

III. La regulación de encuestas electorales frente a los estándares de derechos humanos . . . . .	41
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
1. Premisa . . . . .	41
2. Las encuestas y la libertad de trabajo . . . . .	42
3. Las encuestas y la libertad de opinión/expresión . . . . .	46
4. Las encuestas y los derechos políticos . . . . .	61
5. La regulación de las encuestas y el debido proceso . . . . .	63
6. Conclusión parcial . . . . .	65

### III

## LA REGULACIÓN DE ENCUESTAS ELECTORALES FRENTE A LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Ulises CARMONA TINOCO

#### 1. *Premisa*

El objeto de estos párrafos es ofrecer un panorama sobre el posible impacto de la regulación estatal de las encuestas y sondeos de opinión político-electorales (en adelante, referidos únicamente como “encuestas”), desde la perspectiva de los derechos humanos. Con ello se pretende lograr un doble propósito. El primero de ellos está dirigido a precisar si desde el ángulo de los derechos humanos encuentra razón de ser la regulación misma, esto es, si se encuentra o no justificada; el segundo, a precisar los estándares vigentes de los derechos humanos que estarían involucrados en la aplicación de una regulación como la que se indica.

Es innegable que una regulación que pretenda garantizar la objetividad y oportunidad temporal de las encuestas tiene que pasar en algún momento por el tamiz de los derechos humanos, que comprende tanto a los derechos fundamentales que prevé la Constitución, los derechos de fuente internacional que se convierten en derechos nacionales al ser incorporados al ordenamiento, a través de la ratificación de tratados internacionales primordialmente, así como la jurisprudencia de los órganos internos y supranacionales.

Esto es así porque, sin pretensiones de ser exhaustivos ni de llegar a un nivel de minuciosidad extrema, son de diversa índole

le los planos y momentos desde los que se puede considerar la regulación de las encuestas, como son los sujetos que las solicitan o impulsan, aquellos que las elaboran y a quienes van dirigidas, así como su diseño, levantamiento, publicación de resultados e impacto. Todo esto involucra, desde el ángulo que nos incumbe, por una parte, al menos las libertades de trabajo, de opinión/expresión, vinculadas con el derecho a la información y a los derechos políticos y, por otra parte, los alcances y limitaciones permitidas al ejercicio de todos ellos. En un escenario de aplicación de la regulación se tendrían que considerar, en su momento, los derechos de acceso a la justicia, el juicio justo y el acceso a un recurso para la protección de los derechos humanos.

En virtud de la extensión que requeriría un trabajo que abarcara a profundidad todos los derechos y libertades señalados, en el presente estudio haremos especial hincapié en aquellos derechos y libertades más íntimamente comprometidos con la existencia y aplicación de la regulación de las encuestas.

De conformidad con el esquema general de este estudio, nos concentraremos en particular en la regulación de las encuestas y sondeos de opinión política sobre las preferencias del electorado en periodos electorales, antes y durante la jornada electoral.

Los apartados que a continuación se presentan pretenden confrontar la posible regulación de las encuestas, pensando en cuestionamientos concretos que pudieran surgir con base en los derechos humanos.

## *2. Las encuestas y la libertad de trabajo*

Un primer problema que tiene que enfrentar la regulación de las encuestas —independientemente de que la realice una persona en particular, una asociación o sociedad, tanto mercantil como civil— se refiere a su posible interferencia con la libertad de trabajo de las personas que llevan a cabo dicha actividad o que integran las personas jurídicas colectivas que las realizan.

La Constitución mexicana consagra esta libertad en su artículo 5o., que en la parte conducente señala:

A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

La libertad de trabajo que consagra la Constitución está sujeta a su posible restricción sólo a través de la ley. Por medio de ésta, es válido determinar qué tipo de actividades y en qué medida podrán ser consideradas como ilícitas.

Una actividad podría ser calificada por ley: a) como ilícita de inicio, en todos los casos de su incidencia, esto es, de “raíz”, o b) de licitud condicionada, ya sea que en su origen y ejercicio básicamente no esté sujeta a límite alguno, hasta en tanto su resultado conlleve a lo que la ley señale como prohibido o ilícito; o que se mantenga en la esfera de licitud en tanto sea llevada a cabo dentro de los cauces de tiempo, espacio, forma, entre otros, que señale la ley. En este último caso, como se puede observar, la actividad no es *per se* ilícita, sino únicamente si, de realizarse, no se apega a las modalidades y requisitos que la propia ley exija, o provoque resultados calificados como ilícitos.

