, para que éste a su vez lo de a conocer a toda la sociedad o si la encuesta está alterada, no le de publicidad, sin importar que no haya sido el IFE el sujeto contratante, ya que se impone el interés general por encima del interés partidista.

Por otra parte, el derecho a la información también es transgredido al levantarse una encuesta y no difundirse, toda vez que los ciudadanos que generaron la información no tendrán acceso a ella. Desde el momento mismo en que es generada la información, desde ese instante el elector tiene derecho a conocer el resultado de la encuesta practicada, ya sea que

12 *Ibidem*, pp. 68-78.

se difunda o que se le otorgue acceso a la información en poder del encuestador o del contratante de la encuesta.

Nuestro texto constitucional federal establece el derecho a la información en el artículo 6o. y la libertad de expresión e imprenta en los artículos 6o. y 7o.

En relación con el derecho a la información, cabe señalar que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha reconocido la existencia de un derecho a la información en materia político electoral, de manera tal que todo ciudadano tiene derecho a obtener la información pública que es generada en materia electoral.<sup>13</sup> De esta manera, bien podría construirse un argumento mediante el cual el Instituto Federal Electoral solicite a los partidos políticos la información que poseen en relación con la encuesta practicada, y una vez que la tenga en su poder, los diversos ciudadanos accedan a ella.

En este mismo sentido, somos de la opinión que es plausible sostener un “derecho de encuesta” a favor del ciudadano. Con él queremos significar que desde el momento mismo en que es encuestado, surge a su favor un derecho fundamental, como parte del derecho al voto que se reconoce expresamente en el artículo 35.1 del texto constitucional y compartiendo identidad teleológica con el derecho de participación en la vida democrática reconocido en el artículo 41 constitucional. Entonces, una vez levantada una encuesta el ciudadano tiene derecho a conocerla. A este derecho de encuesta se le aplicarían los principios inherentes al derecho del voto, como lo es, por ejemplo, la secrecía.

En cuanto a la libertad de expresión y de imprenta, en los textos constitucionales respectivos se sostiene que toda persona tiene derecho a manifestar sus ideas o bien que es inviolable la libertad de publicar escritos sobre cualquier materia. Así, los partidos políticos, o sus integrantes, que obtuvieron un resultado favorable en la encuesta tienen derecho a difundirla en aras de poner al alcance de los electores información que les au-

13 Véase las tesis con los siguientes rubros: DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA POLÍTICO ELECTORAL. ALCANCES JURÍDICOS DE LA PRERROGATIVA DE LOS CIUDADANOS PARA CONOCER DATOS QUE OBREN EN LOS REGISTROS PÚBLICOS RELATIVOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS; INFORMACIÓN, CUANDO LA OMISIÓN DE PROPORCIONARLA AL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL ES SANCIONABLE. Criterios que si bien el primero hace referencia al derecho fundamental, lo limitan en el sentido de información en los registros públicos de los partidos político y el segundo hace referencia más bien a una obligación de informar que a un derecho a la información.

xilie a tomar una decisión, sin llegar a precisar a ciencia cierta el resultado que esto provoque.

Así, si el ciudadano y el partido político tienen derecho a obtener la información generada por la encuesta, el artículo 190.4 que prohíbe su difusión es contrario tanto al derecho a la información, como a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta.

En los últimos años, la contradicción entre la prohibición de difundir encuestas los días previos a la jornada electoral y la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia, reconocida en el artículo 7o. de la Constitución federal, ha sido abordada por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así, por ejemplo, en 1999 se analizó el artículo 164 del Código Electoral del Distrito Federal, el cual establece una limitación en el sentido de que las encuestas y los sondeos de opinión que se realicen desde el inicio de las campañas y hasta el cierre oficial de las casillas el día de la elección, así como la difusión de sus resultados, estará sujeta a los acuerdos del Consejo General y durante los ocho días previos a la elección y hasta el cierre de casillas queda prohibido publicar o difundir los resultados de esas encuestas o sondeos de opinión que tengan por objeto dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos.<sup>14</sup>

Para el Pleno de nuestro más alto tribunal esta disposición legislativa no es contraria al contenido del artículo 7o. de la Constitución federal, toda vez que debe considerarse únicamente como un medio para garantizar los principios de objetividad, certeza e independencia que deben regir en el ejercicio de la función electoral y la libertad de sufragio.

