

I. Consideraciones generales sobre la (in)justificación de la regulación estatal de encuestas y sondeos de opinión electorales	1
Lorenzo CÓRDOVA	
Pedro SALAZAR	
1. Premisa	1
2. Licitud y justificación de las regulaciones estatales	3
3. Justificación de la regulación de las encuestas y sondeos de opinión	4
4. Libertad individual y soberanía estatal (una primera aproximación)	5
5. Una distinción necesaria	7
6. ¿Hasta dónde regular?	10
7. Encuestas de “consumo interno”	13
8. Sanciones	14
9. Recapitulación sobre las distinciones	16
10. El problema de la libertad en las democracias constitucionales	18

I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA (IN)JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN ESTATAL DE ENCUESTAS Y SONDEOS DE OPINIÓN ELECTORALES

Lorenzo CÓRDOVA
Pedro SALAZAR

1. *Premisa*

En principio, toda reglamentación debe contar con una justificación que le dé sustento. Esto, en cierta medida, vale para cualquier tipo de régimen, pero sobre todo para los Estados constitucionales y democráticos en los que las normas que rigen la vida colectiva deben ser compatibles con un conjunto de derechos y libertades básicas. En particular, las reglas que imponen restricciones a dichos derechos y libertades deben ser explícitas y encontrarse respaldadas por argumentos sólidos y convincentes. De lo contrario, serán normas válidas y vigentes pero adolecerán de fundamento o legitimación, lo cual no les resta (al menos no en un principio) fuerza jurídica, pero sí justificación política, técnica, científica, etcétera, según sea el caso.

Ésta es una primera distinción que conviene tener presente: no es lo mismo una norma vigente que una norma que esté justificada. No, al menos, desde un punto de vista externo al derecho (por ejemplo, desde un punto de vista moral, o desde el punto de vista de una teoría política determinada o de una necesidad científica o técnica específica). Una norma vigente es toda norma jurídica que ha sido aprobada siguiendo el procedimiento

establecido para ello y que, sólo por ese hecho, surte efectos jurídicos. En principio, una norma vigente es una norma “válida” y, por lo mismo, es aplicada. Éste es un presupuesto central de todo ordenamiento jurídico, que debe observarse en todo momento para que las normas del mismo sean eficaces.

Pero la validez de una norma “x”, su vigencia efectiva, no debe confundirse con su justificación (que depende de un juicio que puede ser moral, técnico, científico y/o político). Pongamos un ejemplo extremo (y, por lo mismo, útil): puede ser válida y vigente una norma que establece que al ladrón de manzanas se le cortarán las manos, pero, desde el punto de vista de los valores liberales y democráticos, carecerá completamente de justificación. Lo mismo vale, aunque desde una perspectiva científica, para una norma jurídica que pretende regular los desarrollos de la investigación genética en el siglo XXI con criterios técnicos de fines del siglo XIX o de principios del siglo XX. Podemos aceptar la validez de la norma y, en consecuencia, resignarnos a su observancia, pero sabemos que adolece de justificación moral y política, en un caso, o científica, en el otro. La cuestión de la justificación (o no) de las normas dependerá del parámetro moral, científico, técnico y/o político que utilicemos para “valorarla” (en el sentido de emitir un juicio sobre ella).

A lo largo de este trabajo recurriremos al parámetro político de los principios que dan sustento a la democracia constitucional para “valorar” la justificación de la regulación estatal de un tipo específico de encuestas y sondeos de opinión. Es decir, no nos limitaremos al análisis del problema desde un punto de vista del derecho positivo, sino que será abordado desde la perspectiva teórica y conceptual derivada de la tradición del liberalismo político que sustenta al Estado constitucional democrático de derecho, hoy prevaleciente. A través de un ejercicio de distinciones conceptuales intentaremos dilucidar si existe una justificación suficiente para que dichos ejercicios de opinión sean objeto de una regulación estatal y, en su caso, indagaremos las características generales que deberá observar dicha regulación. A lo largo de la primera parte de este trabajo evitaremos las consideraciones de tipo técnico, parámetro tam-

bién de gran relevancia para valorar la justificación de una regulación en la materia, porque rebasan nuestras competencias.