Cabe señalar que la ilicitud puede entrañar, como consecuencia, la posible comisión de infracciones administrativas de diverso grado o, en ciertos casos, delitos, lo que conlleva la aplicación de las sanciones correspondientes para cada uno de estos rubros.

La Constitución mexicana señala que, con base en lo que determine la ley, sólo la autoridad judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o administrativa, cuando se ofendan los derechos de la sociedad, pueden restringir el ejercicio de la libertad de trabajo. En principio, si nos atenemos a los criterios conceptuales implicados, sabemos que la autoridad administrativa tendría un margen mayor para la restricción de la libertad de trabajo, pues la noción “derechos de la sociedad” admite más hipótesis genéricas que la protección de los “derechos de tercero”.

Desde este ángulo, es posible y compatible con la libertad de trabajo la regulación de las campañas vía la ley, siempre que el objetivo sea la protección de los derechos de terceros o de la sociedad, en razón de si serán los jueces o las autoridades administrativas quienes tengan a su cargo la aplicación de dichas reglas.

En los instrumentos internacionales de derechos humanos está previsto un derecho al trabajo, pero configurado desde otra perspectiva, pues se encuentra previsto en los tratados que se ocupan de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es, en aquellos tratados cuyos derechos consagrados son básicamente de consecución progresiva y de conformidad con el máximo de recursos disponibles, de acuerdo con los artículos 2o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante PDESC), y 1o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1988, ambos ratificados por México.

El PDESC, en su artículo 6.1, establece que “los Estados parte... reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

El propio Pacto, en su artículo 4o., señala que el Estado puede establecer limitaciones a los derechos, siempre que éstas se encuentren “determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

El Protocolo de San Salvador, en su artículo 6.1, consagra el derecho al trabajo en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

La propia configuración del derecho al trabajo incluye la *licitud* como uno de sus componentes, lo cual estaría acorde con lo previsto por la Constitución. No obstante lo anterior, atento al

contenido del artículo 5o. del mencionado Protocolo, los Estados pueden además establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos, pero "...mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

La Constitución mexicana y los instrumentos internacionales generales de derechos humanos son compatibles entre sí en cuanto al contenido esencial de la libertad de trabajar o del derecho al trabajo, pero también en relación con la posibilidad de restringir o limitar el ejercicio de esa libertad o derecho, a través de la ley, con el propósito de beneficiar el bien común. En este sentido, es posible la regulación de las encuestas y sondeos de opinión político-electoral como ejercicio de una actividad laboral, individual o colectiva, siempre que sea a través de una ley dirigida a la protección del bienestar general, entendiendo por tal, en el caso específico, la garantía de su objetividad y oportunidad.

En este sentido, una regulación como la que se menciona podría, para el efecto, crear determinadas categorías conceptuales, por ejemplo las de *encuesta* o *sondeo de opinión política* y similares, y prever que, tratándose de las mismas, deben observarse ciertos parámetros objetivos que deben ser presentados a través de modalidades y tiempos determinados. La regulación podría hacer obligatorio informar, al hacer públicos los resultados, si en la elaboración de dichos indicadores se siguieron los requisitos previstos en la norma, de manera que no sólo sean verificables, sino que pueda presentarse la información o los resultados con la calificación de *encuesta* o *sondeo opinión política*, si en efecto se siguieron los parámetros que señala la regulación. En ese sentido, resulta evidente que el legislador debería establecer de manera clara y precisa los criterios para considerar que un ejercicio muestral de opinión pública encuadra dentro de la categoría legal a la que se ha hecho referencia.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dada la complejidad técnica de una eventual regulación en este sentido, lo deseable sería que en su redacción y configuración participaran activa y directamente los profesionales y técnicos dedicados a esta delicada materia.

Esto significa que si bien no podrá eliminar el hecho de que existan personas o empresas que se sigan dedicando a recabar datos para presentar ciertos indicadores o resultados de manera pública, sí se podrá evitar que los presenten como *encuestas* o *sondeos de opinión*, categorías reservadas exclusivamente a aquellos ejercicios, y sus resultados, que se hayan llevado a cabo conforme a los parámetros de la legislación.

Por otra parte, es posible establecer normas generales, iguales para todos, que señalen los límites temporales para presentar públicamente los resultados, independientemente de que se hayan llevado a cabo conforme a los parámetros que marque la ley.

### 3. *Las encuestas y la libertad de opinión / expresión*

Los derechos humanos que en mayor medida se verían comprometidos al tratar de regular las encuestas y sondeos de opinión son, sin duda alguna, los de opinión o expresión.

