

“La prohibición de publicar encuestas electorales como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica”

Alejandro Fernández Sanabria*

Nota del Consejo Editorial

Recepción: 19 de abril de 2010.

Revisión, corrección y aprobación: 01 de julio de 2010.

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 definidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y violenta el principio de igualdad.

Palabras claves: Encuestas electorales / Encuestas de opinión / Difusión de encuestas / Prohibición / Libertad de expresión/ Derecho a la información.

Abstract: This research aims to demonstrate that the ban on disseminating election polls 72 hours before and during the Election Day properly- in force in Costa Rica does not comply with the exceptional authorizations to limit the Right to Information defined by the American Convention on Human Rights and violates the Principle of Equality.

Key words: Election polls / Opinion polls / Surveys dissemination / Ban / Freedom of Speech / Right to Information.

* Licenciado en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, periodista de economía y política del semanario El Financiero, miembro de la junta directiva del Instituto de Prensa y Libertad de Expresión (Iplex). afernandez@elfinancierocr.com; afersa91@yahoo.com

1. Planteamiento del problema

El Código Electoral vigente, en el párrafo final del artículo 138, prohíbe a los medios de comunicación en Costa Rica, la difusión de encuestas electorales 72 horas antes de los procesos electorarios y su propio día. Además, otros artículos y cuerpos legales regulan las encuestas en el país.

Los motivos esgrimidos para sostener esa veda son de muy distinta naturaleza, y en la presente investigación se enlistan los siguientes:

- a) Un voto libre de influencias: 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.
- b) Conservación del orden público: se ha establecido que la restricción procura mantener el orden público y la seguridad nacional que se pueden ver alterados con la publicación de encuestas poco tiempo antes del cierre de las urnas electorales.
- c) Posibilidad de error: se sostiene 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 políticos afectados 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.

Esta investigación pretende retar y cuestionar estos motivos y línea de razonamiento tradicionales en América Latina, para proponer que el restringir la publicación de encuestas, en Costa Rica, violenta la libertad de expresión e información, de forma ilegítima y contraria al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ 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.

2. La regulación de las encuestas en Costa Rica

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

¹ Artículo 13 - Convención Americana sobre Derechos Humanos

(...)

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. (...)

"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. 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 trata 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 (Tribunal Supremo de Elecciones, resolución 3773-E-2006) ².

Adicionalmente, como parte de las normas que regulan las encuestas electorales, el párrafo primero del artículo 138 establece la autorización previa para el funcionamiento legítimo de una casa encuestadora en un proceso electoral.

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 reglamento³.

El código vigente establece además el deber de quienes realicen encuestas, de conservar su información y tenerla a

² Resolución 3773-E-2006 del Tribunal Supremo de Elecciones al referirse sobre el artículo 85 ter del Código Electoral, ya derogado.

³ "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. (TSE, Reglamento para la inscripción de empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político electoral, 1997)

disposición del Tribunal Supremo de Elecciones en caso de denuncias⁴.

En relación con las sanciones vigentes ante el irrespeto de las normas sobre la materia, el Código Electoral 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) (...)

La restricción aplica, según lo ha interpretado el Tribunal Supremo de Elecciones, también para el caso de una segunda ronda

⁴ 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)

electoral, la cual se produciría si no se alcanza una mayoría de votos del 40% en las elecciones presidenciales, tal y como lo ordena el artículo 138 de la Constitución Política (Tribunal Supremo de Elecciones 135-E-2002.).

Para el caso específico del referendo existe también una norma, la 8492, que veda la difusión de encuestas electorales similar a la del Código vigente, pero incluso más restrictiva, pues llega hasta a restringir el comentario de los resultados de las encuestas.⁵

3. La prohibición de publicar encuestas electorales como una restricción ilegítima de la libertad de expresión e información

A continuación se sintetizan los motivos por los que se considera que la restricción a la difusión de encuestas electorales en Costa Rica resulta contraria a derecho, respondiendo específicamente contra tres argumentos esgrimidos por los promotores de la veda: que esta permite un voto libre de influencias, la conservación del orden público y que elimina la posibilidad de que el ciudadano se malinforme por encuestas imprecisas o erradas.

⁵ 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.

Prohíbanse 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)

3.1 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, y 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 (ya derogada) y la veda a la publicidad electoral también días previos.

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 sobre 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.

a) ***Se parte ciegamente de que existe, es deseable y hasta posible un voto libre de influencias en un proceso electoral***

Sobre la primera premisa cabe establecer que, 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 y durante ese lapso el flujo de información es 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.

Es claramente contradictorio que si, dentro de este razonamiento, lo que se quiere evitar son influencias externas al votante tres 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 dentro de todo el mar informativo que puede encauzar hacia algún lado la voluntad del votante, que es precisamente lo que pretenden evitar los promotores de la veda.

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.

Ante 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.

A eso hay que agregar, como lo advierten varios autores citados anteriormente, como el Tribunal Constitucional Peruano la prohibición se esquiva fácilmente aprovechando los adelantos tecnológicos, como el Internet y la televisión satelital. (Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N° 02-2001-AI/TC)

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.