2. *Licitud y justificación de las regulaciones estatales*

Siguiendo las consideraciones hasta ahora expuestas, cuando abordamos el tema de la regulación estatal de las encuestas y sondeos de opinión, no basta con preguntarnos: ¿es lícito que el Estado mexicano (legislador y autoridades electorales administrativas), o un Estado cualquiera, regule la realización de encuestas de opinión y/o la publicación de sus resultados? La respuesta a esta pregunta puede ser inmediata y contundente: si la regulación existe (es vigente y válida), entonces es lícita. Desde esta perspectiva, planteada así la pregunta, la licitud de la regulación en esta materia (o en cualquier materia) depende de la simple existencia de la regulación misma. La respuesta, como puede observarse, es circular: la regulación es lícita en la medida en la que existe. Y aunque parezca tramposo, no es un argumento equivocado. Lícito, en estricto sentido, es lo regulado y lo que se ajusta a la regulación (por ejemplo, la norma que establece la pena de mutilación y el acto que la ejecuta, o la norma que regula de manera inadecuada y anacrónica a la investigación científica en el campo de la genética); ilícito, simple y llanamente, es todo lo que se aparta de las normas o que las contraviene.

Por ello, si nuestra interrogante solamente indaga la licitud de una normatividad que regula la realización de encuestas de opinión y/o la publicación de sus resultados, está mal planteada. O, por lo menos, dará lugar a una respuesta inocua: si la regulación existe es porque es lícita o, mejor aún, la regulación es lícita porque existe.

Nuestra interrogante, entonces, debe cuestionar el sustento (moral, técnico, científico y/o político) de la regulación en cuestión; es decir, debe indagar las razones que pretenden justificar su vigencia y validez. Desde esta perspectiva, el cuestionamiento debe poner en duda la (in)justificación, ya no la (i)licitud, de la regulación en mérito. Nuestra pregunta asume y reconoce de

entrada la licitud de una determinada regulación existente, pero cuestiona su pertinencia.

Tenemos una interrogante más específica: ¿se justifica que el Estado mexicano (legislador y autoridades electorales administrativas) regule la realización de encuestas de opinión? Y suponiendo que la respuesta sea afirmativa, ¿cuáles ejercicios deben ser regulados y cómo deben regularse? Una cosa es indagar la justificación de la facultad estatal para regular una materia determinada y otra cuestionar la justificación de una regulación concreta y específica que fue emitida en ejercicio de dicha facultad. Pero vayamos por partes.

3. Justificación de la regulación de las encuestas y sondeos de opinión

Hemos planteado la interrogante en términos generales, pero nuestro objetivo no es cuestionar la (in)justificación de las regulaciones relativas a “cualquier tipo de encuestas de opinión”, sino las que se refieren a cuestiones políticas. La distinción es obligada: no son lo mismo las encuestas (o sondeos de opinión) para fines mercantiles o comerciales que las encuestas políticas en general (por ejemplo, las que ponderan la evaluación social de la gestión pública o las percepciones de la ciudadanía sobre temas políticos concretos: inseguridad, servicios públicos, corrupción, etcétera). A nosotros nos interesan sólo estas últimas.

Así las cosas, nuestra interrogante adquiere un enfoque aún más preciso: ¿se justifica que el Estado mexicano (legislador y autoridades electorales administrativas) regule la realización de encuestas de opinión en materia política? Y, en su caso, ¿cómo debe hacerlo para que la regulación emitida *también* esté justificada?

Pero todavía debemos afinar más nuestro objetivo. Dentro del amplio ámbito de los asuntos públicos pueden realizarse encuestas de diverso tipo y sobre diferentes objetos. Indagar la (in)justificación de las normas que eventualmente podrían regular un espectro tan amplio y genérico de ejercicios de opinión no tendría mayor sentido porque, en principio, como sucede con la ma-

por parte de las actividades de relevancia pública que realizan los ciudadanos en los Estados democráticos, se podría aventurar la justificación genérica de que exista alguna regulación al respecto siempre que se garanticen, ante todo, las libertades políticas fundamentales; pero no podríamos emitir juicio alguno sobre el ámbito específico de regulación ni sobre los términos en los que se encuentra justificada una regulación concreta que, al fin y al cabo, es lo que nos interesa.

Lo que procede, entonces, es distinguir entre los diferentes objetos, temas, fines, etcétera, a los que se dirigen las encuestas de opinión en materia política con la finalidad de diferenciar las regulaciones que podrían corresponderles y de poder indagar su (in)justificación. Non son lo mismo, por ejemplo, las encuestas que miden el impacto de una política pública determinada que las que tienen por objeto medir el impacto de una declaración de una decisión de un actor político relevante o las que buscan determinar las opiniones de la ciudadanía respecto a las instituciones (Poder Judicial, partidos políticos, policías, etcétera) o ideas políticas (legalidad, democracia, justicia, etcétera) determinadas. La justificación, o no, de regular cada uno de estos ejercicios y de la eventual regulación concreta dependerá de sus particularidades.

Por esta ruta logramos identificar la naturaleza específica de la categoría de encuestas (y sondeos de opinión) de naturaleza política que nos interesan: las encuestas políticas específicamente relacionadas con cuestiones electorales. Ahora, nuestra interrogante es aún más específica: ¿está justificado que el Estado mexicano (legislador y autoridades electorales administrativas) regule la realización de encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales? En su caso, ¿cuándo?, ¿cómo?