Al proponer una regulación en dichas materias surgirían, con seguridad, señalamientos de que se está afectando la libertad de opinión o expresión en diversas modalidades, no únicamente de quien elaboró y dio a conocer públicamente los resultados, sino también de quienes no participaron en la elaboración, sino simplemente los reprodujeron.

Así, el propósito de los párrafos subsecuentes es determinar en dónde se encuentra el estándar en materia de libertad de expresión, y si dentro de los límites que la misma admite se encuentran los fines que inspiraran una regulación en materia de campañas y sondeos político-electorales.

La Constitución mexicana contiene dos preceptos estrechamente relacionados, uno con la manifestación de las ideas en cualquier circunstancia, y otro en específico vinculado con la libertad de expresión por escrito. En el primer caso, el artículo 6o. constitucional prohíbe cualquier tipo de inquisición judicial o administrativa ante la manifestación de las ideas de toda índole, con excepción de los casos en que se *ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden*

*público*. En dicho precepto se consagra además el derecho a la información.

Por su parte, el artículo 7o. prevé la libertad de escribir y publicar escritos en cualquier materia, frente a las cuales incluso la propia ley tiene limitaciones, pues no puede establecer la llamada censura previa ni exigir fianza a los autores o impresores. Los únicos límites posibles a la libertad de imprenta son la vida privada, la moral y la paz pública.

Y es precisamente en las nociones de orden y paz públicos donde se pudiera hallar un fundamento para poner fronteras temporales a la publicación de los resultados de encuestas y sondeos de opinión.

Algo que resulta importante destacar, y que es un principio toral que opera en materia de libertad de expresión, incluso de conformidad con los estándares internacionales, es la prohibición absoluta de la censura previa, lo que significa que no se puede limitar *a priori* su ejercicio, y sólo se admite que se sujete a responsabilidades *a posteriori* previstas en una ley y con ciertas modalidades de necesidad y proporcionalidad.

En atención a las normas vigentes de fuente internacional, conviene recordar que el artículo 13 de la Convención Americana dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

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.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o parti-

culares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (énfasis agregado).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de los alcances respecto a la libertad de expresión, que sitúa como complemento del derecho a la información. En el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), la Corte Interamericana afirmó que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social, es decir, citando un fragmento de su opinión consultiva OC-5:

...ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La Corte, además, ha señalado como inseparables la libertad de expresión y el derecho “...a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.

En relación con la dimensión social de la libertad de expresión, la Corte destacó:

...la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otros sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

Siguiendo los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana se refirió a los alcances de las posibles condiciones o restricciones en materia de libertad de expresión. De conformidad con el primero de los tribunales internacionales mencionados:

...toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser *proporcionada al fin legítimo que se persigue*.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume “deberes y responsabilidades” cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.

Existe, pues, en el sistema interamericano un marco favorable a la libertad de expresión que trata de ampliar al máximo su ejercicio y que restringe en número y alcance las posibles restricciones directas e indirectas a tal derecho, pero además se trata de una comprensión amplia que involucra también el derecho de buscar información y de recibirla.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte interamericana se refirió al papel de los medios de comunicación y del periodismo con respecto a la libertad de pensamiento y expresión. Los criterios son relevantes en relación con el tema de la difusión de las encuestas y sondeos de opinión, pues muchos de ellos son hechos del conocimiento público precisamente a través de los medios de comunicación masiva.

Con motivo del caso mencionado, la Corte afirmó:

Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de conocimientos o la capacitación adquiridos en una universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

Es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

En ese mismo asunto, la Corte se refirió con mayor amplitud a las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática, pero además señaló los parámetros que deben cumplir las responsabilidades ulteriores:

El derecho a la libertad de expresión *no es un derecho absoluto, éste puede ser objeto de restricciones*, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan *a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo* de este derecho, las cuales no deben en modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. *Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan*

*tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley, 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública, y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.*

La “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, *dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo*. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella 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 dicho artículo. Es decir, *la restricción debe ser proporcionada al interés que justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*.

La Corte 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 (énfasis agregado).

En otro caso reciente, *Palamara Iribane vs. Chile*, la Corte Interamericana reiteró algunos de sus criterios, como se aprecia a continuación:

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión a través de la *aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho*. *Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar* “el respeto a los derechos o la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, *el orden público* o la salud o moral públicas”, y no deben limitar de modo alguno, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno

de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Relatoría Especializada en Libertad de Expresión, se ha referido a la importancia de dicho derecho en periodos electorales. Al respecto, ha señalado en el Informe de 1998:

Para lograr un desarrollo democrático participativo y estable, no solamente son necesarias una serie de elecciones, sino también que se desarrollen otros elementos propios de las sociedades democráticas, como son el respeto y reconocimiento de los derechos humanos; un Poder Judicial y Legislativo independiente y eficaz; un sistema de partidos políticos que facilite una comunicación fluida entre los ciudadanos y sus líderes; una sociedad civil participativa, y sobre todo una amplia libertad de expresión basada en un libre acceso a la información que asegure la existencia de una ciudadanía bien informada para tomar sus decisiones.