Para fortalecer la tesis de la imposibilidad de evitar un “efecto” en el voto, en conversaciones personales, Campos (2008) asegura que:

“...las encuestas generan un efecto si son de conocimiento del público, pero también lo generan cuando el ciudadano queda sumido en la ignorancia con motivo de la veda bajo estudio. Según él, entre las dos formas de afectar al ciudadano, se inclina por el conocimiento, no por la ignorancia”.

b) ***Se entiende por “voto libre” y ejercido de modo reflexivo aquel ajeno y “protegido” de cierta información electoral***

No sólo es ficticio hablar de un voto puro o libre de influencias, sino que el razonamiento trae consigo la percepción de que 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 sobre 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 de Derechos Humanos, de forma sistemática, en toda su jurisprudencia⁶.

Con base en el 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 en la Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985.

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.

c) ***Se asume que las encuestas generan conductas irracionales y hasta nocivas en los votantes***

Existe una marcada inclinación de apoyar hipótesis que indican que el votante al conocer los resultados de una encuesta electoral, altera su decisión de voto al incitar a una decisión no cognitiva, ni

⁶ Un ejemplo entre muchos posibles se encuentra 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.)

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 ayudarlo a mejorar su posición (*bandwagon effect*⁷). 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, 1992)

Por el contrario, más bien, podría pensarse que, tal y como lo intenta probar Irwin (2006) en el caso del público holandés en las

⁷ Emery (1994) define este concepto "*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*".

elecciones parlamentarias de 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.

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 herramientas 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) entre el proceso que sigue un ciudadano para tomar una decisión de voto y realizar una inversión pública, se logra tomar conciencia de que entre más información reciba el elector puede tomar una mejor, sólida y más fundada decisión (compra), 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.

Popkin desarrolla su tesis con la analogía de un inversionista partiendo de que hay racionalidad en él, y por lo tanto, también en el

votante. Según él, un inversionista toma su decisión de invertir en bienes colectivos con costosa e imperfecta información bajo condiciones de incertidumbre y además utiliza la opinión de los demás para suplir alguna falta de información.⁸

Podría pensarse que las encuestas, al condensar el pensamiento de los demás, son uno de los atajos que sirven al ciudadano-inversionista para saber cómo los otros están interpretando los hechos, cómo 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

⁸ “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”. (Popkin, 1994, P. 44)

realidad social que transmiten, parcialmente, los medios de comunicación. El libre flujo de información no se contrapone ni agrade 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. Esto 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 a las encuestas electorales.

Tal y como lo comenta Soler (2001)⁹, 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.

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

⁹ "(...) 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." (Soler, 2001)

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. (Irwin, 2006)¹⁰

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 reconoce plenamente el derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

En conclusión, 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 anula tal pretensión, pero además, tal finalidad es innecesaria y más bien nociva.

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.

¹⁰ “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.” (Irwin, 2006)

No se halla ninguna justificación de peso que legitime el objetivo de proteger a terceros de las publicaciones de 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.

Tampoco 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 al sufragio de forma libre y con pleno conocimiento de las circunstancias que rodean la elección.

Por lo tanto, 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.

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.

3.2 Sobre el presunto 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 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 el 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, y adelanta un examen de razonabilidad de la restricción, sin embargo, consideramos que aplicando el sentido común, la veda sí impediría en cierta medida o minimizaría las posibilidades, de que se difundan

encuestas electorales manipuladas o con datos falsos, lo que evitaría que se emitan votos con base en datos falsos derivados de los sondeos.

Acá 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 5-85.¹¹

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

¹¹ "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). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 5-85)

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 determinar 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.

Partiendo de ese 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 derecho fundamental a la libre difusión de ideas que la veda total.

Así sucede cuando el Código Electoral vigente, en el artículo 138, exige un registro previo de cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral, y el Reglamento para la inscripción de las empresas dedicadas a elaborar encuestas y sondeos de opinión de carácter políticos electoral, lo cual permite verificar su idoneidad y experiencias e incluso las metodologías a utilizar en los sondeos electorales.

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 si 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, contrario a la veda, 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.

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".

Por lo tanto, el párrafo final del artículo 138 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. (Corte Suprema Canadiense, 1998 Thomson Newspaper Co v. Canada (Attorney General), 1 S.C.R. 877).

Esa Corte, mientras 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 enfatiza 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.

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 encuentren 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.

c) 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 de las encuestas electorales. Ante esto, la Corte alega falta de evidencia que la lleve a considerar necesaria la medida restrictiva.

Cabe considerar, además, una falencia que detectó la Corte Suprema Canadiense en su 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 para 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.

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.

Por todo lo anterior, se determina que el objetivo de impedirle al votante la recepción de resultados de encuestas electorales mediante la veda en cuestión es legítimo, sin embargo, esto no basta para considerar la legalidad de una medida restrictiva, y la medida no supera un examen de proporcionalidad.