4. *Libertad individual y soberanía estatal* (una primera aproximación)

La respuesta a la interrogante más general dependerá en parte de la concepción que adoptemos en torno a la relación que debe existir entre las libertades individuales y las potestades es-

tatales. Si cuestionamos de manera radical la legitimidad del Estado para restringir el ejercicio de las libertades públicas y privadas de los individuos, entonces extenderemos nuestro cuestionamiento hacia la regulación de ésta y otras materias. Desde esta perspectiva, no existirán argumentos políticos (prudenciales, teleológicos, prácticos o coyunturales) que justifiquen la intervención del Estado como ente regulador en la realización de encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales. Bajo la premisa de que el Estado no debe intervenir en la esfera de libertad de los individuos se argumentará que solamente éstos, bajo una lógica de inspiración económica, deben (auto)regular la realización de encuestas electorales y la difusión de sus resultados.

El problema de una postura liberal “radical”, como la antes descrita, es que desconoce el carácter de “bien colectivo” o de “bien público” que tienen las instituciones políticas (nos referimos obviamente a las de tipo democrático) y concibe el ejercicio de cualquier libertad como un bien en sí mismo que tiene efectos positivos autorreferenciales. Es decir, descuida la dimensión social que otorga sentido a las instituciones políticas y que explica la existencia del Estado como la instancia responsable de garantizar que, en el ejercicio de sus libertades básicas, los individuos respeten los derechos de los demás y contribuyan a la creación, expansión y consolidación de bienes públicos (como las propias instituciones democrático-constitucionales). Y, por ello, en el extremo, una posición como ésta, que rechaza en principio y de manera tajante la legitimidad del Estado para regular el ejercicio de libertades que tiene efectos de relevancia pública, podría poner en riesgo a las instituciones constitucionales y democráticas porque delega la garantía de las mismas a cada individuo en su fuero interno. Y todos sabemos que la irresponsabilidad no es un mal de otro mundo.

Si se reconoce que las instituciones democráticas son un “bien colectivo” o un “bien público” que merece protección, entonces, en principio, procede reconocer que el Estado puede, legítimamente, regular actividades como la realización de encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales. Esto es así porque di-

chos ejercicios y sus resultados tienen (al menos potencialmente) un impacto, que puede ser positivo o negativo, reforzador o debilitador, en dichas instituciones. Dicho impacto, se subraya, no tiene sólo una perspectiva institucional en sentido estricto, sino en un sentido amplio que abarca el conjunto de los procesos político-electorales que la misma Constitución mexicana define como una materia de *interés público*. Este solo hecho, que no debe magnificarse pero tampoco desconocerse, justifica la intervención de Estado como ente regulador de esta clase de ejercicios. Después de todo, es al Estado, y no a los particulares en su fuero interno, al que le corresponde velar por el buen funcionamiento y la estabilidad de las instituciones democráticas.

5. *Una distinción necesaria*

Pero nuestra respuesta afirmativa a la interrogante —¿está justificado que el Estado mexicano (legislador y autoridades electorales administrativas) regule la realización de encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales?— todavía deja muchas cuestiones abiertas.

En primer lugar, como hemos venido advirtiendo, el hecho de que exista una justificación política general, fundada en la importancia de las instituciones democráticas, para que el Estado regule la realización de encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales, no implica que toda regulación en la materia sea necesariamente adecuada. Y tampoco supone que todas las encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales deban regularse de la misma manera. La justificación general de la existencia de la regulación no alcanza para justificar cualquier regulación en la materia, sea ésta la que sea.

De no aceptar la distinción anterior, podría llegarse al propósito de afirmar que el Estado podría ejercer su legítima facultad de regular las encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales de manera arbitraria, desproporcionada, desinformada, etcétera, y, en ese caso, la regulación correspondiente sería deficiente y carente de justificación. Ciertamente, debemos reconocer la licitud, e incluso la legitimidad, de la regula-

ción, y por lo mismo deberemos acatarla, pero desde un punto de vista político y/o moral y/o técnico podremos cuestionar y criticar su contenido. En una sociedad democrática, la crítica a las normas válidas, legítimas y vigentes tiene por objeto impulsar su modificación por la vía institucional, y en ningún momento, por sí sola, supone su incumplimiento. Cuestionar la justificación de las normas jurídicas es una manera de contribuir al debate democrático y, eventualmente, de aportar elementos para mejorar la calidad (y con ello fortalecer la justificación) de las regulaciones estatales existentes.