Dentro de los requisitos para una democracia estable y participativa, indudablemente la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen los demás elementos para el fortalecimiento democrático. De ahí que en varias oportunidades se haya considerado la libertad de expresión como la libertad fundamental para la existencia de una sociedad democrática.

En ese mismo Informe se hace referencia a un caso ocurrido en Panamá, en 1999, relacionado con encuestas políticas. Al respecto se señala:

En marzo de 1999 el Tribunal Electoral condenó a Editorial Panamá América S. A., EPASA, al pago de diez mil balboas, como infractora del artículo 177 del Código Electoral. El artículo 177 establece que para que una “encuesta política pueda ser divulgada públicamente, deberá estar previamente inscrita en el Tribunal Electoral”. La empresa encuestadora envió al Tribunal Electoral la información solicitada vía fax, y el Tribunal Electoral no

la aceptó, y reclamó que se presentara personalmente. *La Relatoría considera que la exigencia del Tribunal Electoral de exigir la inscripción previa de las encuestas antes de ser publicadas podría ser considerado un caso de censura previa* (énfasis agregado).

En el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, de 2001, se hace referencia a otro asunto:

El 28 de agosto de 2000, Aldo Zucolillo, director del Diario ABC Color, declaró ante un juez del crimen, quien decretó su interdicción de salir del país. El proceso se habría iniciado por una acusación de fiscales electorales por una publicación de presunta “propaganda electoral” fuera de los plazos permitidos por la ley. El Diario ABC Color publicó dos “editoriales” en apoyo a uno de los candidatos de las elecciones para vicepresidente de la República realizadas el 13 de agosto. Los fiscales electorales consideraron que las editoriales constituyeron “propaganda electoral”.

Uno de los instrumentos que son útiles sobre los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión es la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En dicho instrumento se señala que son contrarios a los derechos humanos los condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad e imparcialidad (principio 7), pero se señala de manera expresa que las “...restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión” (principio 5).

Por otra parte, en el ámbito universal, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de expresión está regulada en el artículo 19, que establece:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronte-

ras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, *el orden público* o la salud o la moral públicas (énfasis agregado).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que vigila el cumplimiento de dicho instrumento internacional, en su Observación General núm. 10, señala:

El párrafo 3 establece tres condiciones que han de cumplir las restricciones: las restricciones deberán estar “fijadas por la ley”; únicamente pueden imponerse por una de las razones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 3; y deben justificarse como “necesarias” a fin de que el Estado parte alcance uno de estos propósitos.

Por otra parte, en ejercicio de su competencia contenciosa, el Comité ha decidido varios casos en relación con el artículo 19.3 del Pacto, que hacen eco y detallan los extremos previstos en su Opinión General. Algunos de los casos son los siguientes:

*A. John Ballantyne and Elizabeth Davidson vs. Canada;*  
*Gordon McIntyre vs. Canada*

En diversos casos, incluyendo el que se alude, el Comité ha señalado el estándar para que una limitación/sanción relacionada con la libertad de expresión esté acorde con los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité, en este sentido, ha dicho que la sanción debe ser prescrita por ley, estar dirigida, entre otros, a asegurar el orden público y ser necesaria para alcanzar un propósito legítimo:

Any restriction of the freedom of expression must cumulatively meet the following conditions: it must be provided for by law, it must address one of the aims enumerated in paragraph 3 (a) and (b) of article 19, and must be necessary to achieve the legitimate purpose.

### B. *Kim Jong-Cheol vs. Republic of Korea (2005)*

Este caso se originó en 1997 cuando un periodista publicó un artículo en una publicación semanal, entre el 31 de julio y el 11 de diciembre de dicho año, en el que daba a conocer encuestas de opinión sobre la elección presidencial realizada el 18 de diciembre de 1997. De conformidad con la Ley para Elección de Cargos Públicos y Prevención de la Práctica Indebida, está prohibida la publicación de encuestas de opinión durante el periodo de campañas electorales, de manera que ninguna persona puede publicar o citar en un informe los detalles y resultados de una encuesta de opinión pública, incluidos los temas de intención de voto o popularidad, de manera que implique apoyo a un partido político o se anticipe la victoria de un candidato, desde el día del periodo electoral hasta la fecha en que el voto sea cerrado el día de la elección. Dicha Ley prevé sanciones penales alternativas para los infractores, que no pueden exceder de dos años de prisión o multa equivalente a un monto aproximado de 445 dólares.