Este mismo criterio fue reiterado al analizarse el contenido del artículo 192 de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Coahuila de Zaragoza, el cual en términos genéricos establece la prohibición de publicación o difusión de los resultados de las encuestas practicadas desde tres días antes de la jornada electoral y el día en que ésta se realice. En esta ocasión, sin embargo, en el criterio de la Suprema Corte se adicionó como argumentación el hecho de que no podría

14 Véase la tesis jurisprudencial 60/199, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, que lleva por rubro: DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 164 DE SU CÓDIGO ELECTORAL, QUE REGULA LA DIFUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS O SONDEOS DE OPINIÓN, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA TUTELADA POR EL ARTÍCULO 7o. CONSTITUCIONAL.

cumplirse con la obligación constitucional de garantizar la objetividad, certeza e independencia de las autoridades electorales en el ejercicio de la función electoral y garantizar la emisión libre del voto, si al mismo tiempo no se limitaba la libertad de realizar encuestas y difundir sus resultados así como prever los medios específicos para lograr su observancia.<sup>15</sup>

Los criterios reiterados de la Suprema Corte de Justicia contraponen la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia con los principios electorales de objetividad, certeza e independencia, prevaleciendo estos últimos. Dicho en otros términos, no importa que se prohíba la publicación o difusión de los resultados de las encuestas, pues con ello se respetan los principios electorales.

Se trata, a nuestro parecer, de una excepción a la libertad de difundir y publicar escritos que se efectúa mediante la aplicación de principios reconocidos en la Constitución federal. Sin embargo, no podemos olvidar que los límites a la libertad de imprenta reconocida en el artículo 7o. están establecidos en el mismo precepto constitucional, en el cual se dice que “no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”, y en ellos no se encuentra ningún principio en materia electoral.

En los criterios judiciales expuestos no hay mayor argumentación que la oposición de principios electorales a la libertad de imprenta, sin indicar si los mismos constituían excepciones a dicha libertad. No existe, tampoco, una referencia al alcance jurídico que puedan tener los principios electorales frente a los derechos fundamentales, pues no es lo mismo oponerlos a una ley que utilizarlos para excepcionar un derecho fundamental. Mucho menos se realizó un análisis referente al origen de la información que se está manejando, en el sentido que la prohibición de difusión es respecto de una información que ya está generada, no en vías de serlo.

Estas son algunas reflexiones que nos provoca el análisis del criterio jurisprudencial expuesto el cual, como puede advertirse, no parece que

15 Véase la tesis jurisprudencial 63/2005, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, que lleva por rubro: INSTITUCIONES POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA. EL ARTÍCULO 192 DE LA LEY RELATIVA, QUE PROHÍBE QUE DESDE TRES DÍAS ANTES A LA JORNADA ELECTORAL Y DURANTE ELLA SE PRACTIQUEN ENCUESTAS PÚBLICAS O SE DIFUNDAN SUS RESULTADOS, NO VIOLA EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

sea del todo correcto. Nos queda clara la intención que prevalece en los criterios judiciales, pero también nos hace falta el análisis de los otros elementos jurídicos que están presentes en esta cuestión. En el tema que nos ocupa, los principios electorales, desafortunadamente, no sólo están referidos a la actividad de la autoridad electoral, pues queda claro que los mismos exceden con mucho lo que ella puede realizar con las facultades acotadas con las que cuenta. Más bien, dichos principios no deben atribuírseles a la autoridad electoral de manera genérica, como se hace en los criterios expuestos, sino que deben oponerse a los diferentes actores que realizan las encuestas. Así, no es lo mismo decir que la autoridad electoral prohibió la difusión en aras de los principios electorales, lo cual será difícil de controlar, que oponer dichos principios a los realizadores o contratantes de la encuestas, pues en dicho caso es fácil advertir que existe una trasgresión a los mismos, ya que la información generada queda sujeta a la libre discreción de dichos actores.

No se nos oculta que el análisis tradicional en materia de derechos humanos se realiza normalmente entre una autoridad y un individuo. Sin embargo, el análisis constitucional que debe realizar la Suprema Corte escapa a esta limitación, ya que el cuestionamiento de la legislación surgió no de un juicio de amparo, sino de una acción de inconstitucionalidad presentada por un partido político nacional, el PAN, instrumento procesal que debe ser considerado como un medio de control abstracto en el cual el interés objetivo del ordenamiento jurídico hace posible que se analice la perspectiva de los principios electorales frente a los realizadores de las encuestas.

De esta manera, la conclusión a la que se hubiera llegado probablemente hubiera sido distinta.

Al quedar descartada la opción tomada por nuestra legislación electoral por ser inconstitucional, conviene reflexionar sobre la solución que de *lege ferenda* pudiera adoptarse. Una posibilidad es prever el levantamiento de las encuestas así como su difusión en cualquier tiempo del proceso electoral, junto con la difusión que se realice durante la jornada electoral. Esta posición se conoce como sistema liberal o permisionista.