Si continuamos con nuestra distinción por objeto de la regulación, tenemos que dentro del rubro “encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales” caben ejercicios de índole diversa que nos pueden conducir a conclusiones diferentes sobre la justificación de una regulación determinada. Por ejemplo, no son lo mismo una encuesta político-electoral destinada a calcular la abstención o la participación política durante la jornada de los comicios; una encuesta que busca medir el número aproximado de militantes o simpatizantes de un partido político en una comunidad específica; una encuesta que tiene la finalidad de medir las preferencias electorales de un determinado grupo de electores potenciales; una encuesta pos-electoral que indaga por cuál partido votaron los electores, y así sucesivamente. La relación directa que existe entre unas y otras con la competencia electoral, su potencial impacto en la misma, los efectos políticos posibles de la difusión de sus resultados, etcétera, otorgan a cada uno de estos ejercicios una calidad distinta que conduce a regulaciones diferenciadas. Para valorar la calidad de la regulación de cada uno de estos ejercicios deben tomarse en cuenta sus características y efectos potenciales específicos.

Dentro de las “encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales”, las que presentan mayores problemas por lo que hace a su regulación son las que tienen la finalidad de medir las preferencias electorales de un determinado grupo de electores potenciales. La regulación de estos ejercicios es la que normalmente interesa al Estado y la que causa mayores polémicas. Esto se explica, al menos en parte, porque, más allá de la

discusión sobre la capacidad de estos ejercicios para ofrecer una “fotografía” real de las preferencias electorales de un grupo social determinado o sobre el carácter efímero o duradero de sus resultados, se trata de ejercicios que pueden ser utilizados con diversas finalidades políticas que eventualmente impactan en la vida democrática.

La dificultad para ponderar el impacto (o mejor aún, la influencia) que puede llegar a tener la publicación de los resultados de las encuestas en la orientación de la preferencia de los electores, reduce los argumentos objetivos para medir los *pro* y *contra* que se esgrimen para emitir regulaciones al respecto. Pero más allá de este aspecto polémico e indeterminado, sabemos que las encuestas que miden las preferencias electorales han sido utilizadas, por citar un par de ejemplos, para definir quién debe ser el candidato de un determinado partido político o cuáles son los términos en los que se negocia una coalición entre dos o más fuerzas políticas de cara a una elección. También sabemos que en algunas coyunturas políticas difíciles, las encuestas pueden ser un factor que abona en la construcción de la certeza (en México, por ejemplo, en la elección presidencial de 1994) o que incrementan la incertidumbre y aumentan la polarización política (como ocurrió, por ejemplo, en la elección de Guerrero en 2005 y en la elección presidencial de 2006).

Estos usos y efectos políticos relevantes para el sistema democrático aumentan la justificación de que exista una regulación estatal para esta clase de ejercicios y que dicha regulación, que inevitablemente implica algunas limitaciones al ejercicio de ciertas libertades individuales, se encuentre orientada a proteger a las instituciones y los procesos democráticos, recuperando y garantizando los usos y efectos positivos de estos ejercicios de opinión y neutralizando sus potenciales efectos nocivos. Desde esta perspectiva, la regulación en la materia no debe inspirarse en una lógica de un poder estatal que obstaculiza y criminaliza el libre ejercicio de la libertad de expresión que se encuentra en el núcleo medular de esta clase de encuestas, sino en un compromiso con los principios e instituciones y procesos democráticos que justifica la regulación de esa misma libertad para ga-

rantizar el ejercicio de ésta y de las demás libertades y derechos políticos en el futuro.

6. *¿Hasta dónde regular?*

En un Estado democrático, entonces, el dilema real no es (no deber ser) si la regulación en materia de encuestas de opinión que miden preferencias electorales debe existir (si es, en este sentido, legítima), sino que radica en determinar qué es lo que el Estado debe regular y de qué manera debe hacerlo.

En este sentido, es necesario, de nueva cuenta, hacer algunas distinciones. Por ejemplo, es oportuno distinguir las encuestas de opinión sobre preferencias electorales según los tiempos en los que son realizadas: durante campañas electorales o fuera de los plazos establecidos para las mismas, en los días previos a la elección o el día de la jornada electoral, o bien al día siguiente de la elección, etcétera.

Además, es necesario distinguir entre los diferentes tipos de encuestas que pueden realizarse en cada uno de estos momentos. Por ejemplo, dentro de los ejercicios de opinión que tienen lugar durante la jornada electoral es menester diferenciar entre las encuestas y sondeos de opinión que ‘midan’ la intención del voto (tendencia de voto) y las que ‘midan’ el sentido del voto emitido (*exit polls* o conteos rápidos), o incluso aquellas que podrían estar dirigidas a medir las razones de la abstención o de la participación durante la jornada, etcétera.