El periodista fue acusado penalmente y encontrado responsable de transgredir dicha legislación y se le impuso la multa prevista. Dicha persona apeló la resolución e incluso cuestionó la constitucionalidad de la ley; no obstante, la misma fue declarada compatible con la Constitución por parte de los tribunales, que además señalaron que el periodo de la prohibición que señala la ley era razonable para asegurar un resultado electoral justo y no distorsionado.

En su decisión, los tribunales señalaron la existencia de un estudio que demostraba que una encuesta de opinión pública puede influir a los votantes hacia determinado candidato con una fuerte posibilidad de ganar (el llamado *banwagon effect* o

“efecto vagón”) o que puede provocar votos de simpatía, distorsionando la voluntad de los votantes. La decisión de primera instancia fue confirmada, de manera que se impuso la sanción prevista al periodista.

En sus argumentos ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el periodista señaló que el razonamiento de los tribunales que rechazaron la apelación y consideraron constitucional la prohibición prevista en la ley, se basaban en teorías académicas no demostradas en el sentido de que la publicación de encuestas durante la etapa de campañas electorales podría, en efecto, afectar el sentido del voto.

Además —afirmó el peticionario— un periodista tiene garantizado, de conformidad con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de llevar a cabo su labor de dar a conocer noticias e información a sus lectores. Su labor, señala, es un prerrequisito del derecho de acceso a la información, y la restricción que impone la ley es excesiva y desproporcionada. La legislación electoral, además, niega el intercambio de información libre y completo, que es vital para que los votantes formen su criterio. Los resultados de encuestas confiables de opinión proveen información relevante y significativa de interés para los votantes. Éstos, estando informados acerca de la perspectiva de los candidatos, pueden libremente formar y modificar su propia opinión acerca de ellos.

Asimismo, el peticionario agrega que la prohibición implica una discriminación entre las personas que tienen acceso directo a las encuestas, que en sí mismas no son ilegales, y aquellos que no tienen dicho acceso, y que esto lleva a distorsiones en la formación del deseo de los votantes. Además, los medios extranjeros no tienen la misma restricción en la publicación de datos, de manera que la ley no sirve a un propósito útil. Por último, argumenta que el Estado de Corea no ha demostrado ningún efecto negativo que hubiere causado la publicación de la encuesta en cuestión, por lo que el castigo impuesto fue injusto.

El Estado, por su parte, apoyó el sentido de la decisión de la Corte de Constitucionalidad y de la Constitución, que permite la restricción de los derechos y libertades a través de la ley,

cuando sea esencial para proteger la seguridad, el mantenimiento del orden y bienestar públicos, de manera similar a lo previsto por el artículo 19 del Pacto.

La garantía de elecciones justas es una parte integrante del orden público en una sociedad democrática. El periodo de restricción (23 días que duran las campañas electorales) no puede ser considerado como excesivo o discriminatorio.

El Estado afirma que el razonamiento de la Corte de Constitucionalidad no está basado en teorías, sino en la propia experiencia del país. Se toma en cuenta lo vulnerable que puede ser la cultura electoral y la manipulación política e irregularidades que han incidido en el pasado en la República de Corea. Las encuestas injustas y parcialmente manipuladas, publicadas antes de una elección, afectan por lo regular la elección de los votantes, poniendo en riesgo una elección justa. Sin embargo, el propio Estado argumentó que con el tiempo, una vez que el clima político haya madurado, la prohibición de la publicación de encuestas podrá ser derogada.

En su decisión, emitida en agosto de 2005, el Comité se concentró en el tema de la posible limitación a la libertad de expresión, declarando inadmisibles la petición con respecto a cualquier otro motivo de queja. El Comité señaló, en principio, que el autor de la petición, con la publicación de sus artículos, estaba ejercitando su derecho a difundir información e ideas, de conformidad con el artículo 19.2 del Pacto.

Cualquier restricción a la libertad de expresión, en términos del Pacto, debe estar prevista en la Ley, debe dirigirse a alguna de las hipótesis previstas en el propio artículo 19 y debe ser necesaria para lograr dichos propósitos.

Las restricciones previstas por la legislación electoral en Corea, de conformidad con el Comité, están basadas en un razonamiento dirigido a dotar al electorado de un periodo limitado de reflexión, durante el cual están aislados de consideraciones ajenas a los temas en competencia en las elecciones, y muchas restricciones similares se encuentran en otros países.