Ciertamente algunos países han adoptado esta solución, sin embargo, no es la que prevalece en la mayoría de ellos. Quizá encuentra cabida en aquellos países con una democracia sólida, en donde las instituciones funcionan sin ningún cuestionamiento y los particulares no necesitan de

prohibiciones para conducirse correctamente. En el caso nuestro, no es ajeno decir que todavía estamos en una etapa de transición hacia la consolidación de nuestra democracia, por lo que no parece admisible esta opción.

No obstante lo anterior, existen argumentos que hacen inviable adoptar esta posición permisivista.

No cabe la menor duda que las encuestas se realizan por interés particular de los partidos políticos. Esto, que a simple vista parece algo legítimo, en la práctica se ha tergiversado. Los partidos políticos no siempre encargan la realización de una encuesta para motivar su estrategia electoral. A últimas fechas hemos observado que son solicitadas para demostrar que un candidato ha ido creciendo en popularidad o bien para confirmar que se mantiene a la cabeza de las preferencias del electorado. Aun cuando mantenemos nuestra reserva sobre el efecto que pueden causar las encuestas al resultado electoral, lo que es un hecho es que arrojar información en este sentido puede provocar confusión en el electorado, como ha sucedido. Pareciera que en ocasiones las encuestas han cumplido una función de cortina de humo.

Por otra parte, ha sido frecuente observar que los medios de comunicación que publican encuestas, toman partido al exponer el resultado. Ya no se trata de dar a conocer objetivamente una información, sino que al exponerla la hacen suya y la defienden, dando inclusive argumentos adicionales para provocar un entendimiento a modo. Esta es una situación que debe evitarse en todo momento.

De cualquier manera, y aun cuando no hay nada que pruebe los efectos que puede causar la difusión de la encuesta en el resultado electoral, en una sociedad en vías de consolidar su democracia como la nuestra, el efecto que tienen los medios de comunicación pueden ser alarmantes, quizá no para influir, en el mejor de los casos, pero sí para arrojar información que el electorado puede tomar y hacer suya. No se nos oculta que la teoría de la manipulación o exceso de información puede ser falsa. Sin embargo, la prudencia debe imponerse en las empresas mediáticas.<sup>16</sup>

No debe perderse de vista que esta posición reduce al máximo la protección del elector, ya que más bien se le aleja del resultado y de la difusión.

<sup>16</sup> Véase Capo Giol, Jordi, *Las encuestas electorales en la sociedad mediática*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 18-20.

Finalmente, hay que mencionar que el Instituto Federal Electoral en materia de encuestas no verifica que los criterios estadísticos de carácter científico para la realización de encuestas por muestreo se cumplan y mucho menos cuenta con facultades para rectificar la información incorrectamente difundida.<sup>17</sup>

En conclusión, el sistema liberal no parece conveniente en nuestro sistema electoral, no al menos por el momento.

En algunos países, con el ánimo de mantener bajo control este sistema liberal, existe la opción de expedir una ley y crear un Registro de Organismos Encuestadores, al cual accederían las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos establecidos, todos en aras de obtener una mayor seriedad profesional y rigor científico. La inscripción al Registro puede constituir un presupuesto habilitante para realizar encuestas electorales y, también, permitir que la empresa correspondiente utilice el calificativo de organismo de sondeo de opinión o de encuesta,<sup>18</sup> lo que es indicativo de un reconocido prestigio.

La posición que nosotros proponemos consiste en prohibir el levantamiento de la encuesta y también su difusión durante los ocho días previos a la jornada electoral,<sup>19</sup> lo que cohonesta más con nuestra democracia en transición y es respetuosa de los derechos fundamentales del elector. Quizá esta posición pudiera ser de transición, en tanto alcancemos plena solidez en nuestra democracia. Una vez que esto suceda, bien podríamos abrir el levantamiento y la difusión de los resultados de las encuestas electorales hasta el mismo día de la elección dentro de un sistema electoral, pero siempre contando con un Registro de Organismos

17 Véase el “Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se establece que todas aquellas personas físicas y morales que pretendan llevar a cabo encuestas por muestreo, adopten criterios estadísticos de carácter científico para la realización de las mismas”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de diciembre de 2005, en el cual sólo existe la obligación de conservar toda la información relativa al estudio, hasta que la elección se hubiera llevado a efecto y los resultados oficiales se hayan hecho públicos. En el artículo 190.3 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se indica que quien solicite u ordene la publicación de una encuesta electoral deberá entregar copia del estudio completo al secretario ejecutivo del Instituto.