En cada caso, la regulación deberá considerar los diferentes tipos de encuesta (determinados por el momento de su realización o por su naturaleza específica), su finalidad y sus efectos (positivos y negativos) potenciales. Valga el ejemplo extremo: no parecen exigir la misma regulación aquellas “encuestas de opinión relativas a cuestiones electorales” que tienen la finalidad de medir las preferencias electorales de un determinado grupo de electores potenciales dos años antes de una elección que las que se realizan una semana antes de la misma. Tampoco deben sujetarse (al menos no en todo) a las mismas reglas las encuestas destinadas a preguntar preferencias electorales

antes que *después* de emitido el sufragio o las que solamente se interesan por las razones que explican la participación o la abstención antes y durante la jornada comicial.

Pero, además, si lo que buscamos es determinar la justificación de una eventual regulación en materia de encuestas de opinión político-electorales, es indispensable diferenciar las partes en las que se desarrollan dichos estudios de opinión: no es lo mismo la etapa de *diseño* de una encuesta que el momento (y lugar) de su *levantamiento* y, mucho menos, la etapa de *publicación* de sus resultados. Cada una de estas etapas, por sus implicaciones, nos obliga a dilucidar sobre el problema de la regulación de manera distinta. Por ejemplo, parece innecesario regular los tiempos en los que se realiza el diseño técnico de una encuesta, pero es fundamental la dimensión político-temporal en la que se lleva a cabo la publicación de sus resultados.

Pero, además, también cambiará nuestro juicio sobre la justificación de la regulación en la materia si “cruzamos”, por un lado, los calendarios político-electorales (etapas de la elección) y, por el otro, las etapas propias de toda encuesta. Que se *levante* una encuesta (agreguemos un elemento adicional: dudosamente diseñada) durante la campaña electoral puede ser política y jurídicamente irrelevante, pero no lo será que se *publiquen* los resultados el día anterior a la jornada electoral. Por los efectos potenciales de este supuesto, en principio, parece necesario contar con una regulación que permita el levantamiento, pero que garantice la calidad técnica del diseño y que impida la publicación cuando los electores están a punto de ir a las urnas.

Como puede notarse, por lo general, es la etapa de *publicación* de los resultados de las encuestas la que más problemas presenta desde el punto de vista de la regulación. ¿Hasta cuándo puede difundirse el resultado de una encuesta de este tipo?, es una pregunta central en el debate sobre el tema. Por ejemplo, la publicación de los resultados de una encuesta sobre preferencias electorales (sin importar cuándo fue levantada) es políticamente irrelevante en la etapa de calificación (jurisdiccional) electoral. Pero no lo es durante la jornada electoral, y puede que tampoco lo sea los días inmediatamente anteriores a la misma (en

el llamado periodo de “reflexión”). Lo mismo vale para los resultados de una “encuesta de salida” antes del cierre de todas las casillas electorales del territorio en el que ha tenido lugar la elección. Independientemente de la cuestión controvertida, que ya hemos advertido, y del potencial efecto influyente que podría llegar a tener la difusión de los resultados de estos ejercicios, la relevancia política está determinada por la sola (y previsible) reacción de los actores políticos involucrados en la contienda. En este sentido, existen factores coyunturales, como el grado de consolidación del sistema democrático en cuestión, que pueden inclinar la balanza hacia el establecimiento de restricciones justificadas a la difusión de los resultados.

Por su parte, el elemento de garantía de la calidad técnica de las encuestas de opinión en materia electoral es de mucha relevancia, aunque también es objeto de controversias. Las encuestas pretenden (y presumen) un alto grado de precisión científica y, por lo mismo, sus realizadores deben garantizar rigor técnico durante su diseño y levantamiento. Sus pretensiones científicas permiten presentarse ante la opinión pública como “retratistas” imparciales del “estado de las preferencias electorales” en un momento histórico determinado, que no aspiran a inducir subjetivamente el comportamiento y las decisiones de los ciudadanos y de los actores políticos. En este sentido, pretenden jugar un papel *descriptivo* de la situación política existente y no *prescriptivo* de una situación política deseada. Los “encuestadores”, a diferencia de los líderes de opinión, al difundir e interpretar los resultados de sus encuestas, presuntamente, ofrecen una visión imparcial de la situación político-electoral, que se encuentra respaldada por los argumentos técnicos y científicos utilizados durante el diseño y levantamiento del ejercicio estadístico. Esta presunción de objetividad, que es intrínseca y fundamental en esta actividad, justifica la intervención estatal como garante regulador de los parámetros mínimos indispensables de carácter técnico que deben observar los individuos y empresas que realizan las encuestas y sondeos a los que nos estamos refiriendo; en suma, del *rigor científico* del cual, precisamente, presumen. También en esta materia, dada la con-

dición de “bien público” fundamental que tienen las instituciones democráticas (de nuevo, entendidas en un sentido genérico), contra las voces que abogan por una autorregulación del gremio siguiendo las reglas del libre mercado, la intervención del Estado se encuentra, *en todo momento*, justificada. Situación que deja abierta la cuestión del contenido de dicha regulación técnica.