El Comité da cuenta de las especificidades históricas que caracterizan el proceso político democrático de Corea, incluyendo

aquello que invoca el Estado. En dichas circunstancias, una ley que restrinja la publicación de encuestas de opinión por un tiempo limitado, con miras a la celebración de una elección, no cae *ipso facto* fuera de los objetivos plasmados en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto.

Sobre el tema de proporcionalidad, el Comité afirma que aunque el periodo de 23 días que dura la restricción es inusualmente largo, no requiere pronunciarse sobre la compatibilidad de éste con lo previsto por el artículo 19 del Pacto, toda vez que la publicación del periodista se llevó a cabo siete días previos a la elección. El Comité, además, encuentra que la sanción impuesta no puede ser considerada como excesiva en el contexto de las condiciones señaladas por el Estado.

El Comité tampoco encontró que la sanción pueda ser considerada como excesiva, aunque esté prevista en el ámbito penal, por lo que no se encuentra en la posición de concluir que su aplicación ha sido desproporcionada en relación con los objetivos que se buscan.

En tal sentido, el Comité concluyó que no hubo violaciones al artículo 19 del Pacto por parte del Estado de Corea. No obstante, varios miembros de dicho órgano emitieron votos particulares en los que afirmaban que sí existía una violación a dicho precepto, toda vez que la sanción impuesta no era necesaria para el propósito de proteger el orden público; que el Estado no justificó de manera suficiente los supuestos efectos que inspiraron la Ley, y que el periodo de 23 días era excesivamente largo. En otra opinión se señaló que se trata de una afectación a la libertad de expresión de periodistas y ciudadanos; que no se señala siquiera qué se entiende por “encuesta” y que es excesivo el hecho de que esté prevista una sanción privativa de libertad, aunque la pena que se impuso haya sido la multa.

Como puede apreciarse, la regulación sobre la publicación de encuestas de opinión, de frente a un proceso electoral, no es *per se* violatoria de los estándares previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que se tiene que tomar en cuenta el contexto en el que se inserta la prohibición, su duración, la naturaleza de la consecuencia jurídica de que no se ob-

serve dicha prohibición por parte de sus destinatarios y la proporcionalidad de las sanciones que se prevean conforme a la ley. La decisión del Comité ante el caso concreto dejó varias interrogantes por resolver, pero sin duda señala, al menos, las directrices de lo relevante a evaluar en temas similares.

*C. Los principios sobre la transmisión de contenidos electorales en democracias en transición, elaborados por la organización Article XIX*

Uno de los esfuerzos más acabados para proponer algunos parámetros en la transmisión de datos con contenido electoral, son las directrices o *guidelines* (Guidelines for Election Broadcasting in Transitional Democracies) elaboradas en agosto de 1994 por la organización no gubernamental Article XIX o Artículo 19, fundada en 1987, que tiene su origen en el Reino Unido y cuya denominación fue inspirada por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra la libertad de opinión y de expresión.

En dichas directrices se reconoce que una elección justa y libre depende en gran medida de la habilidad de los medios de funcionar de una manera imparcial y profesional. Adherirse a estándares de veracidad, objetividad y balance en las noticias y otro tipo de programación informativa es indispensable. Partiendo de estos estándares se puede proveer al público de una información balanceada, fotografía de los partidos contendientes, así como temas importantes que surgen en las campañas electorales.

En la directriz número 12, dedicada al tema de las “Encuestas de opinión y proyecciones electorales”, se establece de manera general que si son transmitidos los resultados de una encuesta de opinión o una proyección electoral, deben mostrarse los resultados de una manera justa; en especial, publicar toda la información a la mano que pueda ayudar al público receptor a entender la importancia de la encuesta.

Con base en este criterio se elaboró una subdirectriz que señala que quien transmite dicha información debe identificar la

organización que condujo la encuesta, la organización o partido que la encargó y pagó por ella, la metodología empleada, el tamaño de la muestra, el margen de error y los datos del campo de trabajo. Adicionalmente, se debe señalar que la encuesta refleja la opinión pública prevaleciente sólo al momento en que la misma fue llevada a cabo.