3.3 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 del orden público. El alegato recurre entonces a la autorización del artículo 13 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

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 (Fernández, G. 2009 y Solórzano, J. 1998), 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 el requisito básico para que el objetivo de la veda sea legítimo. (Sala Constitucional, voto 1750-97)

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 la 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, también 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 órgano también podrían generar tensión, zozobra y malentendidos, más en elecciones presidenciales reñidas como las de 2002, en las que los datos brindados no eran suficientemente claros como para decretar un ganador. Lo mismo sucedió con el referendo de 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.

Sobre la 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 preguntarse ahora, ¿la medida es razonable y proporcionada?

Para responder, primero es necesario comprender que más allá de que la norma simplemente haya sido creada por el legislador, se requiere 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. (Sala Constitucional, sentencia número 3933-98)¹².

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

¹² “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)

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.

Cabe retomar y apoyar el criterio del Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia que decretó 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.

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”.

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, en este caso, se comete una interpretación ilegítima y, contraria a la libertad y, por tanto, a la

Convención Americana de Derechos Humanos, pues el término orden público se utiliza para limitar la libre difusión de información, las encuestas electorales, sin justificación de peso suficiente, como se ha 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 el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho 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. 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".

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.

4. Violación al Principio de Igualdad

Es un hecho no controvertible 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.

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 el 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, y cada parte se necesita para que se pueda elegir a un gobernante y se consolide la

democracia representativa. 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 Constitucional¹³? 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 electorales 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 relevante que les dé 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

¹³ Por ejemplo, ver Sala Constitucional, voto 843-95 y 1770-94.

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.

El Estado argentino, en el voto mayoritario que toleró la restricción en esa nación (Corte Suprema de Argentina, 2005, Asociación de Teledifusoras Argentinas y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), rebate este argumento aduciendo 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 y 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 cualesquiera 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 el criterio apoyado por esta investigación, agregando que la veda 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". (resolución 488-93)

La veda 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, 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 (...)"*.

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 eso se obtiene 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.

La veda además convierte a las encuestas en un privilegio para quienes tienen más accesos a las tecnologías de la información. Así lo señala 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 año 2001, según la Resolución del 4 de abril de 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 de 2005 (pág. 51), 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”.

La prohibición también establece diferencias ilegales entre medios de comunicación y todas las demás entidades que realicen encuestas. 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 y contradictorio.

5. Conclusión

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.

6. Literatura consultada

- Badeni, G. "Censura periodística y encuestas electorales". En: *Revista La Ley* (D, 800), 2005
- Campos Roy (rcampos@consulta.com.mx). RE: *Consulta desde Costa Rica. Correo electrónico enviado a Alejandro Fernández Sanabria (afersa91@yahoo.com)*. 8 de octubre del 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. *Resolucion 488-93*.
- 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.. *Thomson Newspaper Co v. Canada (Attorney General)*, 1 S.C.R. 877. 1998
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985.
- Costa Rica. *Código Electoral (vigente)*. San José, Costa Rica: Archivo de la Asamblea Legislativa, 2009.
- Emery, C. *Public Opinion Polling in Canada*. Tomado de: (<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp371-e.htm>). 1994, recuperado el 18 de setiembre del 2008.
- Fernández G., periodista, director asociado del periódico Panamá América, Ciudad Panamá (Comunicación personal) (2009, 27 de marzo del 2009).
- Irwin, G. *Bandwagon without a band*. Tomado de: (https://openaccess.leidenuniv.nl/dspace/bitstream/1887/4483/1/afscheidsr_e_de_irwin.pdf) 2006, recuperado el 28 de agosto del 2008.
- Mann, T., Orren, G. (Comp.). *Media Polls in American Politics*. Washington, D.C., EE.UU: The Brooking Institution, 1992.
- Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Firmada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Tomado deL (<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>). Recuperado el 19 de enero del 2008.
- Popkin, S. *The Reasoning Voter*. 2da edition. Chicago, EE.UU. The University of Chicago Press, 1994.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Informe anual de la*

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005, volumen 2, 224 p., 2006

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Voto número voto 1770-94*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Voto número 843-95.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Voto número 3933-98.*

Sobrado L.A.. Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones (Comunicación personal) (2008, 16 de setiembre).

Soler, M. *Campañas electorales y democracia en España*. España: Universitat Jaume. 243 p., 2001.

Solórzano, J.. "*Fiscalía allanó encuestadoras*". Tomado de: (http://www.nacion.com/ln_ee/1998/febrero/11/pais9.html)

La Nación (en línea). 11 de febrero de 1998. San José, Costa Rica. Recuperado el 1 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional Peruano. *EXP. N° 02-2001-AI/TC*

The Foundation for Information. *The Freedom to Publish Opinion Poll Results: Report on a Worldwide Update*. Tomado de: (www.unl.edu/wapor/Opinion%20polls%202003%20final%20version.pdf) Holanda: Motivaction Group, 2003. Recuperado el 15 de setiembre del 2008.

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.*

Tribunal Supremo de Elecciones. *Resolución 135-E-2002.*

Tribunal Supremo de Elecciones. *Resolución 3773-E-2006*, sobre el artículo 85 ter del Código Electoral, ya derogado.