7. Encuestas de “consumo interno”

Tenemos que, en principio, y sin mayores referencias técnicas y temporales sobre las características de la regulación, en un régimen democrático constitucional se encuentra justificado que el Estado regule algunas etapas de la realización de las encuestas y sondeos de opinión sobre preferencias electorales y, al hacerlo, deberá tomar en cuenta, entre otras cuestiones, el tipo de encuesta de que se trata, las etapas del proceso electoral en mérito e, incluso, el grado de consolidación de las instituciones democráticas en general.

Pero cabe la posibilidad de que una encuesta determinada haya sido elaborada, a petición de un actor privado o político específico, sin la finalidad de difundir los resultados de la misma. Este supuesto, en el que los resultados de una encuesta son para el “consumo interno” de unos cuantos y no serán publicados, plantea un problema distinto. En principio, siempre que el supuesto se respete, parecería que no existen argumentos que justifiquen la intervención del Estado.

Después de todo, se puede argumentar, suponiendo que el ente encuestador descuide o manipule deliberadamente el diseño técnico del ejercicio, el único defraudado será el actor que lo contrató. Y, por ello, la regulación aplicable en esta situación, en caso de existir, será la que regula los términos de la prestación de servicios profesionales entre particulares (derecho civil) y no las disposiciones que protegen el carácter público de las instituciones democráticas (derecho “político”).

Sin embargo, lo cierto es que el carácter privado de los resultados de una encuesta con estas características sólo deja sin

sentido a la regulación que delimita los tiempos para la realización y publicación de los mismos, pero no anula la pertinencia de las disposiciones que exigen un mínimo de *rigor científico* en los criterios técnicos que sirven de sustento al ejercicio estadístico. Esto es así porque la defraudación de tipo privado a cargo del ente encuestador, en ciertas coyunturas, puede tener un efecto público-político nocivo para las instituciones democráticas. ¿Qué sucedería si los resultados de la encuesta técnicamente deficiente le dan la victoria al partido político que la contrató en una elección sumamente cerrada en la que, según los resultados oficiales, dicho partido perdió por un margen de votación escaso?, como pudo haber ocurrido en el caso de la pasada elección presidencial mexicana de 2006.

Desde esta perspectiva, parece pertinente afirmar que las reglas que exigen un mínimo de rigor técnico en la realización de encuestas y sondeos de opinión que miden preferencias electorales deben aplicarse en *todos los casos*; mientras que las reglas que restringen la realización de este tipo de ejercicios en determinados momentos del proceso electoral sólo deben aplicarse para aquellos ejercicios cuyos resultados serán *publicados o ampliamente difundidos*.

Una regulación de calidad debe distinguir entre éstos y otros supuestos para lograr un equilibrio entre el ejercicio de las libertades políticas (de los encuestadores, de los encuestados y de los potenciales receptores de los resultados—incluyendo entre éstos a los actores políticos—) y la estabilidad y viabilidad de las instituciones democráticas.

8. Sanciones

Mención aparte merece el tema de las sanciones a las que deben hacerse acreedores los actores que violenten las disposiciones en esta materia. A este respecto, lo primero que debemos hacer es distinguir entre los diferentes actores que potencialmente podrían violentar alguna disposición en la materia y los tipos de sanciones a las que podrían hacerse acreedores.

Suponiendo que las sanciones por violentar alguna de las regulaciones (restricciones) en la materia sean de tipo *penal*, tendremos que se trata de sanciones de tipo *individual y personalísimo* que pueden ser aplicables a los ciudadanos en general, o con un carácter diferenciado, por ejemplo en su calidad de funcionarios públicos, funcionarios públicos electorales, dirigentes de partidos, candidatos, dirigentes de empresas, etcétera.

En cambio, si se trata de sanciones de carácter *civil* (que por definición son eminentemente de carácter pecuniario), las sanciones pueden orientarse a los ciudadanos en general y también a las personas morales que suelen realizar actividades vinculadas con las diferentes aristas de los ejercicios que nos interesan: partidos políticos, instituciones académicas, empresas o asociaciones de encuestadores, medios de comunicación impresos y electrónicos, etcétera.