Algunos comentarios a las reglas apuntadas han destacado el impacto significativo que pueden tener las encuestas de opinión sobre los patrones de votación, y también se han referido al debate existente respecto a los posibles efectos de la publicación de resultados de encuestas en el mismo día de la elección, como puede ser que se genere una tendencia de voto hacia el candidato señalado como virtual ganador o que se desaliente la participación de los ciudadanos por la misma circunstancia. Es precisamente por dichas razones que se citan los casos de diversos países (hay que considerar que la publicación del trabajo en comento fue en 1994) en los que se ha decidido prohibir la publicación de resultados de encuestas electorales por un periodo de varios días antes de la jornada electoral, tales como Bulgaria (8 días), la antes Checoslovaquia (siete días), Francia (siete días), Hungría (ocho días), Italia (un día), Polonia (siete días), España (cinco días), Suiza (un día) y Reino Unido (abstención voluntaria el día de la elección). De igual manera, se destaca que hay otros países en los que una prohibición de esa naturaleza se considera como inaceptable frente a la libre circulación de información sobre las campañas electorales.<sup>2</sup>

Como puede observarse, la regulación sobre límites temporales y requisitos para la elaboración y publicación de encuestas y sondeos de opinión con motivo de una contienda electoral, ha encontrado en la libertad de expresión y el derecho a la información un punto de debate acerca de su compatibilidad con los estándares vigentes en materia de derechos humanos. No obstante, la práctica, aunque escasa, permite afirmar que una regulación de ese tipo no es incompatible con el goce y ejercicio de los derechos humanos, siempre que en su elaboración y ejecu-

<sup>2</sup> Cfr. Article 19, *Guidelines for Election Broadcasting in Transitional Democracies*, agosto de 1994, reimpresso en abril de 1997, pp. 95 y 96.

ción se observe una serie de parámetros para que la restricción a los derechos sea razonable, lo menor posible en su impacto y en su duración.

#### 4. *Las encuestas y los derechos políticos*

Los derechos políticos, como derechos humanos, se encuentran previstos primordialmente en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales en la materia, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 25; las declaraciones Universal y Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 21 y XX, respectivamente, y la Carta Democrática Interamericana. La propia Constitución mexicana contiene provisiones, entre otros, en sus artículos 35 y 41, que son acordes con los estándares previstos en dichos instrumentos internacionales.

Tales preceptos consagran en forma genérica los derechos políticos de los ciudadanos, primordialmente participar en los asuntos públicos de su respectivo país, de votar y poder ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General núm. 25, hace importantes consideraciones sobre los alcances del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la cual refiere:

...las elecciones deben ser libres y equitativas, y celebrarse periódicamente en el marco de disposiciones jurídicas que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de voto. Las personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier candidato y a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o plebiscito, y de apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. Éstos deberán poder formarse una opinión de ma-

nera independiente, libres de toda violencia, amenaza de violencia, presión o manipulación de cualquier tipo.

Así, podría señalarse que la regulación de encuestas y sondeos de opinión en materia electoral estaría acorde con la necesidad de que las elecciones sean en efecto libres y equitativas, además de que abonarían a que los electores se formen una opinión de manera independiente y libre de presión o manipulación de cualquier tipo. Una encuesta que se lleve a cabo “a modo” o en un periodo “inoportuno” podría significar una obstrucción o injerencia indebidas en la formación de la opinión del potencial votante, y más allá de mantenerlo simplemente informado, ser un medio para influirlo en determinado sentido, en especial en periodos cercanos y decisivos de la contienda y jornada electorales.

Una regulación de las encuestas debe tomar también en cuenta la perspectiva del ejercicio de los derechos políticos y, en todo caso, ponderarlos a fin de lograr el sano equilibrio con el derecho a difundir ideas e información en dicha materia. Cabe traer a colación que el propio Comité de Derechos Civiles y Políticos ha destacado, en la Observación General ya citada:

La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25. Ello comporta la existencia de una prensa y medios de comunicación libres, capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. Requiere el pleno disfrute y respeto de los derechos garantizados en los artículos 19, 21 y 22 del Pacto, incluida la libertad de participar en actividades políticas individualmente o a través de partidos políticos y otras organizaciones, la libertad de debatir los asuntos públicos, de realizar manifestaciones y reuniones pacíficas, de criticar o de oponerse al gobierno, de publicar material político, de hacer campaña electoral y de hacer propaganda política.

Con el fin de hacer compatibles ambos estándares, la regulación debe ser cuidadosa en delimitar los alcances de la propa-

ganda política, a fin de que la información que pueda ser calificada como tal, no sea presentada con la forma de una encuesta o sondeo de opinión sin que se haga explícita tal circunstancia, con el fin de evitar su utilización con un propósito persuasivo y de influencia en el ánimo del ciudadano.

##### 5. *La regulación de las encuestas y el debido proceso*

Consideramos que una vez explorada la posibilidad de regulación de las encuestas, que se traduciría en la necesaria emisión de una ley en la que estuvieran claros los objetivos, los sujetos, las hipótesis, los procedimientos, las sanciones, e incluso los medios de impugnación, habría que señalar una serie de estándares para que la eficacia de la misma esté acorde con los derechos humanos.