18 Véase a este respecto Gálvez Muñoz, Luis, *op. cit.*, nota 1, pp. 119 y 120.

19 La jornada electoral no entra en este supuesto, ya que no se trata de dar a conocer una encuesta en cuanto intención de voto, sino que es difundir el resultado electoral, lo cual es completamente diferente.

Encuestadores que pudiera contribuir a verificar la capacidad técnica y profesional de las empresas dedicadas a encuestar, integrado inclusive con personas dedicadas al ramo, y otorgando al Instituto Federal Electoral la posibilidad de verificar la metodología de las encuestas y la facultad para determinar las rectificaciones a que halla lugar.

#### IV. PROBLEMÁTICA INHERENTE AL LEVANTAMIENTO DE LA ENCUESTA

Sólo queremos dejar señalado en este apartado que el levantamiento de la información debe respetar la secrecía del derecho de voto, por lo que la actividad que despliegue una empresa encuestadora tendrá que evitar la utilización de instrumentos que permitan la identificación del elector. Una encuesta telefónica indudablemente implicará la identidad del elector, por tanto debe evitarse que se produzca por este medio sino quiere correrse el riesgo que el elector se acoja a la secrecía de su voto para no dar información.

En este mismo sentido, al momento de realizar la encuesta, no al publicar su resultado,<sup>20</sup> debe hacerse saber al elector la persona física o jurídica que patrocina la encuesta, la que lo llevó a efecto y la que ordenará su difusión. Así, el ciudadano podrá ejercer libremente su derecho de encuesta.

Estamos ciertos de que este ejercicio del derecho de encuesta puede complicar el levantamiento de la información, sin embargo, la situación que hasta ahora prevalece no ha tomado en cuenta al elector, mucho menos los derechos que le son inherentes. Si esta posición proteccionista complica el levantamiento de la información será en aras de la salvaguarda de los derechos político electorales del ciudadano.

#### V. CONCLUSIÓN

Es evidente la falta de regulación en materia de encuestas. Sólo se cuenta con un precepto legal y un Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Quizá la creación de esta situación fue deliberada. Sabemos que las empresas encuestadoras y los medios de comunicación contribuyen al fortalecimiento de nuestra sociedad democrática, que actúan activamente

<sup>20</sup> Como se señala en el criterio general número uno del acuerdo General del Consejo del Instituto Federal Electoral en la materia.



para formar en la sociedad la opinión pública. Afortunadamente hemos alcanzado una libertad de expresión y de información que difícilmente podrá dar marcha atrás.

Sin embargo, también hay que reconocer que al buscar fortalecer nuestra democracia estamos propiciando una situación riesgosa para el electorado, por lo que parece aconsejable expedir la regulación que permita fijar los límites necesarios en esta materia, esto es, se hace indispensable una ley que establezca el régimen a seguir en materia de encuestas electorales, en donde tendría un papel trascendente un registro de empresas encuestadoras.

Queremos dejar claro que no compartimos la autorregulación profesional, no sólo porque no contamos con una amplia tradición al respecto, sino porque tampoco somos partícipes de un corporativismo profesional. Desafortunadamente la autorregulación se pertrecha en la protección del gremio. Los códigos deontológicos en las profesiones, sobre todo aquéllas que están en relación con temas álgidos como el electoral, son difíciles de aplicar. Hemos presenciado una campaña electoral en la que brillaron por su ausencia actitudes éticas. No podemos dejar la calidad, seriedad y rigor en la realización y publicación de las encuestas exclusivamente en las empresas encuestadoras y en los medios de comunicación, es necesario que intervengan también otros actores a fin de hacer prevalecer los derechos del electorado en esta materia.

Ofrecer una regulación íntegra a la materia de encuestas no es contrario a una sociedad auténticamente libre. No se trata de afirmar o negar la libertad de expresión. Se trata, como bien lo señaló Giuseppe Contini,<sup>21</sup> de una opción entre una libertad libre y una libertad regulada. No estamos cuestionando la falta de democracia en nuestra sociedad, la que estaría caracterizada por la anarquía y el autoritarismo. Lo que pretendemos es avanzar en su consolidación, a través de su regulación, para poder decir que estamos presenciando un constitucionalismo democrático en el que nuestra Constitución propicia la democracia gubernamental.



21 Véase “Profili giuridici della regolamentazione dei sondaggi elettorali e spunti comparatistici”, en Zeno-Zencovich, Vincenzo (ed.), *I sondaggi di opinione ed elettorali. Profili giuridici e metodologici*, Napoli, Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei y Jovene Editore, 1985, p. 13.