En un Estado democrático constitucional, la proporcionalidad de las sanciones, en su tipo y cuantía, a las faltas cometidas y a los bienes jurídicos tutelados es una cuestión de la máxima relevancia. El tema que nos ocupa es particularmente complejo porque involucra, como hemos visto, por un lado, el ejercicio de un conjunto de libertades básicas como la propia libertad de expresión y, por el otro, la salvaguarda de las instituciones democráticas. Por lo mismo, como regla general, el tipo de sanción que debe prevalecer en los casos de la normatividad correspondiente son las sanciones civiles de cuantía considerable y proporcional a la falta cometida.

Por lo que hace específicamente a las sanciones derivadas de la difusión en periodos prohibidos (o de “veda”), encontramos básicamente dos tipos de sujetos principales: un primer conjunto de sujetos vendrían a ser las propias empresas encuestadoras, o bien los ordenantes de la encuesta (distintos a los partidos políticos), que en caso de transgredir la prohibición referida pueden hacerse acreedores, dependiendo de los casos de las distintas legislaciones, de sanciones de tipo penal, civil (pecuniario), o eventualmente administrativo (como podría ser la prohibición de realizar en futuros procesos electorales este tipo de estudios de opinión).

Un segundo grupo de sujetos susceptibles de sanción por la violación de la difusión de encuestas en periodo de “veda” son los partidos políticos, que pueden ser acreedores de sanciones administrativas, en su calidad de contratantes de encuestas y estudios de opinión (cada vez vemos más a los partidos ordenando este tipo de estudios), mismas que se rigen por las normas electorales a través de los así llamados “procedimientos administrativos genéricos” (que en el ámbito federal están regulados en los artículos 269 y 270 del código de la materia).

9. *Recapitulación sobre las distinciones*

Con base en estas reflexiones preliminares podemos ordenar el tema que nos ocupa siguiendo el esquema que a continuación se presenta y que nos ayuda a identificar los rubros que son relevantes para nuestro estudio y, en principio, nos permite determinar en qué casos se encuentra justificada la reglamentación estatal pública en la materia:

Encuestas y sondeos de opinión	No políticas	No
	Políticas	Sí (en algunos casos)

Encuestas y sondeos de opinión política	No electorales	No
	Electorales	Sí (en algunos casos)

Encuestas político-electorales	Sobre cuestiones distintas a las preferencias del electorado	No
	Sobre las preferencias del electorado	Sí

Encuestas político-electorales sobre las preferencias del electorado	Fuera de periodos electorales	No
	En periodo electoral	Sí

Encuestas político-electorales sobre las preferencias del electorado en periodo electoral <i>Publicación de resultados</i>	Antes de la jornada electoral	Sí
	El día de la jornada electoral	Sí
	Después de la jornada electoral (etapa de cómputo y declaraciones de validez)	No

Encuestas político-electorales sobre las preferencias del electorado en periodo electoral <i>Naturaleza de las encuestas</i>	Sobre intención de voto (preferencias)	Sí
	Sobre voto emitido (<i>exit polls</i> y conteos rápidos)	Sí

Encuestas político-electorales sobre las preferencias del electorado en periodo electoral <i>Etapas de las encuestas</i>	Diseño técnico	Sí (por razones técnico-científicas y no temporales)
	Levantamiento	No
	Publicación de resultados	Sí

Encuestas político-electorales sobre las preferencias del electorado en periodo electoral de “consumo interno” <i>Etapas de las encuestas</i>	Diseño técnico	Sí (por razones técnico-científicas y no temporales)
	Levantamiento	No
	Publicación de resultados	No (no aplica)

10. *El problema de la libertad en las democracias constitucionales*

El de la libertad es uno de los temas consustanciales de los sistemas democráticos. Este tema debe abordarse desde dos perspectivas, que corresponden a los dos tipos de libertad que en el ámbito de la teoría política son distinguidos entre sí. Por un lado el de la llamada “libertad negativa” y, por el otro, el de la llamada “libertad positiva” o “libertad política”.¹ Vale la pena aclarar que la diferencia entre esas dos libertades permite concebir dos principios jurídico-políticos que encontramos confrontados en el tema que ocupa al presente estudio: las libertades de trabajo, de expresión y de publicación de las ideas, por una parte, y la libertad política como sustrato de la democracia, por la otra. Procedamos, pues, a un somero esbozo que nos permita distinguir los dos tipos de libertad a los que nos hemos referido.

La “libertad negativa” debe entenderse, en el lenguaje político, como “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”.²

Esta libertad, que también suele identificarse como libertad con “ausencia de impedimentos o de constricciones”, consiste esencialmente en la falta de condicionamientos externos (principalmente de tipo legal) a la actuación de los individuos. De esta manera, la existencia de una norma que regula la conducta de los sujetos —ya sea imponiéndoles una obligación de actuar de una manera determinada, o bien prohibiéndoles realizar algún acto— implica una merma (o una limitación) de esta libertad. Toda regulación jurídica a la que están sujetos los individuos implica una restricción, y en ese sentido una limitación de su libertad negativa.

¹ Se trata de dos conceptos que coinciden, en sus grandes líneas, con los que Benjamin Constant definía a principios del siglo XIX como “libertad de los antiguos” y “libertad de los modernos”, en su famoso *Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*.

² Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 97.

Ahora bien, esa esfera genérica de libertad a la que se le atribuye un carácter negativo comprende ciertas libertades específicas que, cuando son sumamente relevantes, son reconocidas como derechos humanos fundamentales, mismos que implican que no puede haber una restricción por parte del Estado sino en casos extraordinarios y de acuerdo con las excepciones previstas por las normas fundamentales. Así, en el orden constitucional, lo que encontramos son ciertas libertades reconocidas como derechos fundamentales o como garantías individuales que no deben restringirse,³ salvo en los casos en que las mismas normas constitucionales lo prevean. En todo caso, esas limitaciones previstas por las propias Constituciones representan los límites sin los cuales el ejercicio de una libertad se convierte en una amenaza para otras libertades, o bien para otros principios fundamentales, que serían anuladas de no existir esos límites. En otras palabras, el límite de los derechos fundamentales que garantizan ciertas libertades esenciales del hombre, se encuentra en la frontera tras la cual el ejercicio de las mismas volvería nugatorias otras libertades u otros principios igualmente fundamentales.

El otro tipo de libertad, que constituye la libertad propiamente democrática, es decir, la llamada “libertad positiva” (o también “libertad política”), significa esencialmente “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”.⁴ Se trata, pues, de una libertad que coincide con la idea de autonomía, entendida ésta como la capacidad de un individuo de tomar sus decisiones libremente y, en ese sentido, sin verse presionado o condicionado por terceros o por circunstancias externas a su voluntad.

Éste es el tipo de libertad del que se nutre directamente la democracia, en la medida en la que ésta supone a ciudadanos dotados de plenas capacidades para orientar, sin condicionamien-

³ En ese sentido, coinciden con lo que Garzón Valdés define “el coto vedado” para la actuación del Estado, o bien con lo que Luigi Ferrajoli identifica como la esfera de lo “no decidible” por parte del poder público.

⁴ Bobbio, N., *op. cit.*, nota 2, p. 100.

tos, su voluntad política y colocados en una situación en la que nadie debe influir en ésta, so pena de la merma de la libertad positiva o política de ese individuo. Es precisamente en ese sentido en el que se dice que, en la democracia, los ciudadanos se autogobiernan. La idea del *voto libre* como esencia de la democracia no hace otra cosa más que reflejar esta condición de la voluntad a la que nos referimos como “libertad positiva”.

Es claro que innumerables factores pueden incidir en la formación de esa voluntad libre y que la falta de las más esenciales “libertades negativas” (como la libertad de prensa o la libertad-derecho de información) puede traer como consecuencia que la libertad política de un individuo esté acotada (con todo lo que ello implica en términos de la calidad democrática del sistema político); de donde se deduce que un escenario ideal lo constituye la garantía de un máximo de libertad negativa, aunada a un máximo de libertad positiva. Sin embargo, en ocasiones, la falta de límites para la primera puede significar una merma de la segunda. Veamos.

Supongamos que un individuo, en ejercicio de su libertad de prensa, publica una serie de datos erróneos o falsos (aquí el dolo no importa necesariamente), pues bien puede darse el caso de que esos datos sirvan de fundamento para que la decisión política de un individuo esté condicionada de una cierta manera, lo cual, si bien no significa *per se* la anulación o la restricción de la libertad positiva de este segundo sujeto, en todo caso, se forma equivocadamente. Ello, si bien parecería no ser particularmente grave, en términos de la calidad democrática del sistema político en el que se da ese suceso, sí implica una merma que, si se generaliza a varios de los ciudadanos dotados del derecho de voto, puede distorsionar todo el sistema.

En suma, si bien la propia democracia se nutre del respeto y de la garantía de las libertades negativas fundamentales que le sirven de fundamento (hay quien las ha definido como “condiciones” de la democracia),⁵ también es cierto que una serie de límites a las mismas para proteger la libertad positiva o políti-

⁵ Cfr. Bovero, M., *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.

ca de los individuos (es decir, garantizarles que terceras personas no condicionarán indebidamente su voluntad) es una condición indispensable para conservar la calidad del sistema democrático, y desde ese punto de vista, restricciones normativas no sólo serán lícitas (en los términos antes expuestos), sino también justificadas.