Nos referimos a las reglas básicas del debido proceso que deben ser observadas para que el procedimiento y la sanción impuesta no sean tachados de ilegales o arbitrarios, ya sea que se adopte la vía administrativa o la penal, aunque esta última es delicada en el contexto de los derechos involucrados.

El debido proceso se traduciría, en términos de los artículos 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el derecho de toda persona al acceso a los órganos jurisdiccionales para la sustanciación o tramitación de cualquier acusación penal en su contra o en la determinación de los derechos de cualquier carácter, por ejemplo los de naturaleza civil, laboral, fiscal o administrativa.

El ejercicio del poder sancionatorio del Estado, para ser lícito y acorde con los derechos humanos, implica que las autoridades actúen con un total apego al orden jurídico y, además, que se concedan las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, cualquiera que sea la materia de que se trate.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional, sentencia de fondo, 31 de enero de 2001, párrafos 68-70.

Esto significa que, no obstante que el artículo 80. de la Convención Americana se titula “Garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.<sup>4</sup>

Atendiendo a lo anterior, la Corte Interamericana ha estimado que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 80. de la Convención Americana.<sup>5</sup>

En este sentido, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso,<sup>6</sup> que consiste básicamente en la posibilidad de que la persona sea oída (derecho de audiencia), con las debidas garantías (derechos de defensa y de aportar y obtener pruebas, así como la publicidad del proceso o el procedimiento), dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal que deberá ser competente para conocer de los planteamientos que se formulen, y ser además independiente e

4 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baena Ricardo y otros, sentencia de fondo, 2 de febrero de 2001, párrafo 124.

5 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein, sentencia de fondo, 6 de febrero de 2001, párrafo 104.

6 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baena Ricardo y otros, *cit.*, nota 4, párrafo 126.

imparcial, quedando prohibidos los tribunales y órganos de decisión *ex post facto*.

Una decisión adoptada en esos términos debe, además, ser susceptible de revisión e impugnación, e incluso, de ser el caso, que el asunto pueda ser llevado ante la jurisdicción constitucional de que se trate, que en este supuesto posiblemente sea el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por ser el órgano de jurisdicción especializado en la materia.

La posibilidad de revisar administrativamente o de impugnar judicialmente la decisión, hasta llegar a una determinación última o definitiva en el ámbito interno, forma parte del debido agotamiento de los recursos internos de quien, en su momento, considerara que el procedimiento o la sanción impuesta transgrede derechos humanos y decidiera acudir a las instancias internacionales a plantear el asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. No obstante, una regulación y un procedimiento ajustados a los estándares que se han descrito, difícilmente pueden considerarse apartados de los estándares internacionales vigentes en la materia.

## 6. *Conclusión parcial*

La regulación de las encuestas y sondeos de opinión en materia electoral, con el fin de establecer parámetros para su elaboración y la publicación de sus resultados, e incluso sanciones en caso de que éstos no se cumplan, debe tomar en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos.

Son diversos y variados los derechos humanos que se verían involucrados en una regulación como la que se propone, entre ellos la libertad de trabajo, de opinión o de expresión, el derecho a la información, los derechos políticos y el debido proceso.

En el ámbito internacional, los órganos de supervisión, tanto regionales como universales, han ido decantando algunos parámetros sobre los alcances de los derechos y sus posibles restricciones, en los que juegan un papel primordial la necesidad de que la regulación se lleve a cabo a través de la ley, que las ra-

zones que la inspiren formen parte del orden público, que las restricciones propuestas no sean irrazonables y desproporcionadas, y que sean adecuadas y necesarias para lograr el fin que se persigue.

Lo que se busca es un equilibrio entre los derechos involucrados sin que las posibles restricciones conlleven el sacrificio o la negación absoluta de alguno de los mencionados derechos, a lo cual se suma la necesidad de que la ley sea aplicada también en observancia a los estándares del debido proceso, con mayor razón si se prevén sanciones a cargo de autoridades administrativas o judiciales.

Una regulación y su aplicación acorde con los estándares de derechos humanos permitiría evitar las consecuencias adversas que podrían producir las encuestas y sondeos de opinión sin sujeción a control alguno, en el objetivo de contar con una ciudadanía bien informada, libre en la formación de su voluntad y en el ejercicio auténtico del derecho de voto. Como ya se ha adelantado en la primera parte de este estudio, las sanciones en la materia idealmente deberán ser de carácter administrativo y no de índole